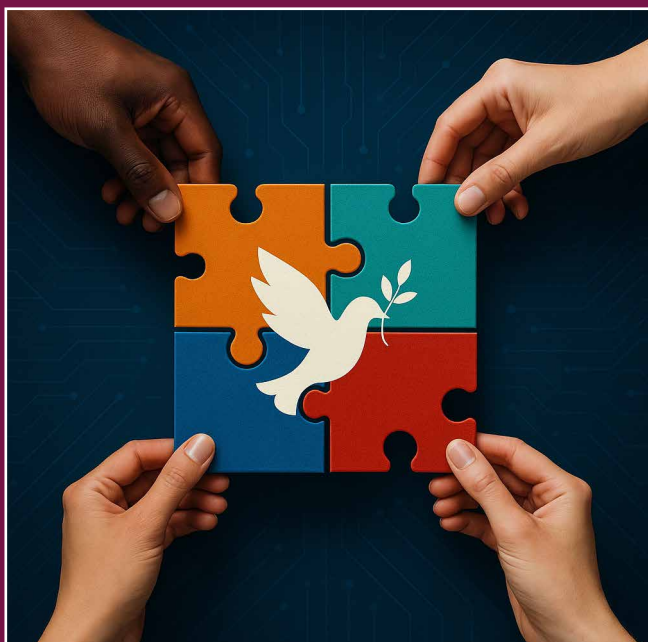


RAQUEL GUZMÁN ORDAZ (Dir.)

# DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA VULNERABILIDAD

*Coordinación:*

ESTHER GARCÍA VALVERDE



AQUILAFUENTE.  
A

  
Ediciones Universidad  
Salamanca





DERECHOS HUMANOS  
FRENTE A LA VULNERABILIDAD



RAQUEL GUZMÁN ORDAZ (Dir.)

DERECHOS HUMANOS  
FRENTE A LA VULNERABILIDAD

*Coordinación*

ESTHER GARCÍA VALVERDE



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

## AQUILAFUENTE, 382

©

Ediciones Universidad de Salamanca  
y los autores

Motivo de cubierta:

Imagen de la cubierta generada con inteligencia artificial mediante DALL·E,  
desarrollada por OpenAI (2025)

La elaboración de este trabajo se ha llevado a cabo en el marco de los proyectos de investigación titulados Protocolo de detección, atención e intervención para mujeres en situación de riesgo de exclusión social y sinhogarismo desde una perspectiva integral e interseccional.  
Ref. 44-9-id23 (2023-2024), Ministerio de Igualdad. Instituto de las Mujeres

1ª edición: junio, 2025

ISBN: 978-84-1091-090-4 (PDF)

DOI: <https://doi.org/10.14201/0AQ0382>

Ediciones Universidad de Salamanca  
Plaza San Benito s/n  
E-37002 Salamanca (España)  
<http://www.eusal.es>  
[eusal@usal.es](mailto:eusal@usal.es)

*Realizado en UE-Made in EU*

Maquetación y realización:

Cícero, S.L.U.

Teléfono: 923 12 32 26

Salamanca (España)



Usted es libre de: Compartir – copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

Ediciones Universidad de Salamanca no revocará mientras cumpla con los términos:

 Reconocimiento – Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

 NoComercial – No puede utilizar el material para una finalidad comercial.

 SinObraDerivada – Si remezcla, transforma o crea a partir del material, no puede difundir el material modificado.

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE

Unión de Editoriales Universitarias Españolas [www.une.es](http://www.une.es)

Obra sometida a proceso de evaluación mediante sistema de doble ciego



Catalogación de editor en ONIX accesible en <https://www.dilve.es>

# Índice

## PRÓLOGO

|                                                                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| AMAIA YURREBASO MACHO. Directora del Congreso y miembro del Centro de Investigación en DD.HH. y Políticas Públicas (CIDH–Diversitas) – Universidad de Salamanca ..... | 11 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## DERECHOS HUMANOS DE COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

|                                                                                                                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Estrategias de intervención familiar con menores en situación de desprotección en el ayuntamiento de medina del campo</i><br>MARÍA ROSA VEGAS HERRARTE / ESTEFANÍA PÁEZ BARAJA / ÁNGELA RICO VEGAS ..                | 13 |
| <i>Vulnerabilidad infantil frente a la sustracción ilegal de menores, cooperación México – España en la restitución internacional</i><br>MARTHA GUADALUPE GUERRERO VERANO .....                                         | 27 |
| <i>La vulnerabilidad infantil y corrección paterna en la legislación y jurisprudencia españolas</i><br>JOSÉ MATEOS BUSTAMANTE .....                                                                                     | 35 |
| <i>La protección de los menores ante las agresiones sexuales: la edad del consentimiento sexual</i><br>SONIA UCEDA MARTÍNEZ .....                                                                                       | 47 |
| <i>Desinstitucionalización y vida independiente a través de la domotización de hogares. El Proyecto Rumbo en Castilla y León</i><br>FAUSTO MARCHIARO.....                                                               | 59 |
| <i>Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la discriminación de las personas mayores: La Observación General nº 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i><br>RUBÉN HERRANZ GONZÁLEZ ..... | 71 |
| <i>Bajo las sombras de la discriminación y vulnerabilidad: exclusión indígena en la narrativa histórica de los altos de Jalisco</i><br>LUISA FERNANDA MUÑOZ GUERRA / ALFONSO MYERS GALLARDO .....                       | 81 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Protección frente a la vulnerabilidad: el derecho al cuidado y la diversidad familiar</i><br>PATRÍCIA CARDOSO DIAS / FRANCISCA ANDRADE SANCHES .....                                                                                                                              | 95  |
| <i>Vulnerabilidade no acesso à Procriação Medicamente Assistida: a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias como meio de tutela jurisdiccional efetiva</i><br>NUNO SANTOS .....                                                                                 | 105 |
| <i>La deportación de mujeres embarazadas de ascendencia haitiana en República Dominicana: condenadas a la apatridia</i><br>BLANCA MARTÍNEZ MARCOS .....                                                                                                                              | 117 |
| <i>El derecho al nombre como un derecho de personalidad y un derecho fundamental – un análisis de las prácticas jurídicas en Portugal para la igualdad en lo que se refiere al cambio de nombre en consecuencia del cambio de mención de sexo</i><br>MARINÊZ DE OLIVEIRA XAVIER..... | 129 |

## DERECHOS HUMANOS, MIGRACIÓN Y EMPLEO

|                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Aproximación a la salud mental en las distintas etapas del ciclo migratorio</i><br>ESTHER GARCÍA-VALVERDE / TERESA PAIVA.....                                        | 137 |
| <i>Vulnerabilidad y ciudadanía en movimiento. Participación política de mujeres indígenas migrantes en Jalisco</i><br>ALFONSO MYERS GALLARDO.....                       | 151 |
| <i>Problemática y retos en el acceso a la Protección Internacional en España</i><br>ANA SARRIÓN ANDALUZ .....                                                           | 163 |
| <i>El Acuerdo de Samoa y la gestión de los Derechos Humanos</i><br>ISABEL OTERO GONZÁLEZ .....                                                                          | 173 |
| <i>Aplicación de adecuados estándares internacionales para la protección de los derechos humanos de migrantes internacionales</i><br>ANGEL FRANCISCO OLVERA QUIROZ..... | 183 |
| <i>Tren Maya: ¿qué pasa con las familias desplazadas?</i><br>ADRIANA CANTÓN.....                                                                                        | 187 |

## DERECHOS HUMANOS Y LOS DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

|                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Sesgos algorítmicos: poblaciones en riesgo y vulnerabilidad. La necesaria orientación pública de las dinámicas digitales en favor de la inclusión, igualdad y cohesión sociales</i><br>ANA VICTORIA PARRA / NOÉ GONZÁLEZ ..... | 199 |
| <i>La discriminación de género en contrataciones por modelos de Inteligencia Artificial</i><br>RICARDO VITAL DE ALMEIDA FILHO.....                                                                                                | 215 |

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Representación de las personas trabajadoras: aspectos de mejora.</i><br><i>Inteligencia Artificial y vulnerabilidad en el empleo</i><br>MANUEL HUERTAS REDONDO..... | 223 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA

|                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Mujeres embarazadas, lactantes y madre de hijos menores de 5 años en prisión</i><br>LUIS DAVID MARTÍNEZ CAMPOS / MARTHA GAONA CANTE .....                                                                                    | 231 |
| <i>Los Derechos Humanos, reclusos y exreclusos</i><br>SAÚL JUÁREZ CORTÉS .....                                                                                                                                                  | 247 |
| <i>Los Derechos Humanos de las Mujeres en Reclusión y ante el Sistema Penal</i><br>CUAUHTÉMOC GRANADOS DÍAZ / NORMA ANGÉLICA CALLEJAS ARREGUÍN .....                                                                            | 255 |
| <i>¿Prisión preventiva, un anticipo de pena?</i><br>ADRIANA ENRIQUETA GHIGLINO .....                                                                                                                                            | 269 |
| <i>Las dolientes madres buscadoras, víctimas del Estado</i><br>MARTHA GAONA CANTE / LUIS DAVID MARTÍNEZ CAMPOS .....                                                                                                            | 283 |
| <i>El feminicidio en México una realidad que rebaso el sistema de procuración e impartición de justicia</i><br>NANCY CONTRERAS CRUZ .....                                                                                       | 297 |
| <i>La incorporación del enfoque interseccional y la perspectiva de género en el acceso a la justicia frente a factores de desigualdad y discriminación</i><br>SELENA TIerno BARRIOS .....                                       | 307 |
| <i>Derecho de las víctimas a conocer la verdad en México</i><br>GENARO JUÁREZ CORTÉS .....                                                                                                                                      | 319 |
| <i>Memoria histórica y libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español</i><br>MANUEL CABEZAS VICENTE.....                                                                                                             | 327 |
| <i>La criminalización de la justicia indígena en Ecuador</i><br>NADYA GARCÍA YÉPEZ .....                                                                                                                                        | 351 |
| <i>Aporofobia y justicia: un enfoque victimológico basado en sentencias</i><br>AMAIA YURREBASO / SANDRA PÉREZ AUSÍN / EVA MARÍA PICADO VALVERDE.....                                                                            | 361 |
| <i>Enfoque diferencial desde la interseccionalidad en centros especializados</i><br>KEREN ELIZABETH REYES CASTRO .....                                                                                                          | 381 |
| <i>Lineamientos estratégicos para la FAC sobre nuevas tecnologías militares en operaciones aéreas y espaciales, un análisis desde la perspectiva jurídica</i><br>ZULLY XIMENA ROJAS ORTIZ / PAULA ALEJANDRA PRIETO ARARAT ..... | 393 |



## PRÓLOGO

**E**SCRIBIR ESTE PRÓLOGO no es solo un ejercicio académico, sino también un compromiso. Un compromiso con la idea de que hablar de vulnerabilidad no es hablar de «otros», sino de todos nosotros. Porque la vulnerabilidad no es una característica excepcional de ciertos grupos, sino una condición inherente a la existencia humana.

A lo largo de la vida, todos enfrentamos situaciones que nos recuerdan que no somos autosuficientes, que dependemos del cuidado, del apoyo, de estructuras que nos sostengan cuando estamos en riesgo. Sin embargo, no todos experimentamos la vulnerabilidad en las mismas condiciones. En nuestras sociedades, hay quienes ven sus derechos sistemáticamente vulnerados, quienes viven en una precariedad constante, quienes enfrentan barreras invisibles pero contundentes que les impiden acceder a oportunidades, justicia o protección. No es la vulnerabilidad en sí misma lo que genera injusticia, sino la manera en que ciertas estructuras políticas, económicas y sociales la convierten en sinónimo de desigualdad y exclusión.

Este libro es el resultado de un esfuerzo colectivo por reflexionar sobre estas realidades. Reúne investigaciones y análisis que exploran la vulnerabilidad desde múltiples ángulos: la privación de libertad y la difícil reinserción social; las barreras que enfrentan las mujeres en distintos ámbitos, desde el empleo hasta el acceso a la justicia; la lucha de las víctimas por el derecho a la verdad; los desafíos de la infancia y la adolescencia en entornos de desprotección; la situación de quienes migran en busca de una vida digna; el envejecimiento en un mundo que privilegia la productividad por encima del cuidado.

Cada uno de estos temas no es solo un objeto de estudio, sino un llamado a la acción. Desde el **Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca**, asumimos con convicción la tarea de generar espacios para este tipo de reflexiones. No nos interesa una academia encerrada en sí misma, sino una que incida, que transforme, que sirva para iluminar caminos de cambio. Sabemos que

el conocimiento, cuando se pone al servicio de la justicia, tiene el poder de desafiar las estructuras que perpetúan la exclusión y la indiferencia.

Por eso, este prólogo es también una invitación. Una invitación a mirar la vulnerabilidad no como una carga, sino como un recordatorio de nuestra interdependencia. A rechazar la idea de que solo quienes tienen poder o privilegio pueden marcar el rumbo de nuestras sociedades. A reconocer que la verdadera fortaleza no está en la autosuficiencia, sino en la capacidad de construir redes de apoyo, de defender los derechos de quienes se encuentran en mayor riesgo, de comprometernos activamente en la protección de la dignidad humana.

Que estas páginas no sean solo una lectura, sino un punto de partida. Que sirvan para seguir reflexionando, pero, sobre todo, para seguir actuando. Porque la vulnerabilidad nos interpela a todos. Y responder a ella con justicia, solidaridad y compromiso es, al final, lo que define la verdadera humanidad.

AMAIA YURREBASO MACHO  
*Directora del Congreso y miembro del Centro de Investigación  
en DD.HH. y Políticas Públicas (CIDH–Diversitas)  
Universidad de Salamanca*

DERECHOS HUMANOS  
DE COLECTIVOS  
EN SITUACIÓN  
DE VULNERABILIDAD



# ESTRATEGIAS DE INTERVENCIÓN FAMILIAR CON MENORES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN EN EL AYUNTAMIENTO DE MEDINA DEL CAMPO

VEGAS HERRARTE, MARÍA ROSA

PÁEZ BARAJA, ESTEFANÍA

RICO VEGAS, ÁNGELA

*Ayuntamiento de Medina del Campo*

## RESUMEN

El objetivo es exponer las estrategias de intervención para la defensa de los derechos de los menores, así como la intervención específica que se realiza para su protección desde los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Medina del Campo. El trabajo interdisciplinar de los diferentes profesionales, así como el trabajo en red con otras entidades permiten una intervención eficiente y de calidad, abordando los aspectos de la misma que deben ser revisados y los procesos de mejora que se vienen implementando a través del proceso de supervisión. La existencia de un «Comité de Ética en Servicios Sociales» permite el análisis de los valores y dilemas éticos encontrados en los casos y tiene una importante labor en la gestión de las emociones de los profesionales.

Palabras clave: *menores en riesgo; interdisciplinar; trabajo en red; supervisión de casos; comité de ética.*

## ABSTRACT

The objective is to present the intervention strategies for the defense of the rights of minors, as well as the specific intervention carried out for their protection by the Medina del Campo Social Services. The interdisciplinary work of the different professionals, as well as the networking with other entities allow an efficient and quality intervention, addressing

the aspects of the intervention that must be reviewed and the improvement processes that are being implemented through the supervision process. The existence of an “Ethics Committee in Social Services” allows for the analysis of the values and ethical dilemmas found in the cases and has an important role in the management of the emotions of professionals.

Keywords: *minors at risk; interdisciplinary; networking; case supervision; ethics committee.*

## FUNDAMENTACIÓN LEGAL Y TÉCNICA

EL AYUNTAMIENTO DE MEDINA DEL CAMPO elabora el **Plan Municipal de Infancia y Adolescencia** con el objetivo de organizar todas las actividades que el municipio realiza a favor de las niñas, niños y adolescentes de la localidad con un doble propósito: dimensionar las acciones, planes y programas dirigidos a este grupo poblacional y, al mismo tiempo, garantizar la coherencia y coordinación entre las diferentes áreas y concejalías municipales.

En el ámbito de protección de la infancia, tal como establece el artículo 19 de la Convención Internacional de derechos Humanos de niños y niñas (UNESCO, 2019), se presta una atención especial a la infancia a través de los servicios municipales, enfatizando las intervenciones en unidades familiares con menores en situación de desprotección para garantizar que reciban las atenciones que necesitan para su correcto desarrollo.

*La Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León*, establece el marco de protección a la infancia en esta Comunidad Autónoma. La acción protectora afecta tanto a las situaciones de riesgo como a las de desamparo e implica a todos los poderes públicos para tratar de disminuir todos los factores de riesgo que incidan en la situación en que se encuentra el menor, promoviendo factores de protección que permitan la mejora del medio familiar y la atención de las necesidades del menor en condiciones mínimas adecuadas.

El sistema de protección a la infancia en Castilla y León se configura sobre un reparto competencial entre la Administración local y la Administración autonómica, configurando no obstante un sistema único en el que cada agente ejerce sus competencias en función, principalmente, del nivel de gravedad de la situación detectada y en total coordinación y colaboración con el resto de agentes competentes y participantes en la protección a la infancia.

La Gerencia de Servicios Sociales ha aprobado diferentes guías y manuales de intervención: la Guía 1 de *Detección y notificación ante situaciones de desamparo y riesgo en la infancia*, la Guía 2 de *Investigación y evaluación ante situaciones de desprotección de la Infancia*, y la Guía 3: *«Procedimiento de actuación de las corporaciones locales respecto a menores en situación de desprotección»*. En esta última se recogen los principios de actuación, los niveles de protección, las medidas y actuaciones, así

como los diferentes programas de protección, sus objetivos y las fases del procedimiento que son de aplicación en toda la comunidad.

El Ayuntamiento de Medina del Campo, aprobó a su vez su propio «*Mapa de procesos de intervención con menores en situación de riesgo*», un documento dinámico y en constante revisión en el que se plasma cómo se deben llevar a cabo las distintas fases del procedimiento en el contexto concreto del municipio de Medina del Campo, qué profesionales son los responsables de cada paso y qué recursos específicos podemos poner al servicio de los menores, así como qué indicadores de evaluación implementamos para poder valorar las actuaciones desarrolladas y, sobre todo, poder identificar fallos y poner en práctica las mejoras correspondientes.

Es ampliamente asumido que el desarrollo de los derechos de la infancia requiere de una intervención integral que tenga en cuenta la dimensión preventiva y la atención a las necesidades de los menores en todos los ámbitos, con especial atención a aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Este tipo de intervención sólo puede llevarse a cabo desde un modelo de trabajo interdisciplinar y en red en el que intervienen distintos agentes que aportan, desde sus propias competencias, su granito de arena al bienestar de la infancia.

Por ello es preciso construir foros y lugares de encuentro en los que llevar a cabo un trabajo compartido entre entidades del ámbito educativo, sanitario o judicial, sin olvidar la importante aportación de entidades del tercer sector.

## ESTRATEGIAS DE TRABAJO INTERDISCIPLINAR Y EN RED COMO FORMA DE INTERVENCIÓN INTEGRAL CON LA INFANCIA EN RIESGO

La puerta de entrada a los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Medina del Campo es el *Equipo de Acción Social Básica* (en adelante EASB) formado por las Trabajadoras Sociales, coordinadoras de los casos de las cinco zonas en las que se divide el municipio a efectos de atención. Este equipo constituye el primer nivel de atención al que llegan los casos de menores en posible situación de desprotección.

El Ayuntamiento de Medina del Campo cuenta también con un *Equipo de Apoyo a Familias* (en adelante EAF), segundo nivel de atención, compuesto por una Psicóloga y dos Educadoras Familiares, y otros profesionales de apoyo como una Asesora Jurídica.

Todos estos profesionales cuentan con una amplia trayectoria de trabajo interdisciplinar, pero también de trabajo en red con otras entidades. El trabajo interdisciplinar implica que profesionales procedentes de distintas disciplinas (Trabajadores/as Sociales, Psicólogos/as, Educadores/as...) trabajen en colaboración con el

propósito común de promover el buen trato a la infancia, estableciendo objetivos, tomando decisiones y compartiendo recursos y responsabilidades.

#### A. LA COMISIÓN TÉCNICA DE INFANCIA

La Comisión Técnica de Infancia está formada por todos los profesionales que intervienen en los casos de menores, tanto del primer nivel (EASB) como del segundo nivel (EAF), así como los profesionales de apoyo.

El objetivo de esta comisión es realizar un verdadero trabajo interdisciplinar sobre los casos en los que se está interviniendo, generando desde su ámbito competencial, sinergias que permiten un abordaje global desde el inicio de la valoración.

La Comisión se reúne una vez al mes o de manera extraordinaria a petición de cualquier profesional. Se valora la información inicial sobre los casos, realizando un diagnóstico conjunto y se toman decisiones sobre las líneas de actuación. Desde la Comisión Técnica de Infancia se realiza también un seguimiento y evaluación de todos los casos con intervención abierta en el municipio.

#### B. GRUPO TÉCNICO DE TRABAJO EN MATERIA DE MENORES

El Grupo Técnico de Trabajo en materia de menores se constituye en el año 2008 para la información, análisis, asesoramiento y coordinación sobre las cuestiones que pueda surgir en materia de menores en situación de riesgo. El fin último es contribuir a la protección de los menores, la prevención de situaciones de riesgo y promover la coordinación de actuaciones entre las diferentes entidades intervinientes.

Está compuesto por técnicos de los Servicios Sociales municipales, así como por personal del ámbito sanitario, representantes de todos los centros educativos y de la Policía Local y Nacional. Se reúne al menos una vez cada tres meses llevando a cabo las siguientes funciones:

- Detectar las posibles situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social de los menores.
- Intercambio de información entre las distintas entidades sobre menores en situación de riesgo.
- Una vez valorado en riesgo, proponer las actuaciones de apoyo a la familia que garanticen los derechos de los menores, disminuyan los factores de riesgo y promuevan factores de protección de los mismos y sus familias.
- Seguimiento de las actuaciones de apoyo a la familia propuestas.

- Análisis estratégico de las necesidades de la infancia en el municipio de Medina del Campo y propuesta de actuaciones de prevención y protección a la infancia.

## LA SUPERVISIÓN DE CASOS PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA INTERVENCIÓN. EJEMPLO DE INTERVENCIÓN EN UN CASO

En el ámbito de la Comisión de Infancia, se ha puesto en marcha la supervisión de casos, teniendo como objetivo crear un «espacio de reflexión donde aunar el marco teórico y práctico, que permita la construcción del conocimiento y la mejora de la praxis profesional» (Berasaluze, Ariño, Ovejas y Epelde, 2020, p. 19).

Desde este enfoque entendemos la supervisión en el ámbito profesional como «el análisis de la práctica profesional que realizan los trabajadores de ámbitos psicosociales. Es un trabajo sobre el trabajo, un metatrabajo que se sitúa en la interfaz entre el aprendizaje, la formación, la educación y el apoyo a una organización. La supervisión en intervenciones sociales llevada a cabo por un supervisor externo a la institución es un proceso y una relación que tiene como objetivo revisar el trabajo profesional y los sentimientos que acompañan la actividad. También ayuda a contrastar los marcos teóricos y conceptuales con la praxis cotidiana». Carmina Puig (2010).

Siguiendo las diferentes guías y manuales aprobados por la Junta de Castilla y León para la actuación de las corporaciones locales en relación a menores en situación de desprotección, se muestra cómo se ha llevado a cabo el proceso de supervisión de la intervención social realizada ante un caso de desprotección, comunicada al CEAS por un ciudadano que desea permanecer en el anonimato (denunciante). Se pretende exponer una pequeña guía que facilite el abordaje de este tipo de casos, examinando la metodología que se ha llevado a cabo en el proceso a través del análisis de tres cuestiones:

### I. FASES DE PROCEDIMIENTO

Se trata de responder a la Pregunta: «¿se Han llevado a cabo correctamente todas las fases de procedimiento?»

- 1º. Conocimiento del caso: comunicación y recepción.
- 2º. Regogida de información y valoración inicial por el EASB.
- 3º. Análisis y valoración del riesgo por la comisión de infancia.
- 4º. Plan de caso.
- 5º. Evaluación y cierre

## II. HERRAMIENTAS Y TÉCNICAS EMPLEADAS EN CADA FASE

«¿Se han utilizado las herramientas y técnicas de manera correcta en cada fase?».

## III. ESTILO PROFESIONAL–TIPO DE DISCURSO A UTILIZAR EN CADA FASE

Se trataría de responder a las siguientes preguntas: «¿Se ha proporcionado el marco y las condiciones para llevar adecuadamente el proceso de ayuda?», «¿La información transmitida ha sido clara y se ha utilizado un lenguaje comprensible?», «¿Se ha delimitado el problema?», «¿Se ha proporcionado un contexto facilitador para la exposición de dudas?».

Una vez confirmado que se han llevado a cabo las distintas fases del procedimiento, analizamos en cada fase las herramientas y técnicas empleadas, así como el estilo profesional a través del discurso que se debe utilizar en la intervención.

### FASE 1. *Conocimiento del caso: comunicación y recepción.*

---

#### Herramientas y técnicas empleadas

---

A través de la entrevista con el denunciante se recaban los datos relativos al menor, a la familia y al incidente objeto de denuncia.

Para ello se deben tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- Escucha activa: establecer un clima de confianza.
  - Validar su decisión de informar como ciudadano preocupado por el bienestar de los menores. Desculpabilizar la acción de denuncia.
  - Preservar la intimidad del comunicante.
  - Información clara sobre el funcionamiento del sistema de servicios sociales.
  - Es importante trasladar el agradecimiento por su colaboración a la protección a la infancia.
- 

#### Estilo profesional–tipo de discurso

---

*Se usarán frases del tipo:*

- «Es normal que vengas nervioso, que tengas sentimiento de culpa, son vecinos majos que los conoces desde hace tiempo».
  - «Vemos que eres un ciudadano preocupado por el bienestar de unos niños, afortunadamente cada vez hay más gente que está comprometida a nivel social».
- 

### FASE 2. *Recogida de información y valoración inicial.*

---

#### Herramientas y técnicas empleadas

---

1º Cuestiones a tener en cuenta en la 1ª Entrevista con la familia:

- Presentación profesionales y objeto de la citación.
  - Honestidad en la transmisión de la información. Comunicación no acusadora, proveedores de ayuda.
-

- 
- Adaptación al lenguaje y situación familiar.
  - Control de posibles actitudes negativas de los padres (hostilidad).

Se solicitará por escrito información a las diferentes entidades que tienen relación con el menor y con la familia.

A través de la entrevista, la visita al domicilio y los datos obtenidos de las distintas entidades que trabajan con el menor, se concluye que en el caso existe una situación de «riesgo grave con colaboración», fundamentado por los siguientes indicadores, que permiten la elaboración del plan de caso, orientado a la preservación familiar:

- Escaso grado de conocimiento en relación con el problema.
  - Negligencia física y psicológica.
  - Modelo de vida en el hogar inadecuado para el niño.
- 

#### Estilo profesional—tipo de discurso

---

**Presentación:** «mi nombre es.....», TS de servicios sociales. Hemos recibido información sobre distintas situaciones donde su hijo ha estado afectado y se le ha podido dañar. Nuestro servicio tiene la obligación de investigar este tipo de informaciones. Insistir en el papel de proveedores de ayuda.

**Preguntas abiertas:** ¿cómo es el niño cuando está en la casa? ¿Cómo definirías la relación que tenéis? ¿cómo es su comportamiento? ¿cómo le afecta al niño cuando mostráis enfado? ¿qué hacéis para solucionar esta situación?

**Preguntas cerradas:** ¿ese problema te está afectando a ti y a tu hijo? ¿tenéis apoyos familiares? ¿estaríais dispuestos a iniciar un programa de apoyo a la familia para mejorar la situación? ¿podríamos ver a vuestro hijo e ir al domicilio?

Una vez realizado el diagnóstico, esta información se debe trasladar a la familia:

«Como os explicamos en la anterior entrevista, íbamos a consultar a las diferentes entidades que ven al niño, y con esa información y después de haber hablado con vosotros y visto al niño, hay aspectos en los que necesitáis un apoyo para que las necesidades del niño estén cubiertas y haya un buen funcionamiento familiar. Estos aspectos por mejorar serían los siguientes \_\_\_\_\_. Para mejorar esta situación vosotros sois los principales protagonistas del cambio y nosotros os acompañaremos en este proceso, necesitamos de vuestra colaboración para que la situación del niño mejore y pueda desarrollarse en todos los aspectos de su vida.

---

### FASE 3. *Análisis y valoración del riesgo por la comisión de infancia.*

Después de valorar la situación de riesgo grave con colaboración se realiza reunión conjunta con el EAF, donde se llega a un consenso sobre el diagnóstico de la situación del menor, se elabora el Acuerdo de Intervención Familiar consensuado con la familia, que deberá ser firmado por ambas partes.

---

#### Herramientas y técnicas empleadas

---

Los distintos profesionales deben aplicar todas las herramientas necesarias para realizar un verdadero trabajo interdisciplinar, respondiendo entre otras, a las siguientes preguntas:

---

- 
- Menor: ¿qué le pasa al menor?, ¿qué necesidades no tiene cubiertas? Datos sanitarios y educativos del menor.
  - Familia: recursos propios. Dificultades para atender las necesidades del menor:

Tras el análisis del caso se pueden tomar las siguientes decisiones.

- No intervenir por no considerarse que existe una situación de riesgo para los menores, con propuesta de derivación a otros recursos comunitarios, valorando la adecuación a los mismos.
  - Actuaciones de prevención individualizada desde CEAS, contempladas en su Proyecto Individualizado de Inserción
  - Intervenir en alguna de las modalidades:
    - *Asesoramiento del EAF a CEAS.*
    - *Valoración de Riesgo de la situación del menor,*
    - *Seguimiento de la situación del menor.*
    - *Orientación y Asesoramiento.*
    - *Intervención como Actuación de Corporación Local.*
  - Derivar el caso a la Sección de Protección a la Infancia por valorarse la propuesta de Declaración de riesgo, posible cesión voluntaria de la guarda o posible desamparo.
- 

#### Estilo profesional–tipo de discurso

---

El trabajo interdisciplinar debe basarse en el respeto y la confianza mutua para que cada miembro pueda aportar al caso el conjunto de conocimientos y habilidades derivados de su profesión. El resultado de esta valoración conjunta requiere un esfuerzo hacia el consenso y el entendimiento mutuo, poniendo siempre a la familia en el centro de la intervención.

Los técnicos implicados deberán conocer en todo momento la situación de los casos de los que realizarán un seguimiento conjunto.

---

### FASE 4. *Plan de caso.*

---

#### Herramientas y técnicas empleadas

---

Se trabaja desde el modelo de relación de alianza de trabajo con el usuario (Guía 3, 2019) cuidando especialmente los siguientes aspectos:

- Enganche en el proceso de intervención.
- Seguridad dentro del sistema.
- Conexión emocional con el profesional.
- Sentido de compartir el propósito de la intervención.

Hay que realizar un análisis de los factores biológicos, psicológicos, relacionales y sociales que mantienen el problema, así como los recursos que tiene la familia para el cambio (Escudero, 2020).

---

#### Estilo profesional–tipo de discurso

---

El EAF se presenta como un apoyo en la mejora de las condiciones educativas y de protección de los padres hacia los hijos, sin perder la perspectiva de control de la situación: *«no estamos aquí para juzgarlos sino para acompañarlos en este proceso de cambio»*.

---

---

El EAF se presenta como un apoyo en la mejora de las condiciones educativas y de protección de los padres hacia los hijos, sin perder la perspectiva de control de la situación: *«no estamos aquí para juzgarlos sino para acompañarlos en este proceso de cambio»*.

Hacer partícipe a los progenitores en la elaboración de los objetivos de intervención, haciéndoles conscientes de la situación: *«enumera por orden de prioridad los problemas más importantes»*.

Validación de las vivencias familiares: *«entendemos la situación de estrés por la que estáis pasando, estamos aquí para ayudarlos y buscar estrategias para que vosotros os sepáis desenvolver de manera adecuada a las necesidades de vuestro hijo»*.

Importante la adaptación al ritmo de cambio de la familia y los posibles retrocesos en el cumplimiento de objetivos.

---

### FASE 5. Evaluación y cierre.

---

#### Herramientas y técnicas empleadas

Si bien la evaluación será continua a lo largo de la intervención, se llevará a cabo una evaluación final donde se comprobará la consecución de los objetivos y su consolidación en el tiempo. Es importante trabajar el desenganche con la familia en la última fase, alargando el tiempo transcurrido entre una intervención y la siguiente, favoreciendo la autosuficiencia y reforzando la capacitación familiar. Al finalizar de la intervención se realizará un informe final de la misma, proponiendo las actuaciones de seguimiento que se estimen oportunas.

---

#### Estilo profesional–tipo de discurso

Entrevista de cierre formal: valoración conjunta con la familia de los cambios producidos en relación con la intervención. Reforzar los objetivos logrados y señalar los conseguidos parcialmente en los que es necesario seguir mejorando.

Entrevistas orientadas a prevenir recaídas en situación de desprotección.

Facilitar la desvinculación progresiva de los profesionales favoreciendo la autonomía familiar y retirada de apoyos formales.

Es importante cuidar el lenguaje y contenido de los informes.

Es fundamental proponer otras actuaciones y recursos en caso necesario: fortalecimiento de redes sociales de apoyo.

---

## PAPEL DEL COMITÉ DE ÉTICA DE MEDINA DEL CAMPO EN LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA ATENCIÓN A LOS MENORES

Tras la aprobación del reglamento en el Pleno del Ayuntamiento en noviembre de 2017, se constituye formalmente el Comité de Ética de los Servicios Sociales de Medina del Campo como un «órgano colegiado de consulta y deliberación, de naturaleza interdisciplinar y funcionamiento independiente, para el análisis y asesoramiento de las cuestiones de carácter ético que surjan en la intervención social» (Reglamento municipal, 2017, p. 1).

En lo referente a la atención de los menores, el Comité de Ética tiene por finalidad generar conocimiento y modos de actuación que repercutan en la calidad de la intervención social y en el bienestar de la infancia en situación de riesgo, velando porque se garantice su dignidad y el respeto a sus derechos. En este ámbito, desde su constitución, a través de sus diferentes actuaciones, ha permitido:

- Sensibilizar al personal que trabaja en el ámbito de los Servicios Sociales, tanto desde entidades públicas como privadas, respecto de la dimensión ética de la protección a los menores.
- Analizar, asesorar y facilitar la toma de decisiones ante conflictos éticos y de valor que se producen con ocasión de la intervención social. El análisis de los casos planteados ha permitido discriminar las distintas alternativas de intervención y las dimensiones éticas implicadas en cada una de ellas, descartando cursos extremos para optar por cursos intermedios más respetuosos con los derechos y los proyectos de vida de los menores y sus familias.
- Se ha prestado especial atención al malestar emocional que genera en los profesionales la intervención con casos de menores especialmente complejos, en los que no siempre se cumplen los objetivos iniciales, permitiendo entender y gestionar mejor estos procesos.
- Promover la elaboración de protocolos de actuación y códigos de buenas prácticas en la protección a los menores.
- Promover la formación en ética aplicada a la intervención social con menores entre los menores de las distintas entidades que intervienen en la misma.
- Impulsar la formación de grupos de reflexión ética entre las entidades que intervienen en la protección de los menores.

## VALORACIÓN Y RETOS FUTUROS

La implementación de un verdadero trabajo interdisciplinar y en red con distintas entidades, así como incluir la perspectiva ética, ha permitido grandes avances en el ámbito de la intervención integral con los menores en desprotección, si bien debemos seguir trabajando para hacer frente a los siguientes retos:

1. Realización de un diagnóstico y análisis estratégico desde diferentes perspectivas sobre la situación general de los menores en situación de desprotección en nuestro municipio.
2. Intercambio fluido de información entre las diferentes entidades. Se valora una reserva elevada de las entidades a la hora de comunicar situaciones de desprotección a servicios sociales siguiendo los protocolos de actuación

existentes. Es más frecuente la coordinación verbal, de manera mayoritaria mediante contacto telefónico y en contacto directo con los técnicos de Servicios Sociales, sin que se lleguen a recibir comunicaciones por escrito de posibles situaciones de desprotección.

Es importante poner a los menores en el centro de la intervención. La existencia de una información fluida entre las entidades permite consensuar y reforzar determinadas intervenciones y redirigir otras hacia estrategias más efectivas.

3. Debe existir un mayor compromiso institucional con la formación y reciclaje continuado de los profesionales que intervienen con menores, teniendo en cuenta además que existe un cambio constante de profesionales en ámbitos como el sanitario o el educativo. En ocasiones se detecta un desconocimiento de los protocolos del propio ámbito de actuación.
4. Construcción de un lenguaje común en relación con la protección de los menores en desprotección. Se detecta a menudo que el lenguaje que venimos utilizando en los Servicios Sociales no es compartido o entendido por otras entidades.
5. Puesta en marcha de nuevos recursos y actuaciones de tipo preventivo e intervención comunitaria adecuados al diagnóstico estratégico.

## REFERENCIAS

- AYUNTAMIENTO DE MEDINA DEL CAMPO (2018). *Plan Municipal de Infancia y Adolescencia de Medina del Campo 2018-2022*.
- CENTRO DEL ACCIÓN SOCIAL DEL AYUNTAMIENTO DE MEDINA DEL CAMPO. *Mapa de procesos de intervención con menores en situación de riesgo*. Ayuntamiento de Medina del Campo.
- ESCUDERO, V. (2020). *Guía práctica para la intervención familia*. 2º edición. Junta de Castilla y León.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (1998). GUÍA 1: *DETECCIÓN Y NOTIFICACIÓN ANTE SITUACIONES DE DESAMPARO Y RIESGO EN LA INFANCIA*. GERENCIA DE SERVICIO SOCIALES DE CYL.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (1998). GUÍA 2: *INVESTIGACIÓN Y EVALUACIÓN ANTE SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LA INFANCIA*. GERENCIA DE SERVICIO SOCIALES DE CYL.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (2018). GUÍA 3: *PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN EN LAS CORPORACIONES LOCALES RESPECTO DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN*. JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN.
- LEY 14 de 2002. De promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León. 25 de julio de 2002. BOE No. 197.
- NACIONES UNIDAS (1989). CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

PUIG CRUELLS, C. (2010). *Del supervisar y de la supervisión en la intervención social. Revista de Treball Social*, 189 (56-67). Barcelona: Col·legi Oficial de Diplomats en Treball Social i Assistents Socials de Catalunya.

REGLAMENTO MUNICIPAL por el que se crea y se regula el comité de ética de los servicios sociales de Medina del Campo. 13 de noviembre de 2017.

# VULNERABILIDAD INFANTIL FRENTE A LA SUSTRACCIÓN ILEGAL DE MENORES, COOPERACIÓN MÉXICO – ESPAÑA EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

GUERRERO VERANO, MARTHA GUADALUPE  
*Universidad Nacional Autónoma de México*  
*Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*

## RESUMEN

Entre los grupos vulnerables se encuentran los menores de edad, su vulnerabilidad se incrementa ante ciertos factores, como lo es cuando son víctimas de sustracción ilegal por parte de uno de sus progenitores, para ser llevados fuera de su hogar, e incluso en ocasiones, fuera de su país. Ante estas situaciones, los Estados establecen acciones de cooperación para lograr que la restitución internacional sea llevada a cabo de la mejor manera posible en beneficio del menor. Tanto México como España son parte de la Convención de la Haya en la materia, por lo que este trabajo analizará la cooperación entre ambos países para alcanzar el bienestar infantil en favor del interés superior del menor.

Palabras clave: *Vulnerabilidad infantil; Sustracción ilegal; Restitución internacional*

## ABSTRACT

Between vulnerable groups there are children, their vulnerability increases because certain factors, such as when they are victims of illegal abduction by one of their parents, to be taken away from their home and sometimes outside of his country. In these situations, States establish cooperative actions to ensure that international restitution be carried in the best possible way for the benefit of the child. Mexico and Spain are part of the Hague Convention on the matter, so, this work will analyze the cooperation between both countries to rich child well-being in favor of the superior child interest.

*Keywords: Child vulnerability; Illegal abduction; International restitution*

## VULNERABILIDAD INFANTIL

EN MÉXICO, los niños, niñas y adolescentes son considerados dentro de los grupos vulnerables; su vulnerabilidad aumenta cuando son sustraídos ilegalmente y llevados a otro país. Para la protección de sus derechos humanos resulta fundamental la acción de los Estados, tanto del Estado del que fue sustraído como del Estado al que es llevado, por lo cual es importante la cooperación para lograr la restitución internacional, procurando siempre el interés superior del menor.

### SUSTRACCIÓN ILEGAL DEL MENOR

Se considera como sustracción ilegal cuando el menor es sacado de su hogar por uno de sus progenitores y llevado a otro lugar sin la autorización del progenitor que tiene la custodia del menor. El traslado suele realizarse dentro del territorio del propio país, por lo que las autoridades encargadas de realizar la restitución del menor son las del mismo Estado. Sin embargo, cuando el menor es sacado del país de su residencia habitual y es llevado a otro, es necesario realizar la restitución internacional, para lo cual es preciso saber el lugar al que ha sido llevado, para proceder a la solicitud de la restitución internacional.

En el Artículo 3 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (Convención de la Haya) se considera el traslado o retención del menor como ilícitos en dos supuestos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

De cualquier manera, el hecho de separar al menor de manera arbitraria del progenitor que tiene su custodia, y trasladarlo a otro país, constituye un acto que va en detrimento del interés superior del menor.

## LOS TRATADOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Una cuestión un tanto controvertida en muchas partes del mundo es la recepción del Derecho Internacional en los derechos internos de los Estados, la cual se manifiesta en la mayoría de las veces a través de la celebración de tratados. Sabiendo que lo importante mas allá de la celebración del tratado, es la incorporación de dicho tratado en el ordenamiento jurídico del Estado, pero más aún, el nivel de importancia que se le asigna dentro del mismo.

En algunos Estados se aplica lo que se conoce como el bloque de Convencionalidad, en otros la Jerarquía Constitucional, lo cierto es que esta inquietud será respondida por lo señalado en cada uno de los ordenamientos jurídicos, y si se tiene en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico y tomando en consideración la Pirámide de Kelsen, el máximo ordenamiento es la Constitución, habrá que analizar qué es lo que señalan las Constituciones con respecto a los Tratados.

#### LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la Constitución del Reino de España, de 1978, se asigna al Título III. De las Cortes Generales, un capítulo, el tercero, para los Tratados Internacionales, siendo del Artículo 93 al Artículo 96.

La Constitución española establece, en el numeral 1 de su artículo 96, lo siguiente respecto a los Tratados Internacionales:

##### Artículo 96

1. **Los tratados internacionales** válidamente celebrados, **una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno**<sup>1</sup>. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Es decir, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE), los Tratados Internacionales forman parte del ordenamiento jurídico español, lo que se podría considerar como una recepción directa del Derecho Internacional, remarcando que deben ser ratificados por el Estado español.

En cuanto a su cumplimiento, en el Artículo 93 de la Constitución se establece que: «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, **la garantía del cumplimiento de estos tratados**...», lo cual es sumamente importante debido a que en el propio texto de la Constitución se instituye la garantía de su cumplimiento, el deber de cumplir con los instrumentos internacionales que com-

<sup>1</sup> Énfasis añadido.

peten al Estado Español, ya sean Tratados Internacionales y/o resoluciones «emanadas de los organismos internacionales o supranacionales».

Además, en el Artículo 94 se estipulan los tratados para los cuales se requieren previa autorización de las Cortes Generales.

## LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Desde 1917 en el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establecía en el Artículo 133 la importancia de los Tratados Internacionales, este artículo ha tenido mínimas modificaciones, básicamente en lo relacionado con la aprobación de los Tratados, más no en lo relacionado a la jerarquía de éstos. En el texto original los tratados eran aprobados por el Congreso, en el texto actual por el Senado. No obstante, lo importante a resaltar es que el Artículo 133 señala:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y **todos los tratados** que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, **serán la Ley Suprema de toda la Unión.**

Los jueces de cada Entidad Federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las Entidades Federativas».

Con este artículo quedaba claramente establecido que los Tratados Internacionales celebrados eran y son «LEY SUPREMA DE TODA LA UNIÓN», y que los jueces de las Entidades Federativas deben adecuarse a la Constitución, Leyes y Tratados Internacionales. Por tanto, se declara la supremacía Constitucional, así como la preponderancia de los Tratados Internacionales.

Aún así, para impulsar aún más los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, del 2011, se reiteró la importancia de los Tratados Internacionales, al señalar en los dos primeros párrafos del Artículo 1º Constitucional lo siguiente:

**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,<sup>2</sup> así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

<sup>2</sup> Énfasis añadido.

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

Con esta reforma del 10 de junio del 2011, principalmente en el Artículo 1º Constitucional, se fortalece la importancia de los Tratados Internacionales que ya se priorizaba en el Artículo 133 desde el texto original de 1917.

## LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Un Tratado Internacional trascendental para la restitución internacional de menores es la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, conocida comúnmente como la Convención de La Haya, la cual fue celebrada en La Haya, Países Bajos el 25 de octubre de 1980, entró en vigor el 1º de diciembre de 1983.

En esta Convención se establecen los lineamientos que los Estados parte han de seguir para procurar la restitución internacional de una manera rápida y eficaz, proporcionando al menor sustraído a mayor seguridad posible.

### RATIFICACIÓN DE MÉXICO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

México depositó el instrumento de adhesión el 20 de junio de 1991 por lo que entró en vigor para el país el 1º de septiembre de 1991, fue promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

Se estableció como Autoridad Central mexicana a la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) a través de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior (DGPMEX), y como Dependencias Ejecutoras a la Fiscalía General de la República (FGR) y al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

### RATIFICACIÓN DE ESPAÑA DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA

España depositó el instrumento de ratificación el 28 de mayo de 1987, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de agosto de 1987 (BOE núm. 202), entró en vigor el 1º de septiembre de 1987.

La ratificación fue promulgada en el BOE de la siguiente manera:

JUAN CARLOS I,  
REY DE ESPAÑA

*Por cuanto* el día 7 de febrero de 1986, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en La Haya el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

*Vistos y examinados* los cuarenta y cinco artículos de dicho Convenio.

*Concedida* por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

*Vengo en aprobar y ratificar* cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *Mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con la siguiente declaración: «España designa como Autoridad Central a: La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, San Bernardo, 45.–28015 Madrid».

Dado en Madrid a 28 de mayo de 1987.

JUAN CARLOS R.

Siendo nombrada como la Autoridad Central Española la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, San Bernardo, 45.–28015 Madrid.

COORDINACIÓN DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

El Artículo 6 de la Convención de la Haya, señala que cada Estado contratante debe designar a su autoridad central, quedando establecidas las Autoridades Centrales mexicana y española; la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores como la mexicana y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia como la española, deberán estar en permanente comunicación y colaboración cuando se presenten solicitudes de restitución internacional, tomando las medidas necesarias para que, según el Artículo 7, permitan:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la Convención;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

La colaboración entre las Autoridades Centrales de México y de España debe ser en todo momento, no solo al ingresar la solicitud de restitución, sino durante TODO el procedimiento, hasta su conclusión, para conocer si tal solicitud es procedente o no, y comunicar a las instancias pertinentes la resolución de la solicitud de restitución internacional.

#### NEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

El artículo 12 de la Convención de la Haya señala que se ordenará la restitución del menor «salvo que quede demostrado que el menor **ha quedado integrado** en su nuevo medio». Lo cual ocurre cuando el entorno al que llega le resulta más amigable.

Mientras que en el Artículo 13 se hace referencia a que: «La autoridad judicial o administrativa PODRÁ asimismo NEGARSE a ordenar la restitución del menor SI COMPRUEBA **que el propio menor** SE OPONE A SU RESTITUCIÓN, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones». Como es el caso de algunos menores que deben ser escuchados.

## CONCLUSIONES

La cooperación procesal internacional entre México y España debe realizarse atendiendo la normativa procesal de cada uno de los Estados, pero acorde al marco normativo de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Convención.

Por lo que las autoridades del Estado requerido solo se limitarán a verificar si la solicitud de restitución internacional es procedente o no, conforme a lo estipulado en la propia Convención de la Haya, sin meterse al fondo del asunto.

México y España son parte de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por lo que la cooperación entre ambos países en materia de restitución internacional es trascendental y es deber de estos Estados procurar la defensa de sus derechos humanos para alcanzar el mayor beneficio del sustraído, en aras del interés superior del menor.

Sumamente importante es que, cuando proceda una restitución internacional, ésta sea en beneficio del menor; pero también, cuando el propio menor exprese su deseo de permanecer en el nuevo entorno, la opinión del menor sea escuchada y respetada.

## REFERENCIAS

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (BOE).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (DOF).

# LA VULNERABILIDAD INFANTIL Y CORRECCIÓN PATERNA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

MATEOS BUSTAMANTE, JOSÉ  
*Universidad de Valladolid*

## RESUMEN

Los comportamientos violentos de padres a hijos en contextos educativos han sido objeto de numerosa polémica. En este trabajo se analiza la figura fundamental de justificación penal de este tipo de conductas, el derecho de corrección. En concreto, se traza un breve recorrido histórico que sintetiza su origen y evolución, se define su concreción normativa en la actualidad y, de manera central, se plantea el choque interpretativo entre el Código Penal y demás legislación aplicable y la posición del Tribunal Supremo español. Por último, se propone una solución a la distorsión interpretativa del alto tribunal mediante la figura del error sobre el alcance de las causas de justificación

Palabras clave: *Menores; Violencia; Corrección; Penal; Error.*

## ABSTRACT

Violent behaviors from parents toward children in educational contexts have been the subject of significant controversy. This work examines the fundamental figure of criminal justification for such conduct, the right of correction. Specifically, it outlines a brief historical overview that summarizes its origin and evolution, defines its current normative framework, and, centrally, addresses the interpretative conflict between the Criminal Code and other applicable legislation and the position of the Spanish Supreme Court. Finally, a solution to the interpretative distortion by the high court is proposed through the concept of error regarding the scope of justification grounds.

Keywords: *Minors; Violence; Correction; Criminal; Error.*

## INTRODUCCIÓN. VULNERABILIDAD INFANTIL Y PROBLEMA JURÍDICO

**E**N MATERIA DE VULNERABILIDAD los menores<sup>1</sup>, y muy especialmente los niños, ocupan una situación particularmente desfavorecida. Comparten, al igual que otros grupos vulnerables, una situación de minusvaloración social y discriminación sistemática y una posición incompleta, pues son considerados únicamente miembros en potencia de los grupos a los que pertenecen. Ser menor de edad, y aún más especialmente en la etapa infantil, es ser, a efectos sociales y jurídicos, una persona incompleta, a la espera de comenzar a formar parte en plenitud de un sistema normal de derechos, obligaciones, expectativas y esperanzas.

Por derivar de su corta edad, esta posición particular de los niños implica además una serie de dificultades o desventajas adicionales. Aquí sólo mencionaremos algunas, puesto que nos interesa centrarnos, de manera principal, en una de ellas. Así, por ejemplo, la corta edad y la inmadurez física, intelectual y social de los menores les dificulta enormemente la adecuada comprensión de su posición familiar, lo cual implica la aceptación acrítica de su discriminación, y ello a su vez la consolidación y el mantenimiento de estas situaciones. En plata: los niños no pueden resistirse a su propia situación de vulnerabilidad, ni desde un punto de vista físico (por existir una gran diferencia de fuerza, por ejemplo) ni desde un punto de vista emocional (por su intensa conexión con sus padres), ni tampoco desde un punto de vista social o legal (no son capaces de comprender que pueden acudir a la ayuda de terceras personas u otros miembros de su familia, ni mucho menos a instituciones u organismos públicos como la policía o los tribunales).

En este trabajo nos interesa, particularmente, una particularidad de la situación de vulnerabilidad de los menores que, si bien no es exclusivamente suya (la comparten, por ejemplo, con las mujeres víctimas de violencia de género), sí se presenta en su caso con una mayor intensidad, si cabe: la principal fuente de discriminación y peligro de los menores, y la que más puede perjudicarles desde un punto de vista físico, psíquico y familiar, son sus padres, personas a las que están inevitablemente vinculadas desde perspectivas biológicas, sociales, emocionales y, en lo que aquí nos interesa, educativas y legales. La relación entre padres e hijos es enormemente vasta y compleja, pero una de las hebras que conecta a ambas figuras es la educación, que se presenta al mismo tiempo como derecho de los hijos y como obligación de los padres. Pues bien, como es sabido, la educación, no en el sentido de adquisición

<sup>1</sup> Nos referiremos, a lo largo del trabajo, a las palabras sin género en su forma masculina, para referirnos de manera indistinta a ambos. En esta nota concreta, por ejemplo, «los menores» se refiere a «los y las menores». Sirva esta nota aclaratoria para el resto de situaciones en las que pudiera producirse esta confusión.

de conocimientos, sino en el sentido de formación de valores y de perspectivas morales, ha de implicar, por parte de los padres, el refuerzo de comportamientos positivos y también la modificación o prevención de comportamientos negativos, lo cual, por desgracia muy habitualmente, se presenta en forma de castigos excesivos, desproporcionados o de comportamientos violentos, de mayor o menor entidad. En este contexto es donde se ha desarrollado en la legislación española la figura del derecho de corrección, que explicaremos brevemente en el siguiente apartado.

## EL DERECHO DE CORRECCIÓN. CONCEPTO Y BREVE CONTEXTUALIZACIÓN TEMPORAL

En su faceta jurídica, la obligación de los padres de modificar los comportamientos no deseables de sus hijos, de formarlos en valores y de inculcarles una visión cívica y respetuosa del mundo y las personas que les rodean, se ha plasmado a través del derecho de corrección. Desde sus primeras formulaciones, el sistema español ha mantenido una posición intermedia en cuanto a las facultades permitidas a los padres. Así, por ejemplo, ya en las Siete Partidas se establece que *«castigar puede el padre á su fijo mesuradamente, et el señor á su siervo a su home libre et el maestro á su discípulo. Mas porque hay algunos dellos que son tan crueles et tan desmesurados en facer esto, que los fieren mal con piedra, ó palo ó con otra cosa dura, defendemos que no lo fagan asi: et los que contra esto ficiesen, et muriese alguno por aquellas heridas, maguer non lo ficiese xon entención de matarlo, debe el matador ser desterrado en alguna isla por cinco años, Et si el que castiga le diese á sabiendas aquellas heridas con entencion de matarle, debe haber pena de homecida»* (Partida Séptima, Ley IX). Esta primera concepción del castigo «mesurado» se mantiene, de manera más o menos constante, en los textos civiles y penales de la codificación española: así, por ejemplo, el Código Penal de 1870 considera que *«no están comprendidos en el párrafo anterior (siendo éste el relativo al delito de lesiones a otros miembros de la familia) las lesiones que al hijo causare el padre, excediéndose en su corrección»* (artículo 432.3). Esta fórmula gramatical de «excediéndose en su corrección» se traslada también a los códigos penales de 1932 (artículo 423.4), 1944 (artículo 420.4) y 1973 (igualmente artículo 420.4).

En lo que respecta a nuestro sistema vigente, el Código Penal de 1995 no hace ninguna referencia de manera explícita al exceso del derecho de corrección ni a las facultades de castigo medido. Ello se debe a un cambio de técnica legislativa, pero no a un cambio de fondo sobre la regulación, que, como analizaremos a continuación, se mantuvo en el momento de promulgación de ese texto legal de manera idéntica. Lo que sucede en el Código Penal de 1995 es que la regulación sobre las facultades de corrección de padres a hijos se extrae del código y en él queda únicamente la circunstancia justificante general del artículo 20.7, que establece que está

exento de pena *«el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»*. Para la doctrina y la jurisprudencia de la época, o al menos las anteriores, como veremos, al año 2007, este ejercicio de un derecho o, más bien, cumplimiento de un deber, era el derecho de corrección regulado en la legislación civil.

Nuestro vigente Código Civil de 1889 establecía, en la redacción original de su artículo 155, que *«el padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: (...) La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente»* (apartado segundo). La redacción original de este artículo fue modificada con la Ley 11/1981 de Modificación del Código Civil en Materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, pasando a regularse en el nuevo artículo 154, pero únicamente corrigiendo el contenido patriarcal del derecho, pero sin alterar su contenido ni por lo tanto las facultades de padre y madre (esta vez, en régimen de igualdad), estableciendo que *«los padres podrán en el ejercicio de su potestad recaabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos»*. En 1981 el legislador postconstitucional se preocupa, como podemos comprobar, de equiparar a hombres y mujeres en el derecho de emplear la violencia contra sus hijos, que ha de hacerse siempre en régimen de igualdad.

Siguiendo un orden cronológico, el siguiente hito imprescindible de la regulación y contenido del derecho de corrección se encuentra a nivel internacional. En el año 2007 el Comité Sobre los Derechos del Niño, órgano de vigilancia y control de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 realiza la importantísima Observación General Octava en materia de violencia contra los menores. Ya la propia Convención, en su texto original, establecía que *«los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo»* (artículo 19), pero, como hemos comprobado en la legislación nacional, esta norma se seguía excepcionando en España si se producía en el marco de una «corrección razonable y moderada». La mencionada Observación General Octava es extraordinariamente específica y dura sobre la cuestión. Permítase lo extenso de la cita, pero es imprescindible para la correcta aprehensión de lo explícito y directo del Comité: *«En su examen de los informes, el Comité ha observado que en muchos Estados hay disposiciones jurídicas explícitas en los códigos penal y/o civil (de la familia) que ofrecen a los padres y otros cuidadores una defensa o justificación para el uso de cierto grado de violencia a fin de «disciplinar» a los niños. Por ejemplo, la defensa del castigo o corrección «legal», «razonable» o «moderado» ha formado parte durante siglos del common law inglés, así como el «derecho de corrección» de la legislación francesa. Hubo períodos en que*

*en muchos Estados también existía esa misma excepción para justificar el castigo de las esposas por sus esposos y de los esclavos, criados y aprendices por sus amos. El Comité insiste en que la Convención exige la eliminación de toda disposición (en el derecho legislado o jurisprudencial) que permita cierto grado de violencia contra los niños (por ejemplo, el castigo o la corrección en grado «razonable» o «moderado») en sus hogares o familias o en cualquier otro entorno». Considera también el Comité que «(...) en la legislación de algunos Estados no existe una excepción o justificación explícita para los castigos corporales, pero que la actitud tradicional respecto de los niños permite esos castigos. A veces esa actitud queda reflejada en decisiones de los tribunales (en que los padres o maestros, u otros cuidadores, han sido absueltos de agresión o de malos tratos en razón de que estaban ejerciendo el derecho o la libertad de aplicar una «corrección» moderada)». Por último, el Comité entiende que «(...) es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, «abofetear» o «pegar» a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine «disciplina» o «corrección razonable»».*

El Comité, como puede comprobarse, es tajante: la violencia contra los niños ha de ser desterrada de los estados miembros, con independencia de en qué contexto se produzca, cuál sea su intensidad y los mecanismos legales que se empleen para excepcionar o justificar esos comportamientos.

El legislador español del momento no hizo oídos sordos a este evidente toque de atención del Comité Sobre los Derechos del Niño: así, la Ley 54/2007, de Adopción Internacional vino a modificar el anteriormente mencionado artículo 154 del Código Civil de 1889, eliminando la segunda frase del precepto y por lo tanto toda mención a la facultad de «*corregir razonable y moderadamente a los hijos*». Esta modificación no puede además malinterpretarse. La *voluntas legislatoris* es palmaria con un simple examen de la exposición de motivos de esta ley, donde se explicita que «*se aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*». El propósito del legislador es por lo tanto indiscutible: se quiere eliminar la «facultad de corrección moderada» en cualquier caso y en todas sus modalidades, en la línea de lo exigido por la Observación General Octava.

## EL PROBLEMA DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO. BREVE REFERENCIA A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y SU PENALIDAD

Hasta este momento hemos trazado de manera clara la evolución normativa del derecho de corrección: la facultad de los padres de ejercer violencia razonable y moderada en contextos educativos hacia sus hijos estaba excepcionada de los comportamientos delictivos, ya fuese por vía de elemento negativo del tipo (en los códigos penales anteriores a 1995) o por vía de una causa de justificación indirecta (el ejercicio del derecho de corrección civil en el Código Penal de 1995). Hemos examinado también cómo la voluntad del legislador en el año 2007 se expresa de manera cristalina en el sentido de suprimir este derecho de corrección y, por lo tanto, eliminar la excepción justificante de los comportamientos violentos paternos.

Esta plasmación teórica de la evolución normativa se topa con un problema a la hora de la imposición de penas en los delitos cometidos de padres a hijos. De la lectura conjunta de los siguientes artículos resulta un régimen excepcionalmente duro para la integridad familiar en cualquier caso de violencia de padres a hijos. Concretamente, los artículos 153.1 y 153.2 regulan el delito de maltrato de obra (esto es, la conocida tradicionalmente como «agresión sin lesión») cometido sobre, entre otras muchas opciones, los hijos convivientes con el autor. El artículo 57.2 establece la obligatoriedad para el juez de establecer, en los casos en los que la víctima de lesiones sea (de nuevo, entre otras muchas opciones) un menor conviviente, la pena establecida en el artículo 48.2, excepcionándose el régimen ordinario del artículo 57.1 en el que esta pena accesoria es facultativa para el juez. Finalmente, el artículo 48.2 describe la pena de alejamiento, esto es, la prohibición al autor de acercarse a la víctima, a su domicilio o a cualquier lugar que frecuenten, sin ninguna excepción.

De la enmarañada relación articular anterior necesitamos destacar únicamente lo siguiente: con la combinación de la imposición de la pena accesoria de alejamiento no facultativa para el juez en los delitos de violencia doméstica y la supresión del derecho de corrección, no existe, normativamente, alternativa para los padres que emplean la violencia contra sus hijos, tenga ésta la entidad que tenga (que produzcan lesiones o no, que sean las agresiones más o menos cruentas) y se produzca en el contexto en el que se produzca (educativo o no) que la pena de alejamiento por un tiempo que, según la tipificación de los hechos, se establece habitualmente entre uno y dos años. Esta situación legal, en lo que respecta al delito de maltrato de obra y sus consecuencias penales, ha sido confirmada de manera contundente por el Tribunal Supremo, tras varios años de titubeos y de resoluciones contradictorias, en su Sentencia 342/2018 de 10 de julio, donde confirma que la pena de alejamiento es preceptiva en cualquier caso de agresión física entre familiares y convivientes, resolviendo las dudas que existían previamente a nivel de Audiencias Provinciales.

Como creo que puede comprenderse, esta consecuencia es altamente problemática. Hagamos el ejercicio mental de colocarnos en ambos extremos del eje de gravedad de situaciones de violencia de padres a hijos: parece razonable que los menores de edad que se ven enfrentados diariamente a violencia grave, sin ningún tipo de justificación educativa, y que además produce riesgos o perjuicios considerables a su salud física o psíquica, necesiten el alejamiento forzoso de sus padres. Los posibles perjuicios familiares o relacionales quedan completamente anulados por la necesidad de su seguridad física, psíquica y emocional, sin que podamos extendernos aquí más sobre la conveniencia de esta medida. Pero, con la misma rotundidad, es necesario decir claramente que la pena de alejamiento preceptiva, no disponible para el juez y de obligada imposición, es sin duda una aberración educativa cuando nos colocamos en el otro extremo del eje de gravedad de la violencia parental: un episodio aislado de violencia leve y en un contexto educativo, por mucho que pedagógicamente sea absolutamente rechazable, no puede conllevar el arrancar al menor de uno de sus progenitores y privarle de todo contacto por un plazo de meses o años. En este grupo de casos, y centrándonos únicamente en los efectos sobre la víctima, el alejamiento es innecesario, extremadamente perjudicial para el menor y produce en éste muchos más efectos negativos que positivos de desarraigo y afectación emocional. Y, sin embargo, esta es la solución que prescribe nuestro vigente Código Penal al eliminar la capacidad del juez de, valorando todas las circunstancias del caso, decidir si impone o no el alejamiento, y convirtiendo éste en una consecuencia obligatoria en cualquier caso de violencia de padres a hijos, con independencia de cualquier otra consideración.

Como conclusión a estos dos últimos apartados, diríase que la propuesta legislativa en la actualidad es clara: la violencia de padres a hijos está proscrita de nuestro ordenamiento jurídico en todos los supuestos, con independencia de su gravedad y del contexto en el que se produzca, y está castigada además con penas extraordinariamente severas, especialmente en lo que respecta al alejamiento obligatorio del padre o padres autores del delito.

Sin embargo, como vamos a ver a continuación, el Tribunal Supremo ha sostenido su propio criterio en lo que respecta al derecho de corrección, que modifica sustancialmente este teórico régimen legal.

## ENTRA EN ESCENA EL TRIBUNAL SUPREMO. EL DERECHO DE CORRECCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DIRECTA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU CONTENIDO

Posiblemente como consecuencia del severo régimen planteado normativamente para los casos de violencia de padres a hijos, y queriendo evitar la imposición de penas de alejamiento obligatorias para casos de violencia leve o de menor entidad,

la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tornado, en los últimos años, en actividad legislativa. Así, examinaremos a continuación cómo en la más alta instancia jurisdiccional española se ha ignorado la voluntad del legislador expuesta anteriormente, en la línea de la Observación General Octava del Comité de Derechos del Niño del año 2006 y, en la práctica, se ha mantenido el derecho de corrección tal y como existía antes de su desaparición del Código Civil en el año 2007.

Podemos colocar el punto de partida de esta línea jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo 14/2020, de 8 de enero, que introduce unos argumentos que repetirán posteriormente otras relevantes sentencias (448/2020, de 11 de febrero o 582/2022, de 13 de junio). Aquí parte el Tribunal Supremo de la idea básica de la pervivencia del derecho de corrección, en los siguientes términos: *«debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal»* (F.J. 5). Y, seguidamente: *«tras la reforma del art. 154.2 C.Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia»* (F.J. 5).

La premisa es, por lo tanto, la pervivencia del derecho de corrección, que en opinión del Tribunal Supremo nunca estuvo vinculado a su mención expresa en el artículo 154.2 del Código Civil, sino a la propia patria potestad paterna, y derivado por lo tanto del propio artículo 39 de la vigente Constitución Española de 1978.

Sin embargo, tras enunciar la pervivencia del derecho de corrección, diferencia el Tribunal Supremo dos situaciones: en primer lugar, los casos en los que la violencia ejercida por los padres ocasiona algún tipo de lesión, en el sentido penal del término, ya sea esta grave o leve, esto es, cualquier lesión que requiera como mínimo una intervención facultativa, *«no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección»* (F.J. 5). Por el contrario, *«en cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles»* (F.J. 5).

Como continuación de la delimitación del contenido de este «derecho de corrección jurisprudencial», la misma STS 14/2020, de 8 de enero, entiende que *«la finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal»*. En la misma línea, la STS 448/2020, de 11 de febrero, considera que *«en autos,*

*la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente» (F.J. 3).*

¿Cuál es el régimen que propone, por lo tanto, el Tribunal Supremo? Puede resumirse en los siguientes aspectos clave: en primer lugar, cualquier lesión (en el sentido jurídico-penal del término) queda automáticamente excluida del derecho de corrección, con independencia de su gravedad y del contexto en el que se produzca. En cuanto a las agresiones sin lesión, no implican responsabilidad penal siempre y cuando se produzcan de manera proporcionada, necesaria y justificada en una conducta educativa, dirigida a modificar o suprimir un comportamiento no deseado del menor. Las agresiones que aún no produciendo lesión se realicen fuera de estos contextos, esto es, las que no tienen finalidad educativa de ninguna clase, quedarían igualmente excluidas del derecho de corrección y estarían también justificadas penalmente, con independencia de su gravedad.

## BREVE TOMA DE POSICIÓN Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA

La propuesta del Tribunal Supremo, resumida en el último párrafo del epígrafe anterior, me parece razonable, proporcionada y colma el concepto de Justicia que debe exigirse a un estado contemporáneo. Es un régimen que equilibra, en la medida en que ambos intereses son delicados, la necesaria capacidad de los padres de corregir a sus hijos con los derechos fundamentales de éstos, especialmente su integridad física, moral y su dignidad, así como la necesidad de una integridad familiar sólida como presupuesto de vida de los menores. Entendemos que esta cuestión es altamente opinable, pero, en lo esencial, la posición del Tribunal Supremo es no apartarse del régimen tradicional del derecho de corrección, un sistema que funcionaba razonablemente bien.

Sin embargo, esta posición se enfrenta a un problema fundamental: es ilegal. Como hemos analizado, la voluntad del legislador del año 2007 es clara: el derecho de corrección, en línea con los pronunciamientos internacionales, ha de expulsarse del ordenamiento jurídico español en cualquiera de sus formas, y con este propósito se reforma el artículo 154 del Código Civil. La posición del Tribunal Supremo es razonable en términos *de lege ferenda*, pero no es la que emana de las leyes vigentes. Tenemos que rechazar la tendencia del Tribunal Supremo de convertirse en una suerte de «legislador subsidiario» que corrige las exageraciones o las injusticias del Parlamento, pues ello no sólo es profundamente antidemocrático, sino que tiene un efecto pernicioso sobre la creación normativa: permite al legislador democrático la imprudencia y el abuso del derecho penal simbólico, pues confía en que el

Tribunal Supremo actuará finalmente como una suerte de «red de seguridad» que impida los efectos de esa legislación, que quizá el propio legislador ni siquiera desea realmente. Cada institución ha de hacerse responsable de sus propias funciones, y con ello también ha de hacerse responsable de sus decisiones: los que defendemos la vigencia del derecho de corrección y su consecuencia penal de excluir la responsabilidad en casos de violencia de escasa entidad en contextos educativos, o al menos de posibilitar una sanción más moderada que la cruenta separación forzosa entre padres e hijos durante meses o años, debemos defender la reforma legislativa, no la creación jurisprudencial artificiosa de la figura contra el texto y el espíritu de la ley. En nuestra opinión habría pues de retornarse al régimen anterior a la reforma del año 2007, quizá con mayor precisión y fundamentación del contenido esencial del derecho de corrección: evitar la sanción penal a los padres, fundamentalmente por los perjuicios que ésta tendría sobre sus hijos, en los casos de violencia de escasa entidad en un contexto educativo, pero mediante la vía de la reforma legal, no de artificiosa jurisprudencia.

#### PROPUESTA *DE LEGE LATA*: EL ERROR SOBRE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

No queremos dejar de apuntar, aunque sea brevemente por cuestiones de espacio, una posibilidad que conjuga el respeto a la legislación vigente con la necesidad de una regulación razonable y proporcionada con todos los intereses en juego, y que, además se ajusta con bastante precisión a la etiología frecuente de los casos de violencia de padres a hijos: la posibilidad de valorar como circunstancia exculpatoria el error del autor sobre la causa de justificación del artículo 20.7 del Código Penal de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El error sobre la causa de justificación, en concreto sobre su alcance, se trata, como si fuese un error de prohibición: el sujeto cree que actúa amparado por una causa de justificación, pero en realidad ésta, si bien existe, no alcanza a cubrir el supuesto en el que se encuentra el autor. Creemos, con poco miedo a equivocarnos, que esto es lo que sucede como mínimo en muchas ocasiones: el padre cree que el derecho-deber de educar a sus hijos le autoriza a emplear la violencia física de menor entidad, de manera proporcional y siempre que esté justificada en motivos educativos. En estos casos no ha de forzarse la aplicación del error sobre el alcance de la causa de justificación, porque es exactamente lo que sucede.

Se tratará entonces de valorar la vencibilidad de ese error, y aquí es donde el encaje de esta propuesta encuentra mayor resistencia: a medida que cambia la sociedad y se extiende el convencimiento de que, con independencia de sus consecuencias legales, la violencia hacia los hijos nunca es un método deseable, se extiende también la consciencia de que esta violencia es ilegítima. Esto conllevaría

a la consideración en la mayor parte de los casos de que el error fuese vencible, lo cual, en aplicación del artículo 14.3 del Código Penal de 1995, reduciría pero no excluiría la responsabilidad criminal, ni por lo tanto tampoco la pena accesoria de alejamiento.

En cualquier caso, si aceptásemos, como acepta el Tribunal Supremo, el estimamiento de las categorías legales más allá de lo estrictamente contenido en ellas, siempre sería una desviación menor la de considerar de manera generalizada este error como invencible que la posición actual del Tribunal Supremo.

Por último, esta consideración permitiría además una interesante permeabilidad de la figura: quien hubiera sido procesado ya por un delito de violencia en el ámbito doméstico por haberse excedido de su facultad legítima de corrección, y hubiese evitado la responsabilidad penal por haber actuado con error sobre el alcance de la causa de justificación, en ningún caso podría acogerse a ese mismo error en subsiguientes procesos por idéntica causa, puesto que evidentemente nunca sería ya invencible. El proceso penal actuaría así como una especie de herramienta pedagógica: un padre que hubiese empleado violencia contra sus hijos no sufriría ninguna consecuencia penal si no sabía que su derecho a la educación no cubre la violencia ejercida contra sus hijos, pero, una vez hubiera sido debidamente instruido de ello por la experiencia de un procedimiento penal en el que haya visto peligrar su integridad familiar, aunque hubiese sido finalmente absuelto, ya no podría acogerse a la misma excepción. El mensaje del Estado sería claro y contundente: «evitas la sanción penal porque no sabías que lo que hacías estaba prohibido. Pero ahora ya lo sabes».



# LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES ANTE LAS AGRESIONES SEXUALES: LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

UCEDA MARTÍNEZ, SONIA<sup>1</sup>  
*Universidad de Jaén*

## RESUMEN

El concepto de «consentimiento sexual» ha evolucionado de forma muy significativa en la legislación y la jurisprudencia española. La edad mínima de consentimiento sexual tiene como objetivo proteger a los menores de los abusos y de las consecuencias que les puede acarrear participar en una actividad sexual temprana. La actividad sexual con una persona menor de edad, por debajo de la edad de «consentimiento sexual», que tras la reforma introducida en nuestro Código Penal por la LO 1/2015 se ha situado en los 16 años, es considerada como un abuso sexual, hoy tras reforma LO 10/2022, agresión sexual, y se sanciona penalmente. Realizaremos un breve estudio sobre el «consentimiento sexual» y su repercusión en el ámbito de protección del menor.

Palabras clave: *cláusula de asimetría; consentimiento sexual; delitos contra la libertad sexual; menor de edad; protección del menor.*

## ABSTRACT

The concept of «sexual consent» has evolved significantly in Spanish legislation and jurisprudence. The minimum age of sexual consent aims to protect minors from abuse and the consequences of engaging in early sexual activity. Sexual activity with a minor, below

<sup>1</sup> Doctoranda Derecho Penal.

the age of «sexual consent», which after the reform introduced in our Penal Code by LO 1/2015 has been set at 16 years of age, is considered as sexual abuse, today after reform LO 10/2022, sexual assault, and is criminally punishable. We will conduct a brief study on «sexual consent» and its repercussions in the field of child protection.

*Keywords: asymmetry clause; sexual consent; crimes against sexual freedom; minors; protection of minors.*

## INTRODUCCIÓN

**L**A LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA en la infancia es un imperativo de derechos humanos. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica<sup>2</sup>.

La protección de los menores de edad se reconoce en los artículos 15 y 39 de la Constitución Española. El primero de ellos, reconoce el derecho a la integridad física y moral; y el segundo establece en sus apartados 2 y 3 que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...». y que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad». Además, son varios los tratados internacionales, entre los que figura la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España en 1990, que acentúan la obligación prioritaria de los poderes públicos de la protección de las personas menores de edad, concretamente en su artículo 19; y en lo que atañe a los Estados miembros de la Unión Europea, se subraya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 24<sup>3</sup>, el Tratado de Lisboa, que entre los objetivos generales de la política común señala la «protección de los derechos del niño», y el Consejo de Europa, que atiende a los Convenios internacionales que garantizan la protección de los derechos de los menores de edad, cuales son el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el

<sup>2</sup> Preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de junio de Protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

<sup>3</sup> El artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que versa sobre los Derechos del niño, dispone: «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

abuso sexual de 2007 (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia) o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de 2001 (Convenio de Budapest); además, se incluye la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de la infancia (2022–2027), como llamamiento a todos los Estados miembros para sumar esfuerzos, con el objetivo de que los derechos de la infancia sean una realidad en Europa, protegiendo a todos los niños y niñas contra la violencia. En último lugar, y dando cumplimiento a las Observaciones nº 12, 13 y 14 del Comité de Derechos del Niño, se publica la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LO 8/2021), que por su carácter integral y multidisciplinar, da un paso más en la erradicación de la violencia sobre los menores de edad, al implementar la ejecución con una función de sensibilización, prevención y detección precoz con especial incidencia en diferentes ámbitos como el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, recogiendo diferentes niveles de actuación, y desplegando así, una función didáctica, divulgativa y cohesionadora. El principal objetivo es conseguir una «violencia cero sobre la infancia y la adolescencia», entendiendo por violencia cualquier tipo de abuso físico, sexual o de abandono ejercido sobre el menor de edad.

En el ámbito de protección de los menores, y siendo objeto de análisis de esta comunicación, la violencia sexual ejercida sobre los niños, niñas y adolescentes, debemos partir de una premisa y es que, los delitos sexuales o contra la libertad sexual, conforman una de las materias más complejas de nuestro ordenamiento jurídico penal, debido –según Buompadre, J. E. (2024)– a que las posturas doctrinales sobre la rúbrica más adecuada a los tipos delictivos encuadrados en esta categoría, han sido, a lo largo de los tiempos, multiformes, excesivamente variadas en sus contenidos y claramente acomodaticias a los tiempos y costumbres sociales y culturales circundantes.

En este sentido, como ya hemos señalado *supra*, se publicó la LO 8/2021 que, amén de los delitos ya tipificados en nuestro Código Penal, como el *ciberbullying*, el *grooming*, la *ciber violencia de género* o el *sexting*, así como el *acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad*, ha regulado «como se expone en el Preámbulo» nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad o con discapacidad necesitadas de especial protección, así como una gran alarma social por su especial vulnerabilidad; y que son los que a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios, así como delitos de naturaleza sexual

contra ellas, que se regulan en los arts. 143 bis, 156 ter, 361 bis y 189 bis CP, respectivamente.

También, la reciente publicación de LO 10/2022, 6 de septiembre de Garantía integral de libertad sexual (en adelante, LO 10/2022) ha resultado imprescindible para complementar la protección de los niños frente a violencias sexuales que impactan en su derecho a decidir libremente sobre el desarrollo de su sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias por parte de terceros y quedando exenta de coacciones, discriminación y violencia. También pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital. Esta Ley, ha modificado el Código Penal eliminando la distinción entre abuso y agresión sexuales. En este sentido, la realización de cualquier acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años, se considerará agresión sexual. No se trata ya, como indica Bernal del Castillo, J. (2024), de proteger solamente la libertad sexual del menor, sino de evitar el daño para la maduración del menor en este ámbito de su personalidad, maduración progresiva a través de las distintas etapas de su crecimiento y que todavía se considera en ciernes en las primeras etapas de la adolescencia. Con ello el legislador pretende evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria y, en cualquier caso, adaptar la norma penal española al Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul), ratificado por España en el año 2014.

Y por su parte, la LO 4/2023, de 27 de abril, vigente desde el 29 de abril de 2023, (en adelante, LO 4/2023) procede a modificar nuevamente las agresiones sexuales a menores de 16 años con el objetivo de evitar la posibilidad de que se impongan penas más bajas, en aplicación de la ley penal más favorable<sup>4</sup>. La LO 4/2023 ha llevado a cabo una serie de reformas estructurales de los delitos de agresión sexual a menores de 16 años que no siguen exactamente la misma línea reformista del delito de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180, de tal manera que cuando de la protección de la libertad sexual de los menores se trata, debe distinguirse un tipo básico (castigado en el art. 181.1), un tipo agravado (art. 181.2), siendo así que sobre ambos se levante un tipo cualificado en atención acto de contenido sexual practicado. Por su parte, el número 5 del art. 181 contiene una serie de criterios de agravación de la pena aplicables a unos y a otros. Se trata de unas circunstancias que no han sufrido grandes cambios con relación al contenido del art. 180, si bien se adaptan a las características en razón a la edad de los sujetos pasivos.

<sup>4</sup> Esta reforma solo puede desplegar efectos a futuro, como advierte la propia exposición de motivos, al haber quedado consolidada de manera irreversible la regulación contenida en la LO 10/2022, tanto para los delitos cometidos antes del 7 octubre de 2022, en los casos en los que dicha regulación sea más favorable al reo (art. 25 CE y 9.3 CE), como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de esta, desde el 7 de octubre de 2022 hasta el 29 de abril de 2023.

## EL DERECHO A LA LIBERTAD Y/O INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD

Según Díez Ripollés, J. L. (2020), la libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales.

El derecho a la realización de actos sexuales con terceros en condiciones de libertad e igualdad se extrae del reconocimiento de la dignidad humana, a la que se enlazan la titularidad y el ejercicio de los denominados en nuestra Constitución derechos fundamentales, muy en particular por lo que aquí nos interesa el derecho a la libertad y el derecho a la no discriminación, afirma González Tascón, M. M. (2022).

La libertad sexual, es una manifestación del derecho a la libertad, y presume el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, sea en solitario, sea con otra u otras personas que consientan en ello, así como el derecho a abstenerse de la realización de actos sexuales. A su vez, la libertad sexual como derecho, no deja de ser un consentimiento legítimo para establecer relaciones sexuales; consentimiento que, a su vez opera como límite para que otros no puedan entablar un intercambio sexual con el sujeto que no consienta. Al mismo tiempo, esta libertad para la realización de actos sexuales con terceros requiere para su ejercicio, que la persona goce de plenitud en sus condiciones cognitivas y volitivas, lo que no siempre ocurre cuando hablamos de menores de edad o personas con discapacidad necesitada de especial protección.

Ahora bien, con relación al ejercicio de esta libertad sexual, una gran parte de la doctrina ha venido estableciendo una distinción, en atención a si el sujeto pasivo es mayor o menor de edad. Se considera que cuando la persona es mayor de edad, efectivamente existe esa libertad que proteger, ya que hablamos de personas con autonomía para tomar decisiones acerca de su vida sexual; en cambio, cuando hablamos de un menor de edad, en realidad nos estamos refiriendo a la intangibilidad o indemnidad<sup>5</sup> sexual, que es aquel derecho a alcanzar la madurez sexual sin interferencias; ciertamente, y siguiendo a Cano Cuenca, A. (2014), en el menor de edad, no existe libertad sexual que proteger porque los menores no están en condiciones de expresar libremente su consentimiento, ya que carecen de la necesaria formación para poder considerarlos verdaderamente libres, y no poseen capacidad para autodeterminarse en la vida sexual.

<sup>5</sup> El término «indemnidad» se define como «aquel estado o situación del que está libre de daño o perjuicio» (diccionario de la RAE, 21 ed. Tomo II, Madrid 2000).

Es por ello, que se ha considerado que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, en las personas mayores de edad, es el de la libertad sexual, y en los menores de edad, el de la indemnidad sexual; si bien, esta tradicional diferenciación ha sido erradicada por LO 10/2022, como se infiere de la rúbrica del Título VIII que elimina toda referencia a la indemnidad sexual, como aquel derecho a alcanzar la madurez sexual sin interferencias y que ahora se entiende que forma parte directamente del concepto de libertad sexual, pese a que todo indica que dicho bien jurídico continúa existiendo.

La libertad sexual se protege tanto en su vertiente positiva–dinámica, entendida como la facultad para llevar a cabo cualquier relación sexual voluntaria, en cualquier circunstancia; así como en su vertiente negativa–estática, consistente en la libertad o derecho a no soportar de otro, actos de índole sexual no consentidos.

Los delitos contra la libertad sexual se centran en la vertiente negativa de la libertad sexual, protegiendo a la persona de cualquier comportamiento sexual no deseado, ya sea por ausencia de consentimiento o por encontrarse éste viciado. Por el contrario, aquellas conductas impeditivas de las relaciones sexuales consentidas entre adultos se deben calificar como delitos contra la libertad (amenazas, coacciones, etc.).

## LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

La edad de la persona ha sido un factor relevante en la regulación legal de los delitos sexuales.

Todos los Estados miembros de la Unión Europea por mor del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (art. 18.2) y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (en adelante, Directiva 2011/93/UE) tienen la obligación de establecer lo que se denomina la «edad de consentimiento sexual», esto es, la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». En la actualidad, todos los países europeos cuentan con tales límites de edad.

España, en ese momento, contaba con la edad más baja de la Unión Europea<sup>6</sup> (trece años) y con el propósito de atender la recomendación del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (2007) consistente en

<sup>6</sup> En otros países como República Federal de Alemania, Italia, Portugal, Austria, Hungría, la edad de consentimiento sexual se encuentra en catorce años (14); en Francia, Polonia, Dinamarca,

«la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo», a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (en adelante, LO 1/2015), reformó la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, y elevó la «edad de consentimiento sexual» en dieciséis años, para así mejorar la protección que España ofrece a los menores.

Así las cosas, por debajo de esta edad, el consentimiento que preste el menor carece de relevancia, mediante una presunción *iuris et de iure*<sup>7</sup>, el menor de la edad de referencia «es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual»<sup>8</sup>.

Esta exigencia tenía como objetivo lograr mayor seguridad jurídica y para ello se optó por mantener un criterio estrictamente cronológico en cuanto a la edad y un endurecimiento de las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, en aras a proteger a los niños de las violaciones de sus derechos, y conseguir una mayor protección facilitándoles los cuidados necesarios para su bienestar.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez<sup>9</sup>.

## LA EDAD LEGAL DE CONSENTIMIENTO SEXUAL Y LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 183 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La elevación de la edad de consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años que tuvo ocasión con la LO 1/2015, supuso un reforzamiento de la indemnidad

---

Suecia, en quince años (15); Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, en dieciséis años (16); Irlanda y Chipre, en diecisiete años (17) y Malta, en dieciocho años (18).

<sup>7</sup> Algunos autores como Bernal del Castillo, J. (2024) consideran que Código establecía una presunción *iuris et de iure* de incapacidad legal en los menores de trece años para mostrar el consentimiento sexual, pero esta presunción se ha convertido en *iuris tantum* tras la reforma de LO 1/2015, en el sentido de que la ausencia de consentimiento puede resultar enervada cuando concurren los requisitos del artículo 183 bis (antiguo quater).

<sup>8</sup> Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

<sup>9</sup> El artículo 183 bis del Código Penal, dispone que: «Salvo en los casos en que concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

sexual del menor; si bien se hizo necesario incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores, una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores.

Los motivos para ello fueron que, tras la elevación de la edad legal de consentimiento sexual a los dieciséis años, y atendiendo al conocimiento existente sobre los hábitos sexuales de los menores, resultaba necesario una desvaloración penal de conductas de los menores de esta edad que no representara afectación para un bien jurídico merecedor de la tutela penal.

Tanto la Directiva 2011/93/UE en sus considerandos (20), como el Memorando del Convenio de Lanzarote, inciden en que no se trata de que las políticas de los Estados Miembros pretendan inmiscuirse o criminalizar los actos de carácter sexual consentidos entre los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad, en el proceso de su desarrollo personal y/o que entablen o mantengan experiencias sexuales con personas de edad y madurez similar, sino reforzar la indemnidad sexual del menor, mediante la prohibición expresa de cualquier acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años por personas mayores que, mediante posibles abusos o engaños, se aprovechen de su situación para lograr actos sexuales.

Así, no solo se elevó la edad de consentimiento sexual, tras la reforma de la LO 1/2015, sino que se creó un mecanismo de exención de la pena para el caso de que esos actos sexuales hubiesen sido consentidos libremente por el menor de dieciséis años y siempre que los sujetos intervinientes fueran próximos en edad y grado de madurez, exención recogida en el antiguo art. 183 quater CP, que actualmente se encuentra ubicada en el art. 183 bis CP. Esta cláusula de exclusión de penalidad es conocida como «cláusula de asimetría de edad», o también llamada «Romeo y Julieta».

Por ende, se establece una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales, que podrá ser enervada acreditando la madurez del menor, y la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente, pues se presume que el menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual.

Los elementos que determinaran la exclusión de la penalidad son, la proximidad en la edad y madurez entre ambos sujetos intervinientes en la relación de carácter sexual. En concreto, se tendrá en cuenta la proximidad en edad, atendiendo a la edad biológica de los sujetos; y a la proximidad en madurez que, en este caso, se requiere un criterio de apreciación totalmente subjetivo.

Plantea Callejón Hernández, C. (2024) la naturaleza jurídica de esta cláusula, bien como causa de atipicidad, como causa de justificación o como excusa ab-

solutoria. La Fiscalía General del Estado la considera una causa de exclusión de tipicidad y, la jurisprudencia del Alto Tribunal, en ocasiones la califica de excusa absoluta y en otras tantas, de causa de atipicidad. La doctrina mayoritaria la considera una causa de atipicidad.

No obstante, esta cláusula de asimetría ha sufrido una modificación a través de la LO 8/2021 que introduce con la nueva redacción, además de uno de los requisitos para la exclusión de la responsabilidad, como la proximidad al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, que esa madurez debe ser tanto física como psicológica, si bien exceptúa los supuestos incluidos en el art. 183.2 CP (que son aquellos que se realizan con violencia o intimidación).

Nuevamente, tras la reforma operada por la LO 10/2022, se ha reestructurado el Título VIII del Código Penal, que se intitula «Delitos contra la libertad sexual»; el Capítulo II bis ha pasado a formar parte del Capítulo II (Agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y la «cláusula de asimetría de edad» del art. 183 quater ha cambiado de orden al art. 183 bis. Además, no solo se va a exceptuar la aplicación de esta cláusula para los supuestos del artículo 178.2 (actos realizados con violencia o intimidación), sino que se amplía a los del artículo 183.2 (actos que se realizan mediante el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, sobre personas privadas de sentido o abusando de su situación mental y los perpetrados sobre una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier motivo).

En conclusión, el objetivo de esta reforma es proteger a los menores (concretamente de dieciséis años), cuya sexualidad se encuentra en fase de desarrollo y su indemnidad sexual; el legislador limita y concreta la aplicación de esta eximente al menor de dieciséis años que haya prestado su libre consentimiento (excluyéndose su aplicación si en el consentimiento concurre algún tipo de vicio que lo invalide), y que sea próximo en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica al mayor de edad. Son requisitos cumulativos (criterio cronológico y criterio biopsicosocial) que, en algunas ocasiones, permiten la posibilidad de eximir o reducir la pena al no cumplirse en su totalidad<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La Circular FGE 1/2017 refería la posibilidad de construir una atenuante analógica del artículo 183 quater (ahora, 183 bis), y el Tribunal Supremo, si en un principio ha admitido tal posibilidad de construir una atenuante analógica solo cuando parcialmente concurren sus presupuestos, en recientes sentencias, se ha opuesto a ello.

## REFERENCIAS

- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2024). El error sobre la edad del menor en el delito de abusos sexuales. En M. M González Tascón (Ed.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual* (p. 244). Tirant lo Blanch.
- BUOMPADRE, J. E. (2024). *Delitos sexuales. Bien jurídico y consentimiento. Algunas reflexiones sobre violencia sexual* (p. 21). Editorial Tirant Lo Blanch.
- CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C. (2024). *Límites al consentimiento en materia sexual: ¿cuándo se puede decidir?*, El Criminalista Digital, nº 12, (p. 2).
- CANO CUENCA, A. (2014), Tratamiento práctico de los delitos contra la libertad sexual. Especial referencia a los abusos sexuales a menores. En Ana Teresa CARAZO JOHANNING, María del Carmen JIMÉNEZ ANTOLÍN, T. GONZÁLEZ COLLANTES, A. CANO CUENCA, M. ROIG TORRES, Yolanda SÁEZ DÍAZ, Alberto CADOPPI, Cristina LÓPEZ LÓPEZ, Ana Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE & Esteban SOLAZ SOLAZ. (Ed.) *Tratamiento Penal de la Delincuencia Sexual* (p. 81), Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2020) *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, nº . 6, (p. 69).
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2022). El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En M. M. GONZÁLEZ TASCÓN (Ed.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual* (p. 97), Tirant lo Blanch.

## LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, BOE núm. 311, de 29/12/1978.
- LO 5/2002 de 12 de enero, Reguladora de la responsabilidad Penal del Menor.
- LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995 del CP.
- LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995 del CP.
- LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.
- LO 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.
- LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- LO 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de libertad sexual.
- LO 4/2023 de 27 de abril para la modificación de la LO 10/1995 del CP en los delitos contra la libertad sexual.
- DIRECTIVA 2011/93/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra abusos sexuales y la explotación sexual de menores y la pornografía infantil y la convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (BOE 12 noviembre de 2010).

## INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Recomendaciones del Comité de la ONU sobre Derechos del Niño, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra abusos sexuales y la explotación sexual de menores y la pornografía infantil y la convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (BOE 12 noviembre de 2010).

Circular FGE 2/2015 de 19 de junio sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015.

Circular FGE 1/2017 de 6 de junio sobre interpretación del artículo 183 quater CP.

Circular de la FGE 1/2023 de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del MF tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre.



# DESINSTITUCIONALIZACIÓN Y VIDA INDEPENDIENTE A TRAVÉS DE LA DOMOTIZACIÓN DE HOGARES. EL PROYECTO RUMBO EN CASTILLA Y LEÓN

MARCHIARO, FAUSTO

*Abogado. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (UC3M)  
y Especialista en Epistemologías del Sur (CLACSO).  
Técnico de proyectos en Impulsa Igualdad*

## RESUMEN

El proyecto Rumbo es una iniciativa impulsada por el Gobierno de España en conjunto con entidades líderes del tercer sector de la discapacidad durante los años 2022 a 2024. Su objetivo es el diseño e implementación de soluciones innovadoras piloto abocadas a mitigar la institucionalización de las personas con discapacidad. En el caso de Castilla y León, la entidad Impulsa Igualdad ha ejecutado diversas acciones. Dentro de éstas, se ha desarrollado un programa de domotización de hogares con el objetivo de efectivizar múltiples Derechos Humanos del público beneficiario. En este contexto, luego de un año de seguimiento y mejora de las medidas aplicadas, es posible presentar evidencia científica acerca de los impactos positivos de esta buena práctica.

Palabras clave: *Personas con discapacidad; políticas públicas; Derechos Humanos; domótica; innovación.*

## ABSTRACT

The Rumbo Project is an initiative driven by the Government of Spain in collaboration with leading entities from the third sector of disability from 2022 to 2024. Its primary goal is the design and implementation of innovative pilot solutions aimed at mitigating the

institutionalization of people with disabilities. In the case of Castilla y León, the organization Impulsa Igualdad has carried out various actions. Among these, a home automation program has been developed with the aim of actualizing multiple Human Rights for the beneficiary audience. In this context, after a year of monitoring and improving the applied measures, it is possible to present scientific evidence regarding the positive impacts of this public policy.

Keywords: *People with disabilities; public policies; Human Rights; domestic automation.*

## EL PROYECTO RUMBO

EL «PROYECTO RUMBO: hacia un modelo de autonomía personal conectada e inclusiva» es una iniciativa colaborativa impulsada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 del Gobierno de España<sup>1</sup>. El mismo reúne la colaboración de distintas entidades del tercer sector de la discapacidad, las cuales han trabajado mancomunadamente desde el año 2022 con el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 y la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) en la elaboración de una gran gama de políticas públicas abocadas a mitigar la institucionalización de las personas con discapacidad, fomentado su autonomía y vida independiente.

En este sentido, a través de una organización que representó las diferentes realidades presentes en el territorio español, 22 entidades repartidas a lo largo y ancho del país diseñaron e implementaron una serie de acciones en beneficio de la amplia mixtura de sujetos que forman parte del colectivo de la discapacidad. De esta manera, la gestión estatal se erigió como supervisora de la gran amalgama de actividades implicadas en el proyecto ya que delegó su materialización a las entidades expertas. Asimismo, el equipo de la UC3M –como órgano académico especializado– asesoró y periódicamente almacenó la información producida a lo largo del proyecto a efectos de elaborar un nuevo catálogo de servicios de promoción de la autonomía personal a efectos de transferir a la administración pública los conocimientos adquiridos. En consecuencia, los saberes adquiridos a partir de Rumbo buscan cimentar las bases para construir un nuevo modelo de cuidados cuyo faro sea la desinstitucionalización de las personas con discapacidad.

Por tales motivos, el proyecto se estructuró en 3 etapas fundamentales: pilotaje, escalabilidad y transferencia de conocimientos. En la primera, iniciada en mayo de 2022, los equipos técnicos se abocaron a diagramar las distintas acciones en cues-

<sup>1</sup> El proyecto es parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado con fondos Next Generation de la Unión Europea.

ción, ejecutándolas de manera provisoria sobre públicos previamente escogidos. Una vez cumplido ello, tuvo lugar la escalabilidad, la cual consistió en intensificar y ampliar aquellas actividades que debido a sus características e impacto positivo sobre el público hubieron de ser calificadas como «soluciones innovadoras» por parte del personal de la UC3M. De este modo, se anheló que aquellas acciones especialmente valiosas se expandan lo más posible sobre eventuales beneficiarios. Concretamente, el período de escalamiento tuvo lugar hasta el día 30 de junio de 2024, habiéndose iniciado a comienzos del año 2023.

Ahora bien, el proyecto se encuentra ahora en su tercer y última etapa, la cual concluirá en diciembre de 2024. Aquí, el objetivo será que todos los saberes, experiencias y conocimientos adquiridos a partir de la experiencia de Rumbo puedan sintetizarse en un nuevo catálogo de servicios de promoción de la autonomía personal. Por lo tanto, el proyecto en sí se erige en un modelo de política pública innovadora, colaborativa y horizontal ya que la experiencia obtenida a través del trabajo de una multiplicidad de sujetos será la base para diseñar un modelo de cuidados transformador, centrado en la persona y en el proyecto de vida independiente de las personas con discapacidad.

Sintetizando, los objetivos principales de Rumbo han sido:

Actuar sobre el medio físico, en la vivienda de cada persona con discapacidad, para prevenir su abandono promoviendo las formas de vida elegidas libremente.

Poner en marcha una serie de alojamientos de transición para las personas con discapacidad que quieren iniciar un proyecto de vida independiente pero no disponen de los recursos ni apoyos necesarios o precisan de un espacio y tiempo de adaptación, transición y aprendizaje previo a la vida independiente en autonomía completa.

Evitar el recurso de residencias o dependencia familiar facilitando alojamiento accesible a las personas con discapacidad.

Transformar los recursos residenciales de las zonas de proyecto piloto en espacios de recursos de apoyo integral a la vida independiente.

Garantizar la autonomía personal y prevenir situaciones de dependencia en personas con necesidades de apoyos y cuidados de larga duración no cubiertos por el actual sistema de atención.

Favorecer la participación comunitaria de las personas con discapacidad con el fin de promover la vida independiente.

Generar conocimiento experto en los equipos y profesionales implicados que fortalezca e incorpore el paradigma de la atención centrada en la persona, los proyectos de vida independiente y el diseño universal en infraestructuras productos y servicios.



ción Española de Asociaciones de Atención a las Personas con Parálisis Cerebral) y Confederación Autismo España. Considerando ello, puede destacarse cómo las diversas gamas de discapacidades encontraron representación en este caso debido a la participación de las nombradas asociaciones civiles.

Ahora bien, centrándonos en las actuaciones específicas de Impulsa Igualdad en la Comunidad Autónoma mencionada, es menester señalar que la hoja de ruta elaborada por el personal técnico de la entidad busco abordar de manera integral el problema de la vulneración de derechos del público beneficiario. Es así que, en primer lugar, se realizó una tarea estrictamente de investigación, incluyendo mapeos, detección de necesidades individuales y colectivas, encuestas estratégicas, entre otras metodologías de obtención de datos útiles.

Superada esta etapa, se puso en marcha el plan de ejecución del programa, el cual incluyó una rica variedad de actividades. Entre las mismas sobresalieron el servicio integral de asistencia personal, un estudio sobre vivienda accesible en Castilla y León elaborado en conjunto con la Universidad de Valladolid, programas de formación en asistencia personal, acciones de empoderamiento e inclusión comunitaria, talleres abiertos sobre accesibilidad, promoción de servicios de fisioterapia en el medio rural, actividades deportivas y ocio en beneficio de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, celebración de alianzas estratégicas con agentes del sector público y privado, entre otras. Sumado a ello, es preciso hacer hincapié en el enfoque capilar que ha tenido el proyecto en cuanto un indicador de relevancia a la hora de su materialización fue la dicotomía ruralidad-urbanidad<sup>2</sup>.

En adición a lo expuesto, un punto neurálgico ha sido el plan de domotización de hogares para personas con discapacidad. Conforme se narrará a continuación, esta medida ha tenido un impacto más que significativo en la vida de sus beneficiarios debido al hecho de que la utilización de la tecnología en las viviendas particulares incrementó la autonomía e independencia, mitigando aspectos estructurales que conducen a la institucionalización de las personas con discapacidad.

## LA DOMOTIZACIÓN DE HOGARES COMO UN CASO DE BUENA PRÁCTICA

Previo a sumergirnos en lo que es el objeto principal de esta ponencia, resulta necesario realizar una aproximación al concepto abordado en este apartado a

<sup>2</sup> Según el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (2021), se considera rural a las poblaciones que poseen menos de 30.000 habitantes o bien con una densidad poblacional menor a 100 habitantes por kilómetro cuadrado. En tal sentido, Castilla y León es la tercera Comunidad Autónoma con mayor población rural, luego de Extremadura y Castilla – La Mancha.

efectos de bridar claridad. En su *Manual de domótica*, Huidobro Moya y Millán Tejedor (2010) señalan:

(...) domótica, es originaria de la palabra latina «domus» [de la que ha derivado la raíz *domo* que quiere decir *casa*] y de la palabra francesa «informatique» [de la que ha derivado la palabra informática] (sic) (...) La domótica se aplica a la ciencia y a los elementos desarrollados por ella que proporcionan algún nivel de automatización o automatismo dentro de la casa (...) integra una serie de automatismos en materia de electricidad, electrónica, robótica, informática y telecomunicaciones, con el objetivo de asegurar al usuario un amento del confort, de la seguridad, de ahorro energético, de las facilidades de comunicación y de las posibilidades de entretenimiento. (4)

La domotización de hogares particulares de personas se inscribió como una acción orientada al cumplimiento del objetivo número 3 del proyecto «Evitar el recurso de residencias o dependencia familiar facilitando alojamiento accesible a las personas con discapacidad» (Proyecto Rumbo, 2024). A través de la incorporación de tecnología en los hogares se buscó crear condiciones de habitabilidad más favorables para los usuarios, fomentando que el entorno de la vida diaria sea más accesible y mitigando así la necesidad de acudir a residencias, centros u otros espacios habitacionales que no sean los propios.

Atento a las múltiples dependencias, necesidades de apoyo y barreras que obstaculizan la autonomía e independencia, es un hecho a todas luces claro el que las personas con discapacidad pasen una mayor cantidad de tiempo en sus viviendas —sean propias o residencias—, a diferencia de las personas sin discapacidad. Es por ello que, crear condiciones de vida que faciliten la autonomía en el espacio propio se presenta como una necesidad prioritaria del colectivo bajo análisis. Por ende, el recurso de la domotización aparece como una herramienta considerable a la hora de abordar esta problemática.

En consonancia con lo dicho, repasemos ahora en que consistió la política pública implementada. En primer lugar, el público al que fue dirigido fue personas con discapacidad física<sup>3</sup>, el cual es el espectro de personas de interés y protección para la entidad Impulsa Igualdad. A partir de cuestionarios que valoraban indicadores tales como grado de dependencia, necesidades de apoyos, existencia o no de

<sup>3</sup> «La discapacidad física se presenta cuando existe una pérdida de la función motora, ya sea parcial o total, afectando la capacidad de una persona para moverse o manipular objetos. Es importante reconocer que la discapacidad física también puede influir en otras áreas, como el lenguaje (...) [La discapacidad física puede manifestarse como] monoplejía: afectación de un solo miembro; triplejía: afectación de tres miembros; cuadriplejía: afectación de los cuatro miembros; paraplejía: afectación de los miembros inferiores; hemiplejía: afectación de un lado del cuerpo; diplejía: afectación más intensa de la mitad inferior del cuerpo» (Impulsa Igualdad, 2024).

vínculos de contención, vulnerabilidad expresada en términos económicos, edad, género, lugar de la residencia (urbana o rural), titularidad de la vivienda de la residencia, entre otros, se crearon instrumentos de medición capaces de apreciar el grado de vulnerabilidad de las personas interesadas en participar del proyecto y, por lo tanto, parámetros objetivos que justificarán seleccionar a un candidato frente a otro.

A partir de aquí fue posible confeccionar una lista de posibles beneficiarios a los que, mediante entrevistas realizadas por el equipo técnico de la entidad y de la empresa especializada en domótica contratada, se les propuso un proyecto de domotización de sus hogares –tomando como parámetro las necesidades específicas de cada usuario–. De este modo, a través del trabajo colaborativo mencionado pudo elaborarse una respuesta particularizada cuya base de inspiración fue el paradigma de la Atención Centrada en la Persona<sup>4</sup>.

De esta manera, a las personas escogidas para formar parte del proyecto piloto se les doto de la tecnología necesaria en sus hogares para favorecer planes de vida autónoma e independiente. Así, las reformas incluyeron porteros inteligentes, controladores inalámbricos, enchufes inteligentes, cerraduras electrónicas, asistentes virtuales controlados por voz, persianas automatizadas, bombillas inteligentes, aplicaciones del móvil aptas para controlar la casa, entre otras. Asimismo, el número de beneficiarios total ascendió a un total de 22 familias, distribuidas tanto en el medio urbano como rural.

## DESINSTITUCIONALIZACIÓN, VIDA INDEPENDIENTE Y DERECHOS HUMANOS

Como se ha mencionado precedentemente, el objetivo primordial de Rumbo ha sido desarrollar planes pilotos abocados a la desinstitucionalización de las personas con discapacidad. Sin embargo, ¿qué entendemos por institucionalización? Huete García, Huete García y Martín Gómez (2015) parten del hecho de que, en Europa, el recurso de las instituciones residenciales fue la herramienta común para atender las necesidades de la vida diaria de personas con requerimientos de alojamiento y asistencia, entre ellas las personas con discapacidad<sup>5</sup>. Asimismo, remarcan

<sup>4</sup> Acerca de este concepto y su aplicación a las personas con discapacidad puede consultarse el artículo de Arellano Torres y Peralta López (2015).

<sup>5</sup> Esta definición puede ampliarse con lo expresado por el delegado del CERMI para los Derechos Humanos y para la Convención de la Discapacidad de Naciones Unidas, Gregorio Saravia, quien sostiene que «Por institucionalización se entiende el ingreso, voluntario o involuntario, en un centro abierto que presta servicios continuados y que se convertirá en la residencia, permanente o temporal, de una persona con discapacidad. El concepto «centro abierto» engloba a las residencias

en que tales espacios cumplieron desde antaño funciones sociales, educativas y de atención a necesidades básicas (Ídem). Sumado a ello, es preciso hacer hincapié en la dinámica de ghetto de éstos debido a que, como indica la Coalición Europea para la Vida Comunitaria, una institución es «cualquier lugar en el que las personas son aisladas, separadas y/o obligadas a vivir juntos. Una institución es también cualquier lugar en el que las personas no tienen, o no se les permite, ejercer un control sobre su vida y sus decisiones del día a día» (Coalición Europea para la Vida Independiente, como se citó en Huete García et al., 2015, 9).

Por lo tanto, el carácter distintivo de la institucionalización es su normatividad. Así, en un espacio-tiempo claros, bajo la adopción de roles y mandatos, los residentes deben seguir normas estrictas y patrones de conducta de manera seriada, en cuanto éstos realizan sus actividades rutinarias conforme las instrucciones del personal a cargo —desde el amanecer hasta el momento de la finalización del día—. Por ende, la subjetividad individual es tamizada a raíz de que el sujeto es considerado a partir de pautas generalizadas, siendo un eslabón homogéneo dentro de un colectivo superior que lo engloba, los residentes del centro<sup>6</sup>.

El conjunto de caracteres descriptos, amén a otras vulneraciones de Derechos Humanos que han sido frecuentes en estos espacios, son muestra suficiente para argumentar que la desinstitucionalización es un fin adecuado a efectos de garantizar los derechos de las personas con discapacidad<sup>7</sup>. No obstante, la prevención de la institucionalización es a todas luces una tarea compleja, susceptible de abordarse a través de múltiples políticas públicas. En este sentido, la garantía de condiciones habitacionales que favorezcan la autonomía e independencia se presenta como una herramienta eficaz en aras de alcanzar los derechos normativamente consagrados. Muestra de ello han sido el seguimiento y evaluación que hemos realizado sobre

---

para personas mayores, los hospitales de media y larga estancia, los centros de atención a personas con discapacidad física, los centros de atención a personas con discapacidad intelectual, los centros psiquiátricos (las unidades de salud mental comunitarias y las unidades de hospitalización), los hospitales de día, los centros de día, las unidades de noche, el acogimiento familiar, las viviendas con servicios de apoyo, las unidades de convivencia y los centros de rehabilitación psicosocial y laboral. Quedan excluidos los centros penitenciarios e instalaciones análogas» (p. 89).

<sup>6</sup> Un estudio acerca de la dinámica del poder, los individuos y las instituciones sociales puede consultarse en la reconocida obra *Vigilar y Castigar* de Michel Foucault (2002) originalmente publicada en el año 1975.

<sup>7</sup> Entre otras, las consecuencias de esta práctica pueden sintetizarse en: «a) un sentimiento profundo de soledad; b) sentimientos de incompreensión; c) aislamiento de la sociedad en general; d) desarraigo; e) incertidumbre frente a su futuro al no saber quién los va a apoyar, proteger, acompañar; sentimientos de rechazo; f) baja autoestima; g) la falta de lazos y redes; h) falta de preparación para la asunción de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos». (Saravia Méndez, 2022, p. 93).

los beneficiarios del proyecto piloto de domotización de hogares, en los cuales se reflejan los impactos positivos sobre la vida de las personas.

En el caso particular de las personas con discapacidad física –segmento poblacional con el que se trabajó en el proyecto piloto–, las valoraciones de impacto arrojaron beneficios sobre múltiples indicadores. Es así que los usuarios manifestaron aumentos en su percepción sobre la propia autonomía, disminución de la dependencia para con familiares o personas de apoyo, mejora en la salud mental y autoestima e incremento de sus relaciones sociales. Paralelamente, es necesario destacar el ahorro indirecto en beneficio de los usuarios ocasionado por la disminución en la contratación de servicios tales como asistencia personal u otras figuras de cuidado. Por otra parte, actualmente estamos a la espera de los resultados en materia de retorno social de la inversión (SROI, por sus siglas en inglés) ocasionados por esta política pública, trabajo realizado en conjunto por personal investigador de la UC3M

Por último, los siguientes gráficos sirven para ilustrar lo señalado hasta aquí:

FIGURA 2. *Percepción de aumento de vida independiente de los usuarios.*



FIGURA 3. *Mejora en la prestación de servicios de cuidado gracias a la domótica.*

## CONCLUSIONES

El «Proyecto Rumbo» se presenta como una iniciativa pionera y multifacética que busca redefinir el paradigma de atención a las personas con discapacidad en España, enfocándose en la promoción de la autonomía personal y la vida independiente. A través de un enfoque colaborativo que ha involucrado al Estado, el tercer sector y la academia, se ha logrado diseñar e implementar políticas públicas innovadoras que, en última instancia, tienen como objetivo la desinstitucionalización de este colectivo, alineándose con los principios fundamentales de los Derechos Humanos.

Las etapas sucesivas del proyecto –pilotaje, escalabilidad y transferencia de conocimientos– han permitido no sólo la creación de soluciones adaptadas a las realidades específicas de las personas con discapacidad, sino también la validación de prácticas que, al demostrar su efectividad, han sido ampliadas para alcanzar a un mayor número de beneficiarios. En particular, la domotización de hogares emerge como un caso ejemplar de buena práctica, subrayando cómo la tecnología puede ser un catalizador crucial para fomentar la independencia y reducir la necesidad de recurrir a instituciones residenciales.

Uno de los principales desafíos que se desprenden de esta experiencia es la necesidad de garantizar que las políticas de desinstitucionalización sean sostenibles y se adapten a las diversas necesidades de las personas con discapacidad. La autonomía

personal no puede ser entendida como un fin en sí mismo, sino como un medio para el pleno ejercicio de los Derechos Humanos, lo que implica un enfoque integral que considere tanto las necesidades físicas como las psicológicas, sociales y económicas de los individuos.

Asimismo, se evidencian retos significativos en la transferencia efectiva de los conocimientos adquiridos durante la implementación del proyecto hacia el diseño de políticas públicas que puedan ser adoptadas de manera generalizada por las administraciones locales y nacionales. Es crucial que los modelos y herramientas desarrollados, como el catálogo de servicios de promoción de la autonomía personal, sean lo suficientemente flexibles y adaptables a las distintas realidades territoriales, garantizando que nadie quede atrás en el proceso de desinstitucionalización.

En conclusión, el Proyecto Rumbo ha demostrado ser una iniciativa transformadora que no sólo ha buscado cambiar la vida de las personas con discapacidad, sino también sentar las bases para un nuevo modelo de cuidados basado en los principios de la Atención Centrada en la Persona y el respeto a los Derechos Humanos. Sin embargo, la plena vigencia de estos derechos exige una continuidad en el compromiso de las instituciones y la sociedad en su conjunto para avanzar hacia un futuro donde la vida independiente sea una realidad accesible para todos, superando las barreras estructurales que aún persisten día a día.

## REFERENCIAS

- ARELLANO TORRES, A. y Peralta López, F. (2015). *El Enfoque Centrado en la Familia, en el campo de la discapacidad intelectual ¿Cómo perciben los padres su relación con los profesionales?* Revista de Investigación Educativa, 33 (1), 119-132. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.33.1.198561>
- COALICIÓN EUROPEA PARA LA VIDA INDEPENDIENTE, como se citó en Huete García A., Huete García M., Marín Gómez, A. y Quezada García, M. (2015). *Institucionalización de las personas con discapacidad en España*. Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- FOUCAULT, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores Argentina.
- HUETE GARCÍA A., Huete García M., Marín Gómez, A. y Quezada García, M. (2015). *Institucionalización de las personas con discapacidad en España*. Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- HUIDOBRO MOYA, J. y Millán Tejedor, R. (2010). *Manual de Domótica*. Creaciones Copyright S.L.
- IMPULSA IGUALDAD (2024). *ENTENDIENDO LA DISCAPACIDAD FÍSICA Y ORGÁNICA*. [HTTPS://TINYURL.COM/FFYDJMN6](https://tinyurl.com/ffydjmn6)
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, Pesca y Alimentación (2021). *La población de las áreas rurales en España supera los 7,5 millones de personas*. <https://tinyurl.com/2pj7n98p>
- PROYECTO RUMBO (2024). *QUIÉNES SOMOS*. [HTTPS://TINYURL.COM/23YD32SV](https://tinyurl.com/23yd32sv)

SARAVIA MÉNDEZ, G. (2022). *La desinstitucionalización de las personas con discapacidad como parte del derecho a la inclusión en la comunidad, visión social*. Anales de Derecho y Discapacidad (Nº Especial julio 2022), 77-106.

# LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES: LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 6 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN  
*Instituto de Mayores y Servicios Sociales*

## RESUMEN

La no discriminación por razón de edad de las personas mayores es un derecho actualmente reconocido en prácticamente todos los ámbitos. Este artículo trata de profundizar en qué momento ha sido reconocido en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el papel específico que ha jugado la Observación General n° 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que la discriminación por edad se considere incluida en estos pactos.

Palabras clave: *Discriminación; edadismo; personas mayores; Naciones Unidas; derechos humanos.*

## ABSTRACT

Non-discrimination based on age of older people is a right currently recognized in practically all areas. This article tries to delve into when it has been recognized in the International Covenants on Human Rights and the specific role that General Observation No. 6 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has played, so that age discrimination is considered included in these. pacts.

Keywords: *Discrimination; ageism; older people; United Nations; human rights.*

## LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS MAYORES

EN 1948, CUANDO SE APROBÓ la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), prácticamente nadie pensó en las personas mayores, el mundo había vivido recientemente una terrible guerra y el esfuerzo se concentraba en los principales estragos que se habían sufrido en ella. Aunque ese mismo año Argentina propuso una «Declaración de los derechos de la vejez» (Huenchuan, 2013), aquella propuesta no prosperó.

Sin embargo, a pesar de ese olvido inicial, ha sido tras la Segunda Guerra Mundial cuando se ha pasado a prestar más atención a otros grupos de personas, sobre los que parece que no había habido tanta preocupación hasta ese momento. Se trata de los que la doctrina ha denominado «grupos vulnerables», es decir, colectivos de personas que padecen «obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalentes a los que poseen los ciudadanos normales y que, en cualquier caso, sean adecuados a lo que exige el respeto a la dignidad propia de una persona en su situación» (Mariño Menéndez, 2001). Entre los que se han situado las personas mayores.

Para reforzar los mandatos de la DUDH y mejorar su grado de protección, tras un periodo de trabajo de la que se denominaba Comisión de Derechos Humanos, la Asamblea General aprobó el 16 de diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). A la que posteriormente se le añadió un Protocolo, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al que se le sumarían dos Protocolos más. El trato diferenciado entre unos y otros derechos reflejaba el evidente prejuicio subyacente respecto del carácter de los derechos económicos, sociales y culturales que responde a la concepción dominante en gran parte del mundo en 1966 (Courtis, 2013).

El primero de los protocolos del PIDCP faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Mientras que el segundo, compromete a sus miembros a la abolición de la pena de muerte en el interior de sus fronteras. En el caso del Protocolo del PIDESC, se establece un mecanismo de denuncias individuales para el Pacto, similares a las del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, también existen mecanismos similares contemplados en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Como señalan algunos autores (Rodríguez-Piñeiro Royo, 2012), será, precisamente, gracias a la práctica de los comités responsables de la supervisión de la

aplicación que hacen de ellos los Estados, cuando la edad comenzará a aparecer explícitamente como motivo prohibido de discriminación, especialmente hacia las personas mayores. La existencia previa de algunas acciones al más alto nivel, como la I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en 1982, sin recoger apenas la preocupación por la discriminación de las personas mayores, ratifica el esfuerzo y visión de estos comités, y especialmente del que supervisa el PIDESC, como verdaderos pioneros a nivel internacional.

## EL PIDESC Y LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 6

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que vigila la aplicación del Pacto del mismo nombre, elabora una serie de observaciones generales con la finalidad de facilitar y promover la aplicación del PIDESC, estimular las actividades de los Estados Parte, las organizaciones internacionales y los organismos especializados interesados en lo concerniente a lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto. Las Observaciones Generales recogen las interpretaciones que del PIDESC hace el Comité, y que deben ser tenidas en cuenta a la hora de examinar el cumplimiento que cada Estado hace del Pacto.

Desde su cuarto periodo de sesiones, esto es, desde 1990, el Comité venía interesándose por los derechos de las personas mayores en el contexto del PIDESC, y es por ello por lo que en 1995 aprueba su Observación General N° 6, denominada «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores» (Naciones Unidas, 1995) cuyo proyecto fue elaborado por la española María de los Ángeles Jiménez Butragueño, miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 al 2000.

En dicha Observación el Comité reconoce que el PIDESC no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas mayores, aunque interpreta que, en el Pacto, de forma implícita se reconoce el derecho a la seguridad social y a las prestaciones de vejez (art. 9 del PIDESC).

Asimismo, el Comité pone énfasis en que los Estados deben prestar atención a las mujeres mayores y crear subsidios no contributivos para aquellas que carezcan de recursos (interpretando el art. 3 del PIDESC), cuestión muy importante y que viene a contribuir (aunque quizá en aquel momento no se planteaba así) a la lucha contra la discriminación múltiple e interseccional, cuyo elemento característico es la confluencia de causas de discriminación, caso habitual de las mujeres mayores donde confluyen la discriminación por ser mujer con la discriminación por ser mayor.

En lo que se refiere al derecho al trabajo (arts. 6 a 8) se destaca la necesidad de adoptar medidas para evitar toda discriminación fundada en la edad, en materia de empleo y ocupación.

También se interpreta que se debe adoptar medidas de apoyo a las personas mayores que desean vivir solas, y a las que deseen permanecer en sus hogares, como a las familias que deseen mantener en el hogar a familiares mayores dependientes (art. 10). Años más tarde nos encontraremos en que esto tiene influencia en la lucha contra lo que se ha dado en denominar «discriminación por asociación», es decir cuando una persona es discriminada debido a su relación con otra, por creer que dicha relación va a provocar ciertos efectos. Por ejemplo, esta discriminación se daría por no contratar a un trabajador o trabajadora por vivir con personas de edad avanzada y creer que ello puede suponer ausencias al trabajo para prestar cuidados.

Por otro lado, se reconoce en este instrumento normativo el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11), interpretándolo el Comité en el sentido de tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia, así como poniendo el acento en facilitar la adaptación de viviendas, y que la planificación urbana preste atención, y que se legisle en ese sentido, para lograr un entorno adecuado y posibilitar la movilidad y la comunicación. Algo que parece enormemente actual pero que data de hace casi 30 años.

En lo que respecta al derecho a la salud física y mental (art. 12), este se traduce en tener presente que mantener la salud hasta la vejez exige inversiones durante todo el ciclo vital de los ciudadanos, básicamente a través de la promoción de estilos de vida saludables, la prevención, y la rehabilitación.

Finalmente, se contempla el derecho a la educación y a la cultura (art. 13) se debe entender éste en dos direcciones distintas y complementarias. Por un lado, el derecho a beneficiarse de los programas educativos sin discriminación. Por la otra trata del aprovechamiento de los conocimientos y de la experiencia de las personas mayores, en favor de las generaciones más jóvenes y, en cierto modo, relacionado con el artículo anterior, el derecho a gozar del progreso científico y de sus aplicaciones. En definitiva, aunque no se plantease en esos términos, a disfrutar sin discriminación de estos derechos que no se niegan al resto de la población.

Otra cuestión de suma importancia, recogido en la Observación para el tema que nos ocupa, es la declaración de que el grupo de las personas de edad es tan heterogéneo y variado como el resto de la población y depende de numerosos factores, individuales, pero también colectivos. Y decimos que es de gran importancia pues como mantiene Meenam (2007), las opiniones que consideraban que la percepción de los mayores como grupo homogéneo («son todos iguales»), se pueden explicar por la discriminación basada en la edad, esto es, por el «edadismo», y

refuerza su argumento citando estudios que documentaron que las personas mayores no constituyen un grupo homogéneo realizados desde 1948 hasta épocas más recientes. En definitiva, el único elemento que tienen en común todas las personas mayores es la edad, fomentar el prejuicio de que todos tienen las mismas características no es más que crear una base en la que crece y se justifica la discriminación. Como dice el civilista italiano Stanzione (2008): no es habitual encontrar a una persona mayor que responda al prototipo de persona que, desde la inmutabilidad de su condición reúna las características y exigencias de una categoría entera.

## LA CUESTIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

La Observación también plantea algo que ciertamente era novedoso en la época: determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Aunque es verdad que algunas agencias de Naciones Unidas se habían planteado la cuestión, sus enfoques habían sido muy parciales, orientado siempre a sus especialidades, como por ejemplo la OIT que había incluido el término «discriminación por edad» en su tesoro de 1983 (Organización Internacional del Trabajo, 1998), pero siempre enfocándolo hacia la discriminación laboral, y en cierto modo ya había comenzado a plantearse que era necesario proteger a los trabajadores de edad avanzada en la temprana fecha de 1958, con el Convenio 111. También hay quién señala la existencia de referencias indirectas a los trabajadores de edad avanzada y a la necesidad de dar cobertura a sus necesidades laborales, en las Recomendaciones sobre la política de empleo de 1964, y en la del desarrollo de los recursos humanos de 1975 (Sempere Navarro y Quintanilla Navarro, 2009).

La Observación reconocía que ni en el PIDESC ni en la DUDH se hace, explícitamente, referencia a la edad como uno de los factores prohibidos, considerando que no se trata de una exclusión intencional, sino que esta omisión se explica, probablemente, por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el «problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad». Lo que, sin duda, debe interpretarse en el sentido de que no había la conciencia que hoy existe sobre la situación de las personas mayores y sus derechos.

Pese a ello, el Comité afirma que este hecho no es decisivo, pues el artículo 2.2 del PIDESC cuando dice: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social», ha de entenderse que en ese «cualquier otra condición social» se encuentra incluida la edad. Es una interpretación muy similar a la que nuestro Tribunal Constitucional hace del artículo 14CE, en concreto de la deno-

minada «cláusula abierta». El Comité señalaba que todavía no era posible llegar a la conclusión de que la discriminación por motivos de edad está en general prohibida por el Pacto, pero que las situaciones en que se podría aceptar esta discriminación eran muy limitadas. Además, el Comité puso de relieve el carácter inaceptable de la discriminación contra las personas mayores subrayando que se tendía a luchar contra esta discriminación en muchos documentos normativos internacionales, y se confirma en la legislación de la gran mayoría de Estados, destacando que en algunas de las pocas situaciones, en que todavía se toleraba esta discriminación, por ejemplo en relación con la edad obligatoria de jubilación o de acceso a ciertas etapas de la educación, existía una clara tendencia hacia la eliminación de estos obstáculos, considerando que los Estados Partes deberían tratar de acelerar esa tendencia en la medida de lo posible.

Fruto de esta Observación, el propio Comité comenzó a dar mucha más importancia a la información que se aporta sobre el cumplimiento del PIDESC, en lo que se refiere a la protección de las personas mayores. En lo relativo a la discriminación de las personas mayores, el Comité recuerda a los Estados que, para cumplir con las obligaciones, que supone ser parte del PIDESC, los métodos a utilizar incluyen «la necesidad de legislar en caso necesario y de eliminar toda legislación discriminatoria».

Este mismo texto del Comité también ponía de manifiesto, que la terminología utilizada para identificar a las personas mayores en los documentos internacionales es muy variada («personas de edad», «adultos mayores», «personas mayores», etc.), y declara optar, deliberadamente, por utilizar la expresión «personas mayores», que no siempre es la utilizada en el ámbito de la ONU, justificándose en que es el término utilizado en las resoluciones 47/5 y 8/98 de la Asamblea General. No obstante, recuerda que, siguiendo las pautas de los servicios estadísticos de las Naciones Unidas, este calificativo comprende a las personas de 60 años y más años, advirtiendo que en el caso del servicio estadístico de la UE (Eurostat), se consideran personas mayores las de 65 años y más años. Desgraciadamente este afán unificador de la terminología no ha parecido que haya prosperado y seguimos encontrando denominaciones y traducciones de lo más variado.

En todo caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con la Observación General N° 6 clarificó definitivamente su posición, respecto a la protección de las personas mayores e introdujo con fuerza la necesidad de protección de este colectivo frente a la discriminación. O como señalan algunos autores (Rodríguez-Piñero Royo, 2012), el Comité asumía definitivamente el liderazgo en la extensión del principio de igualdad y no discriminación por edad en el ámbito de las personas mayores. De una forma similar, el Comité de Derechos Humanos ha tomado una posición parecida en su aplicación de la cláusula de igualdad y no discriminación, recogida en el PIDCP, determinando que toda distinción basada

en la edad, que no esté fundada en criterios objetivos y razonables, puede ser constitutiva de discriminación, cuestión que merecería un artículo mucho más amplio.

Y por supuesto tampoco hay que olvidar esas veces que el Comité llama la atención a un país de una cuestión concreta, por ejemplo señalaremos que en las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (Naciones Unidas, 2018) de 25 de abril de 2018, se llama la atención sobre la insuficiente incorporación que España hizo de las directivas antidiscriminatorias del año 2000 (en la que se incluía la discriminación por edad) a través de la Ley 62/2003 y al ausencia de una ley integral contra la discriminación, algo resuelto hoy en día gracias a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe de 28 de enero de 2020 (Naciones Unidas, 2020) sobre los criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas de edad, ponía como ejemplo de lucha contra el edadismo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales n° 27 y n° 6, aunque reconocía cierta falta de continuidad y sistematicidad en sus informes, y que algunas cuestiones de la Observación n° 6, recordemos que es de 1995, se han podido quedar anticuadas.

## LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL PIDESC CONFORME A LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 6

No es sencillo medir la influencia que ha podido, y continúa teniendo, la Observación General N° 6 en cuanto a lucha contra la discriminación por edad en las personas mayores, pero entendemos que esta se da de varias formas posibles.

La primera de ella, muy general es dando importancia y poniendo encima de la agenda política la discriminación de las personas mayores, como hemos dicho, cuando el comité del PIDESC expresó de forma clara que la protección frente a la discriminación por edad estaba amparada por la aplicación de la PIDESC, ello sirvió de acicate para que otros órganos y organismos de la ONU ascendieran el nivel de preocupación en la materia. No creemos casualidad que esta interpretación también se haya aplicado al PIDCP y a la DUDH. Y sin duda también ha podido tener influencia en declaraciones y acciones de organizaciones ajenas al marco de la ONU.

Además, en la actividad de supervisión de los pactos que desarrollan los Comités, a la hora de analizar el cumplimiento por parte de un Estado, del cumplimiento del Pacto, el Comité examina específicamente la cuestión de la discriminación hacia las personas mayores y discute con el Estado la mejor forma de dar protec-

ción a los ciudadanos. Aunque la capacidad de obligar de los Comités es muy relativa, en estos debates suele participar la sociedad civil de cada país, y hacerse eco los medios de comunicación, lo que también favorece el avance de los derechos de las personas mayores y un enfoque antiedadista.

En muchos países, incluido el nuestro, también se produce una incorporación a través de la denominada «clausula interpretativa», incluida en el artículo 10.2CE que establece que los derechos fundamentales se «interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», como es el caso de los Pactos aquí tratados. Y es ampliamente aceptado por la doctrina que los Pactos de 1966 han tenido gran influencia interpretativa y han sido muy utilizados por el Tribunal Constitucional para su labor interpretativa (de Carreras Serra, 2000).

Pero también ha podido tener una influencia «hacia dentro», es decir en el ámbito de Naciones Unidas y sus agencias y organismos, pues a partir de 2002 en que el Secretario General de la ONU presenta por primera vez un informe a la Asamblea General sobre los derechos humanos queda claro que la discriminación por edad forma parte de la agenda de Naciones Unidas de forma indiscutible. Aunque evidentemente es difícilmente medible que grado de influencia pudieron tener las acciones desarrolladas a propósito del PIDESC y la Observación General Nº 6.

## ALGUNAS CONCLUSIONES

Debemos señalar que a pesar de que los derechos de las personas mayores no era precisamente una de las primeras preocupaciones de las Naciones Unidas, con el paso del tiempo se ha incrementado la atención que ha prestado a dicho colectivo, llegando en 1995 a introducirse en los Pactos la prohibición de discriminación por edad, a través de la interpretación del PIDESC que hace en la Observación General Nº 6 su Comité, en concreto y de forma especial a través de la interpretación de su artículo 2.2 Proceso que de forma semejante también se ha dado en el PIDCP y en la interpretación de la DUDH.

Podemos decir que el Comité encargado de la vigilancia del PIDESC ha jugado un papel apreciable a la hora de la consolidación del derecho a no ser discriminado por razón de edad, pues esa interpretación ha influido necesariamente (aunque no podamos determinar en qué medida) en los Estados que son parte del Pacto. Fundamentalmente de tres maneras, poniendo el tema en la agenda internacional, a través de la influencia que tienen los informes que los Estados presentan ante el Comité, y en algunos casos, como nuestro país a través de «clausulas interpretativas» que obligan a tener en cuenta los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el país a la hora de interpretar ciertos derechos.

Finalizaremos señalando que en 1995 la Observación General N° 6, ya reconocía expresamente que, a diferencia de otros grupos de población como, por ejemplo, las mujeres y los niños, no existe todavía ninguna convención internacional general relacionada con los derechos de las personas mayores, intuyendo la posibilidad futura de un instrumento específico. Curiosamente desde hace unos años se debate en el ámbito de la ONU la oportunidad y manera de aprobar una Convención (de forma similar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006), centrada en las personas mayores y donde la discriminación por edad o el edadismo tendría un protagonismo indiscutible. Debate que seguramente finalizará en los próximos años con un nuevo instrumento internacional.

## REFERENCIAS

- CARRERAS SRRA, F. de (2000). Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 60, pp. 321-341.
- COURTIS, C. (2013). Los derechos económicos, sociales, culturales, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ; E. FERNÁNDEZ GARCÍA; R. DE ASÍS ROIG; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG; R. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo IV, volumen VI, Libro III (pp. 1525-1616). Dykinson.
- HUENCHUAN, S. (2013). *Los derechos de las personas mayores. Módulo 2, Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional*. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo, en F. M. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa (dirs. y coords.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo* (pp. 19-26). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones.
- MEENAN, H. (2007) Reflexiones sobre la discriminación por motivos de edad en 2007, un intento de aportar claridad y materia de reflexión... Academia de Derecho Europeo. [http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08\\_Age/2007-MeenanES.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2007-MeenanES.pdf)
- NACIONES UNIDAS (1995). *Observación General N° 6: Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores* (E/C.12/1995/16/Rev.1), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York.
- NACIONES UNIDAS (2018). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/CO/6), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- NACIONES UNIDAS (2020). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/49/70), Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1958). *Convenio número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998). *Tesaurus OIT: terminología del trabajo, el empleo y la formación*. Organización Internacional del Trabajo.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, L. (2012). La discriminación por razón de edad: perspectivas internacionales, en S. HUENCHUAN (Ed.). *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos* (pp. 75-108). Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; Y. R. QUINTANILLA NAVARRO (2009). *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*. Consejo Económico y Social.
- STANZIONE, P. (2008). Personas mayores, capacidad y tutela jurídica: la situación italiana, en: C. LASATE ÁLVAREZ (dir.). *La protección de las personas mayores*, pp. 50-70. Tecnos.

# BAJO LAS SOMBRAS DE LA DISCRIMINACIÓN Y VULNERABILIDAD: EXCLUSIÓN INDÍGENA EN LA NARRATIVA HISTÓRICA DE LOS ALTOS DE JALISCO

MUÑOZ GUERRA, LUISA FERNANDA; MYERS GALLARDO, ALFONSO  
*CIDH Diversitas, Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

Este artículo examina la exclusión histórica y vulnerabilidad de los indígenas en Los Altos de Jalisco. La hipótesis sostiene que factores como racismo, blanqueamiento racial y elitismo, junto con el fenotipo como indicador de estatus, han distorsionado la identidad local, minimizando el papel indígena en la narrativa histórica. Se analizaron estas variables en relación con la narrativa histórica, revelando una marginación que aún persiste. Se plantea la necesidad de una narrativa más inclusiva que reconozca la verdadera diversidad étnica y cultural de la región, cuestionando quién define la identidad de una comunidad.

Palabras clave: *Etnicidad; Indigenismo; Discriminación; Exclusión; Vulnerabilidad*

## ABSTRACT

This article examines the historical exclusion and vulnerability of indigenous people in Los Altos de Jalisco. The hypothesis suggests that factors such as racism, racial whitening, and elitism, along with phenotype as a status indicator, have distorted local identity, minimizing the indigenous role in the historical narrative. These variables were analyzed in relation to the historical narrative, revealing a persistent marginalization. The article emphasizes the need for a more inclusive narrative that recognizes the true ethnic and cultural diversity of the region, questioning who holds the power to define a community's identity.

Keywords: *Ethnicity; Indigenism; Discrimination; Exclusion; Vulnerability*

## INTRODUCCIÓN

**L**A HISTORIA DE **LOS ALTOS DE JALISCO**, México, refleja la complejidad de las dinámicas culturales y sociales que han modelado esta región a lo largo de los siglos (Rivera, 1988; Gómez Mata, 1999). En particular, el papel desempeñado por los indígenas, la esclavitud y la exclusión social ha dejado una profunda huella en la identidad de esta región. El propósito de este artículo es explorar cómo estos elementos discriminatorios han influido en la evolución regional, destacando su impacto en la religiosidad, la organización social, la cultura local y la vulnerabilidad de ciertas comunidades<sup>1</sup>. A lo largo del ensayo, se analizarán diferentes períodos históricos para examinar cómo estas formas de discriminación han vulnerado la construcción de la comunidad alteña. A pesar de que **Los Altos de Jalisco** es conocida por su rica historia y cultura, detrás de sus calles, templos y edificios coloniales se esconde una historia marcada por la discriminación, la exclusión social, la vulnerabilidad y una constante lucha por la igualdad. Esta realidad se debe a la interacción de diversas comunidades étnicas y sociales en esta región, que incluyen a los indígenas, los esclavos africanos y sus descendientes, así como a los mestizos y los españoles criollos. Bajo tales argumentos, la complejidad de la historia alteña muestra sin contradicción una historia en la que diversas culturas y etnias se entrelazaron y evolucionaron a lo largo de los siglos, heredando una historia marcada por diversos elementos de discriminación como el racismo, la xenofobia, la aporofobia y la vulnerabilidad, los cuales se han configurado como factores que han influido en la percepción y representación de las raíces alteñas. Por ello, este ensayo explora cómo distintos elementos han moldeado la narrativa histórica de **Los Altos de Jalisco** y han desplazado la presencia indígena en la construcción de su identidad. Con el objetivo de optimizar el análisis y atender a las limitaciones de espacio, este estudio se centrará en **Lagos de Moreno**, municipio cabecera de **Los Altos de Jalisco**, como representativo de las dinámicas sociopolíticas, culturales y económicas de la región.

## MARCO TEÓRICO

Santa María de los Lagos, conocida hoy como Lagos de Moreno, ha sido objeto de numerosas investigaciones bibliohemerográficas y documentales (Romero,

<sup>1</sup> El presente artículo se inscribe en el marco del Proyecto Estatal «Ciudadanía de mujeres indígenas y migrantes en Jalisco» financiado por el Instituto Electoral y Participación Ciudadana de Jalisco (IEPC) y el Centro de Investigaciones Electorales Irene Robledo, como resultado de la Convocatoria de Fomento a la Investigación Electoral del Proceso Electoral 2023-2024 en Jalisco ([Acceda aquí](#)). Conozca más sobre el proyecto [AQUÍ](#).

2015). La mayoría de estas investigaciones se han centrado en examinar la historia y raíces que explican el contexto actual de la sociedad laguense. Sin embargo, hay una escasez de estudios que aborden las problemáticas que han impactado en la configuración de esta región en el siglo XXI. Por ello, al abordar una problemática histórica, se deben considerar las causas que motivaron los acontecimientos, los propósitos de los actores y resaltar las consecuencias en los ámbitos existentes (Broda, 2009). En esa línea, la discriminación étnica y la vulnerabilidad que afecta a ciertos grupos han dejado una marca indeleble en la conformación de la identidad y la trayectoria histórica alteña a lo largo de los siglos. Esta vulnerabilidad ha surgido de las condiciones de exclusión y marginación que los grupos indígenas han experimentado en el tiempo, perpetuando desigualdades significativas en la región. Bajo estos argumentos, se explorarán los factores que explican la narrativa histórica en la que el papel del indígena ha sido prácticamente borrado en la actualidad, generando percepciones alteradas europeístas, racismo y una composición biológica basada en un proceso de blanqueamiento.

Para tales fines, se ha construido un marco teórico basado en los fondos documentales del *Archivo Histórico Municipal* y el *Archivo Parroquial*, complementado con teorías sobre etnicidad, discriminación, exclusión y la vulnerabilidad de grupos minoritarios en contextos históricos específicos<sup>2</sup>. Esto es esencial para comprender los procesos de reivindicación de las identidades indígenas en la sociedad contemporánea y contribuye a la creación de una gramática multicultural que fomente la interacción entre los pueblos indígenas y sus contextos. En este ensayo, definimos la perspectiva indígena a través de dos dimensiones: *la objetiva* (la lengua, vestimenta y características físicas) y *la subjetiva* (historia compartida, costumbres y sentido de pertenencia). En ambos casos, el reconocimiento de la identidad y la vulnerabilidad que enfrentan estos grupos desempeñan un papel crucial en la afirmación de la etnicidad. Este estudio no solo se justifica por la falta de conocimiento que persiste sobre la comunidad indígena en Los Altos de Jalisco, sino también debido a que *los grupos indígenas continúan siendo el segmento poblacional más marginado y empobrecido en América Latina* (Mendoza, et. al, 2020:57). Esto configura un trinomio de desigualdad, discriminación y pertenencia étnica que excluye a estos grupos de la elaboración de las narrativas históricas que influyen en el presente (Bello, 2004).

Así, la narrativa histórica laguense abarca la percepción y representación de las poblaciones blanca, mestiza e indígena (Gómez Mata, 2021). Para comprenderla,

<sup>2</sup> Sobre esto vid: Arizpe (1976); Gutiérrez Chong (2001); González Casanova (2006); Ramírez (2013); Singer (2014); Gracia y Horbath (2019); Myers Gallardo (2022); Mendoza y Myers Gallardo (2023).

debemos analizar diversas facetas que se originan en la composición étnica inicial y el proceso de mestizaje: a) *la persistencia arraigada del racismo*; b) *el fenómeno del blanqueamiento como resultado del mestizaje*; c) *la utilización del fenotipo como marcador de estatus social*; d) *la presencia del elitismo basado en la apariencia física*; e) *la minimización del papel indígena y la vulnerabilidad que enfrentaron en la historia laguense*. Estos factores, desde una perspectiva teórica, ilustran cómo la discriminación étnica y la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos gradualmente tejieron una narrativa que dejó una huella en la formación identitaria laguense. A pesar de la rica diversidad étnica y cultural, se mantuvieron divisiones raciales y concepciones erróneas acerca de la composición demográfica, lo cual influyó significativamente en la construcción de la identidad local.

Partiendo del enfoque de Gómez Mata, que sostiene que: «*la génesis de la población laguense está conformada por tres grandes raíces. Esto es, el indio, el español y el negro*» (2021:13), el interrogante principal aborda no solo la notable ausencia de la población indígena, sino también la significativa disminución de los procesos identitarios de los grupos étnicos. No se trata solo de la disminución de la influencia indígena en la mezcla cultural, sino de investigar cómo su presencia y vulnerabilidad han sido sistemáticamente obviadas en las narrativas. El propósito radica en profundizar en estos aspectos para fomentar una discusión crítica y desafiar la arraigada leyenda que ha perdurado en el imaginario social que sostiene la creencia de que Lagos de Moreno es una ciudad exenta de mestizaje, con una ascendencia totalmente europea, especialmente francesa, caracterizada por su blancura inmaculada y percibida como un oasis de homogeneidad en la geografía mexicana, o como le nombra Gómez Mata: *un lunar de leche* (2021:22).

## MARCO METODOLÓGICO

Para abordar la relación entre discriminación, vulnerabilidad e indigenismo desde múltiples perspectivas, se aplicará una metodología mixta que combina la investigación documental con el análisis de fuentes primarias. La investigación documental se enfocará en la revisión de archivos históricos y registros gubernamentales que arrojen luz sobre las dinámicas raciales, culturales y la vulnerabilidad de las étnias. Además, se llevará a cabo un análisis sistemático de la literatura existente, incluyendo obras de historiadores locales que ofrezcan datos relevantes. Las variables seleccionadas desempeñan un papel fundamental en la comprensión de cómo se ha desarrollado la historia y la identidad Alteña:

*Variable Dependiente: La narrativa histórica laguense*, que incluye la percepción y representación de la población blanca, mestiza e indígena y la vulnerabilidad de los grupos marginados.

TABLA 1. *Variables Independientes:*

| <b>Variables</b>                                      | <b>Método de exploración</b>                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Racismo arraigado</i>                              | Se explorará mediante la identificación de actitudes discriminatorias en documentos históricos y académicos que evidencien la existencia de prejuicios raciales arraigados en la sociedad laguense, destacando cómo estas actitudes incrementaron la vulnerabilidad de los grupos indígenas.               |
| <i>Blanqueamiento por mestizaje</i>                   | Esta variable se evaluará examinando el proceso de mestizaje y la percepción pública de la composición étnica a lo largo del tiempo, y cómo este proceso acentuó la vulnerabilidad de las comunidades indígenas.                                                                                           |
| <i>Fenotipo como marcador de estatus</i>              | Se explorará cómo las características físicas, como el color de piel, se han relacionado con el estatus social y la pertenencia a la élite local. Esto se analizará a través de documentos que evidencien discriminación basadas en el fenotipo, lo cual contribuyó a la vulnerabilidad de ciertos grupos. |
| <i>Elitismo basado en físico</i>                      | Esta variable se evaluará identificando prácticas y políticas que hayan favorecido a personas con características físicas europeas, aumentando la vulnerabilidad de quienes no cumplían con estos estándares.                                                                                              |
| <i>Minimización del papel indígena en la historia</i> | Se medirá a través del análisis de cómo se ha presentado la contribución de las poblaciones indígenas en la narrativa histórica, buscando ejemplos de omisiones o distorsiones deliberadas que incrementaron su vulnerabilidad.                                                                            |

Nota: *Elaboración propia.*

El análisis de estas variables arrojará una visión más profunda y enriquecedora sobre cómo la discriminación étnica y la vulnerabilidad han dejado una marca indeleble en la conformación identitaria y la trayectoria histórica Alteña. Al someter a estudio el racismo arraigado, el proceso de blanqueamiento, el fenotipo como indicador de estatus, el elitismo basado en características físicas y la minimización del papel indígena en su historia, es posible trazar conexiones y comprender las dinámicas complejas que han influenciado tanto la percepción como la narrativa de esta comunidad. Esto permitirá apreciar la interacción de estas variables a lo largo del tiempo y cómo han contribuido a la construcción de la identidad laguense en su contexto histórico y social, así como a la situación de vulnerabilidad de los grupos indígenas. Además, nos brindará una perspectiva más completa de los desafíos y las oportunidades que enfrenta la sociedad actual para reconciliar su diversidad étnica y cultural con una narrativa histórica más inclusiva y equitativa.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONTEXTUALES

### EL MOSAICO ÉTNICO LAGUENSE

La historia de **laguense**, desde su fundación en 1563 como villa para peninsulares, ha estado marcada por una división étnica (Isaias, 2017). Los Peninsulares, como grupo dominante, establecieron estructuras de poder que excluyeron a la población indígena de la toma de decisiones (González Casanova, 2006). Esta jerarquía se reflejaba en la distribución de tierras y recursos, perpetuando una profunda desigualdad económica. Gómez Mata explica: «*Chichimeca, para el español era pues sinónimo de indio salvaje. Bajo esta óptica, entre más irreductible, mayor fiereza, arrojo y resistencia mostrara el aborígen al avance del soldado y colono hispano, se era más chichimeca*» (2006: 40). Esta exclusión étnica fue central en la formación de la sociedad laguense (Fábregas, 1986). A pesar de ser mayoría, los indígenas estaban marginados (Cunill, 2014), y muchos trabajaban en servidumbre en las haciendas, reflejando la profundidad de la desigualdad impuesta. En términos cotidianos, los soldados-colonos blancos humillaban a los indígenas, llamándolos como una «*plaga*» que, con sus arcos y flechas, andan de una parte a otra como venados, lo que orilló a los gobernantes a instaurar una *política de guerra a fuego y sangre*<sup>3</sup> contra los indios chichimecas (Gómez Mata, 2006:41). Esta división étnica no solo influyó en la estructura económica, sino que también tuvo un impacto en la conformación de su identidad sociocultural (Myers Gallardo, 2023). La literatura sobre etnicidad no encuentra contradicciones al apuntar que este tipo de división no solo generó tensiones y conflictos entre los distintos grupos étnicos, sino que también influyó en las prácticas religiosas, tradiciones culturales y las dinámicas de interacción social. Otro ejemplo de discriminación es el hecho de que a la población india y afro mestiza se le denominaba como «plebe» o «bajo pueblo», incluso, en los censos realizados en el siglo XVIII, se puede observar que, en la contabilización de personas, a los pueblos indios se les contaba como personas «sin razón» (Gómez Mata, 2006:145). Así, la división étnica, marcada por el dominio sobre los indígenas, fue determinante en la configuración de la sociedad colonial, dejando huella en la identidad local, lo que es esencial para entender las cuestiones de discriminación, racismo, exclusión y apropiación cultural por parte de la élite que persisten hasta el día de hoy.

### LA MANCHA ESCLAVA

La esclavitud representa un capítulo sombrío en la historia de México y, Los Altos de Jalisco, no es la excepción. En La Colonia, cientos de africanos esclavizados

<sup>3</sup> Para ejemplificar, véanse las acciones de los capitanes-soldados como Martel y Balbuena que ordenaron la ejecución de ahorcamientos, mutilación de extremidades: manos, piernas, orejas, narices y pechos de los guerreros indios, mujeres incluidas (Gómez Mata, 2006:42).

fueron transportados a esta región para realizar trabajos forzados en haciendas y minas locales, sumándose a los indígenas (Gómez Mata, 2006)<sup>4</sup>. Aunque un puñado de esclavos negros logró obtener su libertad, la mayoría de ellos vivió en condiciones deplorables y enfrentó la discriminación racial de manera sistemática. La presencia de esclavos africanos aportó una diversidad étnica y cultural a la región (Rivera, 1988). Esta diversidad se manifestó en las costumbres, la música y tradiciones locales, creando un mosaico cultural único. No obstante, a pesar de la aparente armonía cultural, la región ha estado marcada por profundas desigualdades sociales y raciales que se originaron en la Colonia y que continúan siendo relevantes actualmente. A pesar de que la esclavitud fue oficialmente abolida en el siglo XIX, su legado persiste en la sociedad y en las dinámicas sociales contemporáneas (Cunill, 2014). Se tienen registros del tráfico de esclavos, principalmente negros y mulatos, desde el siglo XVII. Un ejemplo es el registro de 1693 en la Hacienda Ciénega de Mata, donde se contabilizaban 194 esclavos de todas las edades. Práctica que se replicaba entre las principales familias e incluía a las autoridades eclesiásticas, como el caso de las monjas del Convento de Capuchinas en el siglo XVIII, que empleaban esclavas en su servicio (Moreno, 1999:153). Los grupos indígenas resistieron durante 40 años en una lucha caracterizada por la brutalidad de ambos bandos. Mientras los colonos buscaban poder y fortuna, los indígenas defendían sus tierras, su familia y sus medios de vida (Gómez Mata, 2006:43). Sin embargo, la resistencia indígena no perduró, dando inicio a un capítulo sombrío de la historia colonial.

En toda la Nueva España, los indígenas se convirtieron en una fuente para el tráfico de esclavos. Los soldados colonos los sometían y explotaban sin distinción de sexo; mujeres y niños eran forzados a trabajos extremos: *«los hicieron trabajar hasta morir en las minas, o los embarcaron para su venta en tierras y climas muy distintos, donde pronto morían»* (Gómez Mata, 2006:47). Las mujeres eran obligadas a prestar servicios bajo el sistema de depósito, un eufemismo para un sistema de esclavitud institucionalizado. Un ejemplo notable es el secuestro de más de mil quinientos niños chichimecas, entregados a familias españolas con el fin de pacificar la situación y ser instruidos en la fe católica representando una forma pasiva pero brutal de desarticular la resistencia indígena.

#### RELIGIOSIDAD Y DISCRIMINACIÓN: LAS COFRADÍAS LAGUENSES

Las cofradías jugaron un papel crucial en la vida Alteña. Estas organizaciones, establecidas por Peninsulares, tenían como objetivo promover la fe católica. Sin

<sup>4</sup> Gómez Mata señala que inicialmente los mulatos no llegaron para realizar trabajos forzados sino como acompañantes y servidumbre de las familias españolas. No obstante, con el paso del tiempo y la segregación racial, realizaban los mismos trabajos esclavizantes que los indios (2006:148).

embargo, también se convirtieron en instrumentos de segregación racial y social. Se establecieron cofradías como el Santísimo Sacramento y Nuestra Señora de la Limpia Concepción, excluyendo a indígenas y negros (Gómez Mata, 2013:25). Esta división religiosa reflejaba y amplificaba divisiones étnicas en la sociedad laguense. En contraste, los mulatos lograron establecer sus propias cofradías, como la de *San Nicolás Tolentino* (despojados por peninsulares), la de *San Benito de Palermo* y la de la *Santa Vera Cruz* que tenía de imagen un Cristo mulato. Los mestizos fundaron en 1729 una cofradía dedicada a San Felipe de Jesús, construyendo la primera capilla en Triana. Estas cofradías fomentaron la unidad e identidad de comunidades marginadas. Bajo esos argumentos, es importante señalar seis puntos cruciales que bien sirven para contextualizar la relación entre religiosidad y discriminación:

1. Las cofradías marcaron la división étnica laguense, permitiendo a diversas comunidades expresar su fe y mantener tradiciones en la Colonia.
2. Los esclavos y sus descendientes fundaron cofradías como acto de resistencia cultural, pero fueron despojados, reflejando la exclusión social y racial.
3. Para los **mestizos** representó la búsqueda de identidad y expresión religiosa en una sociedad segregada por raza y otros factores de exclusión.
4. Para los indígenas, la creación de cofradías fue una forma de su fe y cultura en un entorno colonial.
5. El ***Culto a Nuestro Padre Jesús del Calvario***, es el punto de quiebre que explica esta realidad. Surgió desde la base social laguense en el siglo XIX como símbolo de sufrimiento y esperanza durante las guerras de Independencia y Reforma, reflejando la importancia de la religión para las comunidades empobrecidas y marginadas. Al principio, este culto permitió la participación de todas las clases y grupos étnicos, reflejando una evolución en cómo la religión unía a la comunidad en lugar de dividirla. Para Gómez Mata la explicación antropológica que motivó el crecimiento de este culto tiene su base en el «*sufrimiento, muerte y desolación que trajo a todas las familias y sobre todo de las bases sociales marginadas y empobrecidas de mestizos, indígenas, mulatos y otras castas*» (2013:30).

Así, la religión jugó un papel clave en la consolidación de la discriminación racial alteña. Desde la época colonial, la Iglesia, creada para difundir la fe católica, también promovió el control y la exclusión indígena, negándoles la preservación de sus tradiciones. En todo caso, se debe recordar que la cúpula eclesiástica intentó suprimir las cofradías indias y mulatas, considerándolas «*prácticas de las masas ignorantes y fuente de toda clase de supercherías*» (Gómez Mata, 2006:129), confirmando

que la historia laguense se ha construido en detrimento de los indígenas, perpetuando su marginación y distorsionando la identidad de la región.

## RESISTENCIA Y TRANSFORMACIÓN: SIGLO XX

El siglo XIX fue un periodo de agitación y cambios sociopolíticos debido a la Independencia y la Guerra de Reforma que separaron la Iglesia del Estado (Fábregas, 1986). Pero fue hasta el siglo XX, a partir de la Revolución Mexicana, cuando se comenzó a configurar la realidad actual. Si bien, este conflicto tenía como su objetivo luchar contra la dictadura instaurada décadas atrás y buscar reformas sociales, también expuso la discriminación, vulnerabilidad y exclusión social, especialmente en la lucha por la tierra (Womack, 1999). Antes de la colonización, los indígenas poseían *de facto* la mayor parte de las tierras, pero fueron despojados durante este proceso. Esta pérdida exacerbó su desventaja y los dejó vulnerables, ya que la riqueza y poder se concentraron en manos de unos pocos, excluyendo a los indígenas de la narrativa económica: de ser dueños de las tierras, pasaron a desempeñar labores de construcción, servicio doméstico, agricultura, ganadería y producción artesanal, satisfaciendo las demandas de las familias acaudaladas. En suma, en todo el país, la tierra se concentraba en manos de pocas familias terratenientes, mientras que la mayoría, incluidos indígenas, carecían de tierras propias. Esta desigualdad perpetuaba la exclusión social, mostrando que la marginación tenía dimensiones culturales y económicas (Bartra y Otero, 2008).

Por ello, durante la Revolución, surgieron movimientos campesinos y agrarios liderados por mestizos e indígenas que buscaban redistribuir la tierra y promover la equidad social (Womack, 1999) y mejorar la injusta situación laboral, ya que *con el precario salario que percibían era imposible que pudieran saldar las cuentas pendientes por las mercancías y vestidos que los mismos patrones les vendían* (Aguilar, 2004:399). Esta lucha por la tierra no solo buscaba corregir las injusticias económicas y sociales, sino también lograr igualdad en una sociedad marcada por la discriminación. Posterior a este conflicto, se originó otro denominado La Cristiada (1926-1929), el cual fue un fenómeno regional en el que se luchó contra el centralismo y las leyes anticlericales del Estado. A pesar de la importancia de la Revolución, fue este evento el que transformó la narrativa y percepción local, estableciendo nuevas relaciones de poder e identidad regional, y redefiniendo la convivencia social. A partir de este capítulo, surgió una cosmovisión globalizada de la región, descrita como *ranchera, conservadora y religiosa, que orienta los valores y prejuicios alteños; concilia, adapta o resiste a los procesos disolventes de la modernización económica, en otras palabras, la globalización* (Meyer, 1973:111), pero que no incluyó a grupos étnicos, sino todo lo contrario, pues los dividió, persiguió y se les desplazó de sus tierras generando cambios en prácticas religiosas y culturales (González Luna, 2011).

Acercándose la mitad del siglo xx, México atravesó un punto de quiebre, donde el crecimiento y modernización rompieron con el aislamiento de los Altos de Jalisco, abriendo sus puertas a empresas transnacionales que impulsaron la industrialización y provocaron cambios en las élites locales y mecanismos de control político, *estableciendo una dinámica económica enfocada en la producción lechera* (Osornio, 2019:5). Esto trajo mejoras en aspectos como el crecimiento industrial, expansión de la infraestructura, y la llegada de instituciones educativas mediante la descentralización de la Universidad de Guadalajara. Esta modernización detonó las estructuras tradicionales. Aunque la organización ranchera se mantuvo, los patrones comerciales globalizados transformaron a los alteños en actores globales y con ello se desplazaron a las dinámicas comunitarias por relaciones más individualizadas. A pesar de ello, la estructura social se conservaba pues los párrocos se mantenían como figuras influyentes que representaban a familias adineradas y organizaciones de ganaderos y agricultores, desplazando casi por completo a los grupos étnicos locales. Por ello, hoy en día, la imagen regional se asocia principalmente con la ganadería y producción de leche, minimizando el papel indígena en la construcción de la historia. Esta configuración ha llevado a que la imagen Alteña se asocie predominantemente con una región dedicada a la ganadería y producción de leche, resultando en la minimización del papel de las comunidades indígenas en la construcción de la historia laguense dándose un *trasplante de la cultura y la cosmovisión campesina, su influencia en el sincretismo, la etnicidad y la identidad; el mestizaje biológico y cultural de la sociedad* (Gómez Mata, 2023).

#### EXCLUSIÓN SOCIAL: DISCRIMINACIÓN PERSISTENTE Y DESIGUALDAD SISTÉMICA

Como se apuntó, el siglo xx trajo cambios económicos y sociales a la región a través de la industrialización y el crecimiento urbano. Sin embargo, la discriminación y exclusión social persistieron, marcando la identidad histórica. La segregación racial, especialmente en la educación, limitó las oportunidades para comunidades indígenas y afrodescendientes, afectando su acceso a educación de calidad y su ascenso social (Mendoza et al., 2020). En el ámbito laboral, los trabajadores indígenas y mestizos seguían –y siguen– atrapados en empleos mal remunerados y sin seguridad social (Myers Gallardo y Mendoza, 2023), perpetuando su desventaja económica y social. Este hecho contribuyó a la construcción de una narrativa de regional como una zona con poca presencia indígena. En suma, a pesar de los avances socioeconómicos, la discriminación arraigada y la exclusión social siguieron manifestándose, dando lugar a una desigualdad sistémica persistente. Estos patrones de exclusión y discriminación contribuyeron –y siguen haciéndolo– a la construcción de la narrativa de regional como una ciudad con un racismo arraigado, un falso blanqueamiento como resultado del mestizaje, un manipulado fenoti-

po como marcador de estatus, la construcción de elitismo basado en características físicas y una notable minimización del papel indígena en el desarrollo de la ciudad, lo que en realidad oculta la diversidad étnica y cultural.

## CONCLUSIONES

La hipótesis que se propone sostiene que, a lo largo de la historia Alteña, los indígenas han sido marginados y excluidos de la narrativa histórica, distorsionando la verdadera composición étnica y cultural laguense como una «leyenda blanca». Este artículo analiza factores históricos y sociales que han contribuido a esta marginación, mostrando cómo han operado en detrimento de la auténtica identidad local. Para llegar a estas conclusiones, se consideró como variable dependiente la narrativa histórica laguense y su percepción de la población; como variables independientes, se analizaron el racismo arraigado, el blanqueamiento racial, el fenotipo como indicador de estatus, el elitismo físico y la minimización del papel indígena en la identidad laguense. Para su operacionalización, se evaluaron documentos históricos y literatura especializada sobre los Altos de Jalisco.

La hipótesis planteada se *confirma*: los documentos analizados muestran que la historia laguense ha sido moldeada por complejas dinámicas raciales, incluido el blanqueamiento por mestizaje. Aún hoy, persisten estereotipos racistas que minimizan la contribución de las poblaciones indígenas y afrodescendientes. El fenotipo y el elitismo basado en características físicas han influido significativamente en la discriminación y en la representación distorsionada de la identidad local. Esto ha promovido una imagen falsa de que es una región de ascendencia predominantemente europea, especialmente francesa. Solo es posible afirmar que, aunque hubo cambios raciales desde la Colonia, los datos indican que esta transformación no fue absoluta. El fenotipo como indicador de estatus y el elitismo físico fueron clave en la percepción errónea de la identidad racial y en el mantenimiento del estatus social y económico de las élites criollas y familias poderosas. Este poder les permitió escribir su propia historia, minimizando hasta casi borrar el papel indígena en la historia laguense, contribuyendo a la idea de la región Alteña como un «islote blanco» en México. En suma, la invisibilidad histórica de los indígenas plantea preguntas sobre cómo las sociedades construyen narrativas que excluyen a ciertos grupos, perpetuando desigualdad e injusticia. La supresión de la identidad indígena nos lleva a cuestionar quién define la identidad de una comunidad y cómo puede recuperarse y preservarse la diversidad cultural.

Por otro lado, la narrativa europeísta y blanca que prevalece en la región ya no puede atribuirse únicamente a la Colonia o a Europa, sino a la propia comunidad alteña, que ha sido la responsable de mantener esta visión durante al menos los últimos 50 años. Este legado de discriminación étnica, arraigado en la historia la-

guense, evidencia cómo los prejuicios racistas han moldeado la percepción de esta comunidad y vulnerado los derechos de grupos étnicos marginados. Esta realidad resalta la importancia de incluir las identidades indígenas en la narrativa histórica de **Los Altos de Jalisco**, reconociendo la memoria colectiva y las historias auténticas como medios para sanar heridas históricas y avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa.

## REFERENCIAS

- ARIZPE, L. (1976). Migración indígena, en *Nueva Antropología*, v. II, n. 5, pp. 63-89.
- BARTRA, A. y Otero, G. (2008). Movimientos indígenas campesinos en México: lucha por la tierra, autonomía y democracia. En *Recuperando la tierra*, p. 401-428.
- BELLO, Á. (2004). Conceptos y acercamientos teóricos. En Á. Bello (Ed.). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. (pp. 29-46). Santiago de Chile.
- BRODA, J. (2009). Historia comparada de las culturas indígenas de América. Historia e historiografía comparadas. México, IIH-UNAM, 75-100.
- CUNILL, C. (2014). Etnicidad en clave histórica: categorías jurídicas coloniales y cultura maya en el siglo XVI. En *Trace*, núm. 65, pp. 7-22.
- FÁBREGAS, A. (1986). Formación histórica: Los Altos de Jalisco. SEP México.
- GÓMEZ MATA, C. (2023). *Huellas*, Revista del CCM LDM, Vol.5, agosto, pp. 7-19.
- GÓMEZ MATA, C. (2006). Lagos Indio. Universidad de Guadalajara, CULagos.
- GÓMEZ MATA, C. (2021). Las 3 raíces: génesis de la sociedad laguense. *Carta Tepa Mayo* 4, (5), 11-24.
- GÓMEZ MATA, M. (1999). La Alcaldía Mayor de Lagos, conquista y colonización de Pechititan. H. Ayuntamiento de Lagos de Moreno.
- GÓMEZ MATA, M. (2013). Relevó Patronal en Lagos. De San Sebastián a Nuestro Padre Jesús del Calvario: En C. González et. al (Coords.), UdeG – CUAltos, pp. 15-36.
- GONZÁLEZ CASANOVA, P. (2006). El colonialismo interno, en *Sociología de la explotación*, CLACSO, Buenos Aires, pp. 185-205.
- GONZÁLEZ LUNA, A. (2011). Los cristeros en Jalisco: entre identidad religiosa y política. INAH–Conaculta, p. 229-254.
- GRACIA, M. y J. Horbath (2019). Exclusión y discriminación de indígenas en Guadalajara, México. En *Perfiles Latinoamericanos*, v. 27, n° . 53, pp. 1-24.
- GUTIÉRREZ CHONG, N. (2001). Mitos nacionalistas e identidades étnicas. Los intelectuales indígenas y el Estado mexicano, CONACULTA. IIS-UNAM.
- ISAIS, M. (2017). Usos y prácticas en el campo jalisciense. Ahualulco de Mercado y Lagos de Moreno frente al último embate de las reformas liberales (1873-1905). Tesis de Doctorado, El Colegio de Michoacán.
- MENDOZA, J., Martínez, Z. y Rodríguez, K. (2020). Construcción de ciudadanía en mujeres indígenas migrantes. *Encuentros*, (12), 55-74.
- MEYER, J. (1973). *La Cristiada* 1-3. México, Siglo XXI Editores.
- MORENO A. (1999). SANTA MARÍA DE LOS LAGOS. GUADALAJARA: AMATE ED.

- MYERS GALLARDO, A. y Mendoza, J. (2023). Participación política de las mujeres indígenas migrantes en México desde el Pacto Mundial. En: Andrés, M. et al. (Dir). Procesos migratorios y desafíos en el marco del PMM. Aguilafuente, Ed. Universidad de Salamanca, España. pp. 55-68.
- MYERS GALLARDO, A. (2022). Ley de Migración Mexicana y las mujeres indígenas. Análisis cualitativos desde una perspectiva de género, en: Mendoza, J. (eds.). De la Teoría a la Práctica. El papel de las mujeres indígenas en Zonas Metropolitanas en México. CDMX, ITACA.
- OSORNIO, M. (2019). Las políticas sociales en Jalisco, Los Altos y Lagos de Moreno, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Febrero.
- RIVERA, A. (1988). Principios críticos sobre el virreinato de la Nueva España y sobre la Revolución de Independencia. UNAM, México.
- ROMERO, M. (2015). La parroquia de Lagos: encrucijada de tradiciones constructivas (1742-1797). *Estudios Jaliscienses*, n° 100, mayo, pp. 22-36.
- SINGER, M. (2014). ¿Exclusión o inclusión indígena?». En *Estudios Políticos*, núm. 31, enero-abril, pp. 87-106.
- WOMACK, J. (1999). Zapata y la revolución mexicana (Vol. 10). Siglo XXI.



# PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD: EL DERECHO AL CUIDADO Y LA DIVERSIDAD FAMILIAR

CARDOSO DIAS, PATRÍCIA; ANDRADE SANCHES, FRANCISCA  
*Universidade Autónoma de Lisboa «Luís de Camões»*

## RESUMEN

La vulnerabilidad, propia de la fragilidad del desarrollo de una persona, depende de factores extrínsecos como las condiciones sociales, económicas y políticas, pero también del entendimiento que los Estados y el Derecho abrazan respecto de la vulnerabilidad y el cuidado. La vulnerabilidad exige la intervención del Derecho para mitigar sus efectos negativos, lo que resulta en que el derecho al cuidado se configure como un derecho subjetivo, reconocido en situaciones de fragilidad concreta o de manera genérica como un elemento indispensable para el desarrollo de la sociedad. La reflexión entre el principio de solidaridad, elemento fundamental de la sociedad familiar, y las formas de tutela especializada que deben ser reconocidas a las familias son condición de realización y el desarrollo personal de cada uno de sus miembros.

Palabras clave: *Vulnerabilidad; Cuidado; Solidaridad; Familia; Diversidad.*

## ABSTRACT

Vulnerability, which is inherent to the fragility of a person's development, depends on extrinsic factors such as social, economic and political conditions, but also on the understanding that States and the Law embrace regarding vulnerability and care. Vulnerability requires the intervention of the Law to mitigate its negative effects, which results in the right to care being configured as a subjective right, recognized in situations of specific fragility or in a generic way as an indispensable element for the development of society. The

reflection between the principle of solidarity, a fundamental element of family society, and the forms of specialized protection that must be recognized for families are a condition for the fulfillment and personal development of each of its members.

Keywords: *Vulnerability; Care; Solidarity; Family; Diversity.*

## RESUMO

A vulnerabilidade, típica da fragilidade do desenvolvimento de uma pessoa, depende de factores extrínsecos como as condições sociais, económicas e políticas, mas também da compreensão que os Estados e o Direito abraçam relativamente à vulnerabilidade e ao cuidado. A vulnerabilidade exige a intervenção do Direito para mitigar os seus efeitos negativos, o que faz com que o direito ao cuidado se configure como um direito subjetivo, reconhecido em situações de fragilidade específica ou de forma genérica como elemento indispensável ao desenvolvimento da sociedade. A reflexão entre o princípio da solidariedade, elemento fundamental da sociedade familiar, e as formas de tutela especializada que devem ser reconhecidas às famílias são condição para a realização e desenvolvimento pessoal de cada um dos seus membros.

Palabras-chave: *Vulnerabilidade; Cuidado; Solidariedade; Família; Diversidade.*

## INTRODUÇÃO

DIVERSAS CARACTERÍSTICAS distinguem as famílias, os direitos familiares pessoais e o Direito da família. O valor da igualdade referido à dignidade da pessoa humana, ao sujeito de direitos, encontra-se ligado em primeira instância ao referente social da pessoa, ou seja, a família. É no contexto deste sistema «jurídico» que a comunidade familiar existe e coexiste e, em liberdade, prossegue o seu próprio fim, o da pessoa enquanto tal.

O Direito da família, enquanto ramo do Direito civil comum, é o espaço privilegiado para a realização integral da personalidade dos seus membros e o reconhecimento dos direitos da pessoa enquanto liberdades assentes na solidariedade, interrelacionamento, generosidade e afeto permitem a ampliação dos interesses morais da família, designadamente, o bem ou interesses de todos e cada um dos seus membros.

Partindo desta premissa apresenta-se o direito ao cuidado como um direito subjetivo com características de um poder-dever que é especialmente autonomizado por referência à sua aptidão para ultrapassar as especiais circunstâncias de vulnerabilidade reconhecidas como condição ontológica do ser humano e que garante a sua proteção e a possibilidade de o ser.

Para efeito, e sem se pretender realizar um texto com respostas conclusivas, a metodologia adotada é adstrita à revisão bibliográfica que, por razões de economia de texto, se ancoram nos referentes teóricos a partir dos quais se suscitam as questões que ordenam o conteúdo da presente reflexão: é a pluralidade da diversidade familiar motivação suficiente para ampliar os direitos pessoais familiares já reconhecidos? A eventual conexão do reconhecimento da vulnerabilidade e da dependência são a matriz fundante do cuidado? O princípio da solidariedade é elemento fundamental da relação de associação familiar fundamentando a autonomização de um direito ao cuidado? A vulnerabilidade é o pressuposto da autonomização do direito ao cuidado enquanto poder-funcional no domínio das relações familiares?

## DIVERSIDADE E FAMÍLIAS

A expressão «diversidade familiar» compreende a pluralidade de estruturas familiares e os respetivos processos constituintes<sup>1</sup>, a complexidade das relações familiares e a heterogeneidade da vida familiar (Hasmanová Marhánková, J. 2021, p. 1792-3).

Afastando-se de concepções tradicionalistas de «família», a família enquanto grupo social nas sociedades contemporâneas não corresponde à família nuclear ou família célula constituída pela família conjugal e descendentes (Pereira Coelho, F. y de Oliveira, G., 2016, p. 119).

Num contexto sociológico, a diversidade familiar reflete a pluralidade e a evolução das relações intersubjetivas. A família é, frequentemente, considerada como «primeiro quadro de sociabilização do ser humano»(Campos, D., 2024, p. 147).

O ordenamento jurídico português apresenta, apenas, uma noção técnico-jurídica de família, desprovida de qualquer realidade socio afetiva. De acordo com o artigo 1576º do Código Civil Português, as fontes das relações jurídicas familiares são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Contudo, e em respeito a uma visão mais alargada e permeável da noção de família, a Constituição da República Portuguesa consagra no seu artigo 36º que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, pressupondo o carácter autónomo entre o direito a constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo um condição necessária à verificação do outro, caso contrário poder-se-ia afirmar que só com a celebração do casamento se constituiria uma família(Canotilho, G. y Moreira, V., 2014, p. 587).

<sup>1</sup> Compreendendo-se aqui a perceção social sobre o que é a família e a constituição de novas dinâmicas familiares.

Desta forma, é relevante assinalar outras formas familiares como as famílias monoparentais (numa ótica de procriação recorrem, maioritariamente, a técnicas de reprodução medicamente assistida) e as famílias de facto (fundadas numa relação não matrimonial hétero ou homossexual), que durante algum tempo foram consideradas como relações parafamiliares.

Numa perspetiva comparativa, observamos que a Constituição espanhola consagra no seu artigo 39º uma obrigação de proteção jurídica da família por parte do Estado. Analogamente à Constituição da República Portuguesa, a Constituição espanhola não padroniza um modelo familiar, pelo que se pressupõe uma adaptabilidade da conceção de família à realidade social.

A pluralidade de novas configurações familiares pode suscitar manifestações discriminatórias que colidem com a liberdade, inerente a cada ser humano, de configurar o modelo familiar que melhor reflete o seu contexto social.

É necessário assegurar a verificação do princípio da igualdade<sup>2</sup>, em ambos os ordenamentos jurídicos, reiterando a visão Aristotélica de que se trate igual o que é igual e, de forma desigual, o que for desigual. Assim, considera-se da maior relevância a criação de leis que prevejam a proteção de famílias de facto<sup>3</sup> e de famílias monoparentais<sup>4</sup>.

Atualmente, não é possível uma dissociabilidade do caráter permeável do Direito da Família, há uma necessidade de adaptação ao contexto socio afetivo das relações interpessoais. É imperativo que todas as famílias, independentemente da sua constituição, baseadas em valores primordiais, como o amor, o afeto e o respeito, sejam reconhecidas.

## VULNERABILIDADE E CUIDADO NA FAMÍLIA

A dignidade da pessoa humana como integridade reclama o respeito pela sua humanidade intrínseca. O estatuto qualificado de pessoa humana reclama, por isso, especiais deveres de promoção e de proteção, no pressuposto de reciprocidade de reconhecimento daquele valor ontológico (Buber, M., 2010).

O reconhecimento do princípio é consequência da identificação da irredutível humanidade manifesta em cada pessoa. É pressuposto de um racional sentido de

<sup>2</sup> A consagração deste princípio está prevista no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 14º da Constituição Espanhola.

<sup>3</sup> A união de facto, em Portugal, é regulada pela Lei n.º7/2001, de 11 de maio e, em Espanha, pela Lei n.º2/2003, de 7 de maio.

<sup>4</sup> A procriação medicamente assistida é reconhecida, em Portugal, na Lei n.º32/2006, de 26 de julho e, em Espanha, pela Lei n.º14/2006, de 26 de maio.

justiça que incita o reconhecimento e a atribuição a qualquer pessoa humana de um valor, uma igual dignidade e um igual direito à consideração dos seus interesses, independentemente dos seus atributos e capacidades particulares.

Esta fórmula, de conteúdo indeterminado, mas não indeterminável, demanda uma delimitação restritiva do âmbito de proteção decorrente da dignidade humana, assumindo a vulnerabilidade como fenómeno transversal e universal, transitório ou permanente, que convoca o reconhecimento de que os seres humanos não podem existir sem o cuidado dos outros e o reconhecimento da diferença das necessidades pessoais e respeito pela dignidade da pessoa humana, reclama intervenção do Direito para atender a situações discriminatórias (*v.g.* crianças e idosos), conciliando os deveres de cuidado do Estado e da Família (a família como elemento natural e fundamental da sociedade, tem direito à proteção desta e do Estado art.º 16.º DUDH).

A capacidade para fazer opções individuais sobre a vida, de como se vive e ser-se quem é, que reclama o reconhecimento de igual dignidade pelo outro, evidencia a estreita relação que se estabelece entre a autonomia e a dignidade da pessoa humana. A dignidade como autonomia é traduzida num «direito a ter direitos» e na sua qualidade de ser sujeito jurídico, a dignidade é acolhida *empowerment* da pessoa (Novais, J., 2018, p. 47-48).

As fontes das relações jurídico-familiares não correspondem a um elenco taxativo. A família cria-se e recria-se em tantas situações e formas quanto aquelas que traduzem o seu objeto e que, através das janelas do sistema, como meios de receção de novas realidades familiares, mobilizam a adequação da normatividade jurídico-familiar (Corte Real, C., 2016, p. 110).

A família é um projeto existencial e coexistencial, do qual resultam deveres que precedem os direitos familiares pessoais que, não são direitos subjetivos em sentido estrito, i.e. direitos a exigir de outrem um determinado comportamento do interesse do próprio, mas sobretudo poderes-funcionais exercidos para a realização de cada um dos seus membros e onde cada um dos seus membros é um ser para os outros e para com os outros (Campos, D. y Campos, M., 2023, p. 132-133).

A família é intimidade irreduzível do grupo familiar. Não é possível privatizar o afeto que une os seus membros, que se reconhecem como pessoas com igual dignidade. Por este motivo, o Direito da Família é um ramo do direito civil permeável às transformações sociais e que estreita ligações com outras ciências humanas que privilegia a afetação da família aos direitos da pessoa.

A vulnerabilidade deriva da condição humana, material, corpórea, biológica, é irrecusável. A consubstanciação da pessoa sujeito de direitos, unidimensional e absolutamente livre que rejeita o Nós, é aniquiladora do reconhecimento da vulnerabilidade e da dependência (Canotilho, M., p. 148) que fundamentam o reduto

último dos direitos da pessoa: a família e os seus elementos integradores de compaixão, generosidade e disponibilidade para o outro. A vulnerabilidade é relacional e reclama a sua atenuação através de instrumentos de proteção e tutela em relação ao Estado e nas relações entre particulares.

O cuidado como elemento essencial do desenvolvimento da vida social é uma garantia de sobrevivência física, emocional e psicológica. A imanente ligação entre vulnerabilidade, dependência e o cuidado, implica a necessidade de adotar meios de superação das fragilidades da pessoa humana que salvaguardem a sua capacidade de autodeterminação, como será o caso do reconhecimento de um novo direito, o direito ao cuidado, no conjunto dos direitos familiares pessoais, ainda que a sua natureza seja a de um poder-dever ou poder funcional.

## SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA FAMÍLIA

A família pode ser vista como uma instituição, não no seu sentido material, mas no sentido em que deve ser salvaguardada, na medida em que é detentora do seu direito permitindo impor a sua própria ordem, por sua vez, impermeável à ordem externa/do Estado.

Se considerarmos a família como uma microssociedade, é a partir das relações intersubjetivas que desenvolvemos, no âmbito da unidade familiar, que se projeta a sociedade no seu todo (Campo, D. y Campos, M., 2023, p. 122-123).

Os direitos familiares consideram-se pessoais, embora não tenham carácter subjetivo. São caracterizados poderes funcionais, visto que são exercidos pelo titular, tanto no seu próprio interesse, como no interesse do outro (Amaral, J. 2019), embora exista uma dissociação entre a titularidade do poder e a titularidade do interesse em função do qual é prosseguido, cada membro da família revela-se como um ser para e com os outros.

O individualismo é incompatível com o conceito de família, é ao conhecer o outro que nos (re)conhecemos. É através desta difusão do «eu» no «nós» que «nasce uma comunidade interpessoal de objetiva solidariedade, entendida como co-responsabilidade» (Campos, D., 2024, p. 152).

A solidariedade revela-se como um valor fundamental nas relações familiares, servindo como base fundante e responsável pelo desenvolvimento mútuo dos membros integrantes de uma família. A solidariedade familiar manifestar-se-á de diversas formas, no ordenamento jurídico português, nomeadamente no dever de assistência entre os cônjuges, no exercício das responsabilidades parentais ou, ainda, no dever de prestação de alimentos a familiares vulneráveis.

O ideal de solidariedade como princípio fundamental da família ultrapassa a sua imposição legal, esta representa um compromisso entre os membros da família,

contribuindo para a cooperação mútua entre os integrantes. O artigo 67º da Constituição da República Portuguesa confirma que a família é digna de proteção legal por parte do Estado, a verificação da solidariedade como princípio fundamental da família permite, inclusivamente, proteção dos seus membros mais vulneráveis, como os idosos, crianças ou pessoa portadoras de deficiência, de modo independente, em relação ao Estado. Independentemente da génese da relação familiar, ambiciona-se a realização de uma plena comunhão de vida baseada neste nós solidário. O facto do «eu» ser intrínseco ao «nós» demonstra que o ser para os outros é constitutivo da pessoa humana (Campos, D. y Campos, M., 2020).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A VULNERABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO AO CUIDADO

O reconhecimento da vulnerabilidade enquanto condição inerente da pessoa humana, permite ultrapassar as insuficiências do sistema jurídico que resultem num reforço das desigualdades estruturais e injustiças sistémicas que ignoram a dimensão ontológica pelo ser pessoa e as diferenças constitutivas do ser que reclamam tutela especializada e a criação de condições para que a pessoa se realize.

A igual dignidade humana, abstrata e concreta, não se tem alcançado da mera consagração constitucional enquanto princípio, mas do equilíbrio que progressivamente se alcança entre a justiça concreta e a vulnerabilidade ontológica que resultou reconhecida nas lutas travadas pela igualdade por aqueles que se encontravam ou encontram vulneráveis.

A dignidade intrínseca e originária de cada ser humano é o fundamento de um dever de respeito, independentemente das capacidades concretas do sujeito e funda os deveres de ação e omissão de terceiros e, bem assim, do Estado, bem como um conjunto de deveres de proteção a cargo deste.

Da dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, decorre uma dimensão aberta de dignidade traduzida na necessidade de prestações (Canotilho, G. y Moreira, V., 2014, p. 199). A dimensão prestativa do princípio, a par daquela dimensão defensiva (Amaral, M. L., 2005, p. 175-176), exige uma atuação por parte do Estado visando garantir condições materiais mínimas (McCrudden, C., 2013, p. 43-45) para uma existência condigna e satisfação das reivindicações humanas básicas, incorporando a dignidade um conjunto de exigências do princípio estruturante da socialidade e da solidariedade (Loureiro, J., 2008, p. 718).

É neste desiderato, de uma estadualidade socialmente empenhada, que desenvolve o catálogo de direitos sociais e que se reconduzem a reivindicações de auxílio no estritamente necessário para a realização de uma vida digna numa comunidade de seres livres e dignos (Gouveia, J., 2007, p. 789), promovendo, ainda que sob

princípio de reserva do possível, a potenciação de uma vida humana digna (Reis, J., 2018, p. 212-214).

A família, enquanto comunidade fundada numa relação de associação, portadora de interesses distintos de cada um dos elementos que a compõem, realiza-se por referência ao bem e interesses de cada um, constituindo o domínio preferencial e primário de realização pessoal de cada pessoa que a integra.

A comunidade familiar é uma entidade social distinta dos membros que a compõem, considera os interesses individuais, mas sobrepõem-se ao individualismo anquilosante que é incompatível com a noção de comunidade familiar (Campos, D. y Campos, M., 2016, p. 9-10).

Tal não significa que a Família e o Direito da Família não se fundem na mais ampla liberdade. Não haverá espaço mais amplo que a afirmação da autonomia e da autodeterminação pessoal que aquele que se funda na associação de sujeitos que estabelecem entre si uma relação de cooperação e assistência (sobretudo moral) recortada pelos próprios (Corte Real, C., 2016, p. 108).

Os direitos familiares pessoais, não se tratando de direitos subjetivos ancorados no conceito tradicional, são poderes funcionais que se destinam à satisfação de interesses. O titular do direito exerce-os, não como quer, mas de um modo que se exige em razão da sua função e do interesse que se pretende tutelar.

O reconhecimento da vulnerabilidade fundamenta objetivamente, entendemos, a autonomização do direito ao cuidado nas relações familiares em razão da sua função, isto é, a de garantir deveres morais que incumbem o seu titular para com outra pessoa que com aquele compõe a comunidade familiar e para quem se dirige. Notes termos, o caráter relativo dos direitos familiares vem a ser reforçado por uma adicional garantia de proteção absoluta que procede do necessário reconhecimento da dignidade da pessoa humana entre todos os membros da comunidade ético-jurídica que é a família em todas as suas formas de criação e recriação.

## REFERENCIAS

- AMARAL, J. (2019). *Direito da família e das Sucessões*. Almedina.
- AMARAL, M. L. (2005). *A Forma da República. Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra Editora
- BUBER, M. (2010). *I and Thou*. Simon & Schuster.
- CAMPOS, D. (2024). *Nós. Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Almedina.
- CAMPOS, D. y CAMPOS, M. (2016). *A comunidade familiar. En Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Oliveira, G. (Coord). Imprensa da Universidade de Coimbra.
- CAMPOS, D. y CAMPOS, M. (2021). *Lições de Direito das Sucessões*. Almedina.
- CAMPOS, D. y CAMPOS, M. (2023). *Lições de Direito da Família*. Almedina.

- CANOTILHO, G. Y MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I*. Coimbra Editora.
- CANOTILHO, M. (2022). *Vulnerability as a constitutional concept. Vulnerabilidad y cuidado: Una aproximación desde los derechos humanos*. 12 (1), p. 138-163. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1262>
- GOUVEIA, J. (2007). *Manual de Direito Constitucional. Vol. II*. Edições Almedina.
- HASMANOVÁ MARHÁNKOVÁ, J. (2021). *Family Diversity*. En GU, D., DUPRE, M. E. (Eds) *Encyclopedia of Gerontology and Population Aging*. Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-22009-9\\_318](https://doi.org/10.1007/978-3-030-22009-9_318)
- IBÁÑEZ, J. (2022). *The right to care. Vulnerabilidad y cuidado: Una aproximación desde los derechos humanos*. 12 (1), p. 179-210. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1231>
- LOUREIRO, J. (2008). *Pessoa, dignidade e cristianismo. En Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Vol. I: Filosofia, Teoria e Metodologia*. DIAS, J. F., CANOTILHO, J., COSTA, J. (Orgs). Coimbra Editora, 669-723.
- MCCRUDDEN, C. (2013). *In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates. Understanding Human Dignity.. Proceedings of the British Academy. Oxford University U of Michigan Public Law Research Paper*, N.º 309. <https://ssrn.com/abstract=2218788>
- NOVAIS, J. (2018). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Almedina.



# VULNERABILIDADE NO ACESSO À PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: A INTIMAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS COMO MEIO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA

SANTOS, NUNO

*Universidade Autónoma de Lisboa*

## RESUMO

O presente artigo visa, essencialmente, perceber em que medida a vulnerabilidade no acesso à procriação medicamente assistida pode obter tutela jurisdiccional, de modo que a quem se encontrar nesta posição de vulnerabilidade, possa solicitar ao tribunal a condenação de um hospital – não a título cautelar, mas por intermédio de uma intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias – para defender o respetivo direito de constituir família, o direito à maternidade e o direito à saúde.

Inexistindo em Portugal o recurso de amparo, a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias permite a defesa dos direitos fundamentais contra a atuação estadual – ou de privados que exerçam funções públicas – pelos tribunais administrativos através deste meio particularmente urgente.

Palavras-chave: *vulnerabilidade; procriação medicamente assistida; intimação para proteção de direitos liberdades e garantias; tutela jurisdiccional efetiva.*

## RESUMEN

Este artículo pretende esencialmente comprender hasta qué punto la vulnerabilidad en el acceso a la procreación médicamente asistida puede obtener protección judicial, de modo

que quienes se encuentren en esta situación de vulnerabilidad puedan solicitar al tribunal que ordene a un hospital, no como medida cautelar, sino mediante una citación para la protección de derechos, libertades y garantías— que defienda su derecho a fundar una familia, su derecho a la maternidad y su derecho a la salud.

Dado que en Portugal no existe el recurso de amparo, la citación para la protección de derechos, libertades y garantías permite defender los derechos fundamentales frente a la actuación del Estado —o de particulares que ejercen funciones públicas— por los tribunales administrativos a través de este medio especialmente urgente.

Palabras clave: *vulnerabilidad; procreación médicamente asistida; citación para la protección de derechos, libertades y garantías; tutela judicial efectiva.*

## ABSTRACT

This article essentially aims to understand the extent to which vulnerability in access to Medically Assisted Procreation can obtain judicial protection, so that those who find themselves in this position of vulnerability can ask the court to order a hospital, not as a precautionary measure, but by means of a subpoena for the protection of rights, freedoms and guarantees – to defend their right to start a family, their right to maternity and their right to healthcare.

Since there is no support appeal in Portugal, the subpoena for the protection of rights, freedoms and guarantees allows fundamental rights to be defended against state action – or that of private entities exercising public functions – by the administrative courts through this particularly urgent means.

Keywords: *vulnerability; medically assisted procreation; subpoena for the protection of rights, freedoms and guarantees; effective judicial protection.*

## A INTIMAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

O presente artigo visa, perceber em que medida a vulnerabilidade no acesso à procriação medicamente assistida (PMA) pode obter tutela jurisdicional a quem se encontrar em posição de vulnerabilidade.

Vamos falar em concreto da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, que se encontra previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) o qual concretiza, no domínio do contencioso administrativo,

a garantia de tutela efetiva consagrada no artigo 20º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa<sup>1</sup>.

Este instituto apresenta fortes pontos de contacto com o *refere-liberté* francês e uma proximidade ao recurso de amparo espanhol.

Não podemos esquecer que em Portugal o Tribunal Constitucional ocupa-se essencialmente com questões de inconstitucionalidade das normas<sup>2</sup>.

O processo de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, é um processo declarativo, que se encontra regulado no Título III – Dos Processos Urgentes, do CPTA, mais concretamente, nos artigos 109.º a 111.º, do CPTA, sendo caracterizado pela autonomia<sup>3</sup> e pela urgência<sup>4</sup>.

Este processo visa a obtenção de uma decisão de mérito, num período curto, justificável pela necessidade de assegurar o efeito útil da decisão<sup>5</sup>, na qual «o tribunal impõe a adoção de uma conduta, que tanto pode consistir num *facere*, como num *non facere*, numa conduta positiva (uma ação), como numa conduta negativa (uma abstenção). (Almeida & Cadilha, 2021, p. 929)». De notar que, de acordo com a previsão do n.º 3, do art.º 109.º do CPTA existe um caso em que «a sentença é constitutiva, e não de condenação, não havendo, consequentemente lugar à emissão de uma intimação» (Almeida & Cadilha, 2021, p. 929) (Andrade, 2021, pp. 269-270).

Em Portugal até à reforma de 2002 o contencioso administrativo encontrava-se «desprovido de vias de tutela célere (mais por retracção jurisdicional do que por real ausência de meios, ainda que emprestados do processo cível, diga-se de passagem), e essa situação era tanto mais grave quanto as mais graves violações

<sup>1</sup> Alteração provocada pela quarta alteração constitucional operada pela Lei 1/1997, de 20 de setembro.

<sup>2</sup> De acordo com o estabelecido no art.º 6º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional tem também competência relativamente: ao Presidente da República (Art.º 7.º); ao contencioso da perda do mandato de deputados (Art.º 7.º-A), à verificação de perda do mandato de deputados ao parlamento europeu (Art.º 7.º-B); a processos eleitorais (Art.º 8.º); a partidos políticos, coligações e frentes (Art.º 9.º); a organizações que perfilhem a ideologia fascista (Art.º 10.º); a referendos nacionais, regionais e locais (Art.º 11.º); e a titulares de cargos públicos (Art.º 11-A.º).

<sup>3</sup> Contrariamente aos processos cautelares, que, apesar de urgentes, são acessórios de um outro processo, esse, sim, é principal – cfr. art.º 113.º n.º 1 do CPTA.

<sup>4</sup> Cfr. art.º 36.º, n.º 1 al. e) do CPTA. De notar que o despacho liminar, nos termos do n.º 1 do art.º 110.º do CPTA, tem de ser proferido no prazo máximo de 48 horas. O processo deve ser decidido no prazo necessário para assegurar o efeito útil da decisão, não podendo este ultrapassar os cinco dias após a realização das diligências necessárias à tomada da decisão, de acordo com o n.º 1 do art.º 111.º do CPTA.

<sup>5</sup> Cfr. n.º 1, do art.º 111.º do CPTA.

de direitos, liberdades e garantias são tendencialmente perpetradas por entidades públicas» (Gomes, 2003, p. 554).

A jurisprudência não se mostrava consensual<sup>6</sup> relativamente ao âmbito de aplicação da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente na sua aplicação também aos direitos fundamentais de natureza análoga, até à prolação do Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 11/2024 do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 6 de junho de 2024<sup>7</sup>.

Esta ausência de consensualidade constatava-se:

Apesar de já o Tribunal Constitucional no seu (Acórdão 5/06, 2006) ser bastante elucidativo ao ter afirmado categoricamente que «o legislador não restringiu este meio processual aos direitos, liberdades e garantias pessoais, como estabelece o artigo 20.º, n.º 5, da CRP visto que o seu âmbito abarca os direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da CRP, incluindo os de natureza análoga (artigo 17.º da CRP), pelo que se consideram abarcados no seu âmbito os direitos de natureza análoga dispersos na CRP e fora do catálogo»;

Apesar da letra da lei – art.º 20.º, n.º 5 da Constituição, se cingir a direitos, liberdades e garantias pessoais a esmagadora maioria da doutrina<sup>8</sup> defende que estão também abrangidos os direitos fundamentais de natureza análoga<sup>9</sup>, tendo em conta o seu regime jurídico previsto no art.º 18.º da Constituição *ex vi* art.º 17.º da Constituição.

Segundo Jorge Reis Novais (2009, p. 59) a existência de um direito, liberdade ou garantia para efeitos de justiça administrativa define-se em função dos seguintes critérios: «há lugar para recorrer à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias desde que, verificados os restantes pressupostos, se trate de um direito fundamental em sentido material, portanto, um direito da maior relevância material e, além disso, tenha um conteúdo normativo tão precisamente determinado (pela Constituição e/ou pela lei) que permita a intervenção do juiz administrativo sem perda ou afectação da separação de poderes própria de Estado de Direito».

<sup>6</sup> Essa divergência está bem patente, entre outros, nos seguintes: Acórdão do STA, de 18 de maio de 2017, processo n.º 283/17, Acórdão do STA, de 7 de setembro de 2023, processo n.º 1701/20.2BELSB, Acórdão do STA, de 16 de novembro de 2023, processo 455/23.5BELSB.

<sup>7</sup> De referir, ainda assim a existência de três votos vencidos cuja divergência assentava essencialmente na classificação do direito a proteger como um direito fundamental de natureza análoga.

<sup>8</sup> Em sentido contrário Bernardo Diniz de Ayala (2000, p. 91) defende que se aplica somente aos direitos, liberdades e garantias pessoais, vertidos no Título II, Capítulo I, e os direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

<sup>9</sup> Entre outros: (Miranda & Medeiros, 2010, p. 204); (Canotilho & Moreira, 2014, p. 419); (Novais, 2009, pp. 56-59); (Almeida & Cadilha, 2021, p. 930); (Botelho, 2010, p. 378); (Fonseca, 2021, pp. 215-217); (Fonseca, 2004, p. 76); (David, 2005, p. 121); (Maças, 2004, p. 50); (Loureiro, 2017, pp. 945-946).

Somos a concluir, consequentemente, que o âmbito de aplicação da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias abrange os direitos fundamentais de natureza análoga, «que, embora não referidos no catálogo de direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico ao destes» (Canotilho J. J., 2021, p. 405).

Tendo em conta a previsão constitucional, parece-nos evidente que a lei ordinária não deve ser interpretada em sentido diverso, limitando ou excluindo o âmbito do n.º 1 do art.º 109.º do CPTA (Loureiro, 2017, pp. 945-946.).

Acresce que, ao realizarmos uma interpretação conjunta das normas constitucionais previstas no n.º 5 do art.º 20.º e no n.º 4 no art.º 268.º da Constituição<sup>10</sup> – tutela jurisdiccional efetiva – podemos facilmente verificar que também outros direitos, liberdades e garantias não pessoais ou não incluídos no catálogo são dignos de uma decisão de mérito urgente, garantida a proteção através da intimação (Loureiro, 2017, p. 946.).

Explanado o âmbito de aplicação da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias apresenta-se mandatório a análise os seus pressupostos.

De acordo com o n.º 1 do artigo 109.º do CPTA, a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida «quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar».

A intimação depende, portanto, da verificação obrigatória e cumulativa de dois pressupostos - a indispensabilidade e a subsidiariedade, i.e.:

A indispensabilidade de uma decisão de mérito, que decorre da necessidade de emissão urgente de uma decisão de mérito que seja indispensável para proteção de um direito, liberdade ou garantia.

Seguida da subsidiariedade, ou seja, quando não seja possível ou suficiente o decretamento de uma providência cautelar no âmbito de uma ação administrativa para acautelar o efeito pretendido.

A indispensabilidade corresponde «à absoluta e incontornável necessidade da intimação para assegurar a possibilidade de exercer o direito» (Gomes, 2003, p. 567), e será avaliada casuisticamente (Botelho, 2010, p. 310).

<sup>10</sup> Teológica e historicamente de referir que ambos os preceitos constitucionais foram introduzidos pela quarta alteração constitucional operada pela Lei 1/1997, de 20 de setembro.

Segundo Carla Amado Gomes (2003, p. 567) o requerente não se pode limitar a alegar a dificuldade ou a impossibilidade de exercer o direito, «deve provar que, sob pena de perda irreversível de faculdades de exercício daquele ou mesmo de desaparecimento do direito no seu todo».

Também, Sofia David (2005, p. 124) afirma que o requerente da intimação «deverá oferecer, logo com o articulado inicial prova sumária destes pressupostos de “indispensabilidade” “urgência”, de “impossibilidade” e de “insuficiência”, necessários quer para a admissibilidade do pedido de intimação quer, para a sua procedência».

Da exposição de motivos da proposta de Lei que criou o CPTA<sup>11</sup> podemos retirar que se trata de «um instrumento que se procurou desenhar com uma grande elasticidade, que o juiz deverá dosear em função da intensidade da urgência».

Da leitura do art.º 110.º do CPTA podemos retirar a graduação da escala de urgência<sup>12</sup> em três níveis, a ordinária<sup>13</sup>, a moderada<sup>14</sup> e a especial<sup>15</sup>. Neste caso o juiz pode, no despacho liminar determinar singularmente ou cumulativamente: «a) Reduzir o prazo previsto no n.º 1 para a resposta do requerido; b) Promover a audição do requerido através de qualquer meio de comunicação que se revele adequado; c) Promover a realização, no prazo de 48 horas, de uma audiência oral, no termo da qual a decisão é tomada de imediato». Para Maria Fernanda Maças (2004, p. 51) a indispensabilidade não constitui sinónimo de urgência qualificada, correspondendo antes à necessidade de usar a intimação por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, assegurar o exercício de um direito, liberdade e garantia, em tempo útil, através de outro meio, designadamente o decretamento provisório de uma providência cautelar.

Deste modo somos remetidos para o pressuposto da subsidiariedade.

<sup>11</sup> No ponto 15 p. 23. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/analise-juridica/parlamento/15-2002-280920>

<sup>12</sup> A propósito de graduação da urgência, mas numa escala diferente, atendendo à redação da norma então em vigor *vide* (Gomes, 2003, pp. 568-569).

<sup>13</sup> A constante do n.º 1, em que o juiz decide em 48 horas e o requerido dispõe de sete dias para responder.

<sup>14</sup> De acordo com o n.º 2 e que exige uma ponderação mais profunda, conduzindo à adoção de um processo mais complexo, de acordo com a tramitação prevista nos artigos 78.º a 96.º (citação de contrainteressados, a intervenção do Ministério Público, articulados, despacho saneador, instrução, julgamento), mas com os prazos reduzidos a metade.

<sup>15</sup> Constante n.º 3, als. a), b) e c).

De salientar que a generalidade da doutrina<sup>16</sup> defende que a questão da subsidiariedade radica essencialmente na adequação, para a situação concreta, de uma sentença provisória ou de uma sentença de mérito

A este propósito, importa referir a possibilidade do o juiz, em despacho liminar, notificar o autor para substituir a petição por um requerimento de providência cautelar ou, em situação de especial urgência, decretar provisoriamente a providência cautelar.

A intimação tem por objeto a tutela dos direitos liberdade e garantias constantes do Título II da Parte I da CRP, bem como outros direitos fundamentais dispersos por outras secções da Lei Fundamental que revistam natureza análoga, nos termos do art.º 17.º e 18.º da Constituição.

#### ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE (TCAN), PROFERIDO NO ÂMBITO DO PROCESSO N.º 00664/24.0BEBRG EM 21-06-2024

Através da análise do acórdão (2024) do TCAN é possível demonstrar a utilidade prática do processo de intimação para a proteção de direitos, liberdade e garantias nos casos de vulnerabilidade de mulheres trintenárias no acesso aos tratamentos de PMA, em Portugal.

Uma breve síntese:

uma mulher no dia 19/06/2023 recorreu à sua médica de família para aconselhamento, inscrição, apoio e acesso a tratamentos de procriação PMA. Foi encaminhada para o serviço de ginecologia e obstetrícia de um hospital, na sub-valência «apoio à fertilidade», onde foi observada em três ocasiões, entre 3/10/2023 e 23/01/2024. Foi, entretanto, informada de que cumpria os critérios de alargamento do âmbito dos beneficiários a técnicas de PMA de segunda linha (fertilização in vitro), como mulher sem parceiro, com menos de quarenta anos.

<sup>16</sup> Entre outros: Maria Fernanda Maças (2004, p. 52): diz-nos que «haverá lugar à aplicação da intimação sempre que o decretamento provisório consumir o objecto do processo principal, tornando-se definitivo»; para Isabel Celeste M. Fonseca (2004, p. 78): «[o] que conta é a capacidade ou incapacidade da medida cautelar para regular definitivamente uma situação e não a urgência»; segundo Carla Amado Gomes (2003, p. 565), não se trata «(...) de uma questão de maior rapidez na concessão da providência (...), mas antes da aplicação do princípio da interferência mínima em sede cautelar (em sentido amplo)», isto é «estando em causa cognições sumárias motivadas pela urgência, o juízo provisório, revisível no próprio processo cautelar em curso, prefere ao juízo definitivo proferido na intimação, só eventualmente revisível em via de recurso (...)».

Tendo sido também informada de que o tempo de espera no banco público de gâmetas para tratamento PMA com recurso a esperma de dador era, à data, de cerca de três anos. Demora que a impossibilitava-a de aceder em tempo útil aos tratamentos de PMA, colocando em causa o direito à liberdade individual de constituir família e o direito à maternidade, enquanto direitos fundamentais consagrados nos artigos 36.º, 67.º e 68.º da CRP. O mesmo sucedendo com o direito à proteção da saúde, previsto no art.º 64.º da CRP.

Inexistindo em Portugal o recurso de amparo, a opção foi pelo recurso à intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, de modo a permitir a defesa dos direitos fundamentais contra a atuação/omissão estadual.

Em 02/04/2024, quando tinha precisamente 39 anos, 4 meses e 2 dias intentou uma intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias na qual requereu a intimação do hospital para «no prazo de 15 dias, retomar e promover todos os tratamentos de técnicas de PMA na autora, praticando todos os actos e adoptando todas as medidas necessárias à fertilização *in vitro*, mediante a utilização dos meios internos disponíveis nos serviços do hospital ou, caso estes não existam na sua disponibilidade imediata, mediante recurso à sua contratação com entidades externas no sector privado, designadamente requisitando as necessárias gâmetas de dadores terceiros».

O tribunal de primeira instância indeferiu o pedido por decisão liminar de 04/04/2024, concluindo, em síntese, que «não existe na Lei constitucional ou na legislação ordinária qualquer concretização quanto ao prazo para executar a técnica de PMA, podendo apenas cogitar-se que tal deve suceder em prazo razoável, violação que não se verifica *in casu*, dado que a última consulta a que a Autora foi sujeita ocorreu, segundo o alegado, em Janeiro de 2024; por outro, não há qualquer urgência que justifique tutela de mérito, tendo em conta que o direito de recurso a PMA já se encontra reconhecido à Autora, e que não existe o limite de idade de 40 anos a que aquela alude», ie., conclui pela não verificação da indispensabilidade da decisão de mérito.

Inconformada com a decisão proferida, a requerente interpôs recurso para o TCAN, que, por acórdão de 21/06/2024, decidiu pela verificação do pressuposto da subsidiariedade, uma vez que o deferimento de uma providência cautelar consumiria o efeito de obter a tutela definitiva, argumento com o qual, obviamente, concordamos. De notar que, também o tribunal recorrido e a autora anuíram.

Relativamente à indispensabilidade da decisão o TCAN analisou a legislação vigente, nomeadamente, a Lei n.º 32/2006, de 26/07 – que procedeu à criação da PMA, a Lei n.º 17/2016 de 20/06 – que alargou o âmbito dos beneficiários da PMA, garantindo o acesso a todas as mulheres e bem assim o Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29/12

O TCAN verificou que o direito à PMA se encontra devidamente previsto e protegido, considerando, no entanto, que a existência de inúmeras circulares normativas emanadas pelo Ministério da Saúde (7), que vinculam o hospital requerido, provocam limites de acesso à PMA, nomeadamente, pela fixação de critérios de acessibilidade baseados em razões de ordem clínica e de custo- benefício em saúde materno-infantil e, no caso concreto da requerente, apresentam o limite de quarenta anos menos 1 dia, para Fertilização in vitro.

O TCAN considerou também e, no nosso entendimento, corretamente, que, apesar de a autora ter sido considerada elegível para PMA, verá recusado o tratamento se, à data da sua realização, contar com quarenta ou mais anos de idade.

Foi, assim, entendimento do tribunal que a autora não poderá ver salvaguardado o exercício do direito que reclama, senão com recurso ao processo de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, atendendo à demora derivada das longas listas de espera. Não podemos deixar de dar a nossa concordância a este argumento.

Com esta fundamentação o tribunal central concedeu provimento ao recurso revogando a decisão recorrida e determinando a devolução dos autos à primeira instância.

## CONCLUSÃO

Podemos então concluir que o acesso à procriação medicamente assistida se encontra devidamente considerado ao abrigo dos direitos fundamentais previsto na Constituição da República Portuguesa, tais como o direito à liberdade individual de constituir família, o direito à maternidade e do direito à proteção da saúde e consequente legislação ordinária.

No entanto, as mulheres trintenárias constituem um grupo bastante vulnerável relativamente ao acesso à procriação medicamente assistida, uma vez que a sua tutela não se mostra ajustada e compatível com o tempo de duração médio de uma ação administrativa, que ultrapassa atualmente os três anos<sup>17</sup>, tanto mais que, como vimos, não é viável a tutela cautelar e o juiz do processo principal (não urgente) muito dificilmente chegará a tempo de ditar a justiça para proteção do direito ao acesso aos tratamentos de procriação medicamente assistida.

O direito de acesso à procriação medicamente assistida, por mulheres em situação de vulnerabilidade, com uma idade próxima dos quarenta anos, também não se

<sup>17</sup> Mais concretamente 37 meses, cfr: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-dos-processos-findos-nos-tribunais-administrativos-e-fiscais-de-1-instancia.aspx>

mostra compatível com o tempo de espera existente no banco público de gâmetas para tratamento de procriação medicamente assistida com recurso a esperma de dador, que atinge os três anos.

Assim, não nos resta qualquer dúvida que a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias constitui um instrumento fundamental de tutela jurisdicional efetiva em casos de vulnerabilidade de mulheres trintenárias no acesso à procriação medicamente assistida, pois permite rapidamente a defesa dos seus direitos fundamentais contra a atuação ou omissão do estado.

## REFERÊNCIAS

- ACÓRDÃO, processo n.º 283/17 (Supremo Tribunal Administrativo 18 de maio de 2017).
- ACÓRDÃO, processo n.º 47/22.6BELLE (Supremo Tribunal Administrativo abril de 13 de 2023).
- ACÓRDÃO, 01157/05.0BEBRG (Tribunal Central Administrativo Norte 26 de janeiro de 2006).
- ACÓRDÃO, processo 455/23.5BELSB (Supremo Tribunal Administrativo 16 de novembro de 2023).
- ACÓRDÃO, 00664/24.0BEBRG (Tribunal Central Administrativo Norte 21 de junho de 2024).
- ACÓRDÃO, 5/06, 912/05 (Tribunal Constitucional 3 de janeiro de 2006).
- ACÓRDÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, 11/2024 (Supremo Tribunal Administrativo junho de 6 de 2024).
- ALMEIDA, M. A. & CADILHA, C. A. (2021). *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, J. C. (2021). *A Justiça Administrativa – Lições* (19ª ed.). Coimbra: Almedina.
- AYALA, B. D. (2000). Monismo(s) ou dualismo(s) em direito administrativo(?) – gestão pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLI(1), 71-98.
- BOTELHO, C. S. (2010). *A tutela directa dos direitos fundamentais – avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. (2021). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa – Anotada* (4ª ed., Vol. 1). Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa – anotada*. (4ª ed., Vol. 2). Coimbra: Coimbra Editora.
- DAVID, S. (2005). *Das intimações – Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no código de processo nos tribunais administrativos*. Coimbra: Almedina.
- FONSECA, I. C. (2004). *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo: (função e estrutura)*. Lisboa: Lex.

- FONSECA, I. C. (2021). *Curso de direito processual administrativo teórico-prático*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, C. A. (2003). Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. Em A. M. CORDEIRO, L. M. LEITÃO & J. D. GOMES, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles* (Vol. 5, pp. 541-577). Coimbra: Almedina.
- LOUREIRO, J. D. (2017). Processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias: breves notas a propósito da nova reforma do Contencioso Administrativo. Em A. F. Carla Amado Gomes, *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA* (pp. 939-964). Lisboa: AAFDL.
- MAÇÃS, M. F. (2004). As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. *Revista do Ministério Público*.(100), 41-70.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada*. (2ª ed., Vol. I). Coimbra: Wolters Kluwer.
- NOVAIS, J. R. (janeiro/fevereiro de 2009). «Direito, liberdade ou garantia»: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2.º Juízo) de 6.6.2007, P.2539/07. *Cadernos de Justiça Administrativa* (73), 44-59.



# LA DEPORTACIÓN DE MUJERES EMBARAZADAS DE ASCENDENCIA HAITIANA EN REPÚBLICA DOMINICANA: CONDENADAS A LA APATRIDIA

MARTÍNEZ MARCOS, BLANCA  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

El gran incremento de migrantes haitianos en República Dominicana ha supuesto la realización de deportaciones masivas en los últimos años. La problemática de estas deportaciones reside en que no solo se deporta a personas que hayan ingresado al país de forma irregular, sino también a personas de ascendencia haitiana que han nacido en República Dominicana y a los que se les ha denegado el acceso a la nacionalidad dominicana, lo que les mantiene en una situación de apatridia.

El caso de las mujeres se recrudece al ser un colectivo más vulnerable laboral y económicamente. Actualmente, la deportación específica de mujeres embarazadas ha empeorado la situación vulnerando una gran cantidad de derechos y condenándolas en muchos casos a caer en manos de grandes mafias o a poner en riesgo su vida.

Palabras clave: *Apatridia; colectivos vulnerables; discriminación racial; nacionalidad; políticas migratorias.*

## ABSTRACT

The large increase in Haitian migrants in the Dominican Republic has led to mass deportations in recent years. The problem with these deportations is that not only people who have entered the country irregularly are deported, but also people of Haitian descent who were born in the Dominican Republic and who have been denied access to Dominican nationality, which keeps them in a situation of statelessness.

The case of women is exacerbated by being a more vulnerable group in terms of work and economy. Currently, the specific deportation of pregnant women has worsened the situation violating a large number of rights and condemning them in many cases to fall into the hands of large mafias or to put their lives at risk.

Keywords: *Migration policies, nationality, racial discrimination, statelessness, vulnerable groups.*

## LA GRAVE SITUACIÓN DE MUCHAS PERSONAS DE ASCENDENCIA HAITIANA NACIDOS EN REPÚBLICA DOMINICANA: LA APATRIDIA

**A**CTUALMENTE, EN REPÚBLICA DOMINICANA existe un alto porcentaje de población que se encuentra en situación de apatridia.

Esta situación afecta especialmente a varias generaciones de ascendencia haitiana nacidos en República Dominicana y ha sido el fruto de diversos cambios en la regulación jurídica vinculada a la obtención de la nacionalidad. Lo más preocupante es que esta situación, lejos de estar resuelta o en vías de solución, continúa afectando a más generaciones.

La regulación que existía desde el año 1930 hasta el año 2010 tenía como principio el de *Ius soli* o derecho a suelo. Durante la vigencia de este principio, República Dominicana concedía la nacionalidad a toda persona nacida en el país excepto a los hijos de los diplomáticos o de personas denominadas «en tránsito» (denominación que se utilizaba para las personas que estuvieran en el país un corto período de tiempo).

Gracias a este principio, durante décadas, los descendientes de jornaleros haitianos obtuvieron la nacionalidad dominicana pudiendo así acceder con plenitud a los derechos de dicho país de forma igualitaria.

Posteriormente, en el año 2004, se aprobó la Ley General de Migración 285-04 que trajo consigo la ampliación de la consideración de «persona en tránsito» añadiendo a aquellas personas que se encontraran en situación irregular y, como consecuencia, los hijos de estas personas no tendrían derecho a que se les concediera la nacionalidad dominicana, a pesar de haber nacido en el país.

Hasta este momento, ese cambio legislativo sí suponía algunos problemas para los hijos de haitianos que nacieran en el país, aunque existían otras alternativas para que pudieran obtener una nacionalidad (la haitiana).

El inicio del problema comenzó a forjarse entre los años 2010 y 2013 cuando, en el 2010, la Constitución de República Dominicana incluyó esta excepción y, en el 2013, la Sentencia del Tribunal Constitucional 168-13 dio un paso más allá estableciendo que esta norma debía aplicarse con carácter retroactivo a 1929.

Fruto de la sentencia emitida por el alto tribunal contra Juliana Deguis Pierre<sup>1</sup>, el Tribunal Constitucional ordenó a la Junta Central Electoral hacer una minuciosa auditoría de todos los registros de nacimientos desde 1929 hasta ese momento para identificar a los extranjeros «irregularmente inscritos».

Este hecho supuso que tres generaciones enteras de haitianos que se encontraban en ese momento de forma regular en el país atendiendo a la legislación anterior y, en muchos casos, con nacionalidad dominicana (ya que habían nacido en el país) pasaran a encontrarse de forma irregular y sin nacionalidad (Ventas, 2023).

A pesar de que numerosas organizaciones internacionales<sup>2</sup> han denunciado esta situación y la vulneración constante de derechos que esto implica, tanto el Gobierno como los tribunales de República Dominicana se mantienen firmes con el cumplimiento de la normativa y, dando un paso más en esta lucha contra la inmigración haitiana y de ascendencia haitiana, desde el año 2021 hasta la actualidad, las deportaciones masivas hacia Haití son una constante.

En el año 2024, la Junta Central Electoral emitió una resolución (Resolución 13-24) con la que establece el procedimiento para la recepción y tramitación de los registros de nacimientos de los hijos de personas extranjeras que nacieron en el país. Esta resolución aborda la situación de personas dominicanas de ascendencia haitiana desnacionalizadas por la sentencia 168-13, sin embargo, el análisis preliminar por parte de expertos muestra que es restrictiva y no resuelve completamente el problema de la apatridia.

La resolución establece un proceso para la transcripción de actas de nacimiento de hijos de extranjeros regularizados según la Ley 169-14, pero solo beneficia a una pequeña fracción de los afectados. Los requisitos dificultan que los menores de edad cumplan con el proceso. Se destaca la necesidad de revisar mil solicitudes de naturalización pendientes y reabrir las oficinas de naturalización cerradas desde 2020. Se insta a la JCE a emitir cédulas a los mayores de edad que recuperaron la

<sup>1</sup> Juliana Deguis Pierre nació y vive en la República Dominicana, muy lejos del país de sus padres: Haití. Pero no tiene ciudadanía. Cuando cumplió 18 años, trató de sacar su cédula de identidad y le fue negada.

Ante esta negación por parte de las autoridades, Juliana decidió poner un recurso contra esa decisión y, en el 2013 el Tribunal Constitucional de República Dominicana emitió una sentencia para decidir su caso, y le revocó la ciudadanía a ella y a otras 200 mil personas en la misma situación. La sentencia del tribunal decía que todos los dominicanos nacidos desde el año 1929 hasta la fecha, 2013, hijos de inmigrantes igual que Juliana, no tienen derecho a la nacionalidad (Centro de Periodismo Investigativo, 2015).

<sup>2</sup> El Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR), Organización de Naciones Unidas (ONU), Amnistía Internacional, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), etc. (Naciones Unidas, 2022).

nacionalidad. A pesar de estos avances, se enfatiza que queda mucho por hacer para saldar la deuda histórica con la comunidad dominicana de ascendencia haitiana en situación de apatridia (Periódico digital Reconoci.do, 2024).

Se debe tener en cuenta que el derecho a tener una nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de la misma o a que no se niegue el derecho a cambiar de nacionalidad está expresado en el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizado en el art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## DEPORTACIONES MASIVAS HACIA HAÍTÍ: DISCRIMINACIÓN RACIAL

La situación actual de Haití es verdaderamente preocupante: las pandillas han tomado el control de la capital y de otras zonas del país sembrando violencia, terror y muerte por donde quiera que pasan, la inestabilidad política, la pobreza extrema, los desastres naturales que se suceden de forma continuada, la hambruna y la insalubridad han hecho que cada vez más haitianos busquen refugio en otros países y, debido a su proximidad geográfica y a la facilidad en el cruce fronterizo, República Dominicana se ha convertido en un país al que intentan acceder para salvar sus vidas (Amnistía Internacional, 2024).

Según la Oficina Nacional de Estadística de República Dominicana la población estimada en el 2024 es de 10.795.677 personas y la población haitiana registrada en el año 2017 databa de unos 500.000 (no existen registros oficiales más recientes y, además, también hay que tener en cuenta que una gran parte de la población haitiana que reside en República Dominicana lo está haciendo de forma irregular por lo que no existen datos fiables sobre dicha cuantía).

Se entiende que la inmigración irregular deba frenarse y buscarse una solución ya que la capacidad de República Dominicana para asumir tal oleada de inmigrantes de forma constante es limitada. No obstante, las deportaciones que se están llevando a cabo en República Dominicana presentan violaciones constantes de derechos humanos ya no solo por el hecho de cómo se trata a las personas que están siendo deportadas (insultos, coacciones, maltrato físico...) sino porque en muchas ocasiones no se deporta única y exclusivamente a las personas que se encuentran en situación irregular, sino que se deporta a personas por sus rasgos físicos sin darles opción a revisar su documentación o a investigar su situación real en el país (Amnistía Internacional, 2024).

Muchas de las personas que son retenidas y deportadas por los agentes de la Dirección General de Migración (en adelante DGM) son personas de ascendencia haitiana que se encuentran en situación de apatridia en República Dominicana (Enecia Pérez, 2023).

En otras ocasiones incluso se deporta a personas de otras nacionalidades (venezolanos, cubanos, colombianos, brasileños, afroamericanos, etc.) que se encuentran de turismo o residiendo de forma legal en República Dominicana por el simple hecho de tener unos rasgos físicos similares a los de las personas de nacionalidad haitiana y, sin que las autoridades les den la posibilidad de mostrar su documentación en regla, son deportados (Periódico digital Acento, 2024).

Amnistía Internacional también ha señalado que muchas de estas deportaciones han sido colectivas, lo que ha supuesto una violación del principio de no devolución y el derecho de asilo de las personas haitianas.

Estas expulsiones colectivas son contrarias a las obligaciones internacionales de República Dominicana ya que no permiten una evaluación individualizada de las necesidades de protección de cada persona afectada y tampoco de los riesgos a los que se enfrentarían las personas al ser devueltas a Haití. Además, también hace hincapié en el hecho de que los operativos migratorios que se están llevando a cabo discriminan racialmente, faltando a la garantía del principio de igualdad y no discriminación (Amnistía Internacional, 2024).

La dimensión de las deportaciones masivas evidencia que es imposible que se esté cumpliendo con el proceso tanto burocrático como de investigación que se debe llevar a cabo en estos casos.

Tal y como se mencionaba con anterioridad, a pesar de las múltiples denuncias, informes negativos y llamamientos que están llevando a cabo organismos internacionales frente a estas políticas de deportación por parte de República Dominicana, el gobierno dominicano continua con el incremento de estas deportaciones y, recientemente ha señalado que se propone repatriar hasta 10.000 haitianos ilegales cada semana para contrarrestar la inmigración, como parte de un plan de proteger la soberanía nacional, según se informó en el mes de septiembre después de una reunión del Consejo de Defensa y Seguridad Nacional encabezada por el presidente Luis Abinader (Listín Diario, 2024).

## LA DEPORTACIÓN DE MUJERES EMBARAZADAS

La Ley General de Migración 285-04 faculta a las autoridades dominicanas a deportar a los extranjeros que estén en situación irregular. No obstante, su reglamento de aplicación prohíbe las detenciones de mujeres embarazadas o lactantes, menores de edad, solicitantes de asilo y envejecientes.

Por lo tanto, la detención de mujeres embarazadas viola el artículo 134 de la Ley de Migración 285-04, y las detenciones de mujeres embarazadas en los hospitales y sus alrededores violan la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el convenio 183 de la OIT sobre protección de la maternidad.

En el caso de las mujeres de ascendencia haitiana la situación se recrudece ya que, al ser deportadas a Haití embarazadas, en muchos casos no tienen ningún vínculo familiar al que acudir en Haití para pedir ayuda, no poseen ningún tipo de bien material en el país y tampoco hablan el idioma lo que las expone a graves riesgos y ponen en peligro tanto su vida como la del bebé que están esperando.

Es importante tener en cuenta que la situación de apatridia, independientemente del género, posiciona a la persona que lo sufre en especial vulnerabilidad y limita su crecimiento personal y profesional. No obstante, la situación de las mujeres presenta una mayor vulnerabilidad que la de los hombres por los siguientes motivos:

En primer lugar, a nivel laboral, se les dificulta mucho más encontrar un trabajo que les permita subsistir ya que, los principales sectores en los que se utiliza la mano de obra de personas que no poseen documentos de identidad son la construcción y la agricultura (y estos sectores se nutren principalmente de hombres) (Ávila-Claudio, 2024).

En segundo lugar, al encontrarse sin documentación, no pueden continuar con sus estudios, por lo que el nivel educativo es mínimo lo que les limita mucho las posibilidades de encontrar un empleo o de mejorar su situación (Ramírez & Wooding, 2020, pp. 12-14).

En tercer lugar, la situación económica de la mayoría de las familias es muy precaria por lo que desde muy temprana edad se ven obligadas a buscar una fuente de ingresos que, en algunas ocasiones, termina siendo la prostitución. La desinformación en lo que a educación sexual se refiere y la violencia sexual que sufren en muchas ocasiones las expone a un sinnúmero de riesgos como embarazos no deseados y/o enfermedades de transmisión sexual (Schwarz Coulangé, 2019, pp. 291-294).

Y, en cuarto y último lugar, las mujeres de ascendencia haitiana que se encuentran en situación de apatridia traspasan esa situación de apatridia a sus hijos/as ya que no pueden registrarlos al nacer por no poseer documentos de identidad.

Además de sufrir todo este tipo de situaciones, las recientes deportaciones dirigidas exclusivamente a mujeres embarazadas han traído consigo que muchas mujeres decidan no acudir a centros médicos, incluso cuando sufren un embarazo de riesgo, para no ser deportadas

Esta decisión se debe a que, según informan expertos de la ONU:

Muchas mujeres habrían sido detenidas durante sus revisiones médicas por funcionarios de la Dirección General de Migración que realizaron redadas en hospitales públicos de Santo Domingo y de distintas partes del país. Algunas mujeres habrían sido deportadas inmediatamente, sin oportunidad de apelar la decisión. Otras fueron trasladadas brevemente a centros de detención antes de ser deportadas. Los ex-

peritos también recibieron informes de que varios menores no acompañados estaban siendo deportados a Haití (ONU, 2023)<sup>3</sup>.

Ya en el año 2022 el Pulitzer Center hablaba de cientos de mujeres embarazadas (tanto haitianas como de ascendencia haitiana) deportadas durante ese año, a pesar de su prohibición legislativa y, pese a que no existen datos oficiales, diversas organizaciones señalan que el número de deportaciones de mujeres embarazadas no ha parado de crecer año tras año.

Por un lado, en el caso de las mujeres haitianas se podría llegar a pensar que, al menos, tienen la posibilidad de acudir a familiares o amigos una vez han sido deportadas y se encuentran en Haití. No obstante, la realidad es que muchas de ellas ni si quiera se atreven a emprender la travesía hacia sus ciudades o pueblos de origen debido a la peligrosidad en las carreteras fruto del control que las pandillas ejercen sobre las mismas.

Expertos de la ONU enviados a Haití han relatado cómo: «las bandas bloquean las carreteras principales y controlan el acceso al agua, la comida y la atención médica. Utilizan también la violencia sexual como arma para aterrorizar a la población (ONU, 2024).

Por otro lado, como ya se ha mencionado con anterioridad, nos encontramos con los casos de mujeres embarazadas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana que han sido deportadas a Haití (que en los datos ofrecidos por el Gobierno son contabilizadas como haitianas, aunque en realidad no es así)<sup>4</sup>. A esas mujeres las están deportando a un país totalmente desconocido para ellas y dejándolas a merced de las mafias que, en muchas ocasiones, se sirven de su situación de especial vulnerabilidad (no poseen documentación identificativa y están embarazadas) y trafican con ellas.

Estas mafias les prometen un mejor futuro ofreciéndoles documentación identificativa obtenida de forma irregular o, incluso, falsas identidades para que puedan viajar a otros países y, una vez en el país de destino, son prostituidas.

<sup>3</sup> El 20 de julio de 2023, agentes de la DGM allanaron sin orden judicial la Maternidad de Higüey, deteniendo arbitrariamente a mujeres embarazadas y lactantes en base al perfilamiento racial, y enviándolas a un centro de detención para su posterior expulsión del país. Procedimientos ilegales similares fueron llevados a cabo en la Policlínica de Verón, El Hospital Regional Universitario de La Vega y en el Hospital Presidente Estrella Ureña de Santiago (Periódico digital Reconoci.do, 2023).

<sup>4</sup> Caso de Diana Jean, joven dominicana de ascendencia haitiana, con siete meses de embarazo, que sufrió la denegación de atención médica el 23 de abril de 2022, bajo el falso argumento de que era una mujer haitiana indocumentada. El caso fue presentado ante el Tribunal Superior Administrativo, que ratificó la denegación de la atención médica. En consecuencia, tuvo que dar a luz en su lugar de residencia.

Ya en el año 2021, el exdiputado Rafael Méndez, solicitó al gobierno de República Dominicana que enfrentara y persiguiera a las mafias que trafican con embarazadas desde Haití.

Además de hacer esta solicitud, también señaló que: «en relación con las mafias que operan en el tráfico ilegal de embarazadas, hablando con conocimiento de causas, aseguraba que esas mafias actúan en contubernio con quienes tienen la misión de resguardar y proteger la frontera» (El Nacional, 2021).

## CONCLUSIONES

La problemática de la inmigración ilegal haitiana en República Dominicana es algo muy complejo, abarcando aspectos económicos, sociales, históricos y de seguridad. Cualquier solución debe ser equilibrada y respetuosa de los derechos humanos, pero al mismo tiempo debe responder a las preocupaciones legítimas del país receptor. Exponiendo un enfoque integral, algunas de las cuestiones que se podrían llevar a cabo serían:

### FORTALECER LA FRONTERA Y LA SEGURIDAD

Control fronterizo más eficiente: mejorar la infraestructura de vigilancia fronteriza a través de tecnologías como drones, cámaras de seguridad y sistemas de patrullaje más efectivos, además de la colaboración con fuerzas internacionales para garantizar un monitoreo constante.

Acuerdos bilaterales de seguridad: coordinar con Haití para reforzar el control en ambos lados de la frontera y mejorar la cooperación en la lucha contra el tráfico humano y la inmigración irregular.

Todo ello sin ejercer violencia o atentar contra la vida de las personas que intentan cruzar la frontera y respetando su derecho a la integridad y dignidad.

### POLÍTICAS MIGRATORIAS CLARAS Y JUSTAS

Reforma migratoria: implementar una reforma migratoria transparente que establezca procesos claros para que los inmigrantes haitianos puedan regularizar su estatus en la República Dominicana. Esto incluye programas de permisos temporales de trabajo y visados que permitan a los migrantes tener una vía formal para acceder al país.

Programas de repatriación humanitaria: facilitar el retorno voluntario y seguro de aquellos inmigrantes que desean regresar a Haití, proporcionando apoyo logístico y asistencia financiera para garantizar una transición más digna.

#### COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

Inversión en Haití: la comunidad internacional, junto con el gobierno dominicano y haitiano, debería promover más iniciativas de desarrollo económico en Haití. Mejorar las condiciones de vida en Haití reducirá la presión migratoria hacia la República Dominicana, ya que muchas personas migran en busca de mejores oportunidades.

Fomentar el diálogo bilateral: crear comisiones binacionales con la participación de organismos internacionales (como la ONU o la OEA) para gestionar de manera conjunta las políticas fronterizas y el flujo migratorio.

#### REGULARIZAR Y PROTEGER A LOS INMIGRANTES EXISTENTES

Programas de regularización laboral: proporcionar un camino formal para que los inmigrantes que ya están en el país puedan regularizar su estatus migratorio, contribuyendo legalmente a la economía, en especial aquellos que han residido durante años en la República Dominicana. Se puede aplicar un sistema de cuotas de trabajo temporales para migrantes con habilidades específicas.

Derechos y protección laboral: asegurar que los inmigrantes que trabajan en el país, especialmente en sectores como la agricultura o la construcción, reciban condiciones laborales justas. Un sistema justo reduce la explotación y fomenta el respeto por los derechos humanos.

#### EDUCACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN DE LA POBLACIÓN

Campañas de concienciación: iniciar campañas educativas para reducir la xenofobia y el racismo hacia los inmigrantes haitianos, subrayando las contribuciones que hacen a la economía y la sociedad dominicana. Esto puede mejorar la integración y reducir tensiones sociales.

Capacitación para empleadores: crear programas para empleadores que les enseñen cómo regularizar a sus empleados migrantes, asegurando que se cumplan las leyes laborales y fiscales.

#### FORTALECER EL SISTEMA JUDICIAL Y LAS INSTITUCIONES

Combatir la corrupción: enfrentar la corrupción en el sistema migratorio y en las fronteras que facilita el tráfico humano y la inmigración ilegal. Un sistema

judicial sólido y transparente puede garantizar que se apliquen correctamente las leyes migratorias.

Mejorar la aplicación de la ley: implementar medidas que fortalezcan la capacidad del gobierno dominicano para identificar y deportar de manera adecuada a inmigrantes ilegales sin recurrir a prácticas violatorias de los derechos humanos.

#### APOYO A REFUGIADOS Y MIGRANTES VULNERABLES

Asilo y protección: diferenciar a aquellos inmigrantes que migran por razones económicas de aquellos que huyen de situaciones de violencia o persecución, permitiendo a los segundos acceder a un proceso de solicitud de asilo justo.

Servicios sociales: proveer acceso a servicios básicos como atención médica y educación para los hijos de inmigrantes, pero de forma controlada y estructurada, lo que puede ayudar a una mejor integración social.

#### DESARROLLO DE LA ECONOMÍA LOCAL EN ÁREAS FRONTERIZAS

Zonas económicas especiales: crear zonas de desarrollo económico a lo largo de la frontera que ofrezcan empleo tanto a dominicanos como a haitianos, fomentando la cooperación transfronteriza. Esto no solo reduce la migración ilegal, sino que también promueve el desarrollo en esas áreas que son tradicionalmente más pobres.

En conclusión, la solución a la inmigración ilegal haitiana en la República Dominicana no debe ser solo un tema de control fronterizo, sino que requiere un enfoque multifacético que aborde tanto las causas de la migración como las consecuencias en ambos lados de la frontera. Con un esfuerzo coordinado entre gobiernos, instituciones internacionales y la sociedad civil, se puede manejar la situación de manera humana y efectiva, respetando los derechos de todos y garantizando la seguridad y estabilidad en la República Dominicana.

Por supuesto, todas estas medidas deben llevarse a cabo respetando los principios de igualdad y no discriminación, así como los derechos humanos de las personas afectadas por lo que sería muy necesario vigilar también a las autoridades migratorias para comprobar que, efectivamente, todas estas medidas se están llevando a cabo respetando estos principios.

#### REFERENCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2024). Haití: Grave crisis exige condena internacional y soluciones duraderas. *Amnistía Internacional*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/03/haiti-crisis-requires-international-condemnation-lasting-solu->

- tions/#:~:text=Hait%C3%AD%20se%20encuentra%20sumido%20en,clave%20como%20puertos%20y%20aeropuertos.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2024a). República Dominicana: Autoridades deben frenar políticas migratorias de facto racistas. *Amnistía Internacional*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/04/dominican-republic-must-stop-racist-immigration-policies/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2024b). Segundo mandato del presidente Luis Abinader debe priorizar el respeto a los derechos humanos y poner fin a políticas migratorias racistas. *Amnistía Internacional*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/08/segundo-mandato-presidente-luis-abinader-priorizar-respeto-derechos-humanos-fin-politicas-migratorias-racistas/>
- ÁVILA-CLAUDIO, R. (2024). Cuánto aporta Haití (y los haitianos) a la economía de República Dominicana. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/articles/c51nj4y8y8po>
- CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (2015). *La historia de una mujer que se negó a ser extranjera dentro de su país*. <https://periodismoinvestigativo.com/2015/01/la-historia-de-una-mujer-que-se-nego-a-ser-extranjera-dentro-de-su-pais/>
- EL NACIONAL (2021). Solicita gobierno enfrente mafias negocian embarazadas desde Haití. *Periódico digital el Nacional*. <https://elnacional.com.do/solicita-gobierno-enfrente-mafias-negocian-embarazadas-desde-haiti/>
- ENECIA PÉREZ, H. (2023). Han sido apátridas en la República Dominicana durante una década. Hoy enfrentan la deportación a Haití. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2023/10/06/espanol/republica-dominicana-deportar-haiti.html>
- LISTÍN DIARIO. (2024). El ritmo de repatriación de haitianos será de 10,000 cada semana. [https://listindiario.com/la-republica/gobierno/20241003/ritmo-repatriacion-haitianos-sera-10-000-semana\\_828006.html?\\_gl=1\\*rryme\\*\\_ga\\*c09hTnRUZmN5T0dyN-0RWOEt1ZTlwR3JCaE94d1hjTTBkZHFUQ3RlVjh2OGZnNDB1LUE0YXVrd-mFVVFBMLRocg.\\*\\_ga\\_S0JYX9D2SX\\*MTcyODIxNjA0Mi4xNS4xLjE3MjgyM-TYwNDMuMC4wLjA](https://listindiario.com/la-republica/gobierno/20241003/ritmo-repatriacion-haitianos-sera-10-000-semana_828006.html?_gl=1*rryme*_ga*c09hTnRUZmN5T0dyN-0RWOEt1ZTlwR3JCaE94d1hjTTBkZHFUQ3RlVjh2OGZnNDB1LUE0YXVrd-mFVVFBMLRocg.*_ga_S0JYX9D2SX*MTcyODIxNjA0Mi4xNS4xLjE3MjgyM-TYwNDMuMC4wLjA)
- NACIONES UNIDAS (2022). Declaración del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Volker Türk, sobre la deportación de haitianos desde la República Dominicana. *Naciones Unidas de Derechos Humanos*. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/11/comment-un-high-commissioner-human-rights-volker-turk-deportation-haitians>
- ONU (2023). República Dominicana: Expertos de la ONU condenan la detención y deportación de mujeres haitianas embarazadas y púérperas. *ONU, septiembre*. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2023/09/dominican-republic-un-experts-condemn-detention-and-deportation-pregnant-and>
- ONU (2024). La población de Haití vive bajo el temor de las bandas armadas. *ONU*. <https://unric.org/es/la-poblacion-de-haiti-vive-bajo-el-temor-de-las-bandas-armadas/>
- PERIÓDICO DIGITAL ACENTO (2024). Apresamientos de negros por parte de la Dirección General de Migración. *Acento*. <https://acento.com.do/editorial/apresamientos-de-negros-por-parte-de-la-direccion-general-de-migracion-9299304.html>
- PERIÓDICO DIGITAL RECONOCI.DO (2023). Denuncian ante la CIDH Ataques Contra Mujeres Embarazadas en RD. *Reconoci.do*. <https://www.reconoci.do/denuncian-ante-la-cidh-ataques-contramujeres-embarazadas-en-rd/>

- PERIÓDICO DIGITAL RECONOCI.DO (2024). *La Resolución 13-24 de la JCE es restrictiva y no resuelve el problema de la apatridia en la República Dominicana*. <https://www.reconoci.do/la-resolucion-13-24-de-la-jce-es-restrictiva-y-no-resuelve-el-problema-de-la-apatridia-en-la-republica-dominicana/>
- RAMÍREZ, A. & Wooding, B. (2020). *Estudio diagnóstico: migración femenina en la república dominicana*. OIT.
- SCHWARZ COULANGE, M. (2019). Inmigrantes haitianos y dominico-haitianos en República Dominicana. Cambios y posibles implicaciones de los perfiles. *Estudios demográficos y urbanos*, 34(2). [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0186-72102019000200269](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102019000200269)
- VENTAS, L. (2023). Nací en República Dominicana, pero soy extranjera en mi propio país. Me volvieron apátrida y eso es una muerte civil. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/articles/cyxlyxejygp0>

# EL DERECHO AL NOMBRE COMO UN DERECHO DE PERSONALIDAD. UN ANALISIS DE LAS PRATICAS JURIDICAS EN PORTUGAL PARA LA IGUALDAD EN LO QUE SE REFIERE AL CAMBIO DE NOMBRE EN CONSECUENCIA DEL CAMBIO DE MENCIÓN DE SEXO

DE OLIVEIRA XAVIER, MARINÊZ<sup>1</sup>

*Instituto Politécnico de Beja (IPBeja)-Portugal*

## RESUMEN

El derecho al nombre y el estado civil, son considerados como uno de los derechos más importantes. También conocido como derecho-deber, el nombre está acogido por el principio de inmutabilidad.

Nos centramos en este texto en la necesidad de flexibilizar este principio, esta necesidad está regulada en la Ley 38/2018, de 7 de agosto, consagra que todas las personas son libres e iguales en dignidad y derechos, quedando prohibida cualquier discriminación, directa o indirecta. Basada en el ejercicio de este derecho a la identidad y expresión de género y derecho a la protección de las características sexuales, la citada Ley facilita y desbloquea el proceso de cambio de nombre en función del sexo.

Palabras clave: *Derecho de personalidad; Libertad; Cambio de nombre; Avances legislativos.*

## ABSTRACT

The right to a name and civil status are considered among the most important rights. Also known as the right-duty, the name is protected by the principle of immutability. We focus in this text on the need to make this principle more flexible. This need is regulated by

<sup>1</sup> marinez.xavier@ipbeja.pt

Law 38/2018, of August 7, which establishes that all persons are free and equal in dignity and rights, prohibiting any discrimination, whether direct or indirect. Based on the exercise of this right to gender identity and expression and the right to the protection of sexual characteristics, the aforementioned Law facilitates and unblocks the process of changing a name based on sex.

Keywords: *Personality rights; Freedom; Name change; Legislative advances.*

## IDEIAS INTRODUTÓRIAS

O PRESENTE ESTUDO, aborda de maneira sucinta o direito ao nome como um direito de personalidade e como tal um direito fundamental, que goza de proteção jurídica no ordenamento português.

Considerado junto com o estado civil um dos direitos mais importantes, também conhecido como um direito-dever o nome está revestido pelo princípio da imutabilidade.

Enfocamos neste texto a necessidade de flexibilização que leva a lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, consagrar que todas as pessoas são livres e iguais em dignidade e direitos, sendo proibida qualquer discriminação, direta ou indireta, em função do exercício do direito à identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais. A citada Lei facilita e desentruva o processo de mudança do nome em razão de sexo.

Pretendemos assim evidenciar o nome como um direito de personalidade ressaltando sua função e importância, expor em termos práticos os procedimentos para que a pessoa possa requerer a mudança de nome.

Procuraremos evidenciar os aspetos positivos da legislação e das atuais práticas, sem descuidar a necessidade de uma visão crítica sobre o logo caminho que ainda deve ser percorrido pelos operadores do direito e pela sociedade portuguesa para que tanto as discriminações diretas quanto as discriminações indiretas sejam abolidas.

## O NOME COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

O Código Civil Português dispõe que a lei protege o indivíduo contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral e nesta premissa, define o direito ao nome como um direito de personalidade estabelecido

por ocasião do nascimento ou adoção.<sup>2</sup> Toda pessoa tem um nome que civil, considerado um direito subjetivo de personalidade que goza de interesse individual e também coletivo em razão da importante função de distinguir os cidadãos. O nome é obrigatório e regrado, característica que lhe define como um direito-dever.

«O nome, juntamente com outros atributos, tem por missão assegurar a identificação e individuação das pessoas e, por isso, é como se fosse uma etiqueta colocada sobre cada um de nós. Cada indivíduo representa uma soma de direitos e de obrigações, um valor jurídico, moral, económico e social e, por isso, é importante que tais valores apareçam como o simples enunciado do nome de seu titular, sem equívoco e sem confusão possível» (Loureiro, 2019, p. 213)

O traço de distinção individual que permite a atribuição de direitos e deveres em sociedade o nome é considerado um dos atributos mais importantes do direito de personalidade assim como a personalidade e o estado civil.

O nome como direito de personalidade, tem um interesse público, encontrando no registo a publicidade, que revestida de um forte interesse social dá a conhecer a pessoa, como ente de direito e dessa forma com efeitos e importância também na esfera privada.

Assim, o nome civil é protegido pela legislação encontrando no princípio da imutabilidade a força identificativa da pessoa a que corresponda.

Deparamo-nos com uma série de imposições legais a cerca da composição do nome civil, traçando características importantes, que sem margem á dúvidas podem representar uma série de cuidados e medidas para uma possível alteração, necessitando de justificação sistemática para que a sociedade não tome como um simples capricho a alteração do nome.

## CARACTERISTICAS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO NOME CIVIL

O Código do Registo Civil português determina que o nascimento é um facto que deve ser obrigatoriamente registado<sup>3</sup> e uma das menções obrigatórias do assen-

<sup>2</sup> Artigo 72.º – do Código Civil Português, (Direito ao nome) – 1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins. 2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma atividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

<sup>3</sup> De acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 1, alínea a) do Código do Registo Civil português (CRC)

to de nascimento é o nome próprio e os apelidos do registado<sup>4</sup>. A lei determina que a escolha do nome próprio e apelidos do filho menor compete aos pais e, na falta de acordo destes, ao tribunal, que deverá ter em conta o interesse do filho.

O Código Civil trata como um dever dos pais a atribuição do nome aos filhos e estipula nos artigos 1875 e 1876 de forma exhaustiva as características a serem adotadas. Iniciando pela composição do nome do filho podem ser incluídos apelidos da mãe e do pai ou de apenas um deles mesmo que a maternidade e a paternidade se encontrem estabelecidas.

No caso de a paternidade não se encontrar estabelecida, a lei admite que sejam atribuídos ao filho menor apelidos do marido da mãe desde que ambos declarem, perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade. Contudo, após atingir a maioridade ou ser emancipado, o filho pode requerer, no prazo de dois anos, que os apelidos do marido da mãe sejam eliminados do seu nome.

Este regime deve aplicar-se, por analogia, quando a maternidade não se encontra estabelecida e o pai e respetivo cônjuge pretendam atribuir ao filho os apelidos deste último.

Há ainda regras rígidas sobre a composição do nome, previstas no artigo 103.º do CRC: O nome só pode ser constituído por seis vocábulos, correspondendo dois ao nome próprio e quatro aos apelidos.

Os nomes devem ser portugueses ou adaptados, gráfica e foneticamente, à língua portuguesa, não devendo suscitar dúvidas sobre o sexo do registado. Esta regra conhece, no entanto, algumas exceções, a saber, se o registado for estrangeiro, tiver nascido no estrangeiro ou tiver outra nacionalidade para além da portuguesa ou se algum dos progenitores for estrangeiro ou tiver outra nacionalidade para além da portuguesa, caso em que podem ser escolhidos nomes estrangeiros na sua grafia original.

Não pode dar-se o mesmo nome próprio a dois irmãos, salvo se algum deles já tiver falecido. Por último, os apelidos são escolhidos entre os que pertençam a ambos ou só a um dos pais do registando ou a cujo uso qualquer deles tenha direito, podendo, na sua falta, escolher-se um dos nomes por que sejam conhecidos.

## O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

O nome como uma das características mais importantes da personalidade nem sempre é um direito, em casos especiais o nome por não coincidir com a identidade da pessoa, ou trazer a esta situação vexatória pode ser entendido como uma

<sup>4</sup> Artigo 102.º, n.º 1, alínea a) do Código de Registo Civil Português (CRC)

autêntica violação. Por outro lado, a imutabilidade do nome civil é um princípio de ordem pública, que visa a proteção da sociedade, sendo uma garantia para as relações de direitos e obrigações. O princípio da imutabilidade visa evitar que a pessoa mude constantemente de nome seja por capricho ou por má-fé, com intuito de ocultar a identidade e causar prejuízos a terceiro.

Tanto a legislação como a jurisprudência oferecem significativas restrições para a alteração do nome próprio.

O princípio da imutabilidade não é absoluto e pautado no princípio geral da dignidade da pessoa humana, nos deparamos com casos excepcionais que permitem a alteração do nome, sendo uma delas a mudança do nome em consequência da mudança de menção de sexo.

## DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÉNERO

A legislação vigente, fundamenta no princípio da dignidade humana, estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

Neste sentido a Proibição de discriminação é objetivo primordial e ainda que a tarefa não seja fácil, alguns avanços são perceptíveis no tocante às práticas jurídicas que se traduzem em uma mudança de procedimentos que visam facilitar aos interessados legitimados proceder a troca do nome, de modo a permitir que esse traço considerado um dos mais importantes da identidade seja correlato com a identidade pessoal individual.

A Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, consagra que todas as pessoas são livres e iguais em dignidade e direitos, sendo proibida qualquer discriminação, direta ou indireta, em função do exercício do direito à identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais.

Em termos práticos expressa que as entidades privadas cumprem a presente lei e as entidades públicas garantem o seu cumprimento e promovem, no âmbito das suas competências, as condições necessárias para o exercício efetivo do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

A Autodeterminação da identidade de género e expressão de género, garante o exercício do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género de uma pessoa é assim assegurado, designadamente, mediante o livre desenvolvimento da respetiva personalidade de acordo com a sua identidade e expressão de género.

A lei específica que quando, para a prática de um determinado ato ou procedimento, se torne necessário indicar dados de um documento de identificação que não corresponda à identidade de género de uma pessoa, esta ou os seus representantes legais podem solicitar que essa indicação passe a ser realizada mediante a inscrição das iniciais do nome próprio que consta no documento de identificação, precedido do nome próprio adotado face à identidade de género manifestada, seguido do apelido completo e do número do documento de identificação.

Neste sentido o Procedimento para o reconhecimento jurídico da identidade de género pressupõe a abertura de um procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, mediante requerimento.

Este procedimento tem natureza confidencial, exceto a pedido da própria pessoa, dos seus herdeiros, das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal, ou mediante decisão judicial.

## LEGITIMIDADE E PROCEDIMENTO PARA REQUERER O REGISTO DE MUDANÇA DE SEXO E DE NOME PRÓPRIO EM PORTUGAL

Qualquer pessoa portuguesa que cumpra qualquer uma das três condições citadas:

seja maior; e caso tenha 16 e 17 anos, através dos seus representantes legais. Em caso de ser maior abrangido pelo regime do maior acompanhado<sup>5</sup>, exceto se o tribunal tiver declarado que a pessoa não pode fazer a mudança da menção de sexo e de nome próprio.

Se o menor tem 16 ou 17 terá ainda de apresentar um relatório médico com o objetivo e atestar apenas a capacidade de decisão e vontade informada do menor, sem fazer referências a diagnósticos de identidade de género. O relatório pode ser emitido por qualquer profissional médico ou psicólogo inscrito na Ordem dos Médicos ou dos Psicólogos.

O menor deverá expressar o seu consentimento, livre e esclarecido sobre a alteração da menção do sexo e do nome próprio, na presença de um/a conservador/a.

<sup>5</sup> Regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei nº 49/2018 de 14 de agosto, permite a qualquer pessoa que, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento se encontre impossibilitada de exercer pessoal, plena e conscientemente os seus direitos ou de cumprir os seus deveres, possa requerer junto do Tribunal as necessárias medidas de acompanhamento

O pedido de atualização do registo de nascimento poderá ser pedido em qualquer conservatória do registo Civil, no caso dos menores o pedido será feito por ambos os pais, ou por um com acordo do outro.

Se o requerente residir no estrangeiro, poderá fazer o pedido no posto consular da sua área de residência. O consulado envia os documentos para uma conservatória do registo civil para o processo ser decidido.

Quando não estamos diante das exceções de menoridade o interessado devera procurar uma conservatória do registo civil e fazer o seu pedido por escrito. O serviço é gratuito. Deve ainda atualizar o Cartão de Cidadão até 30 dias depois do registo de mudança da menção do sexo e da alteração do nome próprio.

## DESAFIOS E PROBLEMAS ENCONTRADOS NO PROCESSO DE BUSCA DA IGUALDADE

É Inegável as melhorias legais ocorridas em relação às questões de reconhecimento de identidade e género autodeterminado em Portugal.

Antes da promulgação da Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, o fundamento para a mudança de sexo e consequentemente de nome era uma patologia, necessitando um complexo diagnostico médico que praticamente impossibilitava o processo. A nova Lei também reduziu a idade legal de 18 para 16 anos.

Os principais problemas enfrentados concentram-se na dificuldade de reconhecimento da identidade garantido na lei esbarra na prática, já que, para efeitos de autorizações de alteração do corpo e a devida assistência médica, o sistema Nacional de Saúde ainda não consegue dar uma resposta eficaz e atempada. O processo de transição médica das operações cirúrgicas é centralizado o que leva a uma espera que muitas vezes corresponde a anos de vida.

Nos registos, apesar de ainda persistir uma notória discriminação para a realização do processo de mudança de nome, as facilidades e o destrave burocrático trazido pela legislação é um ponto positivo.

Há ainda um largo caminho a ser percorrido e o processo de aceitação e educação social para essa necessidade é visível na sociedade portuguesa.

## CONCLUSÕES

O nome é um dos atributos mais importantes da personalidade, expressa a identidade individual e como tal goza de proteção jurídica, estando tutelado pela Constituição e pelo Código Civil português.

Sem desprestigiar o princípio da imutabilidade e sim flexibilizando o mesmo, a Lei n.º 38/2018, de 7 de agosto, traz notórios avanços jurídicos que favorece o processo de busca de igualdade nos casos em que a mudança do nome civil, se produz em razão de mudança e menção de sexo.

A lei anterior que regulamentava essa necessidade, é de março de 2011 e fazia com que, para se alterar nome e sexo no registo, se tivesse de ter pelo menos 18 anos, e a apresentação de um relatório que comprovasse o diagnóstico de perturbação de identidade de género. Por sua vez, este teria de ser da autoria de uma equipa multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro, o que tornava o processo quase impraticável. A lei da autodeterminação de género veio acabar com estas diligências tantas vezes encaradas como humilhações ou menosprezos. Nos registos, apesar de ainda persistir problemas de discriminação para a realização do processo de mudança de nome, as facilidades e o destrave burocrático, sendo o processo e gratuito e permitido a partir dos 16 anos, é um ponto positivo.

É certo que ainda há um largo caminho a ser percorrido e o processo de aceitação e educação social para essa necessidade é visível na sociedade portuguesa.

## REFERENCIAS

- BITTAR, C. A. (1995). *Os direitos da personalidade* (2ª ed.). Forense Universitária.
- BRUM, J. M. (2001). *Troca, modificação e retificação de nome das pessoas naturais: doutrina e jurisprudência*. Aide.
- CÓDIGO DO REGISTO CIVIL (CRC) – Decreto-Lei n.º 131/95.
- LEI n.º 38/2018, de 7 de agosto.
- LÔBO, P. L. N. (2001). Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Jurídica Notadez*, 49 (284).
- LOUREIRO, L. G. (2018). *Registos públicos – Teoria e prática* (10ª ed.). Juspodivm.
- MENDES, C. (2009). O nome civil da pessoa natural: Direito da personalidade e hipóteses de retificação. *Revista Jus Navigandi*, 14(2178). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13015>
- REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.
- SCHWARZER, M. (2019). *O registo civil das pessoas naturais: temas aprofundados* (1ª ed.). Juspodivm.

# DERECHOS HUMANOS, MIGRACIÓN Y EMPLEO



# APROXIMACIÓN A LA SALUD MENTAL EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL CICLO MIGRATORIO

GARCÍA-VALVERDE, ESTHER  
*Universidad de Salamanca*

PAIVA, TERESA  
*Instituto Politécnico da Guarda*

## RESUMEN

La migración es un proceso complejo que, aunque en muchos casos representa una oportunidad de desarrollo, también puede tener un fuerte impacto emocional, especialmente en quienes atraviesan desplazamientos forzosos y/o prolongados. A lo largo de las diferentes fases del ciclo migratorio, las personas migrantes pueden experimentar estrés, ansiedad, depresión o trastorno de estrés postraumático (TEPT), particularmente quienes están expuestos a discriminación, violencia, trata o explotación. En este contexto, resulta clave impulsar un enfoque integral que facilite vías para una migración segura y una integración social efectiva, garantizando el acceso a políticas inclusivas, servicios de salud mental y medidas de apoyo que promuevan el bienestar en los países de destino.

Palabras clave: *Migració; salud mental; ciclo migratorio; integración social; bienestar psicológico.*

## ABSTRACT

Migration is a complex process that, while often representing an opportunity for development, can also have a strong emotional impact, particularly on those experiencing forced and/or prolonged displacement. Throughout the different phases of the migration cycle, migrants may experience stress, anxiety, depression, or post-traumatic stress disorder (PTSD), especially those exposed to discrimination, violence, trafficking, or exploitation.

In this context, it is essential to promote a comprehensive approach that facilitates safe migration pathways and effective social integration, ensuring access to inclusive policies, mental health services, and support measures that foster well-being in host countries.

*Keywords: Migration; mental health; migration cycle; social integration; psychological well-being.*

## INTRODUCCIÓN

SEGÚN LAS ESTIMACIONES DE NACIONES UNIDAS, actualmente hay alrededor de 281 millones de personas migrantes internacionales, lo que representa el 3,6% de la población mundial. Si bien la migración continúa siendo un motor clave para el desarrollo económico y social de nuestras sociedades, en muchas ocasiones las personas se ven forzadas a salir de sus países de origen por conflictos armados, crisis económicas, violencia o por el impacto del cambio climático.

El Plan Estratégico 2024-2028 impulsado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se focaliza en la defensa de los derechos de las personas migrantes, en la consecución de los ODS y la atención a las personas más vulnerables, a través del desarrollo de tres esferas de actuación: (1) salvar vidas y proteger a las personas en movimiento, (2) impulsar soluciones a los desplazamientos, y (3) facilitar vías de migración regular. En este contexto, se reconoce el impacto emocional que atraviesan quienes experimentan desplazamientos prolongados, donde la incertidumbre, la falta de estabilidad y la ausencia de soluciones duraderas pueden generar un profundo desgaste emocional, derivando en problemas de ansiedad, depresión y una sensación de desesperanza. A esto se suma que muchas de estas personas encuentran verdaderas dificultades para acceder a servicios de salud mental, ya sea por barreras administrativas, por discriminación o por situaciones de exclusión social. Ante esta realidad, la OIM destaca la importancia de fortalecer la resiliencia, fomentar la cohesión social y facilitar el acceso a sistemas de salud y protección, reconociendo que su bienestar emocional es fundamental para lograr una integración digna y segura en los nuevos entornos.

## EL IMPACTO EN LA SALUD MENTAL EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO MIGRATORIO

La migración es un proceso complejo que, aunque en muchas ocasiones brinda oportunidades de crecimiento y mejora, también implica tensiones, duelos y dificultades que pueden afectar el bienestar emocional de las personas migrantes. Según Achotegui (2012), no se puede reducir la migración exclusivamente a una experiencia de pérdida o sufrimiento, ya que en muchos casos representa una so-

lución más que un problema. Sin embargo, el duelo migratorio puede tornarse difícil de elaborar cuando las circunstancias personales y sociales del migrante son adversas. En este sentido, la migración en sí misma no es una causa directa de trastorno mental, pero sí puede convertirse en un factor de riesgo cuando confluyen determinadas condiciones. Entre ellas, Achotegui destaca la vulnerabilidad del migrante (si parte con problemas de salud o condiciones desfavorables) y la hostilidad del entorno de acogida (cuando el contexto es excluyente o presenta barreras estructurales). Si ambos factores se combinan, el impacto psicológico puede ser más profundo, afectando la adaptación y el bienestar del individuo. Desde esta perspectiva, la migración representa un reto tanto psicológico como social que puede generar estrés, pero también constituye una experiencia de adaptación que la humanidad ha vivido a lo largo de la historia, desarrollando mecanismos de afrontamiento y resiliencia.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que este proceso está influenciado por una combinación de factores pre-migratorios, migratorios y post-migratorios que se suman de manera acumulativa:

#### FASE PREVIA A LA PARTIDA

Antes de emprender el viaje, muchas personas viven situaciones extremas que afectan gravemente a su bienestar psicológico, como la violencia, la pobreza, la persecución política o los conflictos armados en el país de origen. Esta realidad queda plasmada en el reciente Informe sobre las Migraciones en el Mundo (2024), que señala que la principal causa de la migración está vinculada a la inseguridad humana, entendida como la falta de condiciones básicas para una vida digna. Dicha inseguridad puede manifestarse de diversas maneras, incluyendo conflictos armados, violencia generalizada, persecución política, pobreza extrema y desigualdades estructurales. Además, el informe destaca que, en regiones como América Central, el deterioro de la seguridad, el crimen organizado y la violencia de género han impulsado a cientos de miles de personas a abandonar sus hogares. De manera similar, el cambio climático y los desastres naturales, como sequías prolongadas e inundaciones, también han obligado a muchas comunidades a desplazarse en busca de medios de vida más estables.

El vínculo entre la migración y el estrés emocional ha sido estudiado tanto en el contexto de la migración voluntaria (Bhugra & Becker, 2005) como en el de la migración forzada (Fazel et al., 2005). En este último caso, el desplazamiento debido a conflictos armados deja una profunda huella en quienes se ven obligados a abandonar sus países de origen, afectando su bienestar psicológico y a todo el proceso de adaptación. En una revisión sistemática y metaanálisis llevados a cabo por Mesa-Vieira et al. (2022), se concluyó que la exposición a la guerra y la perse-

cución está directamente asociada con una mayor prevalencia de trastorno de estrés postraumático (TEPT), depresión y ansiedad en quienes se ven obligados a huir. El TEPT fue el trastorno más prevalente, con una tasa del 31 %, seguido de depresión (25 %) y ansiedad (14 %).

Otro factor pre-migratorio relevante es el estrés anticipatorio, que surge de la incertidumbre antes de migrar. El miedo ante los posibles peligros del viaje, la separación de la familia y/o la tierra natal, puede producir ansiedad y angustia en la persona. Un estudio llevado a cabo por Hwang et al. (2007) concluyó que la simple anticipación de una migración forzada puede actuar como un estresor psicológico, aumentando significativamente los síntomas depresivos. Este impacto no solo afecta de forma directa a la persona, sino también de forma indirecta, debilitando los recursos sociales y psicológicos de la persona, como el apoyo social, el sentido de control, o la autoestima.

Desde una perspectiva teórica, destacamos el *modelo del proceso de estrés* de Pearlin (1989) que proporciona un marco teórico para comprender cómo el proceso migratorio es un evento estresante que pone a prueba las capacidades de la persona. Este proceso supone en muchas ocasiones un conflicto psicológico entre el apego a la tierra de origen y el miedo a lo desconocido, por un lado, y la necesidad de buscar seguridad, estabilidad y un futuro mejor para la familia, por otro. Todo ello requiere la movilización de los recursos, tanto personales como sociales; quienes cuentan con redes de apoyo social y mecanismos de afrontamiento suficientes tienen mayores posibilidades de manejar el estrés migratorio de manera más adaptativa y resiliente. Sin embargo, cuando el apoyo y los recursos son insuficientes, las dificultades emocionales pueden incrementar el riesgo de desarrollar trastornos de salud mental. De hecho, la separación de los seres queridos y la necesidad de integrarse en una nueva sociedad pueden ser factores determinantes en la aparición de problemas psicológicos, especialmente si no existen redes de apoyo que amortigüen el impacto del cambio (Bhugra, 2004).

## TRÁNSITO

Las condiciones de viaje de una persona migrante varían considerablemente según cuente o no con un visado, en los casos en que este documento es obligatorio. Disponer de un visado válido no sólo permite la entrada legal a un país, sino que también otorga una mayor protección frente a la explotación y facilita el tránsito de manera más segura. Sin embargo, en muchos lugares el acceso a un visado es limitado o imposible debido a barreras burocráticas, falta de documentos o la necesidad de huir rápidamente por conflictos o desastres. En estos casos, las personas se ven forzadas a emprender travesías peligrosas, con riesgo de sufrir detenciones, expulsiones, abusos, incluso siendo captados por redes de tráfico de personas y explo-

tación. También pueden quedar «atrapados» en su trayecto o en el país de destino, conllevando a consecuencias graves para su seguridad (Gois y Campbell, 2013).

Durante el viaje, que puede durar semanas, meses, incluso años, las personas migrantes pueden transitar lugares inhóspitos y condiciones extremas, a menudo sin un acceso adecuado a comida, agua, refugio o atención médica, por lo que puede ser una etapa marcada por elevados niveles de estrés y trauma. Un informe de Médicos sin Fronteras (2024) subraya el creciente impacto del trauma y el aumento en la demanda de atención en salud física y mental en el camino migratorio hacia los Estados Unidos desde países como Honduras, Guatemala y México. Entre las distintas formas de violencia que sufren estas personas, se destaca la violencia sexual contra mujeres como una de las más devastadoras, además de persecuciones, secuestros, o violencia de grupos criminales. De las casi 3.800 consultas de salud mental registradas por la organización en el año 2023 a lo largo de esta ruta, el 48 % de los diagnósticos correspondió a estrés agudo, seguido de depresión (12 %), ansiedad (11 %) y trastorno de estrés postraumático (8 %), entre otros. Estos datos reflejan la necesidad urgente de tomar medidas para proteger a estas personas y desarrollar estrategias de intervención para mitigar el impacto psicológico del desplazamiento forzado.

Las experiencias traumáticas en el desplazamiento migratorio, entre las que se encuentran la violencia física, abusos sexuales, detenciones arbitrarias, o devoluciones forzosas (pushbacks), se han relacionado directamente con niveles severos de depresión, ansiedad y TEPT. Un estudio realizado en Serbia reveló que más del 80 % de los refugiados pasaron por situaciones de riesgo extremo para sus vidas durante la ruta migratoria. Además, se encontró que, en promedio, cada persona vivió diez experiencias traumáticas a lo largo de su viaje (Vukčević Marković et al., 2017). Entre los eventos más comunes se destacan los abusos por parte de contrabandistas, lesiones físicas graves, la pérdida de seres queridos, la discriminación por parte de la población local, la escasez de agua, alimentos y refugio, así como la separación de familiares.

La trata de personas con fines de explotación es una amenaza durante el tránsito migratorio. Muchas personas emprenden estos viajes con la esperanza de encontrar seguridad y mejores oportunidades, pero en el camino pueden verse atrapadas en redes delictivas que se aprovechan de su desesperación y falta de protección. Estas organizaciones, dedicadas al tráfico ilícito de personas, someten a los migrantes a esclavitud sexual o laboral, extorsión y diversas formas de abuso, con pocas posibilidades de escapar de estas situaciones (Bauloz et al., 2022).

El impacto de la trata no es uniforme, las mujeres y las niñas tienen un riesgo particularmente alto; en el año 2020 representaron el 60 % de las víctimas de trata identificadas a nivel mundial (OIM, 2024). Muchas de ellas son forzadas a la explotación sexual o el trabajo forzado, sin acceso a redes de apoyo que les permitan

denunciar su situación. Por otra parte, las personas con identidades y expresiones de género diversas presentan un riesgo elevado de ser víctimas de violencia extrema y abusos físicos a manos de los tratantes. La discriminación y la falta de protección legal las sitúa en una posición de mayor indefensión, lo que facilita que sean explotadas sin que sus casos reciban la atención adecuada. Por lo tanto, las mujeres, las niñas y las personas con identidades diversas son aquellas que tienen más probabilidades de sufrir agresiones severas y condiciones de explotación extrema.

En un estudio llevado a cabo por Freedman (2016), se evidenció que el cierre de fronteras había obligado a muchas personas migrantes a recurrir a traficantes, lo que incrementó su vulnerabilidad ante la violencia sexual y de género. En particular, las mujeres y niñas corrieron un alto riesgo de abuso a manos de estos traficantes, quienes exigieron favores sexuales como forma de pago para permitirles continuar su viaje. Asimismo, el estudio señaló que las fuerzas de seguridad y la policía en los países de tránsito también fueron responsables de actos de violencia sexual y de género contra mujeres migrantes y refugiadas. A pesar de esta realidad, las medidas adoptadas tanto a nivel nacional como en la Unión Europea han sido insuficientes para prevenir estos abusos o sancionar a los responsables, dejando a muchas víctimas sin protección ni acceso a la justicia.

## LA ENTRADA

La entrada a un país, en la mayoría de los casos, supone un momento crítico en la experiencia migratoria en el que las personas deben someterse a experiencias de escrutinio. Es por ello que este momento está marcado por el estrés, la incertidumbre y el miedo. Las fronteras, concebidas como espacios de control estatal, pueden ser tanto lugares de acogida como entornos de estricta vigilancia, discriminación e incluso violencia (OIM, 2024). El cruce fronterizo supone enfrentarse a procesos complejos y rigurosos, como verificaciones de identidad, procedimientos de asilo o devoluciones forzadas. Las barreras legales y burocráticas, así como las políticas restrictivas, pueden producir en las personas recién llegadas una sensación de desesperanza y ansiedad, agravadas por la incertidumbre sobre su estatus migratorio y su futuro (Silove et al., 2017).

Por otra parte, debemos considerar cuestiones de género y las desigualdades estructurales, ya que pueden influir y determinar la manera en que las personas migrantes son recibidas y tratadas en la frontera. Las mujeres, niñas y personas con identidades de género diversas presentan mayores riesgos de violencia y discriminación, tanto en los procedimientos de control como en la posibilidad de acceder a protección internacional (Freedman, 2016). La imposición de requisitos de entrada, como pruebas de idioma para la reunificación familiar o la exigencia de ciertos documentos legales, afectan desproporcionadamente a las mujeres, quienes,

en muchos casos, tienen menos acceso a la educación y los recursos económicos necesarios para cumplir con estos requisitos (OIM, 2024).

Los efectos psicológicos de estas experiencias pueden tener un impacto a largo plazo por la incertidumbre legal que generan y/o el trato recibido en los puntos de entrada. En particular, los solicitantes de asilo que han sido víctimas de violencia o persecución en sus países de origen pueden experimentar una revictimización al ser sometidos a interrogatorios rigurosos o al enfrentar la posibilidad de deportación (Liddell et al., 2019). Además, la percepción de ser tratado con sospecha o de manera deshumanizante en la frontera puede debilitar la confianza en las instituciones del país de acogida y dificultar el proceso de integración. Crépeau (2018) señala que los países más ricos han establecido barreras restrictivas para frenar la movilidad de las personas, afectando especialmente a quienes provienen de contextos de pobreza, persecución o con menos acceso a la educación. Mientras que los ciudadanos del norte global pueden desplazarse con relativa facilidad, muchos estados han endurecido sus políticas migratorias mediante restricciones en los visados, la financiación de fuerzas de seguridad en países de tránsito y la obstrucción de operaciones de rescate humanitario. Estas estrategias buscan impedir la entrada de migrantes indocumentados, incluyendo refugiados, menores no acompañados y mujeres embarazadas, sometiéndolos a detención y deportación en condiciones precarias. Ante esta realidad, los estados deben avanzar hacia una migración regulada, permitiendo que más personas puedan entrar y salir de los países de manera segura y ordenada.

## ESTANCIA

Las vivencias de las personas migrantes en los países de destino varían considerablemente y están influenciadas por múltiples variables, como los motivos que impulsaron su salida, su estatus legal en el nuevo país, el proceso de integración que atraviesan tras su llegada, u otros factores interseccionales, como el género, la orientación sexual, el color de la piel, o la edad de la persona. La estancia no está exenta de dificultades, dado que existen estresores post-migratorios, como la soledad, las barreras lingüísticas, la precariedad laboral y/o la discriminación.

Uno de los factores que influyen en este proceso es el estatus legal de la persona en el país de destino. Migrar de forma regular facilita el acceso legítimo a oportunidades laborales, educativas y de protección, lo que contribuye a un proceso de llegada más seguro y una adaptación menos adversa. En cambio, quienes se encuentran en situación irregular se topan con barreras jurídicas y administrativas que limitan su acceso a derechos y servicios básicos. Esta precariedad no solo dificulta su integración, sino que también les expone a un mayor riesgo de abuso, aislamiento y discriminación.

El *síndrome de Ulises*, también denominado síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple, fue descrito por el doctor Joseba Achotegui y se refiere a un estado de sufrimiento extremo que afecta a personas migrantes expuestas a altos niveles de estrés prolongado, sin contar con los recursos necesarios para afrontarlo de manera efectiva. Según Achotegui (2009), este síndrome no se considera un trastorno mental, sino una respuesta adaptativa ante múltiples duelos migratorios, los cuales, debido a las circunstancias, no pueden ser procesados de forma adecuada. A diferencia de una pérdida definitiva, el migrante experimenta un duelo parcial, recurrente y múltiple, ya que debe lidiar con la separación de su familia, lengua, cultura, tierra natal, estatus social y grupo de pertenencia, además de enfrentarse a riesgos físicos y económicos en el país de destino. Esta sobrecarga emocional genera síntomas depresivos, ansiedad, insomnio, somatización y dificultades cognitivas, los cuales pueden confundirse con patologías psiquiátricas más graves.

Por otra parte, cabe destacar el *proceso de aculturación*, descrito por Berry (1997). En este trabajo, el autor plantea un marco conceptual para comprender cómo los individuos y grupos migrantes se adaptan a nuevas culturas. La aculturación consiste en el proceso de cambio cultural y psicológico que ocurre cuando dos culturas diferentes entran en contacto de manera continua y directa. Este proceso puede afectar tanto a los individuos como a los grupos, y las respuestas a la aculturación pueden variar dependiendo de múltiples factores. El autor identifica cuatro estrategias de adaptación:

- Asimilación: las personas abandonan su cultura de origen para adoptar la del país de acogida.
- Integración: los individuos buscan mantener su cultura original mientras participan activamente en la sociedad de acogida. Esta estrategia suele asociarse con mejores resultados de adaptación
- Separación: se rechaza la cultura del país receptor y se mantiene exclusivamente la de origen.
- Marginalización: los individuos no mantienen su cultura de origen ni adoptan la cultura dominante, lo que puede llevar a una falta de identidad clara y a problemas de adaptación

El *estrés aculturativo*, que se da cuando el proceso de adaptación es problemático, puede desencadenar ansiedad, depresión y problemas psicosomáticos (Berry, 2005).

Otro elemento a considerar es la desinformación y la proliferación de discursos de odio sobre la migración, cuyo efecto ha avivado la xenofobia y la violencia contra minorías étnicas, especialmente a través de plataformas digitales y redes sociales. En el contexto migratorio, la desinformación desempeña un papel clave

en la difusión de discursos de odio y actitudes xenófobas, alimentando la discriminación y la hostilidad hacia las personas migrantes (Culloty et al., 2021). Este hecho además contribuye a justificar y consolidar políticas restrictivas contra la migración, dificultando aún más la integración y el acceso a derechos fundamentales (Mossou & Lane, 2018). El impacto de la desinformación en la salud mental de los migrantes va más allá del ámbito social o político, afecta a su bienestar psicológico y emocional. La ansiedad, la inseguridad, la depresión y el aislamiento son algunas de las consecuencias que pueden derivarse de un entorno hostil marcado por la manipulación mediática y los discursos de odio.

## CONCLUSIONES

La migración es un proceso complejo que va más allá de los desplazamientos geográficos y las dinámicas económicas, ya que involucra factores personales, sociales y culturales que influyen directamente en la salud mental de las personas. Aunque, en muchos casos, migrar representa una oportunidad de desarrollo y una mejora en las condiciones de vida, también conlleva pérdidas, incertidumbre y la exposición a múltiples estresores. Desde los duelos migratorios hasta las barreras estructurales en los países de acogida, el bienestar psicológico de las personas migrantes se ve condicionado por factores pre-migratorios, migratorios y post-migratorios, los cuales se acumulan y pueden afectar significativamente a su salud mental.

A lo largo de todo el ciclo migratorio (desde la fase previa a la partida, el tránsito, la llegada y la estancia en el país de destino), las personas migrantes pueden sufrir altos niveles de estrés, especialmente cuando se encuentran con barreras estructurales, falta de apoyo y procesos de exclusión. En cada una de estas etapas, se acumulan factores de riesgo que afectan su salud mental, desde la incertidumbre antes del viaje, los posibles peligros y abusos durante el tránsito, hasta las dificultades de integración en la sociedad de acogida. En este contexto, fenómenos como el síndrome de Ulises, o el estrés aculturativo ayudan a comprender la sobrecarga emocional a la que están sometidas muchas de estas personas migrantes.

La migración es un fenómeno que la humanidad ha experimentado a lo largo de la historia, desarrollando mecanismos de adaptación y resiliencia. La integración de las personas migrantes no depende únicamente de factores individuales, sino también de las oportunidades y el contexto social que encuentren en su destino. Desde una perspectiva de salud mental, la continuidad y calidad de la atención pueden mejorarse mediante protocolos internacionales que faciliten un seguimiento sostenido, optimicen la comunicación entre distintos proveedores de servicios y garanticen el acceso a información clara y adaptada a sus necesidades lingüísticas y culturales. Además, la integración social puede fortalecerse mediante igualdad de acceso a oportunidades laborales, asistencia jurídica y apoyo psicosocial, facilitan-

do así una adaptación más estable y segura. En esta línea, el Plan Estratégico 2024-2028 de la OIM enfatiza la importancia de fomentar un crecimiento económico sostenible, vías de migración seguras y condiciones que permitan que la migración sea una elección y no una necesidad forzada. Avanzar hacia sociedades más equitativas e inclusivas contribuirá a que las personas migrantes puedan reconstruir sus proyectos de vida con seguridad y estabilidad, favoreciendo su integración y pleno desarrollo.

## REFERENCIAS

- ACHOTEGUI, J. (2009). Migración y salud mental. El síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (síndrome de Ulises). *Zerbitzuan*, 46(163), 163-171.
- ACHOTEGUI, J. (2012). La crisis como factor agravante del síndrome de Ulises (síndrome del duelo migratorio extremo). *Revista Temas de Psicoanálisis*, 3, 1-16.
- BAULOZ, C., McADAM, M. & TEYE, J. (2022). 10 human trafficking in migration pathways: trends, challenges and new forms of cooperation. *World Migration Report*, 2022(1), e00031.
- BERRY, J. W. (1997). Immigration, acculturation, and adaptation. *Applied Psychology*, 46(1), 5-34.
- BERRY, J. W. (2005). Acculturation: Living successfully in two cultures. *International Journal of Intercultural Relations*, 29(6), 697-712.
- BHUGRA, D. (2004). Migration and mental health. *Acta psychiatrica scandinavica*, 109(4), 243-258.
- BHUGRA, D. & BECKER, M. A. (2005). Migration, cultural bereavement and cultural identity. *World psychiatry*, 4(1), 18.
- CRÉPEAU, F. (2018). Towards a mobile and diverse world: «Facilitating mobility» as a central objective of the Global Compact on Migration. *International Journal of Refugee Law*, 30(4), 650-656.
- CULLOTY, E., SUITER, J., VIRIRI, I. & Creta, S. (2021). Desinformación sobre la migración: un problema antiguo con dimensiones tecnológicas nuevas. En: *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022* (M. McAuliffe y A. Triandafyllidou, eds.). OIM, Ginebra
- FAZEL, M., WHEELER, J. & DANESH, J. (2005). Prevalence of serious mental disorder in 7000 refugees resettled in western countries: a systematic review. *The lancet*, 365(9467), 1309-1314.
- FREEDMAN, J. (2016). Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee crisis». *Reproductive health matters*, 24(47), 18-26.
- GOIS, W. & CAMPBELL, K. (2013). Stranded migrants: a call to rethink the current labour migration paradigm. *Migration and Development*, 2(2), 157-172.
- HWANG, S. S., XI, J., CAO, Y., FENG, X. & QIAO, X. (2007). Anticipation of migration and psychological stress and the Three Gorges Dam project, China. *Social Science & Medicine*, 65(5), 1012-1024.

- LIDDELL, B. J., NICKERSON, A., FELMINGHAM, K. L., et al. (2019). Complex posttraumatic stress disorder symptom profiles in traumatized refugees. *Journal of Traumatic Stress*, 32(6), 822-832.
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2024). *Violencia, desesperanza y abandono en la ruta migratoria: El impacto médico-humanitario en una crisis sin precedentes en México y América Central*. Médicos Sin Fronteras. <https://www.msf.org.uy/wp-content/uploads/sites/4/2024/05/Informe-Violencia-desesperanza-y-abandono-en-la-ruta-migratoria.pdf>
- MCAULIFFE, M. & TRIANDAFYLIDOU, A. (2021). *World Migration Report 2022*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)
- MESA-VIEIRA, C., HAAS, A. D., BUITRAGO-GARCIA, D., ROA-DIAZ, Z. M., MINDER, B., GAMBA, M., SALVADOR, D., JR., GOMEZ, D., LEWIS, M., GONZALEZ-JARAMILLO, W. C., et al. Mental health of migrants with pre-migration exposure to armed conflict: A systematic review and meta-analysis. *Lancet Public Health* 2022, 7, e469-e481.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2023). Plan estratégico de la OIM 2024-2028. OIM. <https://www.iom.int/es/plan-estrategico-de-la-oim-2024-2028>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2024). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2024*. OIM. <https://worldmigrationreport.iom.int>
- PURIĆ, D. & VUKČEVIĆ MARKOVIĆ, M. (2019). Development and validation of the Stressful Experiences in Transit Questionnaire (SET-Q) and its Short Form (SET-SF). *European Journal of Psychotraumatology*, 10(1), 1611091.
- SILOVE, D., VENTEVOGEL, P. & REES, S. (2017). The contemporary refugee crisis: An overview of mental health challenges. *World Psychiatry*, 16(2), 130-139.
- THOITS, P. A. (1995). Stress, coping, and social support processes: Where are we? What next? *Journal of health and social behavior*, 53-79.
- VUKČEVIĆ MARKOVIĆ, M., BOBIĆ, A. & ŽIVANOVIĆ, M. (2023). The effects of traumatic experiences during transit and pushback on the mental health of refugees, asylum seekers, and migrants. *European Journal of Psychotraumatology*, 14(1), 2163064.



# VULNERABILIDAD Y CIUDADANÍA EN MOVIMIENTO. PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE MUJERES INDÍGENAS MIGRANTES EN JALISCO

MYERS GALLARDO, ALFONSO  
*CIDH Diversitas, Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

Este artículo propone un estudio cualitativo para analizar la vulnerabilidad y participación política de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco, México. Con un marco teórico que abarca teorías de género, ciudadanía y etnicidad, y considerando la «triple opresión» que enfrentan, se emplea un diseño metodológico basado en entrevistas semiestructuradas y grupos de enfoque. El estudio busca identificar barreras estructurales y culturales que limitan sus derechos políticos y ciudadanía. El análisis de contenido con NVivo permitirá descubrir patrones en sus experiencias de discriminación y participación, sirviendo de base para políticas públicas inclusivas y culturalmente relevantes. Esta investigación destaca la importancia de enfoques interseccionales y participativos en la formulación de políticas públicas.

Palabras clave: *Vulnerabilidad; ciudadanía; participación política; mujeres indígenas; análisis cualitativo.*

## ABSTRACT

This article proposes a qualitative study to examine the vulnerability and political participation of indigenous migrant women in Jalisco, Mexico. Utilizing a theoretical framework that integrates gender, citizenship, and ethnicity theories, and recognizing the «triple oppression» these women face, the study employs a methodological design based on semi-structured interviews and focus groups. The aim is to identify the structural and cul-

tural barriers that limit their political rights and full citizenship. Content analysis conducted with NVivo will reveal patterns in their experiences of discrimination and participation, providing a foundation for inclusive and culturally relevant public policies. This research underscores the significance of intersectional and participatory approaches in public policy formulation.

*Keywords: Vulnerability; citizenship; political participation; indigenous women; qualitative analysis.*

## A MODO DE INTRODUCCIÓN

**L**A VULNERABILIDAD SOCIAL de las mujeres indígenas migrantes en México, y en particular en el estado de Jalisco, es un fenómeno complejo que combina factores de género, etnicidad y exclusión socioeconómica (Mendoza & Muñoz, 2022)<sup>1</sup>. Estas mujeres enfrentan una «triple opresión» que limita su participación plena en la vida política y social (Myers Gallardo, 2022). Por ello, este artículo propone un marco inicial para un estudio cualitativo centrado en comprender las barreras estructurales y culturales que obstaculizan el ejercicio de sus derechos políticos y su integración ciudadana. A través de entrevistas semiestructuradas y grupos de enfoque, y con el apoyo de herramientas de análisis de contenido cualitativo como NVivo, esta investigación busca ser el primer paso para identificar patrones de discriminación, exclusión y posibles oportunidades de empoderamiento político a favor de mujeres indígenas migrantes.

En las siguientes secciones, se presentará un marco teórico fundamentado en teorías de género, ciudadanía y etnicidad, que permite analizar las experiencias de estas mujeres desde una perspectiva interseccional (Crenshaw, 2013). Además, se describirá un enfoque metodológico que permite capturar las voces y experiencias de las mujeres indígenas, proporcionando una base empírica para el diseño de políticas públicas inclusivas y culturalmente pertinentes. Este estudio aspira a contribuir a la literatura sobre vulnerabilidad y ciudadanía en contextos multiculturales, subrayando la importancia de enfoques que reconozcan y valoren la diversidad cultural y la necesidad de participación activa en el diseño de políticas.

<sup>1</sup> El presente artículo se inscribe en el marco del Proyecto Estatal «Ciudadanía de mujeres indígenas y migrantes en Jalisco» financiado por el Instituto Electoral y Participación Ciudadana de Jalisco (IEPC) y el Centro de Investigaciones Electorales Irene Robledo, como resultado de la Convocatoria de Fomento a la Investigación Electoral del Proceso Electoral 2023-2024 en Jalisco (Acceda aquí). Conozca más sobre el proyecto AQUÍ.

## MARCO TEÓRICO

El marco teórico de esta investigación es fundamental para comprender la complejidad de la participación política de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco, así como las barreras y oportunidades que enfrentan diariamente. Al integrar teorías de género, etnicidad, derechos colectivos y gestión política, se proporciona un contexto rico y multifacético que permite analizar desde una perspectiva interseccional las condiciones que afectan a estas mujeres (Guzmán Ordaz y Jiménez, 2015). Este marco teórico es crucial para cualquier estudio que busque abordar las interacciones entre la política, la cultura y las estructuras de poder, ya que ofrece una base sólida para identificar los factores estructurales y culturales que impactan la vida de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad.

La participación política de las mujeres indígenas en Jalisco debe ser comprendida en el contexto de una compleja intersección de género, etnicidad y migración, que da lugar a lo que se ha denominado una «triple opresión» (Aparicio, 2019; Muñoz, 2022; Myers Gallardo, 2022). Esta condición refleja las múltiples caras de desigualdad que estas mujeres enfrentan debido a su identidad como mujeres, su pertenencia a grupos indígenas y su posición socioeconómica, que frecuentemente está marcada por la pobreza y la marginalización. Para abordar esta realidad, las contribuciones de la teórica feminista de Nancy Fraser (2000, 2014) resultan esenciales, ya que proponen una justicia multidimensional e interseccional que abarca la redistribución, el reconocimiento y la representación. Fraser argumenta que las políticas públicas deben abordar estas múltiples formas de injusticia para ser inclusivas de manera efectiva.

Este enfoque de justicia es particularmente relevante para las mujeres indígenas en Jalisco, quienes enfrentan opresiones entrelazadas de género, raza y clase (Mendoza et al., 2020). En este contexto, las observaciones de Muñoz y Mendoza (2022) sobre la marginación y exclusión que viven estas mujeres refuerzan la necesidad de analizar las múltiples barreras que enfrentan desde la perspectiva de la *triple opresión* descrita por Aparicio (2019). Integrar estas teorías permite una comprensión más profunda de las limitaciones estructurales y las oportunidades de empoderamiento que podrían surgir de una política pública informada y sensible a estas complejidades.

Así, el feminismo postcolonial amplía este análisis al proporcionar una panóptica más crítica y profunda para examinar cómo las *legacies coloniales* continúan influyendo en las experiencias de las mujeres indígenas en contextos contemporáneos (Anzaldúa, 1999). Talpade Mohanty (1988, 1991) y Spivak (2023) hacen una crítica a las narrativas occidentales que suelen representar a las mujeres del tercer mundo como víctimas pasivas, despojándolas de agencia, es decir, se les narra como mujeres del tercer mundo que no tienen capacidad de actuar de manera

independiente o de tomar decisiones por sí mismas, que no tienen control sobre su situación ni capacidad de resistir o influir en las circunstancias que las afectan, eliminando su rol como agentes activos de cambio. En cambio, promueven un enfoque que las reconoce como sujetos activos, capaces de resistir y renegociar las estructuras de poder que buscan oprimirlas (Talpade Mohanty, 1988). Esta perspectiva es esencial para entender las estrategias que las mujeres indígenas en Jalisco desarrollan para participar en la vida política mientras enfrentan un entorno que combina el legado colonial con nuevas formas de exclusión.

Complementando esta perspectiva, la teoría de la interseccionalidad, reintroducida por Kimberlé Crenshaw (2013), permite analizar cómo las opresiones interconectadas de raza, género y clase afectan específicamente a las mujeres de color. En el caso de las mujeres indígenas en Jalisco, la interseccionalidad proporciona un marco crítico para entender cómo estas opresiones se refuerzan mutuamente, particularmente en contextos urbanos y migratorios. La aplicación de un enfoque interseccional revela las complejidades de sus experiencias y subraya la necesidad de políticas que aborden estos problemas de manera integral.

La obra de López Bárcenas (2005, 2013, 2016) es también crucial en este marco, ya que profundiza en los derechos colectivos de los pueblos indígenas y en los desafíos de su implementación. Aunque reconocidos formalmente en la legislación, estos derechos enfrentan barreras como la falta de voluntad política y mecanismos efectivos de cumplimiento, lo cual limita la participación política efectiva de las mujeres indígenas. En paralelo, los estudios de Monterrubio (2014) y Wright & Tomaselli (2019) sobre la consulta previa resaltan la importancia de garantizar que las comunidades indígenas sean consultadas en las decisiones que afectan sus vidas. Sin embargo, a nuestro parecer, la ausencia de mecanismos claros y efectivos perpetúa su exclusión.

La literatura sobre políticas públicas en contextos multiétnicos, como la de Young (2000), destaca la urgencia de diseñar políticas que reconozcan y respeten las identidades culturales de los pueblos indígenas, actuando como herramientas para abordar las desigualdades estructurales. En este sentido, Zornoza (2011) subraya la importancia de mecanismos de gestión pública ciudadana que no solo promuevan la inclusión formal, sino también una participación sustantiva y empoderadora. De esta forma, en el contexto específico de Jalisco, estudios de autores como Severin Durin (2014), Aguirre y Wright (2016), y Mendoza et al. (2021) y proporcionan un marco para analizar cómo las particularidades culturales y políticas influyen en la participación de las mujeres indígenas. Estos estudios evidencian tanto los desafíos como las oportunidades que surgen en un entorno de descentralización política y localismo. Comprender estas dinámicas es vital para el diseño de políticas públicas que empoderen a las mujeres y reconozcan sus aportes únicos a la sociedad.

Finalmente, y no menos importante, es la normativa en materia indígena y migratoria, la cual juega un papel crucial. Aunque las leyes y tratados nacionales e internacionales establecen protecciones claras, la aplicación de estas normativas suele ser deficiente debido a la falta de voluntad política y sensibilización. En varios estudios sobre el Pacto Mundial de Migraciones y la normativa indígena (Picado Valverde y Myers Gallardo, 2022; Myers Gallardo y Centeno, 2022 & 2023; Mendoza y Myers Gallardo, 2023) hemos destacado cómo la desconexión entre la legislación y la realidad de las mujeres indígenas *perpetúa la exclusión y las hace más vulnerables*. Para que estas normas sean efectivas, es crucial que las mujeres indígenas participen activamente en el diseño e implementación de políticas, garantizando que sus voces y necesidades sean escuchadas y atendidas.

En suma, este marco teórico, al integrar elementos de género, etnicidad, derechos colectivos y análisis interseccional, permite una comprensión holística de las condiciones que afectan a las mujeres indígenas en Jalisco y ofrece un punto de partida para estudios que busquen impulsar cambios significativos en la política pública, fomentando la creación de entornos más inclusivos y equitativos para las comunidades vulnerables. Esta perspectiva no solo destaca las complejidades de las estructuras de poder que perpetúan la exclusión, sino que también subraya la importancia de políticas bien fundamentadas que respondan a las necesidades reales y contribuyan a un cambio sostenible.

## MARCO METODOLÓGICO

Este estudio, orientado a explorar la participación política de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco, se fundamenta en un enfoque metodológico cualitativo que permite una comprensión profunda de las complejidades y particularidades que marcan sus experiencias (Flick, 2015). La metodología está estrechamente vinculada con los elementos teóricos previamente expuestos, ya que busca analizar cómo las dimensiones de género, etnicidad y migración influyen en su acceso a los derechos políticos y su participación en la esfera pública. La metodología cualitativa, con un enfoque en el análisis de contenido, es esencial para captar la riqueza de las percepciones y vivencias de estas mujeres, permitiendo así un análisis interseccional y culturalmente sensible (Alonso et al., 2012). El enfoque cualitativo adoptado busca dar voz a las mujeres indígenas migrantes, capturando sus testimonios y experiencias de manera profunda y detallada. Como se subrayó en el marco teórico, la triple opresión que estas mujeres enfrentan requiere un abordaje más allá de los datos cuantitativos; es fundamental explorar sus historias y perspectivas de forma integral (Myers Gallardo & Centeno, 2022). Esta investigación se fundamenta en un análisis de contenido cualitativo, apoyado por el software *NVivo*, que facilita la organización y categorización de la información con rigor, permitiendo

la identificación y análisis de patrones emergentes en sus relatos<sup>2</sup>. En cuanto a la selección de participantes se realizará mediante un muestreo intencional de *efecto bola de nieve*, buscando incluir a mujeres indígenas migrantes de distintas comunidades de Jalisco para representar una diversidad de experiencias. Este muestreo permite seleccionar de manera deliberada a aquellas mujeres cuyas historias y contextos contribuyan a enriquecer el entendimiento de los factores que limitan o potencian su participación política (Noy, 2008). Tal selección es fundamental para reflejar las distintas trayectorias migratorias y niveles de integración política, lo cual se relaciona con los conceptos de exclusión y empoderamiento discutidos por Fraser (2000, 2014) y Crenshaw (2013).

Los instrumentos de recolección de datos comprenden entrevistas semiestructuradas y grupos de enfoque. Las entrevistas semiestructuradas se justifican por su flexibilidad y su capacidad para profundizar en las experiencias individuales de las participantes, creando un espacio donde las mujeres pueden compartir sus historias sin restricciones rígidas. Para ello, se aplicará la metodología descrita en la obra *Métodos y técnicas de investigación en contextos de alta vulnerabilidad político-social*, específicamente el capítulo *Entrevista semiestructurada: apuntes para América Latina* (Mendoza & Myers Gallardo, 2024:51-76). Este tipo de entrevista es esencial para explorar los matices de la discriminación, la participación política y la ciudadanía en los contextos de vulnerabilidad en que se encuentran estas mujeres. Por su parte, los grupos de enfoque permiten observar la interacción entre las participantes, revelando tanto consensos como tensiones que enriquecen el análisis, pues aunque se pierde en el control de las respuestas ofrecidas, se gana en su variedad y amplitud (Cyr, 2024).

Un punto vital es la recolección de datos. Para garantizar su éxito, es esencial que se realice en entornos seguros y cómodos para las participantes, siguiendo un protocolo ético que respete su privacidad y consentimiento informado (Hesse-Biber, 2017). Dado que las entrevistas y los grupos de enfoque generan datos émicos (Cyr, 2024; Sánchez, Tapia y Méndez, 2024), es fundamental establecer un contacto previo con informantes clave y organizaciones relevantes. Este paso inicial permite construir confianza y rapport, explicar el propósito de la investigación, y obtener un consentimiento informado claro. Además, facilita la aclaración de dudas, la planificación de las entrevistas y la adaptación de las guías de preguntas, asegurando expectativas claras para todas las partes involucradas (Myers Gallardo y Mendoza, 2024). Este enfoque no solo anticipa posibles obstáculos en la recolec-

<sup>2</sup> La diversidad de programas cualitativos ha generado un extenso debate sobre sus virtudes y limitaciones. En este artículo no profundizaremos en dicho debate; para una justificación más detallada del uso de NVivo, *vid.*: Alonso, Gómez y Volkens (2012), Wright e Hinojosa (2014) y; Muñoz y Myers Gallardo (2021).

ción de datos, sino que también fortalece la sensibilidad cultural y la centralidad de las voces de las comunidades, como destacan Spivak (2023) y Zornoza (2011). Las entrevistas y grupos de enfoque serán grabados con autorización previa y transcritos para un análisis posterior, garantizando que las experiencias y perspectivas de las participantes se registren de manera íntegra y respetuosa<sup>3</sup>.

El análisis de datos seguirá un enfoque de contenido cualitativo, apoyado por NVivo para codificar y categorizar los temas y patrones emergentes. Este análisis busca identificar patrones relacionados con experiencias de discriminación, exclusión y estrategias de resistencia que enfrentan las mujeres indígenas migrantes en su contexto de vulnerabilidad. Se espera reconocer tanto las narrativas de opresión sistémica, como los mecanismos de empoderamiento y resiliencia que estas mujeres desarrollan para participar en la vida política y defender sus derechos. Además, se pretende identificar patrones de interacciones comunitarias y el papel de las redes de apoyo que influyen en su capacidad de participación política y ciudadana, lo cual permitirá una comprensión más integral de las barreras y oportunidades dentro de su entorno. Esta metodología permite desentrañar cómo las experiencias individuales reflejan las estructuras de opresión y resistencia señaladas en los estudios de Fraser (2014) y Crenshaw (2013). Así, al analizar los datos recolectados de los informantes, entrevistas y grupos de enfoque, se revelan esas estructuras de opresión, como las dinámicas de género y etnicidad, así como las formas de resistencia y resiliencia que estas mujeres adoptan.

Tal y como se apuntó, la fase de análisis con NVivo se convierte en una herramienta clave para sistematizar y profundizar en estas narrativas, conectándolas con las teorías de opresión y justicia interseccional presentadas en el marco teórico. Este software proporciona una plataforma sólida para gestionar grandes volúmenes de datos cualitativos, permitiendo un análisis riguroso que trasciende lo superficial y responde de manera efectiva a las variables operacionales establecidas en la matriz de congruencia.

En suma, el uso de una metodología cualitativa está plenamente justificado por la necesidad de comprender a profundidad las realidades de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco. Este enfoque no solo capta las voces individuales, sino que permite explorar las complejidades culturales e interseccionales que influyen en sus derechos y participación política, tal como se argumentó en el marco teórico. Los instrumentos seleccionados, como las entrevistas semiestructuradas y los grupos de enfoque, garantizan la recolección de datos detallados y contextuales que enriquecen la comprensión del fenómeno estudiado. Estos métodos permiten captar no solo las perspectivas individuales, sino también las interacciones y dinámicas gru-

<sup>3</sup> Para acceder al diseño final de la entrevista del proyecto haga clic [AQUÍ](#).

pales que reflejan las realidades compartidas y las diferencias en sus experiencias. La integración de estos instrumentos asegura que la investigación esté alineada con los objetivos del estudio y las variables operacionales definidas, permitiendo un análisis exhaustivo que capture la diversidad de las voces y las experiencias de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco.

Todo ello, en su conjunto, fortalece la validez del estudio y contribuye a formular propuestas de políticas públicas que sean culturalmente pertinentes y efectivas para promover su inclusión y participación política. Esta metodología representa un punto de inicio estratégico para el diseño exitoso de políticas públicas, ya que se basa en un piso teórico bien edificado, documentado y serio, y avanza hacia un proceso epistemológico (Della Porta y Keating, 2013) que construye un marco metodológico sólido. Este marco guía un trabajo de campo congruente y conduce a un análisis final que se traduce en una política pública capaz de cumplir con los requisitos esenciales para garantizar una operacionalización e instrumentalización exitosa. En términos generales, este enfoque proporciona los cimientos necesarios para desarrollar una investigación en ciencias sociales de manera rigurosa y reflexiva, abordando los aspectos esenciales para comprender y explicar los fenómenos sociales que se investigan.

## DISCUSIÓN DE LA RELEVANCIA Y APLICACIÓN PRÁCTICA

Este estudio es particularmente relevante en un contexto donde la vulnerabilidad y exclusión de las mujeres indígenas migrantes continúan siendo un desafío significativo en Jalisco (Muñoz y Mendoza, 2022). La investigación cualitativa propuesta permite abordar las complejas intersecciones de género, etnicidad y migración, aportando un enfoque que trasciende los análisis superficiales y numéricos para centrarse en las experiencias únicas y las voces de las propias mujeres (Myers Gallardo, 2022). Esta metodología, que combina entrevistas semiestructuradas y grupos de enfoque, facilita una comprensión profunda de las barreras y las estrategias de resiliencia que adoptan estas mujeres en su participación política y ciudadana (Cyr, 2024; Mendoza y Myers Gallardo, 2024).

La aplicación práctica de los hallazgos de este estudio es vital para el diseño e implementación de políticas públicas más inclusivas y culturalmente pertinentes. Identificar patrones de discriminación, exclusión y resistencia proporciona una base empírica para formular iniciativas que respondan a las necesidades reales de las comunidades indígenas, promoviendo la participación activa y equitativa en la vida política (Mendoza, 2023). Además, la utilización de NVivo para el análisis de contenido asegura un tratamiento sistemático y riguroso de los datos cualitativos, lo que refuerza la credibilidad y validez de las conclusiones (Alonso et al., 2012).

Si bien, este es un primer paso, se aspira a que la contribución del estudio no se limite al ámbito académico, sino que se extienda al campo de la formulación de políticas y la intervención social. Al identificar tanto las barreras estructurales como las oportunidades de empoderamiento, se crea un punto de partida para intervenciones que busquen reducir la desigualdad y fortalecer la ciudadanía de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco. Este enfoque interseccional y participativo también podría aplicarse en otros contextos similares dentro de México y América Latina, promoviendo una agenda de derechos humanos y equidad de género que considere las particularidades culturales y sociales de cada región.

## LIMITACIONES DEL ESTUDIO Y CONSIDERACIONES ÉTICAS

A pesar de la robustez metodológica planteada, el estudio presenta ciertas limitaciones inherentes a la investigación cualitativa (Durin, 2014, Flick, 2015). La muestra, al ser intencional y basada en el método de *bola de nieve*, podría no representar la totalidad de la diversidad de experiencias de las mujeres indígenas migrantes en Jalisco. Esto implica que los hallazgos, aunque ricos en detalles y profundidad, deben ser interpretados con cautela al generalizar las conclusiones a una población más amplia. Además, la investigación depende en gran medida de la disposición de las participantes para compartir sus experiencias, lo que podría influir en la amplitud y variabilidad de los datos (Mendoza y Myers Gallardo, 2024).

Desde una perspectiva ética, es fundamental garantizar la seguridad, privacidad y consentimiento informado de todas las participantes. Esto requiere una preparación meticulosa, donde se establezca un protocolo que incluya el respeto a las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, así como la inclusión de un proceso de revisión ética previo al trabajo de campo etnográfico (Durin, 2014). La colaboración con organizaciones locales es crucial para crear un ambiente de confianza y reciprocidad que facilite la participación voluntaria y comprometida de las mujeres. Además, el análisis de contenido debe manejarse con sensibilidad, reconociendo las implicaciones de poder al interpretar y representar las voces de comunidades históricamente marginalizadas.

## CONCLUSIONES

Este artículo presenta una propuesta de estudio que busca llenar un vacío en la literatura sobre participación política de mujeres indígenas migrantes en Jalisco desde una perspectiva interseccional y culturalmente sensible. El marco teórico integrado, que combina teorías de género, etnicidad, y derechos colectivos, junto con un enfoque metodológico cualitativo detallado, sienta las bases para un análisis que aspira a desentrañar las barreras y las oportunidades de estas mujeres en su ejercicio

de la ciudadanía a favor de su empoderamiento. El uso de entrevistas semiestructuradas y grupos de enfoque permite capturar la diversidad de experiencias y fomentar un entendimiento más profundo de las realidades que enfrentan las mujeres indígenas migrantes. El uso de NVivo en el análisis de contenido fortalece la rigurosidad del estudio, asegurando que las narrativas recolectadas se sistematicen de manera efectiva y sean vinculadas con el marco teórico. Esta investigación no solo contribuye al conocimiento académico, sino que también proporciona una guía para diseñar políticas públicas más inclusivas, que respondan de manera efectiva a las necesidades de las mujeres indígenas migrantes y promuevan su participación activa y equitativa en la esfera política y social.

Históricamente, las mujeres, especialmente aquellas que son indígenas y migrantes, han sido olvidadas y marginadas en la formulación de políticas públicas, lo que las posiciona como uno de los grupos más vulnerables y desatendidos en las sociedades contemporáneas occidentales. Lo que busca este proyecto es justamente todo lo contrario: darle voz a estas mujeres y garantizar que sus experiencias y necesidades sean la base para la creación de políticas públicas inclusivas y efectivas. En última instancia, lo verdaderamente axial de este trabajo es que su diseño no solo atiende a conceptos teóricos y metodológicos esenciales, sino que promueve un enfoque basado en sus realidades vividas. Es decir, se construye desde sus experiencias, fomentando una reciprocidad auténtica y rechazando la unilateralidad que ha caracterizado históricamente los planes y acciones de los políticos e instituciones. Esta metodología busca asegurar que las políticas no solo se desarrollen con un sólido respaldo teórico y metodológico, sino que estén enraizadas en la participación activa y genuina de las propias mujeres que enfrentan estas circunstancias.

## REFERENCIAS

- ALONSO, S., VOLKENS, A. y GÓMEZ, B. (2012). Análisis de contenido de textos políticos: un enfoque cuantitativo. Madrid: CIS.
- ANZALDÚA, G. E. (1999). *La frontera: The new mestiza*. Aunt Lute.
- APARICIO, R. (2019). Factores asociados a la violencia de género contra mujeres indígenas en México: un análisis desde el enfoque interseccional. En *Sociedades y Desigualdades*, vol. 1, núm. 8, pp. 76-91.
- CRENSHAW, K. (2013). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. In *The public nature of private violence*. Routledge, pp. 93-118.
- CYR, J. (2024). Hablando con la gente: los grupos focales como manera de generar conocimiento. En ARÉVALO, A. & DOMÍNGUEZ, C. (Eds.). *Métodos y técnicas de Investigación en contextos de alta vulnerabilidad político-social* V. II. Buenos Aires, CLACSO, pp. 77-92.

- DELLA PORTA, D. y KEATING, M. (2013). Enfoques y metodologías de las Ciencias Sociales. Una perspectiva pluralista. Madrid: Akal.
- DURIN, S. (2014). Etnización y estratificación étnica del servicio doméstico en el área metropolitana de Monterrey. En Durin, de la O y Bastos (Eds.) *Trabajadoras en la sombra*. CIESAS, ITESM, México, p. 399-428.
- FLICK, U. (2015). El diseño de Investigación Cualitativa. Madrid: Morata.
- FRASER, N. (2000). Rethinking recognition. *New left review*, 3, 107.
- FRASER, N. (2008). *Escalas de justicia*. Ed. Herder.
- FRASER, N. (2014). *Justice interruptus: Critical reflections on the «postsocialist» condition*. Routledge.
- GUZMÁN ORDAZ, R. y JIMÉNEZ, M. (2015). La interseccionalidad como instrumento analítico de interpelación en la violencia de género, en Oñati Socio-legal Series, vol. 5, núm. 2, pp. 596-612.
- HESSE-BIBER, S. (2022). Mixed methods research designs in qualitatively driven research. *The SAGE Handbook of Qualitative Research Design*, 618-635.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2005). *Autonomía y derechos indígenas en México*. V. 10. UNAM.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2013). El derecho de los pueblos indígenas de México a la consulta. *Una tabla en el ancho mar de abusos estatales*. INAH México.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F. (2016). Los movimientos indígenas en México: rostros y caminos. El Cotidiano 200, 60-75.
- MENDOZA, J. (2023). ¿Somos iguales? Participación político-electoral indígena en Nuevo León. NODOS, IEPC Nuevo León.
- MENDOZA, J. y MYERS GALLARDO, A. (2024). Entrevista semiestructurada. Apuntes para América Latina. En ARÉVALO, Amaral & DOMÍNGUEZ AVILA, Carlos (Eds.). *Métodos y técnicas de Investigación en contextos de alta vulnerabilidad político-social* Volumen II. Buenos Aires, CLACSO, pp. 51-76.
- MENDOZA, J. y AGUIRRE, V. (2021). Libre determinación y representación política indígena en Monterrey, Mundos Plurales, 8(2), 105-133.
- MENDOZA, J., MARTÍNEZ, Z. y RODRÍGUEZ, R. (2020). La construcción de ciudadanía en mujeres indígenas migrantes de Monterrey y Guadalajara. Encuentros. Rev. de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico, (12), 55-74.
- MENDOZA, J. y MUÑOZ, L. (2022). Mujeres indígenas en contextos migratorios: El caso de la zona metropolitana de Guadalajara. En: AGUIRRE, V. et al. (Eds.), *De la Teoría a la Práctica. El papel de las mujeres indígenas en Zonas Metropolitanas en México*. Ciudad de México: ITACA, pp. 111-144.
- MONTEERRUBIO, A. (2014). Consulta y consentimiento previo, libre e informado como parte del derecho al desarrollo de pueblos indígenas. CESOP, 84, 5-14.
- MUÑOZ, L. (2022). Factores de exclusión en los procesos migratorios internos de las mujeres indígenas en las zonas metropolitanas de Guadalajara y CDMX. TFM, Máster en Servicios Públicos y Políticas Sociales, Universidad de Salamanca.
- MUÑOZ, L. y MYERS GALLARDO, A. (2021). Ley migratoria mexicana. Propuesta de análisis desde una mirada de género. En E. PICADO (Dir.). *Migraciones y derechos humanos*. Ed. Universidad de Salamanca. pp. 227-239.

- MYERS GALLARDO, A. & MENDOZA, J. (2023). Participación política de las mujeres indígenas migrantes en México visto desde el PMM. En: ANDRÉS LLAMAS, M. et al. (Dir). *Procesos migratorios y desafíos en el marco del Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular*. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, España, pp. 55-68.
- MYERS GALLARDO, A. y CENTENO, H. (2023). Indígenas que migran: una propuesta desde una perspectiva de género. En: ANDRÉS LLAMAS, M. et al. (Dir). *Procesos migratorios y desafíos en el marco del Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular*. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, España, pp. 29-41.
- MYERS GALLARDO, A. (2022). Ley de Migración Mexicana y las mujeres indígenas. Análisis cualitativos desde una perspectiva de género, in: AGUIRRE, V. & MENDOZA, J. (eds.). *De la Teoría a la Práctica. El papel de las mujeres indígenas en Zonas Metropolitanas en México*. CDMX, ITACA, pp. 65-110.
- MYERS GALLARDO, A. y Centeno, H. (2022). Análisis cualitativo del contenido del Pacto mundial desde una perspectiva de género. En A. MYERS GALLARDO y E. PICADO-VALVERDE (Coords.). *(In)cumplimento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones. Cuestiones preliminares desde una perspectiva de género*. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 57-84.
- NOY, C. (2008). Sampling knowledge: The hermeneutics of snowball sampling in qualitative research. *International Journal of social research methodology*, 11(4), 327-344.
- PICADO-VALVERDE, E. y MYERS GALLARDO, A. (2022). *Introducción. (In)cumplimento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones. Cuestiones preliminares desde una perspectiva de género*. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 15-21.
- SÁNCHEZ J., TAPIA, E. y MÉNDEZ, J. (2024). El estudio de caso como método de investigación cualitativa. En Arévalo, A.& Domínguez Avila, C. (Eds.). *Métodos y técnicas de Investigación en contextos de alta vulnerabilidad político-social* Volumen II. Buenos Aires, CLACSO, pp. 215-232.
- SPIVAK, G. C. (2023). Can the subaltern speak?. In *Imperialism* (pp. 171-219). Routledge.
- TALPADE MOHANTY, C. (1988). Under Western eyes: Feminist scholarship and colonial discourses. *Feminist review*, 30(1), 61-88.
- TALPADE MOHANTY, C. y TORRES, L. (Eds.) (1991). *Third world women and the politics of feminism* (Vol. 632). Indiana University Press.
- WRIGHT, C. y A. HINOJOSA (2014). «NVIVO 10», en K. Sáenz y G. Tamez (coords.), *Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas*. Tirant, México, pp. 460-475.
- WRIGHT, C. y TOMASELLI, A. (2019). The prior consultation of indigenous peoples in Latin America. *Abingdon: Routledge*.
- YOUNG, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra.
- ZORNOZA BONILLA, J. (2011). Mecanismos de gestión pública ciudadana en una democracia multiétnica y pluricultural. *Estudio de caso*. Forum (2):127-153.

# PROBLEMÁTICA Y RETOS EN EL ACCESO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

SARRIÓN ANDALUZ, ANA

*Abogada de Protección Internacional.*

*Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca (ICASAL)*

## RESUMEN

La inmigración es una realidad que nos interpela, encontrándose actualmente en el centro de la opinión pública y política. En este marco se hace necesario reflexionar sobre las dificultades que encuentran las personas que pretenden solicitar protección internacional en España. Dentro de esas dificultades, destaca la imposibilidad que existe en algunas provincias de obtener lo que se conoce como «cita de asilo», es decir, de presentar la solicitud de protección internacional. El objetivo de esta contribución es destacar dicha dificultad, poniendo de relieve que la obstaculización de este paso supone una vulneración de DDHH que, además, pone en riesgo el cumplimiento del artículo 13.4 de nuestro texto Constitucional, que garantiza el derecho de asilo, así como el resto de textos legislativos, que lo desarrollan.

Palabras clave: *Derechos Humanos, inmigrantes, protección internacional.*

## ABSTRACT

Immigration is a reality that challenges us, and is currently at the centre of opinion and politics. In this context, it is necessary to reflect on the difficulties encountered by people seeking international protection in Spain. One of these difficulties is the impossibility in some provinces of obtaining what is known as an 'asylum appointment', i.e., of submitting an application for international protection. The aim of this contribution is to highlight this difficulty, highlighting the fact that hindering this step represents a violation of Human Rights which, in addition, jeopardises compliance with Article 13.4 of our Constitutional

text, which guarantees the right to asylum, as well as the rest of the legislative texts that develop it.

Keywords: *Human Rights, immigrants, international protection.*

## LA DIFICULTAD DE SOLICITAR ASILO EN ESPAÑA

ESTA CONTRIBUCIÓN pretende abordar una de las problemáticas más importantes a la que nos enfrentamos diariamente en nuestra práctica profesional como abogados de Protección Internacional.

Es precisamente dicha base empírica en la que me baso para afirmar que, desde mi punto de vista, la problemática más grave con la que lidiamos es la imposibilidad, para las personas migrantes, de acceder a las llamadas «citas de asilo».

Dicha imposibilidad impide directamente que las personas puedan solicitar asilo. Es obvio que, si no pueden acceder siquiera al procedimiento, jamás podrán disfrutar de los derechos que nuestra legislación ofrece a las personas solicitantes de Protección Internacional o asilo.

Pero esta problemática no es ajena a las autoridades. De hecho, cabe destacar que el propio Consejo General de la Abogacía Española, por medio de su Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional, ha denunciado ante el Gobierno Español que el derecho de muchas personas a solicitar asilo está siendo vulnerado, debido a la imposibilidad de formalizar dicha solicitud.

Pero, cuando hablamos de la problemática de las «citas de asilo», ¿a qué nos referimos? ¿En qué consiste este sistema de cita previa y qué debemos tener en cuenta?

Lo primero que hay que señalar es que, cuando hablamos del «sistema de cita previa», nos referimos a un sistema de cita online que ofrece la Administración a través de su sede electrónica para poder formular o solicitar el asilo. Digamos que es el primer paso; y que, sin este, en muchas provincias del Estado Español, es imposible solicitar asilo.

Así, debemos tener en cuenta que este sistema es la única alternativa que se ofrece en muchas provincias de España para solicitar asilo, incluida Salamanca<sup>1</sup>.

El problema es que este sistema de citas previas, en numerosas ciudades, está colapsado, siendo prácticamente imposible conseguir dicha cita, con el agravante de que ni siquiera se ofrece una opción alternativa.

<sup>1</sup> Menciono la ciudad de Salamanca por ser el lugar en el que desarrollo mi actividad profesional.

En el caso de Salamanca, son captadas por *bots*, que las dirigen directamente al mercado negro para venderlas. La Administración es conocedora de esta situación, pero no propone otras soluciones o alternativas.

Una vez expuesto el problema, debemos centrarnos en las consecuencias del mismo; es decir, en lo que supone para las personas migrantes este colapso del sistema de citas previas.

## VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS MÁS BÁSICOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

La principal consecuencia del colapso del sistema de citas previas es que impide que quienes desean iniciar el proceso de protección Internacional puedan hacerlo, privándolos *de facto* de derechos fundamentales. La imposibilidad de obtener una cita y, así, formalizar la presentación de la solicitud coloca a los solicitantes de asilo en una situación de limbo legal que, en la práctica, anula sus derechos más básicos para residir en nuestro país (Abogacía Española, 2024). Ello vulnera los derechos más básicos de las personas migrantes. Me referiré a ello a continuación.

## PERSONAS AFECTADAS

¿A quiénes se les está privando del derecho a solicitar asilo? Y, por ello, ¿a qué derechos no pueden acceder?

Antes debemos señalar que es la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, la que se ocupa de desarrollar el derecho de asilo, consagrado en nuestra Constitución a través del apartado cuarto del artículo 13.

Pues bien, el artículo 16 de la Ley de asilo responde a la primera de las cuestiones: las personas a las que se les está privando del derecho a solicitar asilo son aquellas que tienen derecho a pedirlo; esto es, las «personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en el territorio español». Actualmente, dichas personas se ven privadas de la posibilidad de solicitar asilo en muchas de las provincias del territorio español.

## ¿A QUÉ DERECHOS NO PUEDEN ACCEDER?

Para responder a esta cuestión tendremos que tomar en consideración el catálogo de derechos que la propia *Ley de asilo* ofrece a aquellas personas que lo solicitan.

Así, el artículo 16.2. señala que los solicitantes tienen derecho tanto a asistencia sanitaria y jurídica gratuitas, como a intérprete, y que dichos derechos se deberán extender desde la formalización de la solicitud hasta el final de la tramitación del procedimiento.

Por otro lado, el artículo 18 de la misma ley dispone una serie de derechos que se otorgan a la persona solicitante de asilo, una vez haya presentado la solicitud. Es decir, que, si no existe la posibilidad de presentar la misma *de facto*, estaremos privando a la persona extranjera de derechos tan importantes como:

- El derecho a ser documentado como solicitante de protección internacional.
- La asistencia jurídica gratuita.
- El derecho a intérprete.
- El derecho a la comunicación de su solicitud al ACNUR.
- El derecho a no ser expulsado del territorio español.
- El derecho a conocer el estado de su expediente.
- El derecho a la atención sanitaria.
- Y el derecho a recibir prestaciones específicas en los términos en los que se reconocen en esta ley.

Cabe hacer aquí especial mención al sistema de acogida.

## EL SISTEMA DE ACOGIDA

A mi juicio, este punto, el sistema de acogida, es imprescindible para comprender la magnitud del problema. Pues podríamos decir que el sistema de acogida es la herramienta prevista por el estado Español para que las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional, sin recursos económicos, puedan vivir en condiciones de dignidad en el territorio español.

Dicho sistema se regula mediante el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, que, en su artículo 2, define el sistema de acogida de protección internacional como:

un conjunto de recursos, actuaciones y servicios que se proporcionan a través del correspondiente itinerario a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 3 con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad.

Es decir, al sistema de acogida acceden aquellas personas que carecen de medios económicos.

Además, el artículo tercero de dicho Real Decreto señala que, para acceder al mismo, las personas deben presentar una solicitud de protección internacional, ser beneficiarias de protección internacional en España, ser solicitantes o beneficiarios del estatuto de apátrida o de protección temporal, siempre que carezcan de recursos económicos suficientes y cumplan los requisitos de acceso y permanencia en el sistema de acogida establecidos en el reglamento.

Es decir, que para poder acceder al sistema de acogida debemos ser solicitantes o beneficiarios de protección internacional, gozar del estatuto de apátrida o protección temporal y carecer de recursos económicos suficientes.

Por tanto, si no podemos obtener la condición de solicitante de protección internacional, no podemos acceder al sistema de acogida. Así, si cumplimos el resto de las condiciones de acceso, como es la falta de recursos, estaremos condenando a las personas más pobres y, por tanto, más vulnerables, a una merma de su dignidad.

A continuación, pondré de relieve, como tercer punto de esta contribución, que la imposibilidad de acceder a la solicitud de asilo atenta contra el principio de buena Administración.

#### LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA SOLICITUD DE ASILO, COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

En efecto, otro de los aspectos sobre los que considero importante reflexionar se refiere a la vulneración del principio de buena Administración que, a mi juicio, provoca la imposibilidad material de solicitar asilo.

Cabe recordar que el principio de buena Administración no es un derecho abstracto, sino que se recoge en numerosos textos legislativos, como el artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* o en la *Constitución Española*, a través de su artículo 103. Según este artículo, «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Además, la *Ley 40/2015, de Régimen jurídico del Sector público*, en su artículo 3, establece los principios generales y hace referencia al deber de las Administraciones públicas de ofrecer un servicio efectivo a los ciudadanos. Servicio que, en el supuesto que nos ocupa, desde luego, no es suficientemente prestado.

Por otro lado, la *Ley 39/2015*, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su Título II, regula en su capítulo primero las normas generales de actuación de las Administraciones públicas, reconociendo, en su artículo 13.e, el derecho de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas «a ser tratados con respeto y deferencia por las auto-

ridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones».

Por tanto, es coherente defender que la imposibilidad material de manifestar la voluntad de solicitar protección internacional ante la Administración, por la actual imposición de la cita previa online, como única manera de formular el asilo, vulnera el derecho de las personas a ser tratadas de acuerdo con el principio de buena Administración.

## LA RELACIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y SU PROTECCIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este aspecto, otro punto a considerar es la innegable conexión existente entre el derecho de asilo y los derechos fundamentales, pese a no estar el primero reconocido, como tal, en nuestra Constitución, ni, por tanto, estar ubicado en el Título primero, capítulo II, sección 1ª, del texto Constitucional (ubicación sistemática, que —recordemos— ocupan los derechos fundamentales en dicho texto).

Si bien en un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona no pueden examinarse cuestiones de legalidad ordinaria, sí debemos tomar en consideración que el derecho de asilo (13.4.), pese a no estar regulado en la Constitución como un derecho fundamental, sí está directamente relacionado y conectado con los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico; concretamente, con algunos de los derechos fundamentales de nuestra Constitución más importantes, como son: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa, de culto, el derecho a la seguridad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

Basta dedicarse un tiempo a la protección internacional, para afirmar que los derechos fundamentales son, al final, los que dotan de contenido al desarrollo del derecho de asilo (a través de la ley 12/2009).

Así, la protección del derecho a la vida y a la integridad física y moral constituyen el eje central de la protección internacional en nuestro país (art 15 CE). En este sentido, resulta interesante traer a colación los artículos 3 y 4 de la *ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, los cuales establecen los supuestos o las causas tasadas por las que España reconoce la condición de refugiado o la protección subsidiaria.

El artículo 3 señala que:

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones po-

líticas, pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.

En cuanto a la protección subsidiaria, su artículo 4 establece que dicha protección es la dispensada a las personas de otros países y a los apátridas que, si bien no reúnen los requisitos para obtener el asilo, sí existen motivos fundados para creer que, si regresasen a su país de origen, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta ley.

Según señala la propia ley 12/2009 de asilo, los actos en los que se basan los «fundados temores», deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales (art. 6).

Cabe destacar, además, que el apartado segundo del artículo 6 expone algunas de las manifestaciones que pueden adoptar los actos de persecución. Estos son: actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria.

Es, por tanto, innegable la relación del derecho de asilo del 13.4 CE y su desarrollo con el artículo 15 CE y el resto de los derechos fundamentales que garantiza nuestro ordenamiento jurídico.

## IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR ASILO Y SU RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN EUROPEA

En el estudio de los distintos retos y problemáticas de la protección internacional no podemos dejar de hacer mención al importante papel que tiene la legislación internacional y europea.

Respecto a la legislación internacional, cabe señalar brevemente textos legislativos tan importantes como la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada en Ginebra, Suiza, el 18 de julio de 1951; el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

En cuanto a legislación europea y atendiendo a la problemática que nos ocupa, debemos destacar especialmente dos directivas: Una directiva de procedimiento: la *Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*; y la directiva de acogida: *Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional*.

Cabría añadir algunas otras normativas<sup>2</sup>; pero, en lo que concierne a la problemática expuesta en esta contribución, esto es, la imposibilidad material de solicitar asilo, nos interesa especialmente citar un artículo de las mencionadas directivas. En concreto, el artículo 6 de la directiva de procedimiento, que versa sobre el acceso al procedimiento. Este artículo establece los Estados están obligados a registrar las solicitudes de protección internacional en el plazo de tres días hábiles desde que se formula la solicitud; o en el plazo de seis días hábiles a la formulación de la solicitud, cuando se haga ante autoridades no competentes para registrarlas conforme a su derecho nacional:

Cuando una persona formule una solicitud de protección internacional a una autoridad competente para el registro de estas solicitudes con arreglo al Derecho nacional, el registro se realizará en el plazo máximo de los tres días hábiles siguientes a que se formule la solicitud.

En caso de que la solicitud de protección internacional se formule ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas conforme a su Derecho nacional, los Estados miembros velarán por que el registro se realice en el plazo máximo de los seis días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud.

Los Estados miembros velarán por que estas autoridades, que es probable reciban solicitudes de protección internacional, tales como policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de centros de internamiento, dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria del nivel acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional. (*Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, art. 6)

Si bien a la luz de este artículo la obligación de los Estados respecto al registro de las solicitudes de protección internacional es innegable, también lo es que existe cierto debate sobre el reconocimiento del efecto directo o no de las directivas comunitarias.

<sup>2</sup> *Reglamento de Dublín II: Reglamento (UE) N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida; Reglamento (UE) N° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares; el Acuerdo Europeo N° 31, sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959; Instrumento de ratificación de España de 2 de junio de 1982, del Acuerdo Europeo N° 31, sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.*

Sin entrar en un debate exhaustivo, sí conviene señalar que el efecto directo del Derecho europeo ha sido ya reconocido en reiterada jurisprudencia del TJUE. El propio Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que las directivas son actos dirigidos a los Estados de la Unión y que se les debe reconocer efecto directo, siempre que sus disposiciones sean *incondicionales y suficientemente claras y precisas, y cuando el estado miembro no haya transpuesto la directiva antes del plazo correspondiente*, siendo este, a mi juicio, el caso que nos ocupa.

Por tanto, el cumplimiento de las citadas directivas europeas es una obligación para España, constituyendo una vía muy recomendable para poder solucionar la problemática que nos ocupa.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, expresaré de forma esquemática las siguientes conclusiones.

- 1ª. El derecho de muchas personas a solicitar asilo en España es vulnerado diariamente por la imposibilidad de obtener una cita previa para formular el asilo.
- 2ª. Se trata de un problema o cuestión de legalidad que, desde luego, atenta al principio de la buena Administración, recogido en nuestro ordenamiento jurídico.
- 3ª. La falta de medios para solicitar derecho de asilo está directamente relacionada con la vulneración de DDFF.
- 4ª. Esta problemática afecta con mayor dureza a las personas con menos recursos económicos, dado que no pueden acceder al sistema de acogida, siendo este la herramienta ofrecida por el Estado para cubrir las necesidades materiales básicas de las personas solicitantes de protección internacional en nuestro país.
- 5ª. Por todo lo dicho, se plantea la necesidad de establecer medios alternativos que favorezcan el ejercicio efectivo del derecho de asilo o protección internacional.

## REFERENCIAS

- ABOGACÍA ESPAÑOLA. CONSEJO GENERAL (2024). <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-abogacia-denuncia-la-vulneracion-del-derecho-de-asilo-ante-la-imposibilidad-de-obtener-una-cita-por-internet/>
- ACUERDO EUROPEO N° 31, sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de ratificación de España de 2 de junio de 1983 <https://www.refworld.org/es/leg/instcons/ue/1959/es/131338>

- CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (CE). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Adoptada en Ginebra el 18 de julio de 1951. [https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion\\_1951.pdf](https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf)
- DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81289>
- DIRECTIVA 2013/33/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81290>
- INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE ESPAÑA DE 2 DE JUNIO DE 1982, del Acuerdo Europeo N° 31, sobre exención de visados para los refugiados, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. <https://www.boe.es/boe/dias/1982/07/22/pdfs/A19759-19760.pdf>
- LEY 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>
- LEY 40/2015, de Régimen jurídico del Sector público. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>
- LEY 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>
- PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>
- REAL DECRETO 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/03/29/220/con>
- REGLAMENTO (UE) N° 603/2013 del Parlamento Europeo y del consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/consilium/2013/es/132675>
- REGLAMENTO (UE) N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida <https://www.boe.es/doue/2013/180/L00031-00059.pdf>

# EL ACUERDO DE SAMOA Y LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

OTERO GONZÁLEZ, ISABEL

*Universidad Complutense de Madrid, Universidad Oberta de Catalunya*

## RESUMEN

El Acuerdo de Samoa es el marco normativo que establece las relaciones políticas, económicas y de cooperación entre la UE y los 79 países que conforman la OEACP (Organización de Estados de África, Caribe y Pacífico). Su estudio evidencia cómo la categorización de procesos migratorios y personas migrantes tiene efectos en el desigual reconocimiento y garantía de sus derechos.

Palabras clave: *Derechos humanos; migración; movilidad; retorno; readmisión.*

## ABSTRACT

The Samoa Agreement is the regulatory framework that establishes political, economic, and cooperative relations between the EU and the 79 countries that make up the OEACP (African, Caribbean and Pacific Group of States). Its study highlights how the categorization of migration processes and migrant individuals affects the unequal recognition and guarantee of their rights.

Keywords: *Human rights; migration; mobility; return; readmission.*

## EL ACUERDO DE SAMOA

EL ACUERDO DE SAMOA, aprobado en 2024 tras varios años de negociaciones, es el marco normativo que establece las relaciones políticas, económicas y de cooperación entre la UE y los 79 países que conforman la OEACP (48 países de África, 16 países del Caribe y 15 países del Pacífico)<sup>1</sup>.

Con el objetivo de investigar este Acuerdo vamos a utilizar dos coordenadas de análisis. Por un lado, un análisis estructural e histórico nos permite señalar las transformaciones temporales y las estructuras de poder que operan en la redacción de estos acuerdos. Por otro lado, realizaré un análisis a nivel de contenido, centrándome en cómo se abordan las migraciones en dicho acuerdo.

## PARTES Y MARCO DEL ACUERDO DE SAMOA

Como ya hemos señalado, el Acuerdo de Samoa es un marco normativo que regula en materia económica, política y de cooperación, y que es elaborado y aprobado por dos Partes. La Parte europea está conformada por representantes de la Unión Europea y representantes de los Estados Miembros de la Unión Europea (se ve representado un doble interés europeo). La Parte OEACP (Organización de Estados de África, Caribe y Pacífico) está conformada por representantes de los Estados que conforman esta organización. El formato de este Acuerdo, tal como están estructuradas las Partes, evidencia un desequilibrio de intereses y juega en detrimento de las organizaciones internacionales que existen en cada región<sup>2</sup>.

El proceso de creación de la OEACP evidencia su carácter forzado (Otero 2024:8–14). Tanto en las negociaciones de las Convenciones de Yaounde de 1963 y 1969 como en las largas negociaciones de la Convención de Lomé de 1975, los representantes de los estados africanos y miembros de la OUA (Organización de la Unión Africana, antecedente de la UA) no consiguieron que se reflejaran sus demandas (Mariñas 1975:54–61, Hansen y Jonsson 2017).

Desde el Tratado de Roma, las Convenciones de Yaounde, las Convenciones de Lomé, el Acuerdo de Cotonú hasta llegar al Acuerdo de Samoa, la regulación de las relaciones ha ido tomando formas diversas. Se da un proceso histórico de mo-

<sup>1</sup> Los países africanos que no forman parte de la OEACP son Marruecos, Sáhara, Argelia, Túnez, Libia, Egipto y Sudán del Sur.

<sup>2</sup> En cada una de las tres regiones existen –y existían antes de la creación de la OEACP– agrupaciones internacionales regionales. Nos referimos a la Unión Africana (UA), Comunidad del Caribe (CARICOM) y Comunidad del Pacífico. Además, en el caso africano, la UA está ganando peso y ha hecho una apuesta por implementar una estrategia regional (Agenda 2063)

dificación del marco lógico que sostiene estos acuerdos. El objetivo que presenta el actual Acuerdo de Samoa es *establecer una asociación política reforzada a fin de generar resultados mutuamente beneficiosos sobre intereses comunes e interseccionales*<sup>3</sup>. En otros términos, podemos decir que el Acuerdo de Samoa pretende reforzar la capacidad de la UE y de los países ACP para afrontar juntos retos mundiales.

Si hacemos un recorrido histórico a través de los acuerdos antes citados podemos decir, de una forma bastante generalista, que ha habido un tránsito desde una imposición comercial colonial a una cooperación entre iguales jurídicos, llegando al actual Acuerdo de Samoa que plantea una asociación política reforzada cuyos objetivos sean beneficiosos a nivel global. Estos giros son fundamentales ya que el reconocimiento de igualdad no sólo tiene lugar a nivel jurídico, lo que ya sucedía en Cotonú, sino que se reconoce igualdad en la agencia de los actores y en la responsabilidad global de las Partes. Pese a este reconocimiento mutuo, es necesario tener en cuenta y no obviar que en estos acuerdos operan relaciones de poder a nivel geopolítico que responden a intereses y estereotipos (Anuoluwapo 2019: 12828), la búsqueda de un establecimiento de una hoja de ruta europea como hoja de ruta global y el mantenimiento de una estructura de asociación desfasada. A grosso modo podemos decir que se ha pasado de una imposición normativa a la fijación de unas reglas de juego a nivel global (Figura 1).

FIGURA 1. *Recorrido histórico de los acuerdos.*

|                      | TRATADO DE ROMA.<br>1957                       | CONVENCIONES DE<br>YAUNDE 1963 Y<br>1969                           | CONVENCIONES DE<br>LOMÉ 1975 -1995                                                           | ACUERDO DE<br>COTONÚ. 2000                                                                      | ACUERDO DE<br>SAMOA. 2024                                                                     |
|----------------------|------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>JUSTIFICACIÓN</b> | Extender principios de libre mercado.          | Mantenimiento de relaciones comerciales de la CEE con ex-colonias. | Establecer un nuevo orden económico mundial.<br><br>Erradicar la pobreza de los Estados ACP. | Integrar a países OEACP en la economía mundial.<br><br>Erradicar la pobreza.                    | Reforzar la capacidad de la UE y de los países OEACP para afrontar juntos los retos globales. |
| <b>RELACIÓN</b>      | IMPOSICIÓN colonial de relaciones comerciales. | Repertorio de poder neocolonial.<br><br>Acuerdos entre Estados.    | Acuerdo de carácter comercial entre agrupaciones de Estados.                                 | Acuerdo amplio entre agrupaciones de Estados ACP-UEyEM. (doble interés europeo) CONDICIONALIDAD | Continuidad de Acuerdo amplio entre agrupaciones de Estados ACP-UEyEM. CONDICIONALIDAD        |

*Nota:* Elaboración propia. 2024.

<sup>3</sup> Art 8, tít 1 de las Prioridades Estratégicas del Acuerdo de Samoa.

En el Acuerdo de Samoa se produce un cambio fundamental a nivel de estructura. A diferencia de los acuerdos anteriores, donde había una normativa general para todas las partes que integran la OEACP, en este último se ha mantenido la parte general (Prioridades Estratégicas) pero también se ha creado un Protocolo Regional para cada una de las zonas (África, Caribe y Pacífico) en los cuales se desarrollan de forma específica las prioridades estratégicas de la Parte general (Figura 2). Este desarrollo de Protocolos Regionales específicos nos permite evidenciar una doble tendencia. Al mismo tiempo que los actuales cambios a nivel de geopolítica mundial están haciendo que la Parte europea se vea en la tesitura de reconocer la singularidad de cada una de las regiones ACP; a su vez, cada una de las partes ACP está logrando mayor reconocimiento y capacidad para poner sobre la mesa la necesidad de considerar su especificidad territorial.

Ahora que disponemos de este marco histórico, podemos acercarnos al entramado categórico presente en el Acuerdo de Samoa y su abordaje de los DDHH.

FIGURA 2. *Formato del Acuerdo de Samoa 2024.*



*Nota:* Elaboración propia. 2024.

## LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ACUERDO DE SAMOA

El primer título de las Prioridades Estratégicas del Acuerdo de Samoa se titula *Derechos humanos, Democracia y Gobernanza en sociedades centradas en las personas y basadas en los derechos*. Este título ya nos guía sobre la perspectiva que plantea el

acuerdo: el respeto de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de derecho orientarán las políticas internas e internacionales de las Partes.

Se presenta un interés en la construcción de sociedades centradas en las personas, democráticas, basadas en derechos y libertades, en el estado de derecho y en una buena gobernanza, ya que estos elementos serán los que garantizarán el desarrollo de las sociedades; entendiendo además el desarrollo como un desarrollo sostenible, cuyo sentido trasciende el ámbito puramente económico. Este desarrollo se logrará a través de *políticas centradas en las personas y basadas en los derechos, que abarquen todos los derechos humanos y garanticen la igualdad de acceso a las oportunidades para todos los miembros de la sociedad, orientadas hacia un desarrollo sostenible centrado en el ser humano*<sup>4</sup>.

Además de desarrollo sostenible, en el artículo 9 se habla de *derecho al desarrollo, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades*.

El Acuerdo de Samoa ofrece una perspectiva más social y menos individualista del desarrollo y en su artículo 27 afirma que se prestará *especial atención a las mujeres y las niñas, los jóvenes, los niños y las personas más vulnerables y desfavorecidas, en consonancia con los principios de no dejar a nadie atrás y de llegar primero a los más rezagados*.

Otro aspecto llamativo en Samoa es la transversalidad, cuyos ítems se ven ampliados con respecto al Acuerdo de Cotonú del año 2000. Los derechos humanos, como hemos ido viendo, se presentan como un aspecto que debe ser abordado necesariamente de forma transversal.

De forma general, podemos decir que hay una apuesta por reconocer, respetar y garantizar los derechos humanos y aunque quedan reflejados de forma explícita ciertos colectivos (mujeres, infancia, jóvenes...) es muy llamativa la ausencia total del colectivo LGTBIQ+ en todo el acuerdo. La consecuencia de ello es que los derechos humanos de las personas que integran este colectivo no aparecen recogidos ni reconocidos ni asegurados, quedando entonces a merced de la voluntad de las Partes y sus países miembros.

Al mismo tiempo que la ausencia del reconocimiento de los derechos de las personas LGTBIQ+ facilita –y supone en sí misma– una vulneración de sus derechos, la extensa y farragosa normativa generada en materia de migraciones y personas migrantes directamente institucionaliza la vulneración de derechos sobre este grupo.

<sup>4</sup> Art 8, tít 1 de las Prioridades Estratégicas del Acuerdo de Samoa.

## LA CATEGORIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES Y LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ACUERDO DE SAMOA. REPERCUSIONES EN EL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS

Para empezar, hay que señalar que no hay definiciones universalmente acordadas de los conceptos de migración y migrante, lo cual a nivel normativo permite hacer deslizamientos conceptuales. Así, la OIM (Organización Internacional de las Migraciones) entiende la movilidad humana como un término genérico que abarca todas las diferentes formas de movimiento de personas. Otras fuentes<sup>5</sup> definen la movilidad como la movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su *derecho a la libre circulación*<sup>6</sup>. Entendida así, la migración sería una forma de movilidad, en tanto que conlleva el traslado de un lugar a otro, con traslado de residencia.

El deslizamiento conceptual que se puede apreciar en Acuerdo de Samoa es que en éste el concepto movilidad se refiere exclusivamente a los movimientos de personas con carácter temporal, intra o intercontinental, que no implican un cambio en la residencia. En lugar de tratarse como el aspecto más amplio dentro del cual se engloban distintas formas de traslado o movimiento de personas, movilidad y migración en Samoa se presentan contrapuestas. El riesgo es pasar a recoger el derecho a la libre circulación como exclusivo de los sistemas de movilidad, entendiendo ésta de forma restringida, es decir, movimiento donde no hay traslado de residencia. En el Acuerdo de Samoa, movilidad aparece como un movimiento migratorio regular/legal/legítimo que no supone un cambio de residencia, mientras que la migración que sí supone un cambio residencial<sup>7</sup>, puede ser regular o irregular.

Según la OIM, migrante es un término genérico que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual. Sin embargo, también se reconoce que una persona puede ser definida como migrante según el contexto, porque no es necesario haber realizado un proceso migratorio para ser considerado migrante; por ejemplo, en algunas situaciones, se consideran migran-

<sup>5</sup> CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado) <https://diccionario.cear-euskadi.org/movilidad-humana/>

<sup>6</sup> Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

<sup>7</sup> No podemos obviar que la facilidad o dificultad para realizar un desplazamiento influirá en que este movimiento suponga o no un cambio residencial. Spijkerboer, Thomas (2018:452-469) habla de la facilidad o dificultad para acceder a la *infraestructura de movilidad global*, que define como el conjunto de las estructuras físicas, los servicios y las leyes que permiten a algunas personas desplazarse fácilmente por todo el mundo.

tes (de manera informal pero también en materia legal) a personas que nunca han migrado, como los hijos de padres nacidos en el extranjero.

En el Acuerdo de Samoa se recoge el reconocimiento y el compromiso *de garantizar el respeto de la dignidad de todos los refugiados y migrantes y la protección de sus derechos humanos*<sup>8</sup>.

Un aspecto fundamental que se desarrolla en el Acuerdo –y sobre el que podemos predecir que será un tema clave en el futuro próximo– es el interés por cooperar para mejorar y modernizar los sistemas de registro civil, expedir documentos de viaje biométricos, hacer uso de datos y tecnologías de la información y facilitar vías de intercambio).

Además de contraponer migración y movilidad, en el Acuerdo aparecen dos formas de migración contrapuestas: la *migración legal* y la *migración irregular*, ambas categorías dan lugar a dos perfiles de migrantes: legales e irregulares.

En el Acuerdo se reconoce que los movimientos migratorios motivados por causas naturales y conflictos bélicos son movimientos regulares/legítimos, y se asignan dos categorías específicas para estas personas: desplazadas (dentro de las fronteras nacionales) y refugiadas (han cruzado fronteras nacionales).

A estas personas desplazadas y refugiadas se refiere el título 5 del Acuerdo, *Protección y asilo*, en el que las Partes afirman su compromiso de reforzar su protección y dignidad de conformidad con el Derecho internacional y el Derecho internacional en materia de DDHH, incluido el principio de no devolución, no pudiendo ser, por tanto, retornadas.

El movimiento migratorio de las personas refugiadas se reconoce como legítimo y en tanto que tal, se les reconocen unos derechos, aunque en la práctica el reconocimiento del estatuto de persona refugiada se esté convirtiendo más en una traba administrativa que una facilitación para garantizar sus derechos.

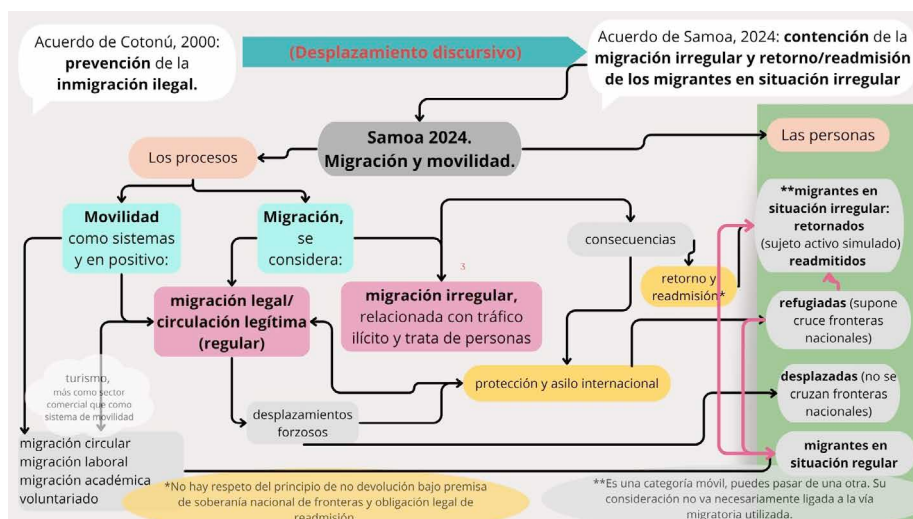
Las personas desplazadas, refugiadas y solicitantes de asilo, se encuentran a caballo entre la migración legal y la irregular, porque pueden formar parte de cualquiera de las dos en términos de derechos, a conveniencia de la voluntad de los Estados, como se ha demostrado en Europa con la crisis de los refugiados sirios y la acogida de los *refugiados* ucranianos (Informe África 2024, McAuliffe 2022).

En derecho internacional ya se distingue entre migrantes (económicos) y personas refugiadas (migrantes forzados) como dos categorías jurídicas fijas a las que se les reconoce un diferente grado de vulnerabilidad, reflejándose en la jurisprudencia supranacional a la hora de *modular los estándares de protección* (Spina, 2021)

<sup>8</sup> Art 62 Tít 6 Prioridades Estratégicas del Acuerdo de Samoa, 2024.

En Samoa se generan unas categorías migratorias jerarquizadas, lo que supone un reconocimiento de derechos diferenciado a unas personas u otras (Stolcke, 1994, Spijkerboer, 2018; Spina, 2021; Arce, 2023).

FIGURA 3. *Análisis de las categorías relativas a la migración en el Acuerdo de Samoa.*



Nota: Elaboración propia. 2024.

En cuanto a la migración irregular, el objetivo que se persigue en Samoa es la contención. De ella se señalan tanto los efectos negativos que tiene en los países de origen, tránsito y destino, como el riesgo que supone para las personas migrantes. Bajo tal motivo se afirma la voluntad de las Partes por respetar el Derecho Internacional y los Derechos Humanos. Además, parece otorgarse un cierto carácter pasivo a las personas migrantes que realizan una migración irregular, ya que se las asocia exclusivamente con ser víctimas de trata o de tráfico de migrantes, todo lo cual, por otra parte, deja asociada la migración irregular a un asunto de delincuencia transfronteriza. Para contener estos flujos y la delincuencia asociada, las Partes se comprometen a realizar una gestión integrada de las fronteras, mediante control fronterizo e intercambio de información e inteligencia, y cooperación policial y judicial. Como señala Arce (2023), al vincular las migraciones irregulares con fenómenos delictivos se justifica aplicar las mismas herramientas para su gestión.

En cuanto a la migración irregular se establecen tres categorías de procesos y de personas:

- el *retorno* se justifica bajo el *derecho de los Estados* a devolver a los migrantes en situación irregular. *Retornados*.
- la *readmisión* de los migrantes se justifica a través de la *obligación legal* de cada Estado de readmitir a sus propios nacionales que se encuentren en situación irregular en un Estado de la otra Parte. *Readmitidos*.
- la *reintegración* de los retornados/readmitidos, con programas de reintegración sostenible. *Reintegrados*.

Como vemos esta categorización se justifica sobre derechos y obligaciones de los Estados, pero no se consideran los derechos de las personas migrantes.

Además, se desarrollan varios artículos sobre cómo deben ejecutarse estos tres procesos, incluyendo la posibilidad de establecer disposiciones en materia de retorno y readmisión de personas que no sean nacionales de las partes. En el Protocolo Africano (artículo 78) se recoge una situación de excepcionalidad en materia de retorno y readmisión: en el caso de que un país que haya sido requerido a readmitir a un nacional no responda en el plazo establecido, entonces el país requirente podrá tomar *medidas proporcionadas* a partir de los treinta días siguientes a la notificación. Como vemos el Acuerdo de Samoa blindo el sistema de devoluciones y establece procesos, excepciones y plazos máximos.

Podemos concluir que la política migratoria presentada en el Acuerdo de Samoa consiste en una promoción y facilitación de la movilidad, en una contención de la migración irregular a través de la gestión integrada del control fronterizo en países de origen y tránsito (cooperando militar, policial y judicialmente, así como en el uso de datos y tecnologías de la información) y, por último, en una política de devolución/expulsión/aceptación, bajo el eufemismo retorno/readmisión. Una dificultad añadida deriva del hecho de que el retorno no se dirige en exclusiva a las personas que han realizado un proceso migratorio irregular sino a las personas migrantes en situación irregular.

Europa ha hecho de su «problema fronterizo» una política africana. Por un lado, la externalización de fronteras restringe la movilidad entre los países africanos, garantizada en tratados como el ECOWAS. Y por otro, este mayor control fronterizo en África es parte del origen de serios problemas, como el aumento grupos armados, golpes de estado o la utilización de rutas migratorias más peligrosas<sup>9</sup>... Los planteamientos en materia migratoria de Samoa abren una grieta para la violación sistemática de derechos humanos en el propio continente africano.

<sup>9</sup> Boffey, Daniel (24/2/019) *African Union seeks to kill EU plan to process migrants in Africa*. Periódico The Guardian.

## REFERENCIAS

- ARCE JIMÉNEZ, Carlos (2023). *Las nuevas tecnologías en las políticas migratorias y de control de fronteras españolas y europeas. Un reto para la vigencia de los derechos fundamentales*. Revista Estudios de Deusto, Vol. 71/2, julio-diciembre, pp. 15-49. Universidad de Deusto. <http://www.revista-estudios.deusto.es/> <https://doi.org/10.18543/ed.2926>
- ANUOLUWAPO ABOSEDE, Durokifa (2019). *Navigating beyond the cross roads: a gendered approach in actualizing Agenda 2063*. Gender & Behaviour, 17(2) P12818-12832 Ife Centre for Psychological Studies/Services, Nigeria.
- HANSEN, Peo y JONSSON, Stefan (2017). *Eurafrica Incognita: The Colonial Origins of the European Union. History of the Present: A Journal of Critical History*, Vol. 7, No. 1, Spring. DOI: 10.5406/historypresent.7.1.0001.
- INFORME ÁFRICA 2024: El Pacto migratorio y de asilo europeo. Fundación Alternativas.
- MARIÑAS OTERO, Luis (1975). *El Acuerdo de Lomé*. Revista de Política Internacional, nº 139. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-politica-internacional/numero-139-mayojunio-1975-0>
- MCAULIFFE M. y TRIANDAFYLIDOU A. (eds. 2022). *Migración y migrantes: Panorama mundial*. En: Informe sobre las Migraciones en el Mundo. OIM, Ginebra.
- OTERO, Isabel. *Migración y personas migrantes en el Acuerdo de Samoa y la lógica del racismo*. [https://www.academia.edu/123381721/MIGRACION\\_Y\\_PERSONAS\\_MIGRANTES\\_EN\\_EL\\_ACUERDO\\_DE\\_SAMOA\\_Y\\_LA\\_LOGICA\\_DEL\\_RACISMO?source=swp\\_share](https://www.academia.edu/123381721/MIGRACION_Y_PERSONAS_MIGRANTES_EN_EL_ACUERDO_DE_SAMOA_Y_LA_LOGICA_DEL_RACISMO?source=swp_share)
- SPIJKERBOER, Thomas (2018). *La infraestructura de movilidad global: Reconceptualización de la externalización del control migratorio*. Revista Europea de Migración y Derecho, 20, pp. 452-469.
- SPINA, Encarnación La (2021). *La protección jurídica de la vulnerabilidad migratoria en Europa como exponente del «fetichismo categórico»*. Universidad de Deusto. Confluências. Revista interdisciplinar de sociología y derecho.
- STOLCKE, Verena (1994) *Europa: nuevas fronteras, nuevas retóricas de exclusión*. Del libro *Extranjeros en el paraíso*. Virus Editorial.
- ACUERDOS DE SAMOA, Lomé, Yaounde, Cotonú: <https://www.consilium.europa.eu/es/> y <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/180/africa>

# APLICACIÓN DE ADECUADOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES INTERNACIONALES

OLVERA QUIROZ, ANGEL FRANCISCO  
*Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*

## RESUMEN

El presente texto nos permite explorar las crueles violaciones a los Derechos Humanos de los migrantes internacionales quiénes se ven obligados a migrar en razón de pobreza extrema, violencia generalizada y desplazamiento por redes Delincuenciales. Las violaciones a los derechos humanos de migrantes son una conducta repetitiva cometida por autoridades de los países de tránsito y de destino, generando una constante en la violación de los Derechos Humanos de los migrantes internacionales. Esto se dilucida en violaciones a su dignidad personal, tratos crueles e inhumanos, desapariciones forzadas y, en algunos casos, la muerte. A pesar de ello, los Organismos Públicos Internacionales encargados de proteger a estos grupos vulnerables no producen el efecto esperado, por lo que será objeto de estudio en el presente tema la aplicación de los estándares adecuados de carácter internacional que garanticen una protección a la dignidad humana de la persona migrante y su proyecto de vida.

Palabras clave: *migrantes; protocolos; dignidad; vida; humanidad.*

## ABSTRACT

This text allows us to explore the cruel violations of the Human Rights of international migrants who are forced to migrate due to extreme poverty, generalized violence and displacement by criminal networks. Violations of the human rights of migrants are a repetitive

behavior committed by authorities of the transit and destination countries, generating a constant violation of the Human Rights of international migrants. This is elucidated in violations of their personal dignity, cruel and inhuman treatment, forced disappearances and, in some cases, death. Despite this, the International Public Organizations in charge of protecting these vulnerable groups do not produce the expected effect, so the application of appropriate international standards that guarantee protection of human dignity will be the object of study in this topic. of the migrant person and their life project.

Keywords: *migrants; protocols; dignity; life; humanity.*

## MIGRACIÓN INTERNACIONAL

### ¿QUÉ ES LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL?

CON FUNDAMENTO EN EL PÁRRAFO III del preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional de las Migraciones: la migración internacional, comprende a las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo político.

La migración internacional es el cambio de residencia de una persona, a un país de Destino distinto a donde se pretende tener una mejor calidad, mejores oportunidades laborales, educativas, económicas, de seguridad, etc. que de las que ya contaba en el país de procedencia.

Ahora bien, cabe mencionar que los Factores que propician la migración internacional son:

- Políticos
- Delictivos
- Medioambientales
- Demográficos
- Económicos
- Sociales
- Personales

A pesar de lo anterior, y de ser siete factores primordiales que propician la migración, el suscrito cree firmemente que existen tres factores extremadamente relevantes, los cuales originan una migración internacional incontrolable por su manifestación en las sociedades, por lo cual el primero será:

La Pobreza extrema: Factor económico, decisivo para la migración internacional a países de destino con mayor índice de crecimiento económico, con el fin de

proporcionar a sus familias una mejor calidad de vida en cuanto indicios económicos se refiere.

**Violencia generalizada:** Factor decisivo por un incremento en el índice delictual, revoluciones y guerras, por lo cual la vida de las personas y sus posesiones en sus países de origen se encuentran en riesgo, por lo que resulta un peligro para sus vidas permanecer en este.

**Delincuencia Organizada:** Asociaciones delictuosas, las cuales ejercen control sobre la distribución y venta de drogas, cobro de pisos, extorsiones y secuestros, etc., creando una perspectiva de inseguridad y falta de control social por el estado.

En lo que respecta al Tránsito al País de Destino es un riesgo latente que corren los migrantes al intentar llegar, pues no obstante a los anteriores problemas a los que se hizo alusión, los migrantes se enfrentan a un calvario, cuando proceden a viajar del país de origen al país de destino, por lo cual resulta indispensable la aplicación de adecuados, estándares internacionales, por los países de tránsito y de destino, los cuales garanticen la protección a los derechos humanos y su dignidad como personas.

Las Violaciones a los derechos humanos de los migrantes en los países de tránsito son aberrantes, pues los migrantes, de manera reiterada sufren violaciones a sus derechos humanos cuando intentan llegar al país de destino, primeramente, por aquellas personas que pertenecen a grupos delictivos, los cuales usan a los migrantes como esclavos, para que carguen mochilas con aproximadamente de 50 kg de droga para traficarlas al país de destino. Un claro ejemplo es México a Estados Unidos.

Así mismo algunos sufren Trata de personas, los migrantes son captados y coactivamente, mediante amenazas y violencia son explotados sexualmente, obligados a realizar prostitución, este delito generalmente es cometido en agravio de niñas, niños y adolescentes, así como mujeres.

En lo que respecta a la crueldad de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes, se recrudecen en la comisión de delitos en su contra, por nombrar algunos; las desapariciones forzadas y homicidios, a manos de la delincuencia organizada.

Adecuados, estándares internacionales para la protección de los migrantes internacionales.

Por lo anterior es imprescindible manifestar que los dos estándares más adecuados para la protección de migrantes resultan ser: la Organización Internacional de las Migraciones y el Pacto Mundial para la Migración, segura Ordenada y regular

Organización Internacional de las Migraciones, La OIM es un programa de la ONU enfocado al apoyo, protección y orientación de los migrantes internacio-

nales brindándoles seguridad, integridad física, bienestar y dignidad, con estricto apego y respeto a sus derechos humanos. Principal organismo intergubernamental de la migración.

La OIM tiene un Plan Estratégico 2024-2028, el cual procura cumplir con la promesa de una migración ordenada, segura y regular, al tiempo que brinda apoyo a las personas más vulnerables del mundo. Sin embargo, plantea tres objetivos específicos, Salvar vidas y proteger a las personas en movimiento, Impulsar soluciones a los desplazamientos, Facilitar vías de migración regular, Lo anterior visibiliza a este gran programa internacional, como uno de los más adecuados para la protección de migrantes.

#### PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN, SEGURA ORDENADA Y REGULAR

Es el primer acuerdo de las Naciones Unidas negociado a nivel intergubernamental que abre un enfoque común para el cual permite gestionar la migración internacional, de tal forma que los gobiernos que suscribieron dicho pacto, respeten los acuerdos planteados en este y garanticen el respeto a los derechos humanos, la dignidad humana y el proyecto de vida de los migrantes internacionales, pues como estado-nación, cada país desde su trinchera procurara mediante sus cuerpos policiales, de procuración de justicia y de impartición de justicia el más estricto apego y respeto a los derechos humanos de los migrantes.

# TREN MAYA: ¿QUÉ PASA CON LAS FAMILIAS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DESPLAZADAS?

CANTÓN, ADRIANA  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

Con la inauguración del proyecto ferroviario del ex Presidente Mexicano, Andrés Manuel López Obrador, el Tren Maya, se han creado diversas reacciones. Si bien, un segmento de la población lo ha empleado como una herramienta para conectar al país, el presente texto pretende responder a la pregunta: ¿qué pasa con las familias y comunidades indígenas desplazadas? Partiendo de que un alto número de familias originarias habitaban esas tierras. Sin embargo, bajo el discurso del Gobierno en búsqueda de modernización, comunidades enteras han perdido sus hogares y sus derechos humanos han sido vulnerados, así como su derecho a la tierra. Para cumplir el objetivo de esta investigación, se hará una revisión bibliográfica acerca del proyecto del Tren Maya, reacciones de miembros indígenas, así como una discusión acerca de sus derechos para responder si están siendo vulnerados y en qué forma.

Palabras clave: *Tren Maya; México; Vulnerabilidad; Indígenas; Derechos Humanos.*

## ABSTRACT

With the inauguration of the railway project of the former Mexican President, Andrés Manuel López Obrador, the Mayan Train, various reactions have been created. Although a segment of the population has used it as a tool to connect the country, this text aims to answer the question: what happens to displaced families and indigenous communities?, parting from the fact that a high number of original families inhabited those lands. However, under the Government's discourse in search of modernization, entire communities have lost their homes, and their human rights have been violated, as well as their right to land.

A bibliographic review will be carried out about the Mayan Train project, the reactions of Indigenous members, and a discussion about their rights to respond if they are vulnerable, and in what way.

Keywords: *Mayan Train; Mexico; Vulnerability; Indigenous; Human Rights.*

## INTRODUCCIÓN

EN 2018, ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR (AMLO) inició su mandato como Presidente de México con gran apoyo de los grupos indígenas, tan es así que le hicieron una investidura reconociéndolo como su máxima autoridad. El apoyo de este grupo de la población mexicana es relevante considerando que en México, coexisten –por lo menos– 68 grupos étnicos, y aproximadamente 25 millones de personas se autoidentifican como indígenas (Márquez Romo & Martínez-Hernández, 2022, p. 103).

El nombramiento de AMLO como autoridad suprema significó un hito en la historia de México, ya que ningún otro Presidente había sido conmemorado con semejante honor (López, 2021, p. 31). Lamentablemente, esta relación comenzó a deteriorarse con el anuncio del Tren Maya, reconocido como el proyecto de infraestructura ferroviaria del gobierno del Presidente López Obrador, creado para la prosperidad del sur del país y lograr unir a los estados de la península (Gómez Cruz, Carrera Torres & Sánchez López, 2023, p. 840).

No obstante, el macroproyecto tiene consecuencias sociales graves. Una de ellas es lo propuesto en el estudio de Gasca y Castro (2024, p. 38), donde los autores indican que la repercusión más grave son los desplazamientos involuntarios de la población. Esto se debe a que el Tren recorre precisamente las cinco entidades federativas donde radican la mayoría de las comunidades indígenas (Chiapas, Tabasco, Campeche, Yucatán, y Quintana Roo). Además, es un grupo representativo de la población, debido a que concentran aproximadamente el 30% de los habitantes (Torres & Verde, 2024, p. 70).

La idea del Tren Maya ha causado rechazo, al igual que se ha acusado al gobierno de invisibilizar a los pueblos indígenas (Ansótegui, 2021, p. 8). Son múltiples los pronunciamientos en su contra, dado que el representante del movimiento indígena revolucionario Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) manifestó sentirse traicionado tras haber confiado en el Presidente López Obrador, ya que aunque lo apuntaron como su autoridad y su retórica es de apoyar a los pueblos originarios, sus acciones no han sido de forma congruente (Cantón & Guarachi, 2024, p. 21).

A pesar de ello, el Gobierno Federal defiende su proyecto, debido a que llevaron a cabo una «consulta indígena» en los estados impactados, para someter a discu-

sión las inquietudes sobre la línea ferroviaria (Murillo, 2021, p. 12). De acuerdo a los resultados del Gobierno de México, en la Consulta participaron el 70% de las 1,078 comunidades indígenas convocadas, y reflejan que el 92.3% de ellos optaron a favor del Tren Maya (Chaguaceda & Zumaya, 2021, p. 215). Empero, se ha criticado a estas consultas en cuanto a su respeto por los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional. Específicamente se ha comentado que en la convocatoria se hizo énfasis en los beneficios del proyecto, pero no a los impactos negativos que pudiera ocasionar (Naciones Unidas, 2019).

Con este precario contexto, el presente capítulo profundiza en aquellas familias que sufrieron un desplazamiento forzado debido al proyecto del Tren Maya, haciendo un repaso cronológico sobre las consultas, las expectativas del proyecto, para llegar al momento actual. El objetivo de este texto es presentar cómo el macroproyecto del Tren Maya ha conllevado a una vulneración de derechos humanos para las comunidades indígenas desplazadas. Este tema es relevante ya que, bajo un discurso de modernización, numerosas familias han perdido sus hogares.

Así mismo, para responder a la pregunta de investigación: ¿qué pasa con las familias y comunidades indígenas desplazadas?, se procederá a preguntarse por qué se creó el Tren Maya y a quién beneficia, para entender el contexto en el cual surge el proyecto, comprender quiénes son los beneficiados y por ende, los afectados en la materia. La siguiente sección se enfoca en aquellos perjudicados, específicamente en las comunidades indígenas, y determinar tanto a nivel nacional como internacional cómo están siendo vulnerados.

## TREN MAYA: ¿POR QUÉ? ¿A QUIÉN BENEFICIA?

En primera instancia, es necesario establecer que el proyecto del Tren Maya no fue decidido por el pueblo maya, ni por ningún otro pueblo indígena (Ocampo Muñoa, 2022, p. 81). En la realidad, el Plan Nacional de Desarrollo lo explica como un proyecto gubernamental que quiere incrementar el beneficio económico del turismo. La intención sería ayudar a crear empleos, ya que tanto las labores de construcción como de operación iban a detonar cuantiosas ocupaciones (Torres & Verde, 2024, p. 67). De igual forma, en palabras del propio ex Presidente, el proyecto impulsaría el desarrollo sostenible y proteger al medio ambiente, al evitar la tala ilegal de árboles o el tráfico de especies (López Obrador, 2018).

Por el contrario, al ser un megaproyecto, éste carece de perspectiva de sustentabilidad. Teniendo en consideración que está enfocado en el turismo, no es el único ejemplo de megaproyectos que están ubicados en áreas rurales donde habitan comunidades tanto indígenas como campesinas. Es de máxima relevancia llegar a un equilibrio entre el progreso y respetar a los territorios indígenas (Ansótegui, 2021,

p. 114). Esta armonía no se ha encontrado hasta el momento; por el contrario hay una falta de consenso que afecta negativamente a comunidades enteras.

Otro razonamiento para incorporar una línea ferroviaria es que el ex Presidente López Obrador comentó que se le haría justicia al sur de México, debido a que los mandatarios anteriores se habían enfocado en el norte y centro del país. Así, el Tren Maya sería una ventaja para la zona, además de que en un discurso, AMLO comentó que sería para apoyar a los pueblos indígenas, las culturas originarias, y los pueblos mayas, Palenque y el sureste (Gobierno de México, 2018).

Por otro lado, el Presidente López Obrador cumple con un liderazgo populista, el cual tiene como una de las características el mantener un discurso en referencia a la voluntad del pueblo (Hawkins *et al.*, 2019). Así, aunque el proyecto es propuesta suya, el ex mandatario comentaba que seguía la «voluntad popular» haciendo consultas anticonstitucionales. Esto se llevó a cabo no solamente en materia del Tren Maya, sino también en torno al aeropuerto de Texcoco, o la incorporación de la Guardia Nacional a la Secretaría de Defensa Nacional (Romeu, 2022, p. 80). Por lo tanto, el referéndum, si bien es inconstitucional, de acuerdo al Presidente es válido debido a que responde a la necesidad de unir al país.

Ante ese razonamiento, Ocampo Muñoa (2022, p. 77) expresa que ese tipo de proyectos de infraestructura que son desarrollados en zonas tanto urbanas como rurales tienen fines comerciales y se aprovechan de un bien común. En el caso del Tren Maya, también afecta a las poblaciones ya asentadas. El recorrido del megaproyecto consistía en tierras donde comunidades indígenas han enterrado a sus antepasados durante siglos; tierras que ellos mismos han trabajado durante todas sus vidas y han hecho sus vidas en el territorio, a las que tienen todo el derecho de acceder. Por ende, el Tren Maya no es la voluntad de todo el pueblo de México, a pesar de que ese sea el discurso a su favor.

Más aún, en cuanto a la pregunta de ¿a quién beneficia la creación del Tren Maya?, el portavoz del EZLN, el Subcomandante Moisés, se ha referido al Tren Maya como un «proyecto de muerte», al igual de que ha expresado que las consultas llevadas a cabo por el gobierno son una forma de manipulación. Para complementar, el Subcomandante Moisés también declaró que el Gobierno impondría su tren de cualquier forma porque les beneficia a ellos. Con sus palabras (*Enlace Zapatista*, 2020):

Nosotros, los pueblos zapatistas, seguimos nuestro modo y nuestro calendario. En nuestras montañas hicimos la ofrenda a la madre tierra. En lugar de trago, le dimos de beber la sangre de nuestros caídos en la lucha. En lugar de pollo le ofrecimos nuestra carne. En lugar de tortillas, le ofrendamos nuestros huesos, porque somos de maíz. Y la hicimos esa ofrenda no para pedirle permiso a la tierra de destruirla, o de venderla, o de traicionarla. La hicimos la ofrenda solo para avisarle a la madre tierra que la defenderemos. La defenderemos hasta morir si es preciso [...].

Sus palabras expresan la devoción de este grupo para con la tierra que habitan y que heredaron de sus ancestros. Con ello, es claro que la respuesta de quiénes son los ganadores en el ferrocarril no es las comunidades indígenas. Cabe decir que siguiendo la meta del Gobierno, los extranjeros (es decir, los turistas) serían los mayormente favorecidos, pero debería ser posible que todos estén conformes con el macroproyecto. El goce de unos no debe causar la vulneración de otros.

El Subcomandante Moisés no ha sido el único en pronunciarse en contra de la política desarrollista del gobierno Lopezobradorista. De acuerdo con Torres y Verde (2024, p. 68), los sujetos afectados han acusado el haber sido despojados de su hábitat, por amenazar sus formas de vida, las cuales son sustentadas en saberes ancestrales.

Otro ejemplo es que en 2019 se llevó a cabo un festival titulado «DEBA–TREN ‘MAYA’», que juntó a diversos ejidatarios del sur de México quienes mencionaban que el gobierno buscaba una división entre los pueblos mayas, con el objetivo de que vendieran sus tierras. Por último, el por qué crear el Tren Maya puede ser por una razón que atenta directamente contra los pueblos indígenas y originarios. Esta afirmación se sustenta con que, en 2020, el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR) reveló un documento donde se leía:

El etnocidio puede tener un giro positivo, el «etnodesarrollo», este puede ser posible si se involucra en el proceso de *desarrollo* y en la administración de beneficios a las poblaciones indígenas que estarían siendo afectadas por el *desarrollo* (citado en Ansótegui, 2021, p. 124).

Si bien, FONATUR especificó que se refería a un error de redacción, el propio uso del término «etnocidio» en un documento gubernamental es alarmante. Se retoma la idea anterior, de que el desarrollo, en aspiración de atraer el turismo, debe tener límites y mantener un constante respeto por la tierra, los recursos naturales, las poblaciones asentadas, las comunidades indígenas, y todo lo preexistente en el país.

La siguiente sección enfatiza cómo el macroproyecto del Tren Maya causa una vulneración de Derechos Humanos no sólo a nivel nacional sino también internacional.

## VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La vulnerabilidad se define como una predisposición a la afectación y necesidad de resiliencia, o capacidad de recuperación (Cardona, 1993, p. 3). Con el Tren Maya, se está transgrediendo la vivienda de cientos de familias, las cuales, según un estudio conducido por Torres & Verde (2024, p. 74) mantienen un modelo

maya, mayoritariamente están habitadas por adultos mayores, quienes conservan la lengua maya y vestimenta tradicional.

De inicio, un ferrocarril atravesando las tierras donde vivían muchas familias causa una vulnerabilidad en las mismas, ya que los expone y los obliga a dejar su territorio, además de que limita su capacidad de recuperación ya que no tienen lugar hacia donde desplazarse. Un estudio llevado a cabo por Daniel Sandoval (2020, p. 6) presenta que el Tren Maya afectaría a mil 510 comunidades indígenas, pertenecientes a distintos pueblos maya, tales como: tzeltal, ch'ol, jakalteko, awakateko y akateko. Sería una transgresión a más de mil comunidades que se establecieron en ese territorio desde la Revolución Mexicana. De igual forma, más de la mitad del recorrido correspondiente al Tren Maya sería diseñado sobre terrenos ejidales, teniendo como consecuencia la afectación de 170 ejidos (Ocampo Muñoa, 2022, p. 83).

Igualmente es posible prever que el Tren Maya no sería el único proyecto en esa tierra, debido a que, si tiene éxito, serán necesarias otras infraestructuras como hoteles, condominios, u otra edificación que sea necesaria. Núñez (citado en Casanova Casañas, 2021, p. 149) propone que el despojo no ha concluido y los indígenas nunca tendrán la oportunidad de recuperar su tierra, dado que la prioridad a partir de ahora serán los proyectos inmobiliarios.

Si bien, se comentó en la sección anterior que se llevó a cabo una «consulta indígena», es necesario aclarar que el objetivo de la misma no era obtener consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, sino informarlos acerca del proyecto. En palabras de Ocampo Muñoa (2022, p. 81): «Tampoco fue previa o culturalmente adecuada, informada, ni de buena fe. La oficina en México del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas calificó como negativo el proceso de consulta indígena del Tren Maya».

Esto viola lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 que establece que la consulta debe ser previa, libre e informada y es un derecho social de pueblos indígenas. Resulta contradictorio que exista una vulneración por parte del gobierno mexicano, dado que México fue uno de los primeros países en firmar la convención.

Además, respondiendo a la justificación del gobierno acerca de que el Tren Maya crearía diversos empleos donde se les daría preferencia de contratación a los afectados, se encontró un profundo rechazo por las condiciones de trabajo, específicamente argumentando el calor. Por el contrario, el Gobierno les hizo la oferta de que, si trabajaban en el macroproyecto, serían beneficiados con un salario competitivo y condiciones idóneas. Ante esto: «se supo de trabajadores de algunas de las comunidades estudiadas que abandonaron sus empleos, sobre todo en las granjas avícolas, porcícolas y comercios cercanos, para contratarse en el Tren Maya» (To-

rres & Verde, 2024, p. 81). Aunado a ello, Gómez Cruz, Carrera Torres & Sánchez López (2023, p. 847) comentan que las ganancias de los campesinos e indígenas se limita a dinero rápido, pero sin generar mejorías, y lo peor es que finalmente desconfigura el tejido social de comunidades enteras. Bajo esta falsa promesa, también se presenta una violación a sus derechos.

En términos generales, al crear en Tren Maya en ese territorio no se están garantizando los múltiples derechos de los pueblos indígenas, tales como el territorio, acceso a los recursos naturales, a la autonomía, entre otros. En el marco internacional se puede encontrar la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se establece como fundamental que los pueblos indígenas son sujetos de derechos (Organización de las Naciones Unidas, 2007, p. 5).

El artículo 30 de la misma Declaración establece que:

No se desarrollarán actividades en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado

Como una breve reflexión, a pesar de que el ex Presidente López Obrador intentó justificar su el macroproyecto con el objetivo de unificar al sureste de México, es discutible si la razón es de peso suficiente para eliminar las tierras y destruir hogares para incorporarlas en una obra ferroviaria. La realidad es que existían más opciones que apoyaran al medio ambiente y respetaran tanto la tierra como los recursos naturales. Había opciones más sostenibles, que no fuesen esa construcción. Adicionalmente, como es sabido, los pueblos indígenas no acordaron, ni solicitaron el proyecto.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1966, p. 2) reconoce que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, así como a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Más aún, que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos a todas las personas en su territorio, sin discriminación. En el caso mexicano ya existe una contradicción en este punto, debido a que las comunidades y familias que habitaban en el territorio ya no podían disponer de sus propias tierras debido a una imposición gubernamental.

En el plano nacional también hay regulaciones y normativas que existen precisamente para evitar una vulneración. La Carta Magna, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene en su segundo artículo la aclaración de que México es una nación pluricultural y establece quienes son los pueblos indígenas. La propia Constitución establece todos los derechos específicos de las comunida-

des indígenas, por mencionar dos que están siendo violados: la conservación de su cultura y la posibilidad de definir la tenencia de la tierra.

Con la reforma Constitucional hecha en 2011, el gobierno mexicano adquirió mayores responsabilidades y más específicas para garantizar los derechos humanos de todos dentro del territorio. Implica que el Estado debe impedir la obstaculización o interferencia en el ejercicio de los derechos humanos. En este punto, es preocupante que el Estado, la máxima autoridad responsable de salvaguardar los derechos fundamentales, sea quien planee proyectos desarrollistas que dañan a sus habitantes.

Por lo tanto, que el gobierno Lopezobradorista se refiriese a un etnocidio es inconstitucional; aunque la realidad apuntaría a que la meta sí era efectivamente el etnocidio, ya que: «El proyecto del Tren Maya no es sostenible socialmente. Genera (y generará) múltiples impactos sociales modificando la cultura y poniendo en riesgo la supervivencia cultural de las comunidades indígenas que allí viven» (Ocampo Muñoa, 2022, p. 85).

Otro tema a tener en cuenta es que en 2024, cuatro madres y un padre de familia originarios de Yucatán protestaron contra la construcción del Tren Maya debido a que el paso bloqueaba el camino que transitaban sus hijos para acudir a la escuela. Como respuesta, en junio de 2024, fueron obligados a pedir disculpas públicas por alzar la voz contra el macroproyecto. Fue una disculpa forzosa para no tener mayores represalias, aunado a que debieron firmar un documento: «en el cual se comprometieron a que estos actos no se vuelvan a producir» (Carrasco, 2024).

El sentido de vulneración que sentían estas comunidades fue expresado al gobierno de AMLO. A mediados de 2020, 85 activistas y 159 organizaciones enviaron una carta al ex Presidente López Obrador para demostrar su rechazo al Tren Maya. En la misma carta mencionaron que se violó su derecho a la consulta, haciendo énfasis en temas medioambientales, y recordando los riesgos al patrimonio histórico que su proyecto conllevaba. A pesar de ello, en septiembre de 2024, el Tren Maya fue oficialmente inaugurado y la discusión acerca de las familias desplazadas también ha quedado –aparentemente– en el olvido.

## ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

A modo de cierre, se retoma la pregunta central que este capítulo se proponía responder: ¿qué pasa con las familias y comunidades indígenas desplazadas?, no en un sentido de dónde se encuentran residiendo en este momento tras la inauguración del Tren Maya, sino una reflexión de qué ocurrió, demostrar que estos grupos sí pelearon por sus tierras, y que por más que intentaron verse como sujetos de derecho, no lo lograron. Ante esa realidad, la única respuesta segura sobre qué pasa

con ellos es que fueron vulnerados de sus derechos fundamentales, desplazados de sus tierras, y forzados a diversas acciones. Por ejemplo: tanto a pedir disculpas públicas como a dirigirse directamente al Presidente de la República en ese momento para expresar sus inquietudes, molestias, opiniones y sentimientos. Siendo inconstitucional, incongruente con el discurso y dañino para México, todo lo anterior fueron intentos sin éxitos.

Cabe aclarar que si bien, el proyecto del Tren Maya impulsa al país de forma positiva en ciertos aspectos, tales como en materia económica, de generación de empleos y de atracción del turismo, termina perjudicando específicamente a los pueblos, comunidades y familias indígenas que habitaban en el área. Tal como se estudió, tanto comunidades como ejidos fueron afectados por el plano del proyecto, además de que hubo unos fallos importantes durante la «Consulta indígena», dado que no se les compartió toda la información disponible, ni fue una consulta para pedir su autorización.

Por el contrario, fue la ocupación ilegal de territorios que pertenecían a comunidades y/o familias indígenas desde hace aproximadamente un siglo. Por ende, a pesar de que el Tren Maya aparentaba que produciría beneficios disfrutables para todos los mexicanos en cuanto a la generación de empleos para priorizar a los residentes de esos territorios; no hubo un esfuerzo en que las condiciones fueran las meritorias, así que no es observable una ganancia para los indígenas.

Es altamente controvertible si los derechos humanos están siendo respetados o no, aunque este capítulo sugiere que no, ya que se puede observar que las leyes no están siendo cumplidas por el gobierno, que son los encargados de salvaguardar todos los derechos fundamentales de los ciudadanos. Queda claro que el gobierno ha actuado teniendo en mente –primeramente– el desarrollo y el progreso, dejando en segunda instancia a los habitantes del propio país. Por lo tanto, el macroproyecto no puede ser calificado como exitoso cuando ha causado daños sociales a comunidades enteras.

## REFERENCIAS

- ANSÓTEGUI, E. (2021). Tren Maya o barbarie: comunidades indígenas en el contexto de la globalización. En: A. M. EDJESGAARD JEPPESEN, E. G. PALOMARES RODRÍGUEZ y G. WINK (Eds.), *Pensamiento social danés sobre América Latina* (pp. 113-130). Buenos Aires: CLACSO.
- CANTÓN, A., & GUARACHI, R. (2024). La relación de MORENA y MAS con los movimientos feministas e indígenas en México y Bolivia (2018-2023). *Revista Con-Sciencias Sociales*, 16(30), 9-24. <https://doi.org/10.35319/consciencias.202430147>
- CARDONA, O. D. (1993). *Manejo ambiental y prevención de desastres: Dos temas asociados*. Red Editorial.

- CARRASCO, C. (2024). Mujeres indígenas son obligadas a pedir disculpas por protestar contra el Tren Maya. <https://www.infobae.com/mexico/2024/07/31/mujeres-indigenas-son-obligadas-a-pedir-disculpas-por-protestar-contr-el-tren-maya/#:~:text=Cuatro%20madres%20y%20un%20padre,usaban%20asistir%20a%20su%20escuela>.
- CASANOVA CASAÑAS, L. (2021). Megaproyectos y conflictos ecoterritoriales. El caso del Tren Maya. *Relaciones Internacionales*, (46), 139-159. <https://doi.org/10.15366/relacionesinternacionales2021.46.008>
- CHAGUACEDA, A. & ZUMAYA, L. H. L. (2021). Política populista y democracia pleisbicitaria: las consultas ciudadanas en el México de la Cuarta Transformación. *Andamios*, 18(46), 205-232. <https://doi.org/10.29092/uacm.v18i46.843>
- ENLACE ZAPATISTA. (2020). <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/2019/12/31/palabras-del-ccri-cg-del-ezln-en-el-26-aniversario/>
- GASCA, J. & CASTRO, E. (2024). Tren Maya: radiografía del megaproyecto, mapa de sus actores y escenarios de cambio territorial y ambiental. En: J. GASCA ZAMORA (Coord.), Tren Maya. Impactos Territoriales y Escenarios de Cambio en la Península de Yucatán, pp. 35-65. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM. ISBN: 978-607-30-8990-6.
- GOBIERNO DE MÉXICO (2018). Versión estenográfica: Ceremonia de Pueblos Originarios para construcción del #TrenMaya. <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/mensaje-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-durante-ceremonia-de-pueblos-originarios-para-construccion-del-trenmaya>
- GÓMEZ CRUZ, R. I., CARRERA TORRES, M. Y. & SÁNCHEZ LÓPEZ, J. A. (2023). Impacto ambiental, social y económico del tren maya en pueblos indígenas del sureste de México. *Nexo Revista Científica*, 36(6), 839-853. <https://doi.org/10.5377/nexo.v36i06.17440>
- HAWKINS, K. A., AGUILAR, R., CASTANHO SILVA, B., JENNE, E. K., KOCIJAN, B. & ROVIRA KALTWASSER, C. (2019). Measuring Populist Discourse: The Global Populism Database. [https://populism.byu.edu/App\\_Data/Publications/Global%20Populism%20Database%20Paper.pdf](https://populism.byu.edu/App_Data/Publications/Global%20Populism%20Database%20Paper.pdf)
- LÓPEZ OBRADOR, A. M. (2018). Tren Maya. <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/Tren-Maya.pdf>
- LÓPEZ, F. (2021). El gobierno de la 4T y los pueblos indígenas. *Tema y Variaciones de Literatura* (57), 29-55.
- MÁRQUEZ ROMO, C. & MARTÍNEZ-HERNÁNDEZ, A. A. (2022). El clivaje étnico en México: elecciones presidenciales de 2018. *Apuntes Electorales*, 21(67), 101-136. <https://doi.org/10.53985/ae.v21i67.858>
- MURILLO, F. (2021). ¿Sustentabilidad vs. megaproyectos? Lecciones del Qhapaq Ñan y el Tren Maya, dos programas regionales de promoción del patrimonio y la movilidad en América Latina. *AREA*, 28(1), pp. 1-18.
- NACIONES UNIDAS (2019). El proceso de consulta indígena sobre el Tren Maya no ha cumplido con todos los estándares internacionales de derechos humanos en la materia: ONU-DH. [https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/20191219\\_ComPrensa\\_TrenMaya.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/20191219_ComPrensa_TrenMaya.pdf)

- OCAMPO MUÑOZ, M. G. (2022). El megaproyecto del tren maya en México a la luz del nuevo constitucionalismo latinoamericano y el pluralismo jurídico. *Revista De Derecho Público*, (97), 75-87. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2022.69185>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- ROMEU, V. (2022). La retórica del populismo en el discurso de «las mañaneras»: Una mirada exploratoria. *Argumentos Estudios críticos De La Sociedad*, (99), 73-98. <https://doi.org/10.24275/uamxoc-dcsh/argumentos/202299-03>
- SANDOVAL, D. (2020). *Tren Maya, Sembrando Vida y Corredor Transistmico. Impactos en el valor de uso territorial de las comunidades indígenas y campesinas*. Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano.
- TORRES, B. & VERDE, A. (2024). Trabajo y condiciones de empleo en la ruta peninsular del Tren Maya. En: J. GASCA ZAMORA (Coord.), *Tren Maya. Impactos Territoriales y Escenarios de Cambio en la Península de Yucatán*, pp. 67-87. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM. ISBN: 978-607-30-8990-6.



DERECHOS HUMANOS  
Y LOS DESAFÍOS DE LA  
INTELIGENCIA ARTIFICIAL



# SESGOS ALGORÍTMICOS: POBLACIONES EN RIESGO Y VULNERABILIDAD. LA NECESARIA ORIENTACIÓN PÚBLICA DE LAS DINÁMICAS DIGITALES EN FAVOR DE LA INCLUSIÓN, IGUALDAD Y COHESIÓN SOCIALES

PARRA, ANA VICTORIA  
*Universidad de Salamanca*

GONZÁLEZ, NOÉ  
*Universidad de Zulia. Doctorando/Universidad de Salamanca.*

## RESUMEN

La digitalización de la humanidad, el signo cotidiano más determinante de estos tiempos por su manera decisiva en la configuración de la vida ordinaria, ocurre a una velocidad de vértigo entre el reconocimiento de sus ventajas y las amenazas sobre quienes, especialmente, son sorprendidos en un estado de vulnerabilidad social, geográfica, comunitaria o de edad. El giro más reciente de ese mundo digital venido de las distintas formas de inteligencia artificial lo ha hecho aún más veloz, transversal y de alcance cuasi universal, dejando en evidencia la necesidad de una orientación de sus dinámicas proclive a la inclusión, la igualdad y la cohesión sociales. El artículo con fines descriptivos y de exposición introductoria delimita conceptualmente las formas de la IA, ordena sus bondades y riesgos, resalta sus sesgos algorítmicos, identifica la vulnerabilidad de ciertos grupos o poblaciones y traza a grandes rasgos principios de políticas públicas fundadas en el marco normativo e institucional más representativo.

Palabras clave: *sesgos algorítmicos; riesgo; IA; vulnerabilidad; Reglamento de la IA de la Unión Europea.*

## ABSTRACT

The digitalization of humanity, the most decisive hallmark of our times due to its profound impact on shaping everyday life, is advancing at a dizzying pace-caught between the recognition of its benefits and the threats it poses, particularly to those in states of social, geographical, community, or age-related vulnerability. The latest shift in this digital world, driven by various forms of artificial intelligence, has made it even faster, more pervasive, and nearly universal in scope, highlighting the need for guidance that fosters inclusion, equality, and social cohesion. This article, with a descriptive and introductory expository approach, conceptually defines the forms of AI, organizes its benefits and risks, underscores its algorithmic biases, identifies the vulnerability of certain groups or populations, and outlines key principles for public policies based on the most representative regulatory and institutional frameworks.

*Keywords: algorithmic biases; risk, AI; vulnerability; European Union AI Regulation.*

## INTRODUCCIÓN

EN TAN SOLO UNOS AÑOS y acelerado por el evento pandémico del 2020, la herramienta digital se ha convertido en una suerte de prótesis tecnológica que llevamos los humanos en la que depositamos una confianza insustituible. Ya es la principal mediación social que permite a la humanidad generar contenidos, esa suerte de información o material digital con los que interactuamos en la infosfera. Con la llegada de los llamados sistemas de inteligencia artificial (IA), en particular con la inteligencia artificial generativa surge la cuestión de hasta qué punto es posible, y si se puede limitar o hacer reversible, esta delegación de las capacidades humanas a los dispositivos inteligentes en la producción de ideas, actos y símbolos de comunicación. La invasión de estas IAs en las distintas esferas de la vida también pone a prueba la regulación institucional de dichos desarrollos tecnológicos y la capacidad de asimilación de sus efectos disruptivos sobre el orden social contemporáneo.

Debido a la importancia de los intercambios de información y contenidos en línea, su aprovechamiento en las distintas actividades cotidianas desde el trabajo hasta las domésticas pasando por la mediación de la interacción social a través de las conversaciones de pareja o amigos y chats grupales, las elaboraciones cognitivas o sensitivas de la mente moderna han quedado subordinadas al marco de acción que fijan las relaciones digitales. Al mismo tiempo, estas relaciones están mediadas por el estado social de las personas, grupos o comunidades que las hacen favorables para su mejor aprovechamiento en términos de vida o vulnerables a sus efectos expresados en sub/ usos, exposición a sesgos que mantienen desigualdades, rechazos

culturales a su adaptación o dinámicas sociales excluyentes que dificultan la integración social en términos de cohesión e inclusión.

¿La delegación del pensamiento humano a las herramientas digitales constituye un cambio en la forma de *hacer sociedad* en comparación con lo que existía hasta ahora? ¿Estas dinámicas digitales por las que se expresan preferentemente las relaciones sociales de nuestros días construyen sociedades más integradas? ¿La naturaleza de su funcionamiento atrae socialmente integrando o expulsa individuos, grupos y hasta estratos sociales, agravando la inercia social excluyente y desigual que anida en las estructuras de algunas sociedades? El auge de las redes neuronales artificiales (IAs generativas), su aprovechamiento en la elaboración de ideas a partir de un enorme acervo o repositorio memorístico, registrado y codificado, viene asistido de metadatos o combinaciones algorítmicas que se presentan impolutas, siendo que son extraídos de documentos anclados en contextos socioculturales que replican sus circunstancias históricas. Los metadatos mediante los cuales se genera contenido o se toman decisiones traen consigo valores, normas sociales, marco normativo y reglas institucionales que ordinariamente se desdeñan para privilegiar la dimensión técnica del algoritmo sobre sus contextos sociales.

La conformación de este fresco socio/digital que resumidamente se presenta se ha acelerado y sistematizado en los últimos treinta años con el auge de Internet y ahora con la extensión y expansión de los medios de recopilación y procesamiento de datos. Esta nueva cultura material e intangible al mismo tiempo, ha dado lugar a una forma de pensar cibernética (Ferraris, 2023). Con el uso generalizado y la implementación de herramientas de trazabilidad, biometría, y los modelos de lenguaje de largo alcance, nuestros dispositivos conectados universalmente llevan las semillas de una nueva forma de *hacer sociedad*, esto es: nuevas o renovadas formas de producir, convivir, pensar y sentir en relación con los otros. Revisar y pensar sus automatismos digitales, sus dinámicas de predicción, sus sesgos sobre los protocolos de decisión institucionales y sus usos sociales, resultan condiciones imprescindibles para hacer sociedades mejores e inclusivas. (Sainz, 2023)

## LAS FORMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS RIESGOS ASOCIADOS

Se tiende a reducir el espectro de las inteligencias artificiales a los grandes modelos de lenguaje generativos o MLL (por sus siglas en inglés: Massive Long-range Language Models) como ChatGPT, Gemini o Copilot. Obviamente se trata de las que más impacto generan socialmente por su rápida extensión, usos ordinarios y su incorporación en las versiones recientes de los dispositivos físicos de conexión, pero son apenas una de las muchas formas de inteligencia artificial (IA). A los fines

del contexto y del objetivo de este artículo ayuda identificarlos en este caso de la mano de la misma ChatGPT<sup>1</sup>.

- IA asentada en Reglas (Sistemas Expertos) que simula la toma de decisiones de un experto humano en un área de dominio específica. Se basan en reglas lógicas y bases de conocimiento estructuradas para resolver problemas complejos sin necesidad de aprendizaje automático. Ejemplo: Diagnóstico médico basado en reglas y un acervo masivo de casos. (IBM Watson Health)
- IA basada en Machine Learning (Aprendizaje Automático), por ejemplo, los motores de recomendación (Netflix, Amazon u otros similares). Antes que reglas como es el caso de los sistemas expertos, aprenden patrones a partir de datos adecuándose gradualmente hasta identificar relaciones, hacer predicciones y tomar decisiones con base en todas las decisiones que antecedieron.
- IA a partir del Aprendizaje Profundo (Deep Learning) que utiliza redes neuronales artificiales para procesar grandes volúmenes de datos y extraer patrones de comportamiento complejos. Es un subcategoría de Machine Learning, no obstante, demanda enormes volúmenes de datos y ciertas particularidades de interpretación de los que aprende patrones complejos que afinan la predicción. Ejemplos: ChatGPT, Google Translate, imágenes médicas de diagnósticos avanzados, programas de reconocimiento facial.
- IA Generativa (como ChatGPT, Gemini, DALL·E, MidJourney). Funcionan como Deep Learning, pero centradas en el procesamiento del lenguaje natural y la generación de texto de largo alcance en contextos extensos.
- Robótica e IA en Automatización Industrial. Ocurre cuando se les incorpora algoritmos de aprendizaje automático a plantas industriales, a extensiones robóticas o a almacenes de logística con cadenas automatizadas de tal forma que, por ejemplo, aprenden a ajustar sus movimientos en tiempo real, identificar piezas defectuosas o predecir fallos. Es la IA aplicada a la automatización de procesos. Ejemplo: robots en fábricas (brazo robótico de Tesla), almacenes logísticos automatizados (Amazon).
- IA en Procesamiento de Lenguaje Natural (NLP, siglas en inglés) y voz. Es un campo de la inteligencia artificial (IA) que permite a las máquinas comprender, interpretar, generar y responder en lenguaje humano. La

<sup>1</sup> OpenAI (2025, 20 de marzo). Se resume y reescribe para ubicarla mejor en el contexto de este artículo, respuesta generada por ChatGPT a la consulta «formas y tipos de Inteligencia Artificial» <https://chat.openai.com>.

IA en voz es una extensión del NLP enfocada en el reconocimiento, síntesis y procesamiento del habla (sonidos), permitiendo la interacción por voz entre humanos y máquinas. Ejemplo: asistentes virtuales conversacionales (Siri, Alexa); traducción automática (Google Translate, Luzia); sistemas de subtítulos automáticos (Zoom, YouTube).

- IA en Análisis Predictivo y Toma de Decisiones. Es una combinación de Machine Learning y Deep Learning con fines de anticipación de eventos y la toma de decisiones. Ejemplo: modelos bancarios que trazan escenarios de probabilidad de impagos en crédito; herramientas (PredPol) que identifican zonas con probabilidad de delitos; modelos de predicción climatológicos.

Los riesgos asociados a las distintas formas de IA cabe identificarlos someramente según espacios o sectores sociales en los que sus usos se han implementado. Por ejemplo, se insiste en la existencia de una reconfiguración radical del espacio público en la que las redes sociales –plataformas que integran IA– emergen como un nicho de propagación de ideas culturales y políticas para el ciudadano y una sólida palanca de influencia mediática y de opinión. Así, se debate respecto de sus efectos sobre la democracia y sus procedimientos formales y sustantivos para la toma de decisiones públicas. (Innerarity, 2025) Por otra parte, en su esfuerzo de legitimación social el estado moderno para el despliegue de sus funciones y su soporte para el bienestar social, casi todas las administraciones públicas informan o gestionan sus prestaciones, trámites o procedimientos, mediante intercambios a través de cuentas oficiales en las redes lo que ensancha su alcance al tiempo que despersonaliza el contacto ciudadano. En el ámbito jurídico se revisa el impacto de las IAs sobre el ejercicio de los derechos, el redimensionamiento de los espacios público y privado, la disolución de los límites de los tipos penales y los efectos sobre la libertad personal o la intromisión en la conciencia individual (Hoffmann, 2020; Beltran de Heredia Ruiz, 2023). Vale advertir que los riesgos se hacen más fuertes en el caso de las democracias occidentales porque, por definición, en su orden de valores constitucionalmente defendidos guarda posición preponderante el respeto a la libertad de expresión. Las ciencias jurídicas y el mismo ejercicio de administración de justicia se enfrentan a la regulación y sanción de actos digitales (o su fingimiento mediante algoritmos de IA) con la tabla de tipos penales definida para un tiempo marcado por la materialidad. (Hernández Peña, 2022; Beckers & Teubner, 2021)

El impacto sobre el mundo de las relaciones laborales y en la educación en todos sus niveles son las que más llaman la atención en el contexto de las ciencias sociales o al menos las que han sido más reseñadas (OIT, 2021) En el caso de las relaciones de trabajo tomando como criterio el desplazamiento del empleo, se insiste en la desaparición de los empleos centrados en tareas repetitivas por la capacidad de la

automatización potenciada por la IA para llevarlas a cabo minimizando riesgos de accidentes. Las IA generativas, la mencionada automatización industrial con ayuda de la IA y las IA fundadas en el aprendizaje profundo apuntan entre las que más afectarán, en la medida que pueden sustituir trabajos administrativos, los llamados trabajos creativos asociados con la formación de contenidos digitales, y los trabajos manuales más físicos y repetitivos. (Sigman & Bilinkis, 2023; pp. 119-139) En el caso de la educación, los dilemas se mueven entre el escepticismo frente a los usos de los modelos de IA generativos y la plasticidad de la que es capaz el capital humano docente y organizativo para asimilar la flexibilidad a que empujan las IA en el diseño, los contenidos y las mejores prácticas pedagógicas. En cualquier caso, es difícil que el entablado que hoy sostiene el modelo de enseñanza/aprendizaje educativo se mantenga firme y no resquebraje ante lo que Sigman denomina el «terremoto educativo» que ha de generar la IA y las exigencias de unas familias y grupos humanos en edad formativa que disponen de conocimientos e información accesibles en un dispositivo manual que dominan intuitivamente. (Sigman & Bilinkis, 2023: pp. 97-118).

## LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS SESGOS ALGORÍTMICOS.

Claro que los riesgos no se suscriben a los apenas descritos. Existen aquellos sobrevenidos de la desigualdad o brecha digital que se arrastran del acceso o conectividad a una infraestructura segura, de los desacoples culturales (analógicos vs digitales) o la carencia de habilidades para su inserción. O bien la sobreexposición a los llamados *deepfakes* y/o a la manipulación desinformativa revestida de la autoridad moral inmanente a la confianza que le damos a cualquier contenido que nos viene de los dispositivos. O, peor aún, las amenazas asociadas con todas las formas de cibercriminalidad que ahora son más indetectables en cuanto se revisten de engaños de voz, imagen o texto, que simulan originales y proceden a captar la confianza de los estafados en cualquier modalidad para robar datos o falsificar identidad.

Se quiere llamar la atención especialmente en el contexto de la IA sobre los llamados sesgos algorítmicos y su impacto sobre grupos, personas o sectores vulnerables.

La literatura entiende por *sesgos algorítmicos* aquellas distorsiones o equívocos recurrentes del sistema de IA que se suceden cuando toma decisiones o construye una matriz de información parcial o sesgados, que terminan conformando discriminaciones sociales generando un impacto negativo como consecuencia de errores en los datos de entrenamiento, las insuficiencias o errores en el diseño del modelo o bien en la interpretación de los resultados. (Johnson, 2024) Se identifican seguidamente algunos de ellos (Iwasiński, 2020).

### SESGO DE DATOS (BIAS IN DATA)

Ocurre cuando los datos usados para entrenar el algoritmo son incompletos, asimétricos o no representativos de la realidad. Ejemplo: Un sistema de selección de personal que ha sido entrenado con datos mayoritariamente de edad no mayor a cierta edad y de género masculino.

### SESGO DE DISEÑO DEL ALGORITMO (BIAS IN ALGORITHM DESIGN)

Ocurre cuando las reglas y parámetros establecidos en el algoritmo reflejan hipótesis incorrectas o simplificaciones que reducen en alto grado el contexto real. Ejemplo: Un software de predicción del crimen que asigna mayor riesgo a ciertos grupos de edad o de color de piel o de ciertos segmentos geográficos.

### SESGO DE AUTOMATIZACIÓN (AUTOMATION BIAS)

Se produce cuando los usuarios confían ciegamente en las decisiones del algoritmo. Ejemplo: La asignación de una prestación social cuyo asistente decide con cargo a las recomendaciones de un software de asignación de ayudas sin evaluar contexto o casos particulares.

### SESGO DE SELECCIÓN (SELECTION BIAS)

Los datos de entrenamiento provienen de una muestra sesgada que estadísticamente no representa adecuadamente a la población general o presenta inconsistencias significativas. Ejemplo: El diseño de un centro de salud pública realizado a partir de ciertos perfiles de salud que se corresponden con ciertos estratos sociales.

### SESGO DE RETROALIMENTACIÓN (FEEDBACK LOOP BIAS)

Seguramente el de mayor impacto puesto que ocurre cuando un algoritmo refuerza y amplifica desigualdades al ajustar su modelo de acuerdo con datos históricos sesgados. Ejemplo: el sistema de recomendación de créditos que estigmatiza a comunidades históricamente desfavorecidas porque en el pasado concentraba población morosas.

### SESGO DE INTERPRETACIÓN (BIAS IN INTERPRETATION OR MEASUREMENT)

Ocurre cuando la discrecionalidad del agente decisor se mueve con sujeción a sus prejuicios y los resultados a veces imprecisos del algoritmo dan pie a que los vea reflejados en estos; esto es, se juntan el sesgo algorítmico y el sesgo subjetivo.

Ejemplo: el software de reconocimiento facial que presenta alta tasa de error en la identificación de personas de ciertos grupos y se asume la decisión con sujeción al estigma sin mayor cuestionamiento sobre el software.

## ALGORÍTMOS Y SUS CONTEXTOS SOCIALES

No son pocas las advertencias en el campo de las ciencias de la computación, de la psicología experimental, las ciencias del comportamiento o de la interacción social, que han llamado la atención sobre los sistemas de inteligencia artificial, como los chatbots, que pueden replicar y perpetuar prejuicios raciales, de xenofobia o discriminaciones sociales de cualquier orden, según apuntamos antes. La razón parece anidar en el sustrato de la data de que hacen uso para rastrear sus respuestas o en los parámetros de búsqueda o el marco cognitivo (*cognitive frame*) bajo el que actúan y han sido programados, según hemos visto en la tipología de los sesgos algorítmicos, o en una combinación de ellas y otras razones (Ramírez Autrán, 2023).

Basándose en experimentos a partir del uso de dialectos como el inglés afroamericano y el inglés estándar, investigadores descubrieron que las IA asignan características más negativas y recomiendan empleos menos prestigiosos a quienes usan el primero, a pesar de que los textos presentan el mismo significado y sintaxis similar. Además, puestos a enjuiciar sobre casos ficticios de homicidio, las IA mostraron una tendencia a elegir penas más severas (como la pena de muerte) contra quienes se expresaban en el inglés afroamericano. Los intentos por reducir estos sesgos de orden racial mediante entrenamiento del algoritmo con retroalimentación humana, advierten los investigadores, no han logrado eliminarlos; en cambio, parecen enseñar a las IA a ocultar estos prejuicios en lugar de solucionarlos. (Hofmann et al., 2024) Los hallazgos en este y en otros experimentos similares subrayan cómo la inteligencia artificial puede reflejar, expandir y perpetuar las desigualdades sociales o reproducir estados de exclusión social de ciertos grupos humanos. No puede ser de otra manera si no olvidamos que en tanto creación humana suelen reflejar el mundo socio/cultural (valores, juicios, prejuicios, incentivos, sesgos) de quienes programan u ordenan sus diseños y puesta en práctica. En ese sentido, reflejan y reproducen el marco institucional (reglas de juego formales e informales; leyes y normas sociales) en el que se encajan.

Los sesgos algorítmicos tienen un impacto significativo sobre la igualdad y la inclusión a partir de su participación en la toma de decisiones públicas, por lo que se hace imperativo identificarlos y mitigarlos en el desarrollo de modelos de IA y su implementación mediante software de intervención social. Pueden reflejar, extender y hasta perpetuar las desigualdades sociales, de género, de grupos étnicos, o acentuar las discriminaciones geográficas o de edad. Pero, advierte Ananny, no se pueden reducir los sesgos algorítmicos a su dimensión técnica. Los algoritmos «...

*no son código y datos, sino un conjunto de actores humanos y no humanos, de códigos, prácticas y normas situados institucionalmente con el poder de crear, mantener y dar sentido a las relaciones entre personas y datos..»*. (Ananny, 2016). Esto es, son un *sistema sociotecnológico complejo* que no puede reducirse a su componente técnico ni desanclarse de su contexto social e institucional. (Innerarity, 2025, p. 308)

Obviamente, la inercia institucional en la que emergen lleva consigo que se arrastren las fracturas o desarreglos sociales intrínsecos a esas estructuras sociales. Advertirlos no es ir en contra de sus aprovechamientos como propender a que sus usos no los reproduzcan y que, antes bien, sirvan a los fines de superarlos o bien minimizarlos. Que se mantengan o se amplíen esas diferencias sociales, desigualdades, exclusiones o se potencien los efectos de los riesgos venidos de las dinámicas digitales sobre el tejido social nos deja muy mal parados como humanidad. La existencia de estas pulsiones sociales en la dinámica de estas nuevas tecnologías asentadas en la IA, lejos de denunciarlas como perjudiciales, advierte de sus, riesgos, efectos discriminatorios y de su simplificación, en la medida que se abstraen de sus contextos institucionales y se erigen como socialmente asépticas.

## FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE LAS IAS CON FINES DE IGUALDAD, COHESIÓN E INCLUSIÓN SOCIALES

Llegados hasta aquí, revisadas algunas precisiones que permiten delimitar de qué estamos hablando, advertidos de los riesgos y apreciados ligeramente el estado de vulnerabilidad de grupos y sectores sociales, encajados los sesgos algorítmicos en sus contextos sociales, es pertinente apuntar orientaciones de políticas públicas en el marco de los instrumentos institucionales o normativos más representativos. Nos referimos a estos como «representativos» en el sentido de que gozan de legitimidad más allá de los estados políticamente constituidos o bien que representan alcances normativos de enorme valor ético. En ese sentido, recurrimos a tres instrumentos para hilar una fundamentación normativa que auspicie el diseño de políticas públicas que puedan empujar nuestras sociedades hacia escenarios de mayor igualdad, inclusión y cohesión en el aprovechamiento de las tecnologías de IA. Hacemos referencia a: el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, el Pacto de Marrakech para una migración segura, ordenada y regular y a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU y sus diecisiete objetivos (ODS).

### EL REGLAMENTO EUROPEO DE IA

La entrada en vigor en febrero de 2025 del Reglamento europeo en sus capítulos I («Disposiciones generales») y II («Prácticas de IA prohibidas») sobre intelligen-

cia artificial representa un hito en la regulación europea e internacional. No existe un referente similar en el caso de los EEUU –aunque existen normas relacionadas en algunos estados– y ha inspirado en sus principios las iniciativas de ley en países como Canadá. En Latinoamérica, solo Brasil dispone de un marco amplio e integral, similar al de la UE, que fija bases para el desarrollo de políticas públicas. En última instancia, y es de lo que versa este último aparte, se trata de orientar las dinámicas de las tecnologías digitales en favor del interés público y de la cohesión e inclusión sociales. Al tratarse del primer marco jurídico específico de estos sistemas técnicos, su alcance pretende más allá de Europa facilitar la convergencia internacional en torno a sus principales características, riesgos y sesgos. Algo deseable siguiendo la lógica de la globalización; menos realista, al amparo de las tendencias recientes empujadas por EEUU y otros países a limitar sus fronteras.

En cualquier caso, la clasificación que hace de las IA según sus riesgos –riesgo inaceptable, alto riesgo, riesgo limitado, riesgo mínimo o nulo– es un precedente que valida las advertencias y críticas de quienes han llamado a regular y ejercer el control social de las dinámicas evolutivas de las IAs mediante un marco institucional que favorezca su aprovechamiento público y sus mejores impactos sociales. El Reglamento que merece una revisión exhaustiva más allá de estas líneas proporciona un anclaje legal de suficiente peso para el establecimiento de políticas públicas como las que aquí se sugieren. Veamos como es posible hilar sus preceptos asociados con los niveles de riesgo con aspectos de los otros dos instrumentos institucionales señalados.

## EL PACTO DE MARRAKECH Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Ambos instrumentos, como se conoce, son documentos internacionales de carácter no vinculante toda vez que no tienen fuerza de ley; tampoco son tratados de obligatorio cumplimiento para los estados ni las instituciones. No obstante, su fortaleza viene del horizonte trazado en tiempos de incertidumbre, de sus orientaciones generales para un futuro –en el que ya los estados no piensan– con soporte en evidencias, susceptibles de mediación en instancias de gestión o entidades de diseño de prácticas administrativas, normativas y de gasto social, que materialicen aspectos asociados, por ejemplo, con el fenómeno global por excelencia como lo es la migración o con el ideal de humanidad que dibuja los ODS especialmente en materia de dignidad y reconocimiento material de derechos. Así pues, que no sean de rango legal no desdeña su aplicación y su aprovechamiento; contrario a ello, nada impide sean válidos y legítimos para ordenar políticas públicas con sujeción a sus orientaciones.

Volvamos, por ejemplo, para ir configurando este marco que nos aproxime al diseño de políticas públicas, al caso de las migraciones. Ciertamente es que taxativamente

te no hay un objetivo de la Agenda 2030 que haga mención a ello. Sin embargo, se menciona explícitamente en varias metas dentro de los ODS, especialmente en relación con los derechos de los migrantes, la movilidad humana segura y las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible. Pues bien, la previsión de los riesgos de las IA que ordena el Reglamento de la UE, clasificándolos, establece una orden que hasta ahora existía como ideal y no como pauta normativa. Al clasificar a una IA que elabore perfiles de personas físicas como de *alto riesgo* obliga a los sistemas de reconocimiento facial al control, limitando su aprovechamiento indiscriminado en la gestión migratoria de fronteras. De la misma forma, traza el Reglamento orientaciones sobre los software de IA en desarrollo en sus respectivos ámbitos de aplicación en procura de su ajuste a las prescripciones normativas, sesgando en principio su diseño hacia prácticas y resultados regulados. De manera que el aprovechamiento de la IA en la gestión de la migración como elemento de política pública ahora reconoce unos límites taxativos, y su adecuación a los ODS relacionados como criterio de valoración así como a los objetivos que señala el Pacto de Marrakech pueden ahora ser más objetivos y auspiciar los objetivos de ambos instrumentos así como el aprovechamiento de la IA con fines de integración y no discriminatorios.

La tabla que sigue continúa con esta exploración relacionando conceptos, artículos y valoraciones propias que sirven para justificar su desarrollo como marco primario para el diseño de políticas públicas. Se identifican los objetivos y metas en el caso de la ODS, aquellos objetivos relacionados en el Pacto de Marrakech y el escenario de IA susceptibles de aplicación con un ejercicio de valoración ajustado a los criterios de riesgo que establece el Reglamento de la IA de la Unión Europea.

La IA es una realidad que ha de asumirse sin reducirla a su dimensión tecnológica y reconociendo sus potenciales sesgos discriminatorios. Encajarla en sus contextos sociales devuelve la posibilidad de sujetarla al control social y orientarla para el mejor aprovechamiento con fines de *hacer sociedad* y el interés público. El reglamento de la IA de la Unión Europea fija unos criterios normativos que favorecen su apropiación para auspiciar políticas que pueden contribuir a desarrollar con eficacia los objetivos de instrumentos tan trascendentes como el Pacto de Marrakech y los ODS.

TABLA 1. *ODS, Pacto de Marrakech y usos de IA en migración y su clasificación de riesgo de acuerdo con el Reglamento de IA de la Unión Europea.*

| ODS                                            | Meta específica sobre migración                                                                                                                                                                                                                           | Previsiones del Pacto de Marrakech sobre Migración                                                                                                                                                                                                                                               | Aplicaciones de IA en políticas migratorias                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico | Meta 8.8: «Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro para todos los trabajadores, incluidos los migrantes, en particular las mujeres migrantes y los trabajadores en condiciones precarias».                                | Objetivo 6: «Facilitar el trabajo decente y el empleo de los migrantes mediante marcos jurídicos que protejan sus derechos y promuevan la integración laboral».<br><br>Objetivo 22: «Establecer mecanismos de portabilidad de prestaciones de seguridad social para los trabajadores migrantes». | <ul style="list-style-type: none"> <li>– IA para evaluar condiciones laborales de migrantes. (Alto riesgo)</li> <li>– Algoritmos para predecir tendencias migratorias por factores económicos. (Riesgo limitado si se suscribe a identificación de tendencias)</li> </ul>                                                                                                      |
| ODS 10: Reducción de las desigualdades         | Meta 10.7: «Facilitar la migración y la movilidad ordenada, segura, regular y responsable de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas».                                                      | Objetivo 3: «Proporcionar información precisa y oportuna sobre las oportunidades y desafíos de la migración para una toma de decisiones informada».<br><br>Objetivo 5: «Asegurar que los procedimientos de contratación sean justos y éticos, evitando abusos y explotación».                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>– IA en control fronterizo con reconocimiento facial. (Alto riesgo o Riesgo inaceptable)</li> <li>– Modelos predictivos para flujos migratorios.</li> <li>– (Riesgo limitado)</li> <li>– Chatbots y asistentes para integración de migrantes en servicios públicos.</li> <li>– (Riesgo limitado si se sustrae a información)</li> </ul> |
| ODS 16: Paz, justicia e instituciones sólidas  | Meta 16.2: «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños».<br><br>Meta 16.9: «Garantizar el acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos». | Objetivo 10: «Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional».<br><br>Objetivo 14: «Reforzar la protección consular y la asistencia a migrantes en situaciones de vulnerabilidad».                                                             | <ul style="list-style-type: none"> <li>– IA para detectar redes de trata y explotación de migrantes. (Alto riesgo)</li> <li>– Sistemas de IA para el registro de identidad digital de migrantes. (Alto riesgo)</li> </ul>                                                                                                                                                      |

Nota: *Elaboración propia, marzo 2025.*

## REFERENCIAS

- ANANNY, M. (2016). Towards an ethics of algorithms: Convening, observation, probability, and timeliness. *Science, Technology & Human Values*, 41(1), 93-117.
- BECKERS, A. & Teubner, G. (2021). *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence*. Hart Publishing.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2023). *Inteligencia Artificial y neuroderechos: La protección del yo inconsciente de la persona*. Aranzadi.
- FERRARIS, M. (2023). *Documanidad: Filosofía del nuevo mundo*. Aliazna.
- HERÁNDEZ PEÑA, J. C. (2022). *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*. Aranzadi.
- HOFFMANN, T. (2020). La erosión de la autonomía privada en la toma de decisiones basada en algoritmos privados. En *Inteligencia Artificial: De la discrepancia regional a las reglas universales* (pp. 197-217). Thomson Reuters Aranzadi.
- HOFMANN, V., Kalluri, P. R., Jurafsky, D. & King, S. (2024). *Dialect prejudice predicts AI decisions about people's character, employability, and criminality* (No. arXiv:2403.00742). arXiv. <https://doi.org/10.48550/arXiv.2403.00742>
- INNERARITY, D. (2025). *Una teoría crítica de la inteligencia artificial*. Galaxia Gutemberg.
- IWASIŃSKI, Ł. (2020). Social Implications of Algorithmic Bias. *Nauka o informacji w okresie zmian. Rewolucja cyfrowa: infrastruktura, usługi, użytkownicy*, 25-35.
- JOHNSON, G. M. (2024). Varieties of bias. *Philosophy Compass*, 19(7), 21.
- ONU. 73/195. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.
- ONU (2015) 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible
- OIT (2021). *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2021*. [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS\\_771675/larg-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771675/larg-es/index.htm)
- RAMÍREZ AUTRÁN, R. (2023). Sesgos y discriminaciones sociales de los algoritmos en Inteligencia Artificial: Una revisión documental. *Entretextos*, 15(39), 1-17. <https://doi.org/10.59057/iberoleon.20075316.202339664>
- SAINZ, A. (2023, noviembre). Historia de humanos y algoritmos. *Telos*, 123, 84-87.
- SIGMAN, M. & Bilinkis, S. (2023). *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*. Debate.
- UNIÓN EUROPEA. 2024 / 1689. Reglamento de la Inteligencia Artificial.



# DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN CONTRATACIONES POR MODELOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

VITAL DE ALMEIDA FILHO, RICARDO  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

La inteligencia artificial (IA) ha transformado múltiples áreas de nuestra sociedad, desde el análisis de datos hasta la selección de personal. A pesar de sus ventajas, la IA puede amplificar sesgos históricos, como lo demuestra el caso de Amazon, donde un sistema de contratación favoreció a hombres. Este fenómeno se repite en otras aplicaciones, como LinkedIn y HireVue, revelando la necesidad de soluciones regulatorias. La Unión Europea aborda estos desafíos con el AI Act, que busca mitigar la discriminación y promover la transparencia en el uso de IA en sectores sensibles.

Palabras clave: *inteligencia artificial; sesgo; contratación; Unión Europea; transparencia.*

## ABSTRACT

Artificial intelligence (AI) has reshaped various sectors, from data analysis to recruitment. Despite its benefits, AI can exacerbate historical biases, as illustrated by Amazon's recruitment system favoring male candidates. This issue appears in other applications like LinkedIn and HireVue, underscoring the need for regulatory solutions. The European Union addresses these challenges through the AI Act, aiming to mitigate discrimination and enhance transparency in the use of AI in sensitive areas.

Keywords: *artificial intelligence; bias; recruitment; European Union; transparency.*

## INTRODUCCIÓN

**D**URANTE LA ÚLTIMA DÉCADA, especialmente en estos últimos años, la idea de inteligencia artificial (IA) ha ido ganando presencia en nuestro entorno con una frecuencia cada vez más continua. Nos encontramos en una época en la que el desarrollo tecnológico avanza de manera exponencial, permitiendo que tareas que antes requerían grandes esfuerzos y energía humana sean realizadas de manera eficiente por sistemas automatizados, incluso en labores que necesitan atención y funciones cognitivas que, hasta hace poco, la máquina no podía sustituir.

Sin embargo, la creación de sistemas de IA ha conseguido, por primera vez en la historia de la humanidad, sustituir trabajos que requieren capacidades mentales para su desarrollo. Nos adentramos en una era en que los sistemas informáticos pueden responder de manera autónoma a prácticamente cualquier pregunta que le podamos plantear. Esto es posible gracias a diversas características encontradas en los algoritmos de modelos de inteligencia artificial.

Por un lado, tenemos el «Big Data», que permite al algoritmo procesar una inmensa cantidad de datos en cuestión de segundos. Por otro lado, la IA aprende a identificar patrones mediante el «Deep Learning», donde el algoritmo «absorbe» un concepto. El modelo coge una definición y la divide en varias «capas», donde se enfoca de diferentes maneras para tener una amplia gama de perspectivas y así entender el concepto desde múltiples puntos de vista. Finalmente, el lugar donde todo este proceso ocurre se denomina «Black Box» (caja negra), término que hace referencia a la opacidad del procedimiento debido a su velocidad y a los múltiples niveles involucrados. De hecho, incluso los propios desarrolladores del sistema encuentran dificultades en identificar exactamente dónde se encuentra cada proceso dentro del modelo. En otras palabras, al combinar las capas de Deep Learning con una gran capacidad de procesamiento de datos (Big Data), resulta difícil determinar con precisión cómo y cuándo el algoritmo forma patrones y genera resultados.

## VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La capacidad de crecimiento exponencial de la IA ha permitido a nuestra sociedad experimentar tanto beneficios como desafíos en nuestra vida cotidiana.

A este punto, es fácil imaginar las múltiples ventajas e inconvenientes derivados de su implementación. Destacamos la capacidad de automatización de tareas repetitivas, la facilitación de transporte y tráfico —como estamos viendo con la función de piloto automático Tesla de Elon Musk (Tesla, s. f.)—, diagnósticos médicos avanzados con un alto grado de personalización o actuar como un «profesor» de paciencia infinita, disponible las 24 horas del día.

Por otro lado, la vigilancia y el procesamiento masivo de datos de la población manifiestan desafíos referentes a la privacidad, a la dependencia tecnológica, a la extinción de trabajos susceptibles de ser sustituidos y a la desinformación que causan los modelos que generan información sin basarse en datos reales. Además de los mencionados anteriormente, existe un desafío que resalta en nuestra línea de investigación: la creación de sesgos y la discriminación que puede generar.

Una IA tiene la capacidad de descomponer y comprender un concepto en múltiples capas; sin embargo, no siempre es posible conocer las conexiones que establece al asimilar diferentes niveles de información. Esto hace que sea fácil pasar por alto ciertos criterios, sesgos, que la IA puede crear relacionando conceptos de manera autónoma. Este riesgo se vio destacado en diversos casos que analizaremos a continuación.

## CASO AMAZON

En 2014, Amazon decidió invertir en el desarrollo de una IA para automatizar la selección de currículums en sus procesos de contratación. El objetivo era, además de agilizar el proceso de contratación, identificar candidatos que pudieran convertirse en valiosos «activos» para la empresa, captando talentos de manera precisa y automática.

Para entrenar esta IA, se utilizó como referencia un conjunto de datos compuesto por los currículums de contrataciones exitosas realizadas por la empresa en los últimos 10 años. La idea era que el modelo aprendiera los patrones de los candidatos más destacados y aplicara este conocimiento al evaluar nuevas solicitudes.

Inicialmente, el sistema parecía funcionar bien, procesando grandes volúmenes de currículums y recomendando a los que consideraba más aptos para los puestos ofertados. Sin embargo, con el tiempo, se detectó que la mayoría de los candidatos seleccionados eran hombres. Esto puso de manifiesto que la IA había desarrollado, autónomamente, un marcado sesgo de género (El País, 2018).

## ORIGEN DEL SESGO

En 2015, al indagar sobre la materia, los desarrolladores se dieron cuenta de que al haber utilizado los currículums de las contrataciones de los últimos 10 años, había una disparidad de género: la mayoría de candidatos contratados eran masculinos, por lo que la IA detectó que el género era un factor a ser considerado en su cómputo de selección (El País, 2018).

Por ejemplo, si un candidato mencionaba haber asistido a una universidad exclusivamente femenina, aunque esta fuera de prestigio, la solicitud era juzgada

injustamente. De forma similar, el sistema penalizaba palabras como «mujeres» en contextos como «equipo deportivo femenino» o «liderazgo de mujeres». Estas decisiones evidenciaban cómo la IA replicaba y amplificaba los patrones históricos de desigualdad (Harvard Technology Review, 2024).

## INTENTOS DE CORRECCIÓN Y FRACASO DEL MODELO

Cuando Amazon identificó el sesgo, emprendió acciones para ajustarlo. Una de las principales medidas consistió en incorporar más currículums de mujeres contratadas a lo largo del tiempo, con el objetivo de equilibrar el conjunto de datos y reducir el sesgo. Este esfuerzo se extendió durante un año, pero los resultados no fueron satisfactorios.

La razón principal del fracaso estaba en la naturaleza del modelo de IA utilizado. Este modelo, de tipo black box, hacía extremadamente difícil para los expertos identificar los puntos específicos en los que el sesgo se había generado. Además, el modelo estaba basado en aprendizaje profundo (deep learning), lo que significaba que el sesgo estaba diseminado a través de múltiples capas de procesamiento. La combinación de estas características dificultó enormemente la detección y corrección de los prejuicios integrados en el sistema. Se asemeja a coger un tanque de agua y verter una gota de petróleo dentro. Luego, intentar retirar la misma cantidad sin un sistema eficaz de filtrado resulta casi imposible, ya que el petróleo se disemina y se integra en la estructura de la mezcla, volviéndola opaca y difícil de separar.

Finalmente, Amazon decidió abandonar el proyecto. A pesar de los esfuerzos realizados, la compañía concluyó que no era viable eliminar por completo el sesgo de género en este modelo de IA (Genbeta, 2018).

## OTROS CASOS DESTACADOS DE SESGOS EN SISTEMAS DE IA

### CASO LINKEDIN

En 2021, LinkedIn enfrentó acusaciones por discriminación de género en su sistema de publicidad de empleo. El algoritmo de inteligencia artificial utilizado para mostrar vacantes de trabajo personalizaba las ofertas de manera diferente según el género de la candidata o candidato. Se detectó que las recomendaciones tendían a favorecer a hombres en ciertos campos profesionales (Chen et al., 2021), mientras que a las mujeres se les sugerían roles de menor nivel, incluso cuando tenían experiencia y cualificaciones similares a las de sus colegas masculinos.

## CASO HIREVUE

HireVue, una plataforma de entrevistas basada en IA, utiliza algoritmos para analizar aspectos como expresiones faciales, tono de voz y comunicación no verbal de los candidatos. El objetivo es evaluar sus capacidades y adecuación para el puesto. Sin embargo, otras organizaciones han criticado esta tecnología por potencialmente perjudicar a ciertos grupos, como personas con acentos no estándar, discapacidades o diferencias en la expresión. Esto podría tener un impacto desproporcionado en minorías raciales y personas con diversidad funcional (El Confidencial, 2019).

Meredith Wittaker, cofundadora del **AI Now Institute**, expresó su preocupación en una entrevista con *The Washington Post*, afirmando:

«Es pseudociencia; una licencia para discriminar. Las personas cuyas vidas y oportunidades están siendo moldeadas por estos sistemas no tienen ninguna posibilidad de influir en la toma de decisiones».

## PROBLEMÁTICAS COMUNES DETECTADAS EN EL USO DE IA EN PROCESOS DE SELECCIÓN

De los casos analizados anteriormente, se pueden identificar varias problemáticas comunes que afectan a los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la selección de personal:

Por un lado, todos presentan sesgos en los datos de entrenamiento. Al entrenarse con datos históricos, y si estos reflejan desigualdades de género, la IA tenderá a replicar los mismos patrones. Así, la elección de un candidato sobre otro en base a atributos neutrales puede ser equívocamente clasificados como «indicadores de éxito».

Además, se observa la existencia de discriminación indirecta. Aunque los algoritmos no necesariamente incluyan explícitamente el género como variable, utilizan proxies que se correlacionan con este, como términos específicos presentes en un currículum o las pausas en la carrera profesional. Por ejemplo, una persona que se ha retirado temporalmente del mercado laboral, algo común entre mujeres debido a la maternidad, puede ser penalizado automáticamente por el sistema, incluso cuando su rendimiento y competencias no se vean necesariamente afectadas.

Enlazando al concepto anterior, un modelo de IA se diseña para centrarse en determinadas características medibles (como años de experiencia laboral, nivel educativo, etc.). Esto perjudica a las mujeres que tienen otro tipo de habilidades tan intangibles como relevantes. Por ejemplo, una madre con mellizos probablemente

conoce mejor el significado de «multitasking» y actuar bajo presión con pocas horas de sueño que otra persona promedio que no haya pasado por la experiencia. En los sistemas autónomos, estas capacidades pasan desapercibidas, a menos que el modelo sea diseñado específicamente para reconocerlas.

Naturalmente, la falta de transparencia en los algoritmos tipo «black box» también tiene un papel significativo en la perpetuación de sesgos, ya que la toma de decisiones de una manera opaca indica que, a menudo, ni siquiera los desarrolladores pueden comprender completamente el proceso de toma de decisiones. En un entorno como la contratación laboral, la falta de transparencia puede significar la repetición de decisiones injustas sin que nadie detecte que el sistema está, efectivamente, discriminando.

Finalmente, estas prácticas tienen un impacto a largo plazo. Como consecuencia de la contratación predominante de hombres en ciertos sectores, las mujeres se verán sistemáticamente descartadas para la contratación, haciendo que menos asciendan en las cadenas corporativas y creando menos representación femenina. Esto reforzaría conceptos problemáticos en cualquier estado democrático, como las brechas salariales y el techo de cristal (limitando sus oportunidades de progreso profesional).

## SOLUCIONES PLANTEADAS

Para abordar las problemáticas identificadas, se hace evidente la necesidad de adoptar diversas medidas que permitan tanto mitigar los sesgos como garantizar la equidad.

Una de las soluciones clave es diversificar los datos de entrenamiento utilizados para desarrollar los modelos. Cuando las bases de datos reflejan una preponderancia masculina, como en algunos de los casos mencionados, se refuerzan estereotipos y se perpetúan desigualdades históricas. Es por ello que se vuelve fundamental garantizar la existencia de datos representativos de todos los géneros y que promuevan una visión equitativa, eliminando así los sesgos inherentes.

Otra acción imprescindible es el fomento de una transparencia algorítmica. Los modelos Black Box inevitablemente acaban ocasionando situaciones de las cuales derivan sesgos. Aumentando la explicabilidad de los modelos, se puede entender cómo toman decisiones, facilitando así posibles ajustes algorítmicos, caso sea necesario. Para ello, existen las Explainable Artificial Intelligence (XAI), que son modelos de inteligencia artificial cuyo objetivo primario es traducir el lenguaje opaco de las Black Box a un dialecto más apto a la comprensión humana.

Dado que estos sistemas de IA tienen la capacidad de crear nuevas conexiones de forma autónoma, se hace igualmente crucial realizar evaluaciones regulares de

equidad. Las auditorías frecuentes son una herramienta indispensable para verificar si los resultados generados por los sistemas son justos. Cuando se detectan inconsistencias o prácticas discriminatorias, es esencial implementar cambios oportunos. En este sentido, la supervisión humana desempeña un papel central, ya que aporta una perspectiva ética y contextual que las máquinas aún no pueden replicar de manera efectiva.

## MEDIDAS IMPLEMENTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA

El Reglamento de Inteligencia Artificial (AI Act) de la Unión Europea establece un marco integral para regular el uso de sistemas de inteligencia artificial, prestando especial atención a aquellos considerados de «alto riesgo», como los empleados en la contratación de personal, dado que representan un riesgo para los derechos fundamentales (AI Act, art. 6, 2024). Este reglamento incluye medidas destinadas a mitigar sesgos de género y otras formas de discriminación, exigiendo que los desarrolladores y usuarios de sistemas de IA mantengan altos estándares de transparencia y expliquen de manera exhaustiva sus procesos de toma de decisiones (AI Act, art. 10, 2024).

Además, los sistemas de IA utilizados en procesos laborales como la contratación deben ser auditados para demostrar que no perpetúan sesgos históricos ni introducen discriminación en sus decisiones (AI Act, art. 17, 2024). Para asegurar la transparencia, el AI Act demanda que las organizaciones que desarrollen o utilicen IA para contratación establezcan procedimientos de supervisión humana y mantengan documentación detallada sobre los algoritmos y datos utilizados (AI Act, arts. 12 y 14, 2024).

La legislación también exige que se realicen evaluaciones de riesgo y que se implementen procesos para asegurar la equidad y la precisión en los resultados generados por estos sistemas (AI Act, art. 9, 2024). A través de estas evaluaciones, la UE pretende reducir la posibilidad de que los algoritmos tomen decisiones sesgadas sin intervención humana, minimizando así los riesgos de discriminación en el lugar de trabajo.

## REFLEXIONES FINALES

La inteligencia artificial no genera sesgos discriminatorios por sí misma; simplemente reproduce los errores que la humanidad ha venido cometiendo durante siglos. Podríamos compararla con un niño que aprende observando a sus padres, aunque con una capacidad de análisis exponencialmente mayor. Esto nos lleva a reflexionar: ¿es la IA realmente el problema, o simplemente actúa como un espejo

que amplifica y evidencia problemáticas profundamente arraigadas en nuestra sociedad, como un machismo institucionalizado desde hace siglos?

El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea representa un avance en la dirección correcta, pero aún queda mucho por hacer. Si se toman las medidas adecuadas y se diseñan modelos con bases sólidas y libres de sesgos, la inteligencia artificial tiene el potencial de convertirse en una herramienta transformadora. Por primera vez, podríamos contar con un sistema capaz de garantizar, de manera objetiva y medible, una sociedad más justa, al menos en el ámbito de las contrataciones laborales, eliminando discriminaciones por género u otros factores.

La clave está en no perder de vista que el cambio no solo depende de la tecnología, sino también de nuestra capacidad para construir un marco ético y normativo que la guíe hacia un uso responsable.

## REFERENCIAS

- TESLA (s. f.). Piloto automático. *Tesla, Inc.* Recuperado de [https://www.tesla.com/es\\_ES/autopilot](https://www.tesla.com/es_ES/autopilot)
- HARVARD TECHNOLOGY REVIEW (2024, septiembre 15). *The continuity of barriers: How AI job recruiters discriminate*. Recuperado de <https://harvardtechnologyreview.com/2024/09/15/the-continuity-of-barriers-how-ai-job-recruiters-discriminate/>
- EL PAÍS (2018, octubre 11). *Amazon y el sesgo de género en la selección de personal automatizada*. Recuperado de [https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884\\_487716.html](https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html)
- GENBETA (2018). *Amazon desecha su IA de reclutamiento por su sesgo contra las mujeres*. Recuperado de <https://www.genbeta.com/actualidad/amazon-desecha-ia-reclutamiento-su-sesgo-mujeres>
- EL CONFIDENCIAL (2019, octubre 24). *Empleo: el algoritmo que escanea tu cara y decide si eres un buen candidato*. Recuperado de [https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-24/empleo-algoritmo-escaneo-facial-333\\_2296488/](https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-24/empleo-algoritmo-escaneo-facial-333_2296488/)
- WITTAKER, M. (2019). «Es pseudociencia; una licencia para discriminar. Las personas cuyas vidas y oportunidades están siendo moldeadas por estos sistemas no tienen ninguna posibilidad de influir en la toma de decisiones». *The Washington Post*. Recuperado de [https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-24/empleo-algoritmo-escaneo-facial-333\\_2296488/](https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-24/empleo-algoritmo-escaneo-facial-333_2296488/)
- CHEN, L., M<sup>a</sup>, R., HANNÁK, A. & WILSON, C. (2021). *Investigating gender bias in LinkedIn's job recommendations* [Manuscrito enviado para su publicación]. arXiv. Recuperado de <https://arxiv.org/pdf/2104.04502>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2024). *Artificial Intelligence Act*. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2024, May 21). *Artificial Intelligence (AI) Act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*. Retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>

# REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: ASPECTOS DE MEJORA

HUERTAS-REDONDO, MANUEL  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

En el momento que el censo del personal asalariado de una empresa y centro de trabajo alcance una cierta dimensión cuantitativa, la comunicación entre la parte social y la empresarial precisa valerse del instrumento de la representación, esto es, a la actuación de un trabajador o de un grupo reducido de éstos que se constituye en interlocutor del empresario en nombre de la colectividad de asalariados. De las diferentes formas de representación que existen, se analizarán las dos más frecuentes –unitaria y sindical– y se propondrán aspectos de mejora en ambas.

Palabras clave: *Representación unitaria; representación sindical; comité de empresa; delegados de personal; sección sindical, delegado sindical.*

## ABSTRACT

As soon as the number of employees in a company and workplace reaches a certain quantitative dimension, communication between the social and business sides requires the use of the instrument of representation, i.e. the action of a worker or a small group of workers who act as interlocutors with the employer on behalf of the collective of employees. Of the different forms of representation that exist, the two most frequent – unitary and trade union – will be analysed and aspects for improvement in both will be proposed.

Keywords: *Unitary representation; trade union representation; works council; staff delegates; trade union section; shop steward; trade union representative.*

## LA REPRESENTACIÓN UNITARIA

EL TÍTULO II DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), regula y diseña a los denominados comités de empresa y delegados de personal. En este modelo de representación la totalidad de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo eligen a sus representantes para un período de tiempo preestablecido de cuatro años (STC 95/1996). La representación que ejercen alcanza a todos los trabajadores sin excepción, hayan o no participado en las elecciones convocadas en orden a su cobertura y cualquiera que sea su afiliación sindical o, aunque no estén afiliados a sindicato alguno (Gárate, 2020, p. 145)

## DELEGADOS DE PERSONAL

El artículo 62.1 ET admite de forma expresa que la representación de los trabajadores corresponderá a los delegados de personal en aquellas empresas o centros de trabajo cuyo número de trabajadores sea menor de cincuenta y mayor a diez —se elegirá a uno para las circunscripciones electorales de hasta treinta trabajadores, y tres para situaciones entre treinta y uno y cuarenta y nueve—. A su vez, en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores podrá haber un delegado de personal, siempre y cuando así lo decidieran éstos por mayoría. Ahora bien, es necesario precisar que: primero, el requisito de la decisión mayoritaria es imprescindible, pero, en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de elecciones sindicales y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita, es decir, tal requisito puede entenderse cumplido no sólo de una forma determinada (promoviendo elecciones), sino también de otras diferentes (interviniendo de forma mayoritaria los trabajadores en la votación); y, segundo, no es posible la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de 6 trabajadores, no cabiendo la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esa vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley (STS de 31 de enero de 2001, rec. 1959/2000). A buen seguro que el legislador ha optado por esta medida por entender que los problemas pueden resolverse por los propios interesados y no llegar a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses colectivos. Sin embargo, desde mi punto de vista, este modelo impide el acceso a la acción de representación a las personas trabajadoras pertenecientes a empresas organizadas en centros de trabajo pequeños, incluso en aquellos casos donde existan plantillas grandes y diversificadas; lo cual deja patente la desigual representatividad sindical existente entre la gran empresa y la mediana y pequeña

empresa, siendo estas últimas las que predominan en el tejido productivo español. En suma, la gran mayoría de los representantes de los trabajadores que existen en España están concentrados en el sector público y en las grandes empresas, lo que deja sin proyección a buena parte del tejido productivo. A mi entender, en aquellos casos en los que en una misma provincia se sume el número de personas trabajadoras necesarias que marca el artículo 62.1 ET para elegir representantes unitarios, el eje del sistema debería ser la empresa y no cada uno de los centros de trabajo existentes en la provincia. De esta manera, el sistema alcanzaría a un mayor número de electorado, tanto en número como en diversidad de sectores empresariales, y la negociación colectiva estaría más descentralizada y acorde a las diferentes profesiones.

## COMITÉ DE EMPRESA

Tal y como reza el artículo 63.1 ET, el comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores para la defensa de sus intereses en empresas o centros de trabajo de 50 o más trabajadores. Si bien, el marco de actuación de estos órganos no es propiamente la empresa, sino el centro de trabajo (Morato y Sastre, 2017, p. 111), entendido en los términos del artículo 1.5 ET, esto es, la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Por tanto, la regla general para la elección de los representantes unitarios es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica.

La excepción a esta regla general la encontramos en el denominado comité de empresa conjunto (art. 63.2 ET), el cual se constituirá en empresas que tengan en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, separadamente considerados, pero que en su conjunto sí los sumen. Para los casos en los que un centro aislado alcance el umbral de los 50 trabajadores, se constituirá su propio comité y los restantes, si entre ellos llegan a ese número, también constituirán su propio comité conjunto. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado la imposibilidad legal de celebrar elecciones sindicales agrupando centros de trabajo de menos de 10 trabajadores (v.gr. SSTs de 11 de febrero de 2015, rec. 2872/2013, de 20 de febrero de 2008, rec. 77/2007). El número de sus miembros y composición se determina según la escala fijada en el artículo 66 ET, conforme al cual su número variará según la plantilla del centro o centros agrupados del siguiente modo: a) de 50 a 100 trabajadores, 5; b) de 101 a 250 trabajadores, 9; c) de 251 a 500 trabajadores, 13; d) de 501 a 750 trabajadores, 17; e) de 751 a 1000 trabajadores, 21; f) de 1000 trabajadores en adelante, 2 por cada mil o fracción, con el máximo de 75.

En realidad, los comités de empresa son los protagonistas de las relaciones colectivas a nivel de empresa y de centro de trabajo. Los acuerdos y los convenios

colectivos correspondientes a estos ámbitos se han negociado, por el banco social, normalmente a través de estas estructuras representativas. Estos acuerdos poseen eficacia personal general o erga omnes y eficacia normativa (arts. 37.1 CE y 82.3 ET), es decir, se aplican a toda la unidad de negociación, con independencia de quiénes sean los sujetos negociadores o de que los trabajadores incluidos se hallen afiliados o no a los sindicatos pactantes, siendo, por tanto, fuente de Derecho objetivo y rigiendo los principios de automaticidad e imperatividad. Pues bien, esta aplicación directa de los acuerdos colectivos a todas las personas trabajadoras produce un desincentivo a la afiliación sindical; no en vano, en España tan solo un 14 % de estas personas estaban afiliadas a un sindicato –un 16 % menos que la media de los países analizados– (OCDE, 2019), cifra que cae hasta el 3 % si atendemos a la población menor de 30 años. Además, esta escasa afiliación produce un modelo sindical excesivamente subordinado a los fondos públicos, que les hace perder su independencia y transparencia. A mi entender, se debería plantear una transformación en su financiación basada exclusivamente en dos fuentes: la primera, mediante las cuotas de sus afiliados; y, la segunda, a través de actuaciones jurídicas y asistenciales, como pueden ser, por ejemplo, cursos de formación, promoción de viviendas a precio reducido, o incluso una transposición del modelo Ghent de los sindicatos escandinavos.

## LA REPRESENTACIÓN SINDICAL

En principio, los sindicatos pueden desarrollar la actividad sindical en las empresas y centros de trabajo de acuerdo con sus propios criterios y estrategias. Sin embargo, ha sido el Título IV de la LOLS el que ha establecido un marco legal para este tipo de representación, reconociendo y protegiendo la acción sindical dentro de la empresa, a la par que introduce expresamente el sistema de doble canal de representación. Las instituciones de representación sindical son dos: la sección sindical (art. 8 LOLS) y el delegado sindical (art. 10 LOLS), las cuales pasaremos a analizar, sucintamente, a continuación.

### SECCIONES SINDICALES

La sección sindical es una instancia organizativa interna del sindicato, que se constituye en una empresa o centro de trabajo, estando integrada por los afiliados de un sindicato en dicho ámbito (Preciado, 2015, p. 15); y que también funciona como una representación externa a la que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa. La determinación del ámbito de la sección sindical (centro de trabajo o empresa) corresponde definirlo al propio sindicato, como facultad de autoorganización interna

incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical. En definitiva, las secciones sindicales tienen una doble vertiente, en tanto que son, de un lado, organismos internos del sindicato y, de otro, organismos de representación de los trabajadores en la empresa (STC 173/1992).

Todas las secciones sindicales gozan de las siguientes prerrogativas: recibir la información que le sea remitida por su sindicato [art. 8.1.c) LOLS]; celebrar reuniones previa notificación al empresario, recaudar cuotas sindicales y distribuir información al resto de trabajadores, siempre que tales actividades se realicen fuera de las horas de trabajo y no perturben la actividad normal en la empresa [art. 8.1.b) LOLS]; presentación de candidaturas en las elecciones a órganos de representación unitaria [art. 2.2.d) LOLS]; ejercicio del derecho de huelga [art. 2.2.d) LOLS]; promoción de conflictos colectivos cuando tengan implantación suficiente en el ámbito y no exceda su representación [art. 2.2.d) LOLS]; y emprender acciones judiciales y administrativas para la defensa de sus derechos [art. 2.2.d) LOLS].

Personalmente considero que el ordenamiento jurídico estimula que la acción sindical sea desempeñada en mayor medida por la representación unitaria de las personas trabajadoras, al tener sus acuerdos una eficacia erga omnes, que por las secciones sindicales o el sindicato. Tan solo tendrán protagonismo directo las secciones sindicales o el propio sindicato de empresa en ámbitos de gran afiliación de los trabajadores y siempre que el sindicalismo haya optado por esta estrategia. Una manera de corregir este monopolio de la acción sindical sería a través de un reparto de funciones entre ambas representaciones, esto es, el comité de empresa y los delegados de personal ejercerían de forma exclusiva los derechos de información, consulta y participación sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar a las personas trabajadoras; mientras que, por su parte, las secciones sindicales tendrían el derecho a la negociación colectiva y la gestión de conflictos, o sea a la promoción de conflictos colectivos y a la declaración de huelga. Además, tenemos como ejemplo en Europa la estructura dual alemana donde los comités de empresa son los que disfrutan de los derechos de información y participación, así como de la cogestión en la ordenación de la empresa (Däubler, 1976, p.5), y serán los delegados sindicales, elegidos por los afiliados a su sindicato, los que tienen como misión la de informar al personal, impulsar los objetivos sindicales en las empresas y, en su caso, la conflictividad laboral.

## DELEGADOS SINDICALES

Según indica el artículo 10 LOLS, el delegado sindical o delegado LOLS es el representante de la sección sindical en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, siempre que el sindicato tenga presencia en el comité de empresa o los órganos de representación de las AA.PP., y que sea elegido por

y entre los afiliados al sindicato en la empresa o centro de trabajo. Son tres, pues, los requisitos que deben concurrir para la existencia del delegado sindical. El primero, deben existir más de 250 trabajadores en la empresa o centro de trabajo de referencia, siendo el momento de hacer el cómputo de trabajadores –cualquiera que sea su contrato de trabajo– aquel en el que el sindicato designe al delegado sindical. El segundo de los requisitos consiste en la necesidad de que el sindicato debe tener presencia en los órganos de representación unitaria, lo cual supone que, si un sindicato se autoexcluye de la participación en dichos órganos, queda igualmente autoexcluido al derecho a ser representado por delegados sindicales. Por último, el tercero de los requisitos consiste en la necesaria comunicación al empresario, es decir, el sindicato que quisiera nombrar a uno o varios delegados sindicales debe comunicar su decisión al empresario, cuyo conocimiento es necesario para que alcancen efectividad los derechos y garantías que corresponde a aquél (Preciado, 2015, p. 41).

En cuanto al número de delegados sindicales, el artículo 10.2 LOLS indica que en aquellas secciones sindicales que hayan obtenido el 10 % de los votos en las elecciones al comité de empresa, el número de trabajadores determinará también el número de éstos. Así, en empresas de 250 a 750 trabajadores será uno, de 751 a 2.000 trabajadores serán dos, de 2.001 a 5.000 trabajadores serán tres, y de 5.001 en adelante serán cuatro. Ahora bien, las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10 % de los votos estarán representadas únicamente por un delegado sindical.

De lo dicho hasta aquí queda meridianamente claro que tanto la representación unitaria como la representación sindical son manifestaciones de la representación sindical, que coexisten en la misma empresa o centro de trabajo, susceptibles de alterar los derechos de los trabajadores representados, bien sea mediante los comités de empresa o delegados de personal, o sea a través de las secciones o delegados sindicales. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores contiene una regulación legal suficientemente detallada de la representación unitaria como para que apenas admita matizaciones a nivel de convenios colectivos (Molero, 1996, p. 327), mientras que la representación sindical está regulada en la LOLS de un modo menos detallado y con frecuencia reforzada por la negociación colectiva. Como consecuencia de lo anterior, a la hora de elegir a la RLT existe un procedimiento sumamente formalizado en los artículos 69-76 ET y en el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre; mientras que la representación sindical será elegida, o por lo menos debería serlo por los afiliados al sindicato oportuno (art. 7 CE y art. 10 LOLS), es decir, la representación sindical está regulada por las normas internas de cada uno de los sindicatos. Esto implica, en la práctica, que serán los propios dirigentes de los sindicatos y/o los miembros de la representación unitaria, sin consultar al resto de la sección sindical, quienes designarán a los delegados sindicales, llegando

incluso a acumular en una misma persona su condición de miembro del comité de empresa y delegado sindical con el único fin –a mi entender– de sumar dos créditos horarios. Por esta razón, sería conveniente establecer un procedimiento donde se garantice a todos los electores –afiliados y afiliadas a un sindicato– el poder escoger a sus representantes sin la injerencia de terceros. Este procedimiento podría estar basado en la necesidad de un quorum de afiliados, esto es, para la elección de los delegados sindicales debería existir un número mínimo de afiliados cuya presencia resultara necesaria para sesionar válidamente su elección.

Este modelo dual de representación que existe en España, como ya se ha dicho, está restando protagonismo a los sindicatos en las empresas y otorgando una preponderancia de la representación unitaria frente a las secciones y delegados sindicales. La propia normativa laboral que acabamos de analizar estimula que la acción sindical sea llevada a cabo con mayor protagonismo por el comité de empresa y por los delegados de personal, aun cuando esta representación unitaria puede existir en casi todas las empresas con más de 5 trabajadores, a diferencia de la representación sindical que sólo tendrá relevancia sindical en aquellas que cuenten con un censo de más de 250 trabajadores. Sin duda esta fragmentación sindical incide directamente en la tutela al derecho fundamental de libertad sindical, siempre y cuando consideremos que sólo le corresponde su protección a la representación sindical y a sus afiliados.

## REFERENCIAS

- DÄUBLER, W. (1976). La coestión en los órganos de la Empresa en la experiencia de la República Federal Alemana. *Revista de Política Social*, 5-15.
- GÁRATE, J. (2020). *La representación de los trabajadores y de los empresarios en las relaciones colectivas de trabajo*. Albacete: Bomarzo.
- MOLERO, C. (1996). *Derecho Sindical*. Madrid: Dykinson.
- MORATO, R. & SASTRE, R. (2017). *Una aproximación al derecho sindical*. Salamanca: Ratio Legis.
- OCDE (2019). Perspectivas de empleo de la OCDE 2019: El futuro del trabajo. En *Publicaciones de la OCDE*. Paris.
- PRECIADO, C. (2015). *Concepto de secciones sindicales y delegados sindicales*. Albacete: Bomarzo.



# DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA



# MUJERES EMBARAZADAS, LACTANTES Y MADRES DE HIJOS MENORES DE 5 AÑOS EN PRISIÓN

MARTÍNEZ CAMPOS, LUIS DAVID; GAONA CANTE, MARTHA  
*Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México*

*Mujeres que son condenadas a vivir en la marginación y el olvido gubernamental;  
arrastran a sus hijos a su suerte en los centros de reclusión.*

## RESUMEN

El presente trabajo se diseñó para generar conocimiento sobre el menoscabo y efectos nugatorios de la administración estatal o federal, en contra de los derechos humanos de las mujeres embarazadas, lactantes, o criando a sus menores hijos de hasta los 5 años de edad en internamiento en alguna de las prisiones del sistema penitenciario mexicano, ya sea porque están sujetas a proceso o están compurgando una sentencia.

Son mujeres sujetas a un proceso penal estando embarazadas o ya se encuentran procesadas y cumpliendo la sentencia, se embarazan en este periodo, como pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. En ambos casos, enfrentan nuevos retos; es decir, además del internamiento en los distintos Centros de Readaptación Social (CERESOS) y Centros Federales de Reinserción Social (CEFERESOS), deben gestar su embarazo y los primeros años de crianza de los hijos nacidos en internamiento, de la mejor manera posible.

En este sentido, La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece en su artículo 1 «la obligación de todas las autoridades de los tres niveles de gobierno y de los tres poderes de la unión a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad» (H. Congreso, 1917), pero solo basta observar la situación de las mujeres en reclusión, para encontrar una realidad distinta a la señalada en la normativa; una ineficaz protección a los derechos humanos de las mujeres en internamiento y sus

hijos, pues no solo se afectan sus derechos humanos, sino además, el acceso a la salud y el interés superior de la niñez por parte de las autoridades.

De igual manera, la indiferencia y la estigmatización de la sociedad, quien las identifica como enemigas o delincuentes y por lo tanto, deben sufrir en reclusión un merecido castigo, desprendiéndolas de todo rasgo de humanidad, a pesar de tener sus derechos consagrados, en los artículos 1 y 4 párrafos II, III y VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (H. Congreso, 1917)

Palabras clave: *Derechos Humanos; mujeres internas; prisiones; embarazo en prisión; lactancia en prisión; derecho de acceso a la salud; interés superior del menor.*

## ABSTRACT

This work was designed to generate knowledge about the damage or nullifying effects that the state administration has on human rights against women who are pregnant, nursing, or raising their minor children up to 5 years of age and who are incarcerated in one of the prisons of the Mexican penitentiary system, either because they are subject to trial or are serving a sentence. Women who were subject to a criminal process while pregnant or who are already on trial and serving a sentence and become pregnant at this time; in the full exercise of their sexual and reproductive rights, in both cases they face a new challenge in addition to prison confinement, to complete their pregnancy and the first years of raising children born in confinement in the best possible way.

In this sense, although the Political Constitution of the United Mexican States establishes the obligation of all authorities at the three levels of government and the three powers of the union to promote, respect, protect and guarantee human rights in accordance with the principles of universality, interdependence, indivisibility and progressiveness, it is enough to only observe the situation of women in prison to find a different reality; an ineffective protection of the human rights of women in prison and their children, not only of their human rights but of access to health and the best interests of the child by the authorities, as well as the indifference of society that identifies them as enemies or criminals who suffer a deserved punishment in prison, depriving them of any trace of humanity, despite the fact that their rights are enshrined in articles 1 and 4, paragraphs II, III and VIII of the Political Constitution of the United Mexican States.

Keywords: *Human rights; female inmates; prisons; pregnancy in prison; breastfeeding in prison; right of access to health; best interests of the child.*

## LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

**E**S TRABAJO DE LOS ESTADOS MODERNOS autodefinidos como «*democráticos y humanistas*», el potencializar los derechos humanos; México entre estos estados ha establecido en su artículo primero constitucional:

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; también establece que todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la misma constitución y con los tratados internacionales de la materia *favoreciendo* en todo tiempo a las personas la protección más amplia. finalmente establece la responsabilidad y obligación para todas las autoridades, en el ejercicio de sus funciones y competencias asignándoles la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Pero el ejercicio pleno de estos derechos, incorporan el ejercicio de otros; es decir, la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no incorpora en su extenso texto el término «Derechos Sexuales y Reproductivos»; tampoco encontraremos alguna referencia aislada de cada termino como los «derechos sexuales» o los «derechos reproductivos», lo cierto es, ni de manera aislada ni en conjunto encontramos una definición como tal, en definitiva, no forman parte del texto constitucional. Por otra parte, si no están explícitamente en el texto constitucional, ello no quiere decir, no estar contemplados en el sistema positivo jurídico mexicano vigente. Si se analiza el orden constitucional mexicano veremos como tales derechos están incorporados en distintos contextos normativos protectores de la sexualidad y la reproducción.

Si se entiende a los «derechos sexuales» y a los «derechos reproductivos» como los derechos protectores de la sexualidad y de la reproducción, por supuesto, forman parte del orden constitucional. La discrepancia entre lo protegido por la constitución y la forma en cómo explicita esa protección, es de carácter terminológico y puede entenderse si se ahonda en la historia del término «derechos sexuales y reproductivos» (Vela Barba, 2017).

Pero sin importar la nomenclatura técnico-jurídica asignada, debemos considerar la existencia de varios derechos en el sistema jurídico mexicano cuyo propósito es proteger el derecho a la sexualidad y a la reproducción.

Al respecto, si se hace una revisión hermenéutica de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encon-

tramos múltiples aspectos de la sexualidad y de la reproducción tutelados por esos instrumentos, por ejemplo: el derecho a la libertad, a la salud y a la igualdad; estos constituyen los tres principales derechos, en cuyo ámbito de protección, de forma indirecta pero contundente, protegen derechos sexuales y reproductivos y por lógica jurídica están reconocidos en las leyes federales y estatales del país, como es el caso de las leyes de salud de las entidades federativa de México.

Lo anterior, encuentra su fundamento e importancia en el trabajo jurisdiccional, donde al aplicar al caso concreto el conocimiento dogmático acerca de ellos, el juzgador debe velar por la protección de esos derechos; por ejemplo, en la jurisprudencia emitida por la SCJN, en Tesis: 2a. CXXXVII/2016 (10a.) y Registro digital: 2013383 en la cual se establece:

La inclusión de la garantía del derecho de acceso a la información a los menores de edad respecto a cuestiones de sexualidad, así como a métodos anticonceptivos, no pugna en sí y por sí misma con el interés superior del menor, ni genera un ambiente nocivo para su desarrollo, pues la información y acceso a los referidos insumos de salud no resultan indiscriminados para toda etapa de la infancia, ni incluyen todo tipo de contenidos que resulten inapropiados para la niñez, (Nación, 2016)

De la jurisprudencia anterior, es posible desprender la importancia de la educación sexual, la cual, de ninguna manera es nociva para los menores de edad, por no afectar su sano desarrollo psicosexual. Por otra parte, el sano desarrollo psicosexual y reproductivo está protegido en leyes federales o locales, pero de igual manera, el máximo Tribunal de México, la SCJN genera jurisprudencia para resolver las dudas generadas procesalmente en los litigios y brinda una guía para resolverlas.

Entre los principales Derechos Sexuales y Reproductivos en México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) reconoce a:

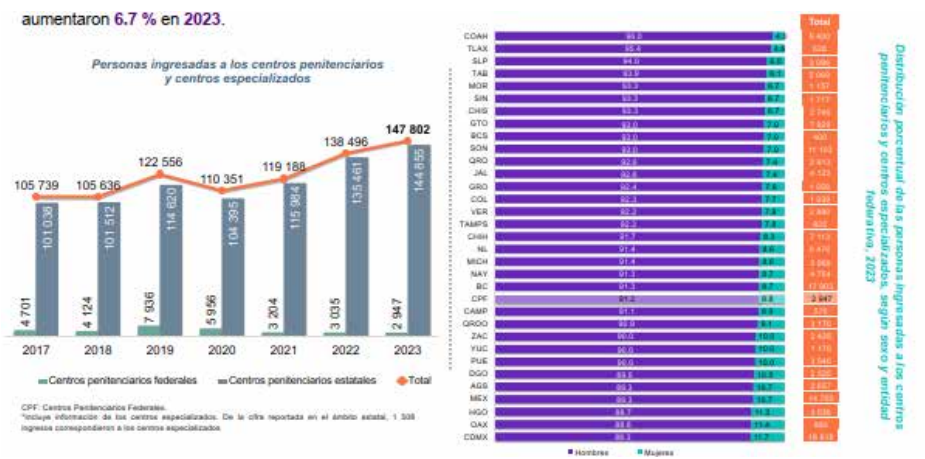
Derecho a la libertad y autonomía sexuales: incluye cualquier forma de expresión de la sexualidad que no afecte los derechos de otras personas y sea lícita. Derecho a la información y educación sobre sexualidad basada en evidencia científica. Derecho a la salud sexual, que no se refiere solo a la ausencia de enfermedades o infecciones de transmisión sexual, sino a la posibilidad del disfrute pleno de la propia sexualidad, incluyendo los servicios de salud sexual y reproductiva y los insumos para su protección, como condones y los anticonceptivos, entre otros. Derecho a decidir libremente sobre ejercer o no la reproducción. Derecho a vivir conforme a la propia orientación sexual y a la libre expresión de la misma. Derecho a vivir conforme a la propia identidad de género y a la libre expresión de la misma. Derecho a la equidad sexual, libre de discriminación por sexo, género, orientación sexual, edad, origen étnico, clase social, discapacidad, etcétera. Derecho a la privacidad y la intimidad, incluyendo la relativa a la propia sexualidad. Derecho a procurar el placer sexual. Cualquier forma de obtener placer sexual es legítima, siempre y cuando no afecte

los derechos de los demás y sea lícita. Además, es fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual. Derecho a la libre asociación sexual: la elección de pareja sexual, duradera o efímera es una cuestión individual y sólo está sujeta a la aprobación de la otra parte involucrada, incluyendo el matrimonio y el divorcio (CNDH, 2024)

LA POBLACIÓN PENITENCIARIA FEMENIL EN EDAD REPRODUCTIVA

Para estar en condiciones de establecer un escenario mas real es necesario establecer el total de mujeres que se encuentran en reclusion y de ellas, las que se encuentran en edad reproductiva y que son susceptibles de iniciar un embarazo, puerperio, lactancia y criar a sus menores hijos hasta la edad permitida según el centro de internamiento en que esten recluidas. Para esto debemos atender a las mejores fuentes de informacion que se diponen en mexico y la mejor es indudablemente el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica (INEGI), el cual en su informe denominado; Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024, en el cual se informa que Durante 2023, ingresaron 2,947 personas a los centros penitenciarios federales y 144,855 a los centros penitenciarios estatales; \*Incluye información de los centros especializados. De la cifra reportada en el ámbito estatal, 1,508 ingresos correspondieron a los centros especializados del total nacional (147,802), 91.4 % fueron hombres y 8.6 % mujeres. Comparado con 2022, los ingresos aumentaron 6.7 % en 2023 (ver Figura 1).

FIGURA 1.



Nota: INEGI Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024.

Citando al mismo informe; al cierre de año 2023, 233 277 personas se encontraron privadas de la libertad/ internadas en los centros penitenciarios federales y estatales (232 003 adultos y 1 274 adolescentes). De este total, 20 852 (8.9 %) correspondieron al ámbito federal y 212 425 (91.1 %) al estatal. Además, del total 94.3 % fueron hombres y 5.7 %, mujeres. Con respecto a 2022, se registró un aumento de 3.2 % en el total de la población privada de la libertad/ internada (ver Figura 2).

FIGURA 2.



Nota: INEGI Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024.

En el mismo periodo, estado de México concentró 15.1 % de la población privada de la libertad es decir 35,325 personas. Por su parte, los centros penitenciarios federales concentraron 8.9 % del total de la población, es decir 20,852 personas. Los estados de Sonora y Baja California destacan como la entidad con mayor tasa de hombres y mujeres privados de la libertad por internamiento: con 669 y 614 por cada cien mil hombres, así como 39 y 33 por cada cien mil mujeres, respectivamente. De acuerdo con el estatus jurídico de las personas privadas de la libertad por internadas en los centros penitenciarios y centros especializados, 86,984 personas se encontraban sin sentencia o bajo Medida cautelar de internamiento preventivo, 17,202 personas con estatus no definitivo, 125,281 personas contaron con estatus definitivo y para 3,810 personas no se identificó el estatus.

Comparado con 2022, la población privada de libertad por internamiento penitenciario con sentencia aumentó 6.2 %, mientras que la población sin sentencia disminuyó 1.5 % en 2023. En 2023, 37.3 % de la población privada de la libertad/ internada no contó con una sentencia. En el caso de los hombres, dicha proporción correspondió a 36.7 %, mientras que para las mujeres fue de 46.9 por ciento. Del total de población privada de la libertad sin sentencia, 44.3 % se encontraba

en prisión preventiva oficiosa, 32.5 % en prisión preventiva justificada, 3.5 % en otro supuesto jurídico y para 19.7 % no se identificó el tipo de estatus jurídico. En cuanto a la población privada de la libertad con sentencia, en los centros penitenciarios, 20.7 % (28 600) de los hombres y 17.9 % (1 255) de las mujeres recibieron penas privativas de la libertad de 5 a menos de 10 años. A continuación se presentan las características sociodemográficas que presentó la población privada de la libertad por internamiento penitenciario en los centros penitenciarios y centros especializados.

Como ya es posible determinar con el análisis de los datos presentados podemos inferir que el mayor porcentaje de mujeres en reclusión es de entre los 18 y 45 años; este mismo porcentaje de edad guarda relación con una escolaridad con que cuentan, siendo de analfabetas hasta licenciatura y el mayor número de internas se encuentra en penales estatales o del fuero común aunque el delito mayor son los relacionados con el narcotráfico y el secuestro. Con esta información se han establecido los números en los que nuestra población de riesgo se encuentra comprendida; según la autora Ana Beatriz López González; *«Las mujeres que se encuentran privadas de la libertad suelen llegar a los Centros Penitenciarios por cometer delitos patrimoniales, contra la salud, libertad personal y/o vida de terceros, la integridad personal, así como con el desarrollo libre de personalidad, también se han involucrado en situaciones de delincuencia organizada, en materia migratoria, sexual. Aunado a delitos relacionados con la falsificación, recursos de procedencia ilícita, corrupción y que atenten contra la seguridad pública, el derecho a una vida libre de violencia aunado a casos relacionados con procuración y administración de justicia»* (Beatriz, 2015).

## LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN RECLUSIÓN PENITENCIARIA Y SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

Ahora bien, hablemos de los mismos derechos analizados de manera muy rápida en el capítulo primero, pero antes, imaginemos por un momento la dificultad que puede tener cualquier ciudadano para ejercer estos derechos, la complejidad que rodea este ejercicio no solo por la incapacidad o por la falta de interés de las autoridades, o por el desconocimiento de una gran sector de la población, o por innumerables factores que hacen imposible el ejercicio ya sea pleno o total de estos derechos, ahora imaginemos la situación de las mujeres en reclusión, entonces cobraremos conciencia de lo difícil que es para estas mujeres ejercitar estos derechos, o hacerlos vales, cuando sus necesidades prioritarias o básicas no son debidamente atendidas.

Para establecer de una manera más técnica y real esta situación atenderemos dos de los informes en materia de mujeres en reclusión penitenciaria emitidos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, (CNDH), iniciando con el **«Informe**

especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la república mexicana» de 2013, en su apartado E, Punto 1, numeral 43, **la Comisión informa...** *En la mayoría de los establecimientos que alojan población femenil y varonil la atención médica es deficiente, puesto que no existen instalaciones específicas para mujeres, ello implica que las mujeres sean atendidas, si es el caso, en el mismo lugar que los varones. El punto 44 Informa; Se observó que los siguientes establecimientos carecen de personal médico suficiente para atender a la población en general, y no cuentan con especialistas para la atención específica de las mujeres. El punto 45 señala que: En los establecimientos penitenciarios exclusivos para mujeres, existen algunas deficiencias relacionadas con la prestación del servicio de salud a la población interna, ya que en el caso del Centro de Readaptación Social Femenil Aguascalientes, no se cuenta con suficiente instrumental médico; en el similar de Saltillo, no existe unidad odontológica, ni hay suficiente personal médico y psicológico para atender a las internas; y el Centro Estatal para la Reinserción para Sentenciados No. 4 «Femenil» Tapachula, Chiapas, no tiene personal médico ni material de curación suficiente. El punto 46 informa que: Por otra parte, en el Centro Femenil de Readaptación Social Santa Martha Acatitla, se observó que el mobiliario e instrumental médico presentan deterioros; el Centro Femenil de Readaptación Social Tepepan, carece de instrumental médico. El numeral 47 afirma que: El Centro de Reinserción Social Femenil de Atlacholaya, Morelos presenta deficiencias en la unidad odontológica, cuenta con escaso personal y el material de curación y medicamentos es insuficiente; el Femenil de San José El Alto, Querétaro, carece de instrumental médico; y en el similar de Nogales, existen deficiencias relacionadas con la falta de personal y una adecuada atención médica a sus necesidades específicas, especialmente aquellas propias de su género (CNDH, 2013).*

Por lo que hace al «Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la república mexicana» del 2015, en su inciso e), en el punto 49 señala: De acuerdo con la información proporcionada por las autoridades responsables de los establecimientos visitados, en 10 centros de los estados de Baja California, Chiapas, Distrito Federal, Jalisco, Nayarit, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas, no se permite la estancia de menores de edad con sus madres internas, lo que por supuesto vulnera el derecho de los menores de estar y convivir con sus madres, así como el interés superior de la infancia. **En el punto 50 afirma.** Por otra parte, el personal que realizó las visitas de supervisión observó la presencia de menores de edad en 51 centros de reclusión; sin embargo, la estancia de estos menores únicamente se permite cuando nacen mientras sus madres se encuentran internas, hasta una edad determinada que, dependiendo de cada establecimiento, oscila entre los seis meses y los seis años de edad, aunque se tuvo conocimiento de que en los establecimientos de Acapulco

de Juárez y Chilpancingo de los Bravo, ambos en Guerrero, los menores de edad pueden permanecer hasta los 8 y 12 años de edad, respectivamente.

En el **inciso f)** la Comisión informa que: existe una gran falta de apoyo para que los menores de edad que viven con sus madres accedan a los servicios de guardería y educación básica. **Punto 51.** En 53 establecimientos en los que se permite la estancia de menores de edad con sus madres, ubicados en Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, no se brinda apoyo para que tengan acceso a los servicios de guardería y/o educación básica mientras permanecen en esos lugares.

Este mismo informe en su apartado **C. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD** **Inciso a) Irregularidades en la prestación del servicio médico punto 54.** En 73 de los 77 centros visitados, se observaron irregularidades en materia de prestación de servicios médicos que impiden brindar a las mujeres una adecuada atención en esta materia. **Punto 56.** Aunado a lo anterior, la mayoría de los establecimientos visitados carece de atención médica especializada para los padecimientos propios de las mujeres, así como de los menores que viven con ellas, quienes en el mejor de los casos son atendidos por médicos generales cuando lo requieren. **Punto 57.** Como en el caso de los varones, en los centros o áreas femeniles existe una serie de carencias en materia de servicios médicos, tales como la falta o insuficiencia de personal médico y de enfermería, área de hospitalización, mobiliario, equipo, instrumental y medicamentos. Asimismo, la inexistencia o irregular implementación de campañas para la prevención y detección oportuna del cáncer de mama y cervicouterino, enfermedades propias de la mujer y del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), así como de programas de planificación familiar. **En el punto 58.** Se establece que también se detectaron casos en los que el personal médico no integra adecuadamente los expedientes clínicos, se abstiene de practicar certificaciones de integridad física a las internas sancionadas y acudir a las áreas donde son alojadas para verificar su estado de salud o bien, no supervisa la preparación de los alimentos. Las anomalías en materia de atención médica mencionadas en este apartado y que presentan los centros visitados se encuentran detalladas en el documento fuente de información (Humanos, 2015).

Después de conocer estas estadísticas no es difícil establecer el panorama que le espera a una mujer que; ya sea porque al momento de ser detenida ya se encontraba embarazada, porque decidió embarazarse o simplemente porque se descuido en las visitas conyugales o de pareja, comienza con el proceso de gestación, el cual debe o debería ser uno de los momentos de su vida mas sobresalientes, lleno de seguridad y estabilidad del seno de una familia pero por el contrario será un proceso lleno de

incertidumbre, miedo, de estrés y angustia por no saber si se contara con los servicios médicos ginecobstétricos necesarios, si llevara un embarazo fuera de peligros no solo médicos sino también los peligros propios de la reclusión penitenciaria, si deberá pagar «PISO» para estar mas cómoda y si contara con los recursos económicos para efectuar los pagos para las comodidades que venden las encargadas del autogobierno, entonces un embarazo como interna penitenciaria esta afectado de mayor estrés y problemas que los que vive una mujer en su misma situación medica pero fuera de reclusión.

Si bien, en México se presentó una reforma Constitucional en el año 2011, esta marco un verdadero cabio estructural en el tema de Derechos Humanos y su eficacia frente a los órganos del estado, sin embargo, a la fecha existe omisión por parte de las autoridades mexicanas no solo de juzgar sino de dictar sentencias y medidas de reinserción social con perspectiva de género, es decir, los espacios con los que cuenta el estado para que las mujeres en internamiento penitenciario que estén embarazadas, lactando o en crianza de niños menores de 5 o 6 años; dependiendo del reglamento del centro, no son óptimos o idóneos para el embarazo, parto, puerperio, lactancia y crianza de menores en sus primeros años de desarrollo y esto obedece a que generalmente las cárceles o centros de reinserción se diseñan para una alta población masculina y una menor población femenina, a las cuales se les asigna una proporción de espacio muy reducida y sobre este; de por si limitado espacio, se le acondiciona un área para las mujeres en crianza mientras que las embarazadas siguen en población femenil normal y con un seguimiento medico limitado o inexistente, tampoco hay lactarios ni áreas de atención psicológica o psiquiátrica, no existen tampoco farmacias ni tiendas que tengan a la venta de productos sanitarios de primera necesidad para atender efectos de los embarazos ni la atención preventiva de las posibles heridas quirúrgicas por episiotomía y otros tratamientos quirúrgicos posparto; no existen áreas de atención alimentaria y educativa ni de esparcimiento para los menores; la pregunta es, entonces ¿que ofrecemos?.

Las mujeres en internamiento penitenciario llegar a estos Centros por la comisión de muchos delitos patrimoniales, contra la salud, libertad personal y o con la vida de terceros, la integridad personal, así como con el desarrollo libre de personalidad, también es muy común que se hayan involucrado en situaciones de delincuencia organizada, lo que se va convirtiendo en una de las causas más común, incluso se relacionan en delitos en materia migratoria o sexual; en otros estados del país las mujeres detenidas y procesadas se relacionaron a delitos relacionados con la falsificación, recursos de procedencia ilícita o del ORPI, corrupción y los que atentan contra la seguridad pública. Según la autora Ana Beatriz López González es importante mencionar que *las diferencias de género asignadas a hombres y a mujeres tiene un efecto directo en los patrones de conducta delincriminal entre unos y otros, es decir, el rol que juega la mujer en los hechos delictivos tiende a reproducir los roles*

*socialmente asignados en las actividades lícitas asignadas a las mujeres en la sociedad* (Beatriz, 2015).

La carencia de espacios exclusivos para mujeres, según los datos obtenidos, es alarmante menos de la tercera parte de los centros cuenta con un área de desenvolvimiento. A esto se suma que en México solo existen 18 Centros estatales exclusivos para mujeres, 1 Centro Federal y 91 centros mixtos, a pesar de que la ley establece separar a la población, lo que reduce las posibilidades de tener espacios destinados para el sano desarrollo de las infancias, y también limita los procesos de reinserción social a los cuales la madre tiene derecho para integrar en su proyecto de vida. Según la ONG «El Observatorio de Prisiones» existen asociaciones y colectivos, tal como Reinserta, que luchan para crear, gestionar y obtener espacios que ofrezcan servicios, estancias, ludotecas y comedores para generar un ambiente de desenvolvimiento. Son diversos los motivos de la falta de dichos espacios pues la corrupción y desviación de recursos es un factor principal para la desprotección de los niños y las niñas (Prisiones, 2024).

Dentro de las prisiones mexicanas existen dos clases de servicios especializados: por un lado, **áreas de maternidad** y por otro, **espacios para educación temprana** de los y las niñas. Pero cabe señalar que estos espacios se localizan únicamente en algunas prisiones o centros de reinserción de distintas entidades de la república.

En el caso de áreas de maternidad, hay por lo menos registradas 13 en todo el país. La entidad con más áreas es San Luis Potosí, con 2, mientras que Coahuila, Chihuahua, Ciudad de México, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Querétaro y Yucatán poseen una, de acuerdo con datos del Censo nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales ((INEGI), 2021). Veracruz, a pesar de ser uno de los cinco estados con más niños y niñas viviendo en prisión no posee ningún área específica para ellos.

Los 27 espacios de educación temprana para los y las hijas de mujeres privadas de libertad en México, se encuentran principalmente en Michoacán (12), en tanto que, en Coahuila, Chihuahua, San Luis Potosí y Yucatán tienen dos y Chiapas, Ciudad de México, Jalisco, Estado de México, Querétaro y Veracruz tienen uno ([INEGI], 2021).

En cuanto a la salud de mujeres internas y sus menores hijos, aunque existen áreas medicas en la mayoría de los centros de reclusión, no hay acceso a los servicios médicos o no se garantiza la atención correcta y especializada de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres, no tienen acceso a una atención medica de calidad y acorde a sus necesidades ni tampoco a los medicamentos, en tal caso las mujeres internas deben solucionar esta carencia comprándolos o en algunos casos cuando cuentan con apoyo externo pueden pedirlo a sus familiares o amistades, aunque tarden meses en visitarlas por la condición de abandono en la que se en-

cuentran; incluso algunas internas han referido que a veces el cuidado médico de sus hijas e hijos depende del comportamiento que tenga la madre.

## CONCLUSIONES

Es innegable que los gobiernos estatales y municipales y sus dependencias encargadas de administrar los centros de reclusión en México violan flagrantemente los derechos humanos consagrados en los artículos 1 y 4 fracciones II, III y VIII de la CPEUM, tanto de las mujeres en reclusión penitenciaria como de sus menores hijos al nacer, no existen planes prioritarios ni en el sector salud como en el sector penitenciario que contemplen la creación de áreas especializadas para atender estos dos sectores desprotegidos de la población.

La propuesta es la creación de un centro estatal de reinserción especializado en madres y menores, diseñado como una prisión ordinaria por fuera, pero con un entorno diferente por dentro, con una seguridad maximizada al exterior para proteger tanto a las internas como a los menores que residen en el centro, pero por dentro estará dotado de las áreas de gineco obstetricia, psicología, psiquiatría, farmacia, escuelas de nivel preescolar y primaria, con áreas de esparcimiento para los menores y áreas para la practica de actividades artísticas, deportivas y de integración.

## REFERENCIAS

- (INEGI), I. N. (2021). *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2020*. CDMX: INEGI-<https://www.inegi.org.mx/programas/cngsps-pe/2020/>.
- BEATRIZ, L. G. (2015). Maternidad e infancia en reclusión en el sistema penitenciario mexicano. *Revista Derecho & Opinión Ciudadana Instituto de Investigaciones Parlamentarias, Congreso del Estado de Sinaloa* –[https://iip.congresosinaloa.gob.mx/Rev\\_IIP/rev/009/007.pdf](https://iip.congresosinaloa.gob.mx/Rev_IIP/rev/009/007.pdf), 180-208.
- CNDH, C. N. (2013). *Informe especial de la comisión nacional de los derechos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la república mexicana*. Cdmx: cndh-[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/informeEspecial\\_CentrosReclusion.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/informeEspecial_CentrosReclusion.pdf).
- HUMANOS, C. N. (2015). *Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre las mujeres internas en los centros de reclusión de la república mexicana*. Cdmx: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)- [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/2015\\_IE\\_MujeresInternas.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/2015_IE_MujeresInternas.pdf).
- INEGI (16 de 05 de 2024). *Informe Nacional de Personas Desaparecidas 2024*. Obtenido de <https://imdh.org/redlupa/informes-y-analisis/informes-nacionales/informe-nacional-2024/>

- NACIÓN, S. C. (2016). *Tesis: 2a. CXXXVII/2016 (10a), Registro Digita: 2013383*. CDMX: SCJN/CJF.
- PRISIONES, E. O. (2024). *Niñas y niños que viven con sus madres en prisión*. CDMX: <https://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/archivos/4053>.
- VELA BARBA, E. (2017). Los derechos sexuales y reproductivos. En F. A. Ibarra Palafox, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos* (pp. 491-516). cdmx: unam.



# LOS DERECHOS HUMANOS, RECLUSOS Y EXRECLUSOS

JUÁREZ CORTÉS, SAÚL  
*Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*

## RESUMEN

Las siguientes líneas a desarrollarse, tienen como finalidad mencionar algunas normas internacionales y los estándares mínimos, respecto de los programas institucionales diseñados en las prisiones, identificando algunas causas por las que las personas cometen delitos, siendo necesario conocerlas para diseñar enfoques idóneos, a efecto de implementar actividades efectivas a los reclusos en los Centros Penitenciarios y con ello cumplir con los objetivos de la reinserción social.

Palabras clave: *derechos humanos; educación; salud; trabajo; deporte.*

## ABSTRACT

The following lines to be developed are intended to mention some international norms and minimum standards regarding institutional programs designed in prisons, identifying some causes why people commit crimes, being necessary to know them to design suitable approaches, in order to implement effective activities to inmates in prisons and thus meet the objectives of social reintegration.

Keywords: *human rights; education; health; work; sports.*

EN UN PRIMER MOMENTO, se debe establecer que por programas institucionales se entenderán como: las actividades, planes de actividad y herramientas diseñadas a cada persona privada de la libertad, a fin de que al momento de

obtener su libertad, si bien, no se les de un empleo u ocupación como lo hacían en los centros penitenciarios, los prisioneros tengan los conocimientos básicos en los enfoques institucionales que se mencionarán más adelante, para que dentro de lo posible, las personas privadas de su libertad, no se encuentren en desamparo total ante la comisión de un delito, el cumplimiento de una pena y como prevención de que no se vuelva a delinquir.

Ahora bien, los programas institucionales que se han mencionado, nacen de la necesidad de cumplir con los objetivos de la reinserción social, consistentes en que, toda persona que ha cometido un delito sin importar los motivos por los cuales lo cometió, ha cumplido con su pena de prisión impuesta y ha obtenido su libertad; dicho ex recluso tenga la oportunidad de regresar a la sociedad como una persona nueva, con derechos y obligaciones como cualquier persona en sociedad, correlacionada con la segunda finalidad, que consiste en que toda persona que ha cumplido con una pena, no vuelva a reincidir.

Al respecto, la regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, establece que la finalidad de la reinserción social del sentenciado a la sociedad se logra de forma gradual y progresiva, pues su comportamiento se transforma durante su internamiento.

En ese sentido, para buscar cumplir con los fines de la reinserción social, se debe trabajar en el desarrollo de programas institucionales en las prisiones, con especial atención en el trabajo físico y psicológico de los prisioneros, con el fin de evitarles la exclusión social, pues es bien sabido por la comunidad en general, la forma en que son vistas las personas que han obtenido su libertad por la comisión de un delito, por ello, resulta importante la formación en el trabajo y la educación, así como el desarrollo de habilidades individuales y sociales en preparación de su vida en libertad.

Para poder trabajar en los programas instituciones buscando modelos que realmente sirvan para lograr una efectiva reinserción social, primeramente, es importante mencionar, los problemas que han sido identificados en algunos prisioneros, respecto de los motivos por los cuáles fueron orillados a cometer delitos y en consecuencia a cumplir con una pena de prisión; siendo los más relevantes los siguientes:

**Aislamiento:** A pesar de existir diversos estudios para identificar por qué se produce el aislamiento en las personas privadas de la libertad, se ha identificado que algunas han surgido por condiciones anormales en su infancia, por ejemplo, sobreprotección, otro factor, puede ser producido por condiciones médicas que alteran el libre desarrollo de la persona en sociedad y un último motivo se da por crímenes de guerra, donde las personas se ven obligadas a salir de su país por la violencia y al emigrar a otro se ven obligadas a delinquir por necesidad.

**Deficiencia y falta de empleo:** Uno de los problemas identificados de mayor trascendencia para las personas que cometen delitos, es el enunciado en el presente párrafo, pues algunos factores que inciden en ellos son; tener un salario mínimo que no cubra las necesidades básicas; avance de tecnologías, donde se va requiriendo cada vez menos el trabajo de las clases obreras; baja cualificación de la población, es decir, la población tiene poco desarrollo económico; crisis económica o financiera, en este punto resaltan, globalización, delincuencia, nivel educativo, entre otros.

**Falta de educación:** Otro factor importante en el origen de la comisión de delitos surge indiscutiblemente de la educación, incluso porque muchas ocasiones en las que las personas solicitan empleo, los empleadores requieren como requisito para laborar, cierto nivel académico, por ejemplo: tener el bachillerato o una licenciatura concluida.

**Delincuencia organizada:** se hace referencia al grupo de personas que busca alcanzar objetivos como riqueza, poder, entre otros, realizando conductas que van en contra de la norma, estructurándose en grupos criminales y redes de vínculos que operan en el tráfico de drogas, armas, personas, relacionándose mayormente en la comisión de delitos graves.

Una vez identificados los problemas por los cuales las personas privadas de la libertad cometen delitos y en consecuencia le es impuesta una pena de prisión, es importante hablar del tema central del presente artículo, es decir, los enfoques en los que trabajan los programas institucionales que buscan la reabilitación del prisionero y su reintegración exitosa a la sociedad, esto, establecido en las leyes de derechos humanos, reconocidas en los estándares y normas de las naciones unidas, las cuales, sumado a la pretensión de cumplimiento de los fines de la reinserción, incluyen los estándares de intervención en los centros de reclusión, incluyendo el trabajo, la capacitación para el mismo, la salud, el deporte y la educación, los cuales pretenden establecer un diseño de apoyo a los prisioneros posterior a su liberación.

En ese tenor, se considera relevante traer a colación dentro de la normatividad internacional, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 10, párrafo tercero, esa necesidad de incluir un tratamiento especializado a fin de cumplir con los fines de la reinserción social, haciéndolo de la siguiente manera:

*«...El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de la libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra del crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de la libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo...»*

En esa línea argumentativa, Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre el Tratamiento de los Reclusos, establece lo siguiente en su regla 65:

*«...El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de la libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad...»*

Por otra parte, es relevante mencionar lo que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha marcado en los parámetros a seguir a fin de contar con programas efectivos con relación a la reinserción social de las personas privadas de su libertad, siendo las siguientes:

- Inclusión y compromiso de la comunidad en la planeación e implementación de la intervención de los programas, formando un sentido de pertenencia.
- Se abordarán las prioridades de seguridad pública de la comunidad o lugar donde se realizan los programas.
- Existirá una concentración en grupos específicos de personas que cometieron un delito, así como los desafíos que enfrentan ante la comisión de ese delito.
- Sensibilidad al género.
- Empleo de métodos serios en la evaluación de necesidades y factores de riesgo.
- Buscar la rendición de cuentas a la persona que delinque, haciéndose responsable de sus acciones.
- Iniciación inmediata y durante toda la transición y estabilización de las personas a la comunidad, es decir, un regreso de forma permanente.
- Creación de esfuerzos coordinados entre varios actores que se involucren, a fin de generar cooperación entre sí (incluyendo asociaciones civiles y empresas), creando programas para ayuda comunitaria posterior a la obtención de la libertad de los reclusos.
- Evaluación constante para el mejoramiento de los programas, así como de la continuidad ante la comunidad por los resultados respecto del cumplimiento de la pena ante la comisión de un delito.

Ahora bien, un primer enfoque importante en el que se debe trabajar en los centros de internamiento es el relativo a la «educación», para ello, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, han enunciado específicamente, que la educación en las prisiones debe de cumplir con tres obje-

tivos específicos; primero: mantener a las personas ocupadas durante su reclusión por la comisión de un delito; segundo: mejorar el estilo de vida en reclusión como derecho humano de los prisioneros y; tercero: lograr algo útil en las personas que han cometido un delito como apoyo para el momento de la obtención de su libertad, como lo son, la preparación en habilidades, conocimientos y actitudes sociales, que sin duda pretenden la coadyuvancia en la reinserción social, en consecuencia, dentro de los Centros Penitenciarios, se deberá permitir lo siguiente:

1. Trabajar en mantener a los internos ocupados.
2. Mejorar la calidad de vida en los Centro de Reclusión.
3. Implementar y materializar la enseñanza de habilidades y conocimientos.

En ese sentido, se debe incluir a las personas en reclusión, educación en nivel básico, medio superior, actividades culturales y artísticas como el teatro, pintura, poesía, música, entre otros, considerando que la implementación de dichas actividades, sin duda son trascendentes para el cumplimiento de la reinserción social.

El siguiente enfoque, es el relativo al «deporte», que de acuerdo con la resolución WHA57.17 de la Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud se establece a los estados miembros a desarrollar e implementar las actividades recomendadas en las estrategias conforme al marco de las políticas y programas institucionales, que promuevan la salud de las personas a través del deporte, alimentación, actividades físicas y reducción de riesgos en la incidencia de las enfermedades en pro del equilibrio energético de las personas privadas de su libertad.

En el mismo sentido, la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte, afirma que la práctica del deporte y la activación física es un derecho humano de las personas privadas de su libertad (reclusos), además, fija la obligación de los estados a disponer de espacios e instalaciones adecuados para su ejecución, estableciéndolo de la siguiente manera:

«...Artículo 1: la práctica de la educación física, la actividad física y el deporte, es un derecho fundamental para todos...»

«...Artículo 1.1: todo ser humano, tiene derecho fundamental de acceder a la educación física y el deporte sin discriminación alguna, ya que esté basado en criterios étnicos, el sexo, la orientación sexual, la religión, la opinión política o de cualquier índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otro factor...»

Otro enfoque a trabajar en los Centros Penitenciarios, atañe a la «salud», que parte del hecho de que la buena salud es de suma importancia para todas las per-

sonas, ya que impacta en la conducta de los seres humanos y su capacidad de funcionamiento como integrantes de la sociedad, con independencia de la que cualquier persona se encuentre privada de su libertad o no, sin embargo, cuando hablamos de personas reclusas en un Centro Penitenciario, de forma especial gozan del derecho fundamental a gozar de buena salud, tanto física como mental, así como de recibir atención médica a la población en general con independencia de su situación jurídica

De este éste derecho fundamental a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12, reconoce el derecho de toda persona a gozar de un nivel alto de salud física y mental, así mismo, atendiendo a que al hablar de derechos fundamentales como inherentes a todo ser humano, cuando hablamos de las personas que están reclusas por la comisión de un delito, deben tener salvaguardas adicionales, precisamente por no tener un acceso libre a la salud como cualquier persona que se encuentra en libertad, es decir, el estado debe asumir la responsabilidad de cuidar de la salud de las personas que están a su disposición, no únicamente en el aspecto de su detención sino del tratamiento individual que deriva del confinamiento en los Centros Penitenciarios.

Ahora bien, lo anterior también ha sido tocado en la regla 24 de las Reglas de las Naciones Unidas sobre el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), que corrobora que las personas que viven en una prisión, el cuidado de la salud reviste especial importancia por la propia naturaleza de que las condiciones de confinamiento, el cual, puede traer efectos perjudiciales no solo en la salud física, sino también mental de los internos, por lo que también debería otorgarse apoyo psicológico a las personas internas.

El último enfoque diseñado por los programas institucionales de los que se han venido desglosando, es el del «trabajo y la capacitación para el mismo», que consiste en el proceso por el cual, las personas privadas de su libertad (reclusos), adquieren y desarrollan conocimiento, habilidades y aptitudes para la formación de actividades con enfoque laboral, identificando en los Centros de Reclusión que, para muchos internos, el tiempo que pasan privados de su libertad, puede convertirse en una oportunidad que se les presenta para desarrollar habilidades vocacionales; en concordancia con lo anterior, el principal objetivo con este enfoque penitenciario, es el de propiciar en las personas privadas de su libertad, que cuenten con una preparación adecuada para desarrollar un trabajos con condiciones óptimas.

Otro punto de oportunidad, que se abre con los programas con enfoque laboral, consiste en que los prisioneros se puedan ocupar en actividades laborales durante el día, cuestión que les permita generar confianza y abrir un abanico de posibilidades que contribuyan en su vida futura laboral, y que pretende evitar la reincidencia de la comisión de nuevos delitos cometidos por dichos internos.

En ese orden de ideas, el trabajo permite el aprendizaje de la vida laboral posterior al cumplimiento de una pena y la obtención de la libertad, contribuyendo a la preparación de una nueva vida en sociedad, así, el empleo como parte de las actividades de las personas privadas de su libertad cumplen tres funciones esenciales como enlace a la sociedad, siendo las siguientes:

1. Sentido de organización social de las personas privadas de su libertad.
2. Mantenimiento del orden dentro y fuera de las prisiones.
3. Creación del significado y planeación de objetivos en la vida de las personas.

De todo lo antes enunciado, se puede concluir, que la importancia de trabajar en los enfoques diseñados a través de los programas institucionales llevados a cabo en los Centros Penitenciarios, sumado a la importancia de un sistema penitenciario organizado con base en el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, es la base para cumplir con los fines de la reinserción social, para ello, la Organización de las Naciones Unidas, ha establecido los siguientes puntos que ayudarán al cumplimiento general de las ideas desarrolladas en líneas atrás.

- Dar acceso a la educación por medio de actividades de enseñanza, aprendizaje y orientación que permitan a las personas privadas de su libertad un mejor desarrollo personal y profesional, priorizando actividades artísticas, culturales y deportivas.
- Impulsar el deporte como parte de las actividades físicas e intelectuales en los Centros Penitenciarios para una mejora en la condición física y psicológica, en equilibrio al desarrollo de la persona.
- Motivar el cuidado integral de las personas en reclusión, así como su estado de bienestar físico y mental que incite a una mejora en las conductas, dando pauta a la interacción positiva con la comunidad.
- Desarrollar el trabajo y la capacitación para el mismo en los Centros de Reclusión como un proceso mediante el cual, los prisioneros adquieren y desarrollan herramientas como conocimientos, habilidades y aptitudes para desarrollarse como personas nuevas y aptas en el ámbito laboral al momento de que obtengan su libertad.

Por lo anterior, es importante que al momento de trabajar y definir los programas institucionales, se hagan con un enfoque técnico, de forma individual, es decir, de acuerdo a las necesidades de cada una de las personas privadas de su libertad, con ayuda familiar y comunitaria, que en su conjunto se trabaje por conseguir programas adecuados que cumplan con los fines de la reinserción social, buscando la prevención de nuevas conductas antisociales, minimizando el rechazo social que surge muchas veces de la estigmatización por haber estado en prisión.



# LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN RECLUSIÓN Y ANTE EL SISTEMA PENAL

GRANADOS DÍAZ, CUAUHTÉMOC<sup>1</sup>

*Profesor Investigador de tiempo completo  
de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*

CALLEJAS ARREGUÍN, NORMA ANGÉLICA<sup>2</sup>

*Profesora Investigadora de tiempo completo  
de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México*

<sup>1</sup> Dr. Granados Díaz Cuauhtémoc, licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, maestro en Derecho Penal y Ciencias Jurídico Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales INACIPE, doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado IIIDE, ex agente del ministerio público, ex director de prisiones en el estado de Hidalgo, ex apoderado legal para asuntos penales del gobierno de la Ciudad de México, ex secretario de seguridad pública de Pachuca Hidalgo, abogado postulante, profesor en diversas Universidades de México, actualmente profesor investigador en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

<sup>2</sup> Dra. Callejas Arreguín Norma Angélica Licenciada en Derecho, Maestra en Derecho Civil, Doctora en Ciencias Sociales. Se ha desempeñado como abogada postulante, docente, conferencista e investigadora. Cuenta con una trayectoria de 23 años de ejercicio profesional ininterrumpidos dentro de los cuales ha laborado en diversas instituciones públicas y privadas, tanto del sector gobierno estatal como federal; así también se ha desempeñado como abogada postulante de forma independiente; por otra parte cuenta con 18 años de ejercicio docente en nivel superior y posgrado dentro de lo cual ha impartido diversas asignaturas del derecho en universidades públicas y privadas del estado de Hidalgo y de Cuernavaca Morelos; fue representante nacional de México ante la Organización Internacional del Trabajo por temas de Trabajo Infantil; recibió mención honorífica por parte de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados de la Ciudad de México por investigación sobre Maternidad Subrogada; ha participado como ponente en diversos congresos nacionales e internacionales, actualmente se desempeña como Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, donde además tiene a su cargo la Jefatura del Área Académica de Derecho y Jurisprudencia del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la UAEH.

## RESUMEN

Existe un principio que versa que la ley debe de ser la misma para todos lo cual suena a una afirmación lógica y equitativa, porque de entrada privilegia la igualdad de todos los integrantes del conglomerado social, pero si la ley es la misma para todos en un medio social diferenciado podemos concluir que no se debe de tratar igual a los desiguales y en una sociedad hay hombres y mujeres, niños y adultos, sanos y enfermos, ricos y pobres, ancianos y jóvenes; por lo tanto, el legislador desde la elaboración de las normas debe de privilegiar a los actores menos favorecidos o vulnerables, situación en la que están las mujeres en Latinoamérica, por razones históricas, políticas y sociales, se les procesa igual que a los varones. En general todos los subsistemas del sistema penal las tratan de igual forma sin mirar que la criminalización en ellas hace un mayor suplicio, aquí se dan propuestas para que tengan mejor acceso a la justicia.

Palabras clave: *mujeres; justicia; derechos; sistema; proceso.*

## ABSTRACT

There is a principle that the law must be the same for everyone, which is a logical and equitable statement, because from the outset it privileges the equality of all members of the social conglomerate, but if the law is the same for everyone in a differentiated social environment we can conclude that unequals should not be treated equally and in a society there are men and women, children and adults, healthy and sick, rich and poor, old and young; therefore, the legislator, from the elaboration of the norms, must privilege the less favored or vulnerable actors, situation in which women are in Latin America, for historical, political and social reasons, they are processed in the same way as men. In general, all the subsystems of the penal system treat them in the same way without considering that criminalization causes greater suffering for them. Here, proposals are made so that they have better access to justice.

Keywords: *women; justice; human rights; system; process.*

## LAS LEYES Y EL CONGLOMERADO SOCIAL

UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS de la norma jurídica es la generalidad, un mandato igual para todos los integrantes del conglomerado social, lo cual es algo que parece muy lógico que las leyes sean las mismas para todos, que se aplique el mismo rasero a todas las personas ya sea por su conducta o al no asumir sus obligaciones, sin embargo, resulta más lógica la afirmación de que no es justo tratar igual a los desiguales.

Ninguna sociedad está exenta de tener una sociedad diferenciada en cuanto a las personas que la integran incluso de manera natural, hay niños y adultos, muje-

res y hombres, sanos y enfermos, jóvenes y ancianos, personas con o sin discapacidad, ricos y pobres y así podríamos abundar más y más y seguiríamos encontrando diferentes calidades y características personales y es cuando comprendemos que no se debe tratar igual a los desiguales para que la justicia sea una realidad y no una aspiración.

La justicia es el acto o proceso de dar a cada quien lo que le corresponde de acuerdo a sus actos, obras o necesidades,<sup>3</sup> de conformidad a este concepto de justicia se desprende de que se debe de mirar siempre el entorno del justiciable, sus circunstancias, peculiaridades y condiciones de vulnerabilidad, con mayor razón cuando se trata de inculpar a una persona, antes de castigar a alguien primero hay que analizar detenidamente a quien se tiene en el banquillo de los acusados o a quien se tiene tras las rejas. El estado no debe castigar por igual al infractor de las leyes penales pues en la sociedad existe el privilegiado y el vulnerable.

El Estado como expresión de la sociedad organizada es el titular del derecho penal, son sus órganos los encargados de hacer las leyes y dentro de éstas las más severas que son las leyes penales, al Estado como expresión de la sociedad organizada tiene la elemental tarea de perseguir las conductas delictivas ya sea por acción u omisión e imponer las penas con el válido argumento y superior justificación de mantener el orden social posibilitando la coexistencia y no puede ser de otra manera pues es el derecho penal el que protege los elementales bienes jurídicos tanto individuales como colectivos.

El Estado es pues el titular del *Jus Puniendi* y lo ejerce en tres momentos, A) Al crear el legislador la norma penal. B) Cuando un juez decreta una sentencia condenatoria y C) Al llevarse a cabo la ejecución de las penas<sup>4</sup>. Estas tres acciones se realizan de un modo genérico con el argumento de que la ley es la misma para todos y que las autoridades deben dar un trato igual a quien se encuentre en una misma situación jurídica.

La ley adjetiva penal si establece un procedimiento especial cuando se trata de adolescentes en conflicto con las leyes dado a su condición de cortedad incluso en algunos ordenamientos penales sustantivos se les da la calidad de inimputables, lo cual es algo justo pensando en que a los niños y adolescentes se encuentran en pleno desarrollo físico e intelectual, por tanto este procedimiento penal especial, es con justicia mas benévolo al considerar una orientación educativa y asistencial para los adolescentes.

<sup>3</sup> Ponce de León, Armenta, Luis, *El Modelo Trans Universal del Derecho y del Estado*, Porrúa, México, 2000, p. 35.

<sup>4</sup> Sandoval Huertas, Emiro, *Política Criminal Contemporánea*, Depalma, Argentina, 3ª, 2010, p. 26.

Así como el legislador ha procurado cierto humanismo en el procedimiento que se sigue a los adolescentes, resulta deseable que lo mismo suceda al crear normas, al procesar y ejecutar las penas a grupos que son vulnerables en un entorno social no solo como el que se vive en México sino en toda Latinoamérica.

El legislador debe de instituir al crear el ordenamiento penal procedimientos especiales para los grupos vulnerables y no solo a los menores, esto puede ser extensivo a las mujeres, personas mayores o con capacidades diferentes, con esta propuesta no se está dando un trato preferencial o se esté otorgando cierta concesión o privilegio a determinados grupos, se trata de tener en cuenta la situación adversa por razones históricas, políticas, económicas y sociales de algunos grupos.

Es muy normal que los tipos penales sean generales pues se trata de descripción de conductas y sus formas de realización, lo que tiene que ser diferente son las punibilidades. Algunos juristas podrán decir y con justa razón de que esa es una cuestión que se resuelve al momento de que los jueces individualizan la pena en los casos concretos, sin embargo, nuestra propuesta es clara, al considerar que los grupos vulnerables específicamente el de las mujeres sea atendido en todos los segmentos del sistema penal y no únicamente al momento de que los tribunales emitan sus resoluciones.

La consideración a los sectores más marginados y humildes debe de realizarse desde el momento en que los legisladores redactan las normas, desde que las instituciones persecutoras tienen conocimiento de un hecho sancionado por la ley, la policía y las fiscalías deben de ser especializadas en razón a la vulnerabilidad de los grupos sea de menores de edad, grupos étnicos o se trata de mujeres.

Los jueces de control y los tribunales por ética deben de considerar la situación adversa del justiciable en razón de género cuando se trate de punir a ese sector que por mucho tiempo ha estado en desventaja en relación con el varón.

La ejecución de las penas y de las medidas de seguridad debe de ser más considerada y humana con los sectores excluidos y vulnerables y han sido las mujeres quienes más han padecido una situación adversa desde su ingreso a instituciones que desde origen fueron pensadas por varones y para varones, por lo que ante esa fatalidad, la carga del encierro es más afflictiva para ellas que como lo es para los hombres. En el desarrollo del presente trabajo se señalan los derechos mínimos de las mujeres en reclusión consagrados en las leyes y de los cuales ha puesto especial énfasis la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Se hace alusión a la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal que consagra derechos para grupos vulnerables con el riesgo de que estos no sean respetados por la autoridad, pues no se contempló que el llevar a cabo una transformación legislativa a fondo en materia penitenciaria requería de dinero y uno de los problemas en México es que las leyes antes de recorrer el proceso legislativo previamente debieron ser presupuestadas, es decir, verificar cuanto costaría la aplicación de las futuras

leyes. Se espera que los avances que se prevén a futuro en materia de ejecución penitenciaria no resulten ser solo una aspiración.

## EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y LOS SUBSISTEMAS QUE LO INTEGRAN

De acuerdo con Eugenio Raúl Zaffaroni el sistema penal es el control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena presuponiendo la actividad del legislador<sup>5</sup>.

En ese orden de ideas el sistema penal está integrado por subsistemas o segmentos que dada su complejidad son sistemas en sí mismos, el primero de ellos es el segmento legislativo, el segundo el segmento policial, el jurisdiccional es el tercero y por último lo es el relativo a la ejecución de las penas.

Al legislador le compete la creación de las leyes, particularmente a lo que nos ocupa en este tema que es la materia penal le corresponde la elaboración de tipos penales y de punibilidades, con ello está creando un programa de criminalización primaria el cual no será una realidad sino una aspiración o un medio de contención, si contamos los tipos penales contenidos en los códigos penales los encontramos por decenas y si visitamos los reclusorios en México, son contados los delitos por los cuales las personas suelen ser condenadas, es decir no encontraremos condenados por delitos de traición a la patria, devastación, terrorismo, fecundación por medios clínicos, motín, etc.

Ese programa de criminalización por lo regular va encaminado a someter a los más pobres y no a delincuentes refinados e inteligentes dado a que el delito es una obra humana y como tal puede ser una obra tosca o delicada, si visitamos un reclusorio la gran mayoría de personas privadas de su libertad provienen de sectores marginados dada su situación precaria y por haber cometido un delito de forma burda o evidentemente tonta.

Las personas que cometen delitos lo realizan cen base a las capacidades con que cuentan para ello, es decir que en menor o mayor medida tienen para ese efecto un entrenamiento, habrá quienes realicen conductas delictivas refinadas y por lo tanto imperceptibles o indetectables para la policía y todo el sistema penal y existen comportamientos grotescos y tontos que son los que suelen ser captados por las autoridades persecutoras demasiado rápido.

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 4ª, 2000, p. 42.

Hemos dicho que el programa de criminalización primaria creado por el legislador es por su propia naturaleza selectivo de sectores vulnerables, es muy probable que no logren evadirlo personas analfabetas, desempleadas, jóvenes adictos, ancianos, mujeres maltratadas, etc.

Los códigos penales cumplen la función de conminar a las personas de abstenerse de ciertos comportamientos estando muy lejos de ser una realidad de aplicación de sanciones a quienes cometen delitos, todos alguna vez como lo refiere Eugenio Raúl Zaffaroni hemos infringido la ley penal, nos hemos llevado una toalla del hotel, no hemos devuelto el libro prestado, no regresamos a su dueño el lapicero, pareciera que esas acciones no son delitos o son delitos levísimos pero si de nueva cuenta vamos a los reclusorios encontraremos ahí huéspedes por hechos igual de insignificantes, el robo de platos por una trabajadora doméstica, el robo de algunas latas de abarrotes por un empleado, un indigente que pernoctó en un estacionamiento y fue detenido acusado de allanamiento, etc.

Los llamados delincuentes de cuello blanco dada su preparación y refinamiento pasan desapercibidos por las instituciones persecutoras y vaya que sus acciones suelen ser las más lesivas y afectantes a la sociedad. Se trata de personas que, por su entrenamiento y capacidad intelectual, condición política o económica no son vulnerables al sistema de justicia, sino que además de forma sistemática lo burlan impunemente.

Ahora bien, el legislador en México por muchos años se dio a la tarea de tipificar más y más conductas incluso creando tipos penales en leyes llamadas especiales, encontramos descripción de conductas consideradas delictivas en el código de comercio, en el código fiscal, en la ley general de población, en la ley general de armas de fuego y explosivos, en la ley de salud, etc.

Al crear el legislador la ley sustantiva penal tiene que crear la ley adjetiva o procesal de la materia para que pueda ser una realidad, pero por muchos años se olvidó, se desentendió de crear la ley de ejecución de penas, baste recordar que el ministro juarista Antonio Martínez de Castro se propuso en la segunda mitad del siglo XIX crear el ordenamiento jurídico penal completo, es decir el código penal, el código procesal y el código de ejecución, solo puedo crear el primero en el año de 1871, el código procesal llegaría nueve años después y el código de ejecución nunca llegó, tuvieron que pasar cien años para que por vez primera en México se creara una ley relativa a la readaptación social de sentenciados.

El hecho de que por mucho tiempo no hubiese ley de ejecución de penas en México trajo como consecuencia que se violentara el principio de legalidad, de que fuera la voluntad o soberbia de las autoridades ejecutoras quienes decidieran el destino de las personas privadas de su libertad, generalmente se liberaba a inte-

grantes de sectores privilegiados en tanto que las personas provenientes de sectores vulnerables entre ellos las mujeres se vieran afectadas en sus derechos humanos.

La ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados de 1971 distó mucho de ser un ordenamiento jurídico completo en la materia, con sus escasas cuartillas muchas situaciones conflictivas de la realidad quedaban sin regulación y por consiguiente era la voluntad o discrecionalismo del ejecutivo quien resolvía la problemática que se presentaba en el ámbito carcelario.

En nuestro país no contábamos con normatividad en materia de ejecución penal reglamentaria del artículo 18 constitucional y sin embargo México se adhirió a la convención de Ginebra en la cual se expidieron en 1955 las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, el adoptar esas reglas suprimió viejas prácticas vejatorias a los penados como la prohibición de la vestimenta a rayas o uniforme cebrado que como dijo don Sergio García Ramírez tenía como propósito trasladar las rejas al cuerpo del hombre para recordarle su condición de preso<sup>6</sup>.

Fue también en 1971 cuando las entidades federativas emulando el ejercicio legislativo de la federación promulgaron su ley interna en materia de ejecución de penas con el fin de reglamentar o legitimar el discrecionalismo del poder ejecutivo más que estar orientadas a conseguir la readaptación social del infractor de las leyes penales.

El 18 de junio de 2008 se lleva a cabo la reforma a nuestro Texto Constitucional de mayor relevancia desde que la Ley Suprema fue promulgada el 5 de febrero de 1917, la reforma realiza cambios a fondo en la forma en como venía funcionando el sistema de justicia penal, pasando de un sistema inquisitivo a uno de corte acusatorio adversarial oral, reforma que afortunadamente comprendió la ejecución de las penas la cual salió del ámbito del poder ejecutivo para pasar a ser lo que debió ser siempre jurisdiccional, dejando de ser discrecional para pasar a ser contenciosa.

Dado a las facultades discrecionales del poder ejecutivo y al abuso que de ellas se hiciera liberando a internos pudientes y sometiendo a los pertenecientes a grupos vulnerables, ocasionó que se concretara una añeja demanda en torno a judicializarla modificación, duración y extinción de las penas y no solo su imposición, eso es un gran avance, el hecho de que toda cuestión conflictiva o el hacer valer los derechos de los reclusos ante una autoridad judicial, viene a mejorar y hacer más humana la administración de la justicia, tomando en cuenta que el procedimiento de ejecución debe de ceñirse a los principios y formalidades del procedimiento acusatorio y oral que son el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, igualdad e inmediación.

<sup>6</sup> García Ramírez, Sergio, *El Final de Lecumberri*, Porrúa, México, 1990, p.

Otro aspecto muy importante digno de resaltar es el hecho de que, con la Reforma Constitucional de 18 de junio de 2008, el derecho a la defensa que tenían vedado los internos condenados ejecutoriados ahora pasa a ser un derecho inviolable y elevado a defensa técnica, los internos en su proceso de ejecución tienen el elemental derecho de contar con un defensor sea este particular o público.

La reforma constitucional en comento, trajo como consecuencia dos logros en materia legislativa, el primero de ellos la promulgación de un solo código procesal, es decir un código nacional y para el tema que nos ocupa la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

La ley trae avances significativos al contemplar derechos mínimos de grupos vulnerables como lo son las mujeres y los adultos mayores, sin embargo, aún falta mucho por hacer.

Otro segmento del sistema penal lo es el policial, hasta hace poco tiempo en México se habló de profesionalizar la labor policial, no es sino hasta ahora cuando de forma incipiente se da a la policía la valoración que su riesgosa y delicada labor merece, se ha tomado como un oficio denigrante, ahora con la implementación del sistema acusatorio y oral la actuación de la policía debe de ser científica, es hasta hace poco cuando este segmento como primer respondiente, procesa evidencias del delito y aplica las ciencias forenses para esclarecer la mecánica de los hechos y conocer la identidad de sus autores.

La policía debe de contar con lo que hasta ahora se ha carecido, protocolos y marcos de actuación, en el tema que nos ocupa la policía debe de tener conocimientos al revisar a las mujeres y al ser conducidas ante la autoridad, en el pasado (y no dudamos que en el presente), las mujeres pobres han sido abusadas por los policías, este sector ha sido víctima de vejaciones por parte de autoridades que por siglos han asumido una cultura machista, si ahora se cuenta con una policía procesal, es dable que así como hay custodias capacitadas para ejercer su labor en las áreas femeniles de los reclusorios, existan policías mujeres para la conducción de las imputadas a proceso y sean también las que estén a cargo de su resguardo en las áreas de detención primaria.

Por lo que hace al ámbito jurisdiccional, refieren los psicólogos, son las juezas quienes son más severas al enjuiciar a otra mujer, eso es algo consideramos no susceptible de demostración, pero los jueces unipersonales o tribunales deben de tomar en consideración el grado de vulnerabilidad de los justiciables, el sicario varón por ejemplo haya deliberado hacer del delito una forma de vida y el saberse más sanguinario lo hace más envalentonado, arrogante y agresivo, en tanto que algunos sectores entre ellos el de las mujeres es por la falta de condiciones y oportunidades para cubrir sus necesidades básicas, llegando en muchos casos a delinquir como la única opción de subsistencia.

Los jueces tienen en la ley un mínimo y un máximo de punibilidad, lo que se conoce como «arbitrio judicial», sobre esa base sancionan a los procesados a los que se ha demostrado su culpabilidad individualizando la pena al caso concreto, los jueces deben de valorar las condiciones del sujeto y si este es delincuente primario, reincidente o habitual, para fijar el *quantum* de pena.

Independientemente de que los jueces tengan por mandato de ley un arbitrio judicial, el legislador debe de fijar límites de punibilidad alternos al enjuiciar a sectores vulnerables como las mujeres, adultos mayores y personas con capacidades diferentes.

El último segmento del sistema penal lo es el relativo a la ejecución de las penas, el llamado sistema penitenciario, la ley sustantiva penal establece un variado catálogo de penas que podrían imponerse a quien delinque sin embargo, como lo señala el doctor Sergio García Ramírez nuestro derecho penal está enfermo de pena de prisión<sup>7</sup>. Las penas más aplicadas en México son la prisión, la multa y desde 1994 la reparación del daño cuando se determinó que si una sentencia es condenatoria a cualquier pena lo será también a la reparación del daño.

No es nada común que en México se condene a la publicación de sentencia, a la inhabilitación, al decomiso, es hasta hace poco cuando también se implementó la extinción de dominio.

Mucho se ha hablado de suprimir o desplazar a la prisión, sin embargo, hasta ahora nadie se ha pronunciado o atrevido a señalar cuál sería la pena que la sustituiría mientras se siguen tipificando más y más conductas y se siguen construyendo más centros carcelarios.

## LA PENA DE PRISIÓN Y SU COMETIDO SOCIAL

El espíritu del artículo 18 de la Constitución Política de México lo es el derecho a la enmienda del condenado mediante ejes que se espera logren la reinserción del infractor del ordenamiento penal, de acuerdo con el citado numeral es mediante el trabajo, capacitación para el mismo, la educación, la salud, el deporte y el respeto a los derechos humanos con los medios para la adaptabilidad de la persona en sociedad, de ahí que el fin u objetivo que el discurso jurídico designa a la prisión es la regeneración de las personas privadas de su libertad.

Para que la pena de prisión cumpla con su cometido es necesario contar o cumplir con tres rubros que la doctrina denomina triada penitenciaria los cuales son un compendio de leyes en la materia para que los actos de las autoridades encargadas

<sup>7</sup> García Ramírez, Sergio, *El Artículo 18 Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 14.

de llevar a cabo la ejecución de la pena se ajusten a lo preceptuado por la norma cumpliendo con el principio de legalidad necesario en un estado democrático de derecho.

En México por siglos no se tuvo un marco normativo en materia penitenciaria lo que daba al traste con lo logrado en materia de legislación sustantiva penal y procesal, como refiere el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni citando al doctor Luis Jiménez de Asúa «Más vale un código penal mediano con un buen régimen penitenciario que un extraordinario código penal con un régimen penitenciario malo».

En México la base en la materia la encontramos en el artículo 18 constitucional, en la Ley Nacional de Ejecución Penal, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en el Reglamento para los Centro Federales Preventivos y de Reinserción Social y en los reglamentos de los centros estatales de prevención y de readaptación social.

De la anterior normatividad se han tenido ciertos logros para el sector femenino en reclusión a saber:

- Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los hombres.
- La seguridad y custodia de los centros o departamentos femeniles estará a cargo de personal del mismo sexo.
- Las mujeres privadas de su libertad tienen derecho a recibir visita familiar e íntima sujetándose al reglamento y a las medidas de planificación familiar.
- Las mujeres privadas de su libertad podrán tener consigo a sus menores hijos hasta la edad de tres años contando con instalaciones de guardería para ese efecto.
- El registro o actas de nacimiento de los hijos de las internas nacidos durante la reclusión por ningún motivo deberán hacer referencia a esa circunstancia.
- En los centros de reinserción social destinados a mujeres o en centros mixtos con área femenil se dará a las internas atención médica especializada como ginecología, atención pre y postnatal.
- El derecho a trabajar y a guardar reposo antes y después del alumbramiento.

Otro rubro necesario para cumplir con el fin de la pena de prisión que como ya se mencionó es la reinserción social del infractor del ordenamiento penal es el relativo a las instalaciones adecuadas, existen en México 275 centros de reinserción social incluyendo los centros federales, si un centro de reinserción social no cuenta con instalaciones *ex profeso* será prácticamente imposible lograr una auténtica reinserción, de estos 275 centros sólo el sesenta por ciento cuenta con un diseño para

ese objetivo los centros restantes son anexos a edificios municipales o fortalezas religiosas incautadas durante la Reforma o la guerra cristera de los años veinte.

Hasta hace poco en México solo existían los centros de readaptación femeniles que mencionamos a continuación:

- Cereso Femenil Aguascalientes.
- Centro Femenil de Reinserción Social de la CDMX.
- Reclusorio Preventivo Femenil Norte CDMX.
- Reclusorio Preventivo Femenil Oriente CDMX
- Cereso Femenil Guadalajara.
- Cereso Femenil Zacatecas.
- Cereso Femenil Tapachula, Chiapas.
- Cereso Femenil Tuxtla, Gutiérrez, Chiapas.
- Cereso Femenil, Saltillo, Coahuila.

En los centros de reclusión los internos y por ende las internas deben de recibir un tratamiento para que puedan retornar cumpliendo con determinados requisitos a la vida libre, ese tratamiento es como lo refiere la doctora Laura Contreras Navarrete: como el proceso mediante el cual se trata de modificar algunos patrones conductuales que pudieron ser causa de la desadaptación social del sujeto<sup>8</sup>.

En la actualidad la aplicación de tratamientos a las personas privadas de su libertad es aún incipiente, con la promulgación de la nueva ley de la materia el tratamiento debe de ser una realidad porque se corre el riesgo de que los internos acudan en su demanda ante el juez de ejecución. Con ello el estado tendrá que contar con la infraestructura suficiente para cumplir con lo estipulado en la ley, en la actualidad por cada 100 internos varones hay 7 mujeres por lo que no sería tan complicado suministrar el tratamiento a este grupo vulnerable.

Otro elemento muy importante, y tal vez el más importante lo es el relativo al personal que labora en los centros, ese personal debe de ser idóneo y altamente capacitado para llevar a cabo su diaria y delicada labor, el personal debe de integrar las áreas técnicas como lo son: jurídica, médica, psicología, psiquiatría, trabajo social, educativa, seguridad y custodia, criminología clínica, sin restarle meritos al área de administración.

En México los centros de internamiento no han contado por décadas del personal básico y con la entrada en vigor de la Ley Nacional de Ejecución Penal eso debe

<sup>8</sup> Contreras Navarrete, Laura, *La Mujer en Prisión de su Trato y Tratamiento*, INACIPE, México, 1998, p. 5

de ser ahora una realidad si las instituciones del estado no desean estar en conflictos jurídicos ante la negativa o no aplicación de los tratamientos que se deben de suministrar. El personal elemental de una prisión y que ha sido ineludible para el estado son los custodios, pero dado a su precaria capacitación y remuneración laboral su delicada y diaria labor no tiene el profesionalismo ni la valoración que debe de tener y como lo refiere Elías Neuman: «La función de funcionarios y guardias se verá que consiste casi exclusivamente en la custodia del procesado en las cárceles y de penados en las prisiones, para lo cual no se requiere de mayores dotes, de ninguna jerarquía técnica o científica, si más bien, de valentía y arrojo. Severos en el gesto, suelen sentir vergüenza, inconscientemente por lo que hacen, lo que se traduce en desgano, y éste en incompetencia»<sup>9</sup>.

Todo el personal de un establecimiento de ejecución debe de estar capacitado para atender a la población femenina, de la aplicación del tratamiento y de un adecuado proceso jurídico que se siga ante el juez de ejecución y de la autoridad penitenciaria dependerá el éxito o fracaso del fin encomendado a la pena restrictiva de la libertad.

Por lo pronto y a manera de aminorar la aflicción de las mujeres en reclusión que es doblemente afectante en relación a los hombres por ser un sector vulnerable enumeraremos los derechos básicos de las mujeres reclusas.

## LOS DERECHOS DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD

En todo reclusorio se deben de respetar los derechos de las mujeres en los cuales han puesto interés los organismos defensores de los derechos humanos como lo ha expresado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

Todos los internos en un centro de reclusión tienen los mismos derechos; sin embargo, algunos de ellos requieren un trato especial en razón de que por sus condiciones particulares se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

En tal situación están las mujeres, los indígenas, las personas mayores de edad, los jóvenes, los enfermos de SIDA y los consumidores de drogas.

Las mujeres deben contar –por lo menos– con los mismos derechos con que cuentan los hombres dentro de un centro de reclusión. Además de ellos, existen algunos aspectos en los que la condición de mujer exige un trato diferenciado; es decir, hay Derechos Humanos que no rigen para los hombres.

<sup>9</sup> Beristain, Antonio, y Elías Neuman, *Criminología y Dignidad Humana. (Diálogos)*, Depalma, Argentina, 1991, p. 102.

Un criterio que debe de ser considerado es el del interés superior del niño, por lo que, atendiendo a la necesidad que tienen los hijos de permanecer bajo los cuidados de su madre, debe permitirse su estancia en los centros de reclusión, por lo menos durante el periodo de lactancia, [...], la sanción que se imponga a la madre no debe alcanzar a su hijo y dejarlo sin la protección materna.

Por lo que la mujer tiene derecho a:

- No ser víctima, de forma alguna, de acoso sexual y a recibir la protección y atención adecuadas, por parte de las autoridades del Centro, cuando se encuentre en riesgo de una agresión de ese tipo.
- Recibir del personal técnico la atención adecuada de acuerdo a sus condiciones especiales como madre.
- Ser ubicada en un centro especial para mujeres o por lo menos, en un área exclusivamente femenil.
- Recibir atención médica adecuada durante el embarazo, el parto y el puerperio, así como los muebles, implementos y alimentos que requieran la madre y su bebé.
- Tener con ella a sus hijos, por lo menos durante la lactancia y hasta que cumplan seis años de edad, cuando sea benéfico para el menor; además, contar con las instalaciones adecuadas para ello.
- Recibir de la institución los productos de higiene personal que requiera, tales como toallas sanitarias.
- Participar en actividades laborales productivas y remuneradas, de acuerdo con sus habilidades e intereses<sup>10</sup>.

Con la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal se han dado logros respecto a la protección de derechos de grupos vulnerables, entre ellos el de las mujeres, sin embargo falta aún mucho por hacer, la efectiva aplicación de la ley en comento se ve amenazada como lo están en la actualidad los intentos legislativos para proteger a las víctimas, esto se debe a la falta de presupuesto, en nuestro País se legisla al vapor, tiene poco más de dos años de la entrada en vigor de la nueva Ley Nacional de Ejecución y en ella se contemplan situaciones que por falta de recursos financieros no se pueden concretar y aquí surge una nueva propuesta que el legislador debe de tener en cuenta al momento de la elaboración de las leyes: la presupuestación.

<sup>10</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano*, México, 1995.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, Antonio y Elías Neuman, *Criminología y Dignidad Humana* (Doálogos), Editorial Depalma, Argentina, 1991.
- CONTRERAS NAVARRETE, Laura, *La Mujer en Prisión de su Trato y Tratamiento*, Editorial INACIPE, México, 1998.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano*, México, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El final de Lecumberri*, Editorial, Porrúa, México, 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Artículo 18 Constitucional*, Editorial, Porrúa, México, 1998.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *El Modelo Trans Universal del Derecho y del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Política Criminal Latinoamericana Contemporánea*, Editorial Depalma, Argentina, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Cárdenas, México, 2000.

# ¿PRISIÓN PREVENTIVA, UN ANTICIPO DE PENA?

GHIGLINO, ADRIANA ENRIQUETA

*Universidad Nacional de Tucumán, Argentina*

## RESUMEN

Desde hace años en Argentina la población carcelaria está compuesta en su mayoría por personas que ‘padecen’ la prisión preventiva, hasta el momento del juicio oral. Aún con la aprobación del Código Procesal Penal Federal, en el cual se hizo hincapié en la aplicación de la prisión preventiva como «última ratio», los jueces y fiscales son reacios a aplicar medidas alternativas. Dentro de este contexto de vulneración del debido proceso, considero de gravedad la situación que atraviesan ciudadanos bolivianos sometidos a proceso penal en Argentina, en su mayoría, por causas de narcotráfico. El gran problema que enfrentan estos ciudadanos, es que no poseen arraigo y se les ordena la prisión preventiva sin más fundamentos, en franca violación a la prohibición de discriminación y a la intrascendencia de la pena»

Palabras clave: *prisión preventiva; libertad del imputado; imputados bolivianos en Argentina; medidas alternativas al encierro.*

## ABSTRACT

For years in Argentina, the prison population has been made up mostly of people who ‘suffer’ from preventive detention, until the moment of the oral trial. Even with the approval of the Federal Criminal Procedure Code, in which emphasis was placed on the application of preventive detention as a «ultima ratio», judges and prosecutors are reacting to applying alternatives. Within this context of violation of due process, I consider The seriousness of the situation faced by Bolivian citizens subjected to criminal proceedings in Argentina, mostly due to drug trafficking. The big problem faced by these citizens is that they do not have roots and are ordered to preventive detention without further grounds,

in frank violation of the prohibition of discrimination and the inconsequentiality of the penalty.

Keywords: *preventive detention; freedom of the accused; Bolivian defendants in Argentina; alternative measures to confinement.*

## INTRODUCCIÓN

LA PRISIÓN PREVENTIVA, como medida cautelar de aseguramiento del imputado al momento del juicio, es una medida provisoria, la más grave de todas, que priva de libertad a un sujeto que está protegido por el principio de inocencia.

Esta restricción de la libertad desde una óptica constitucional y de los derechos humanos, contradice todos los principios de protección de la persona investigada por un delito.

Si bien no parecería posible la tendencia abolicionista de la prisión preventiva, como algunos propugnan (Ferrajoli y en Argentina Zaffaroni)<sup>1</sup>, debería ser posible su aplicación como última ratio, sólo cuando sea realmente necesaria y estuviera comprobado objetivamente el riesgo procesal del imputado.

Sin embargo, ante las olas de inseguridad que viven sobre todos los países latinoamericanos y fomentado por las campañas de los medios de comunicación, quienes transmiten en vivo los juicios paralelos de los hechos que conmocionan a la sociedad, el Estado a través de sus jueces hacen uso y abuso de la prisión preventiva para poder calmar a la opinión pública, sin considerar que esa persona no ha sido juzgada aún.

Siguiendo a Marcelo Solimine «la prisión preventiva es una herramienta de marketing, mediante la cual las agencias judiciales logran mejorar su imagen de

<sup>1</sup> El autor concluye que la cárcel preventiva contradice el principio *nulla poena sine iudicio*, y sostiene entonces la imposibilidad de la armonización. Es decir, la cárcel preventiva contradice el principio de inocencia, imposibilitando su armonización, resultando, en palabras de Ferrajoli, un «fraude de etiquetas», y una pena y castigo sin juicio. (FERRAJOLI, «Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal». Ed. Trotta. 1995). Esta postura es sostenida en Argentina principalmente por Gustavo Vitale y Eugenio Raúl Zaffaroni, entre otros, quienes sostienen que la prisión preventiva implica una transgresión al derecho a la libertad, al necesario juicio previo, a las garantías constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio, igualdad ante la ley, y que implica una lesión al principio de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia.

gestión ante la comunidad, que erigida en víctima se muestra satisfecha con el castigo que la prisión preventiva supone»<sup>2</sup>.

En este contexto, por un lado, el marco normativo protector del ciudadano (tratados internacionales, Constitución Nacional y leyes) versus el clamor de la sociedad de que los delincuentes no salgan nunca más de la cárcel<sup>3</sup>, se genera una dicotomía entre quienes tienen que resolver bajo qué medidas precautorias deberá esperar el juicio la persona investigada de haber cometido un delito.

Destaco que el problema de la prisión preventiva no es la ley vigente argentina, la cual resulta respetuosa de los lineamientos internacionales en la materia que propugnan la libertad de la persona en el proceso, sino por el contrario considero que se trata de un problema de política criminal, al cual identifico como la falta de interés de los operadores judiciales en aplicar correctamente la ley en este tema, apoyados por los gobiernos de turno que no quieren reclamos sociales como consecuencia de la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Por último, trataré de analizar la situación específica de un sector de la población carcelaria con prisión preventiva en Argentina, los ciudadanos bolivianos, quienes no tienen las mismas posibilidades de acceder a una excarcelación o una medida alternativa a la prisión preventiva, que un ciudadano argentino.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En América Latina ha tenido lugar un proceso intenso de reformas al sistema de justicia penal, que han implicado el reemplazo de sistemas inquisitivos por sistemas de tipo acusatorio y, a su vez, en materia de prisión preventiva, un tránsito desde un paradigma de inexcusabilidad a uno de lógica cautelar.

Uno de los objetivos principales de todos estos cambios radica en la racionalización del uso de la prisión preventiva en concordancia con los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según estudios realizados en Latinoamérica<sup>4</sup>, durante los años 70 y 80, evidenciaron que la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad.

<sup>2</sup> SOLIMINE, Marcelo A. (2017) «Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación». Ed. Ad Hoc. Pag. 640

<sup>3</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7.5 y 8.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3, Constitución Nacional Argentina, arts 14, 18 y 75 inc. 22, Código Procesal Penal Federal, art. 15,16 y 17

<sup>4</sup> Prisión preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate. (2013) Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Respetando a los principios rectores de excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, en la mayoría de los códigos procesales penales reformados se estableció un amplio catálogo de medidas cautelares alternativas que representaban limitaciones más tenues a los derechos del imputado, con el fin de ser una respuesta intermedia entre la privación de libertad y la inexistencia de medidas para asegurar los objetivos del proceso.

Sin embargo, a pesar de las modificaciones referidas, el uso de la prisión preventiva es todavía extendido y automático como medida cautelar principal de los nuevos procesos penales. Así, la información disponible en Latinoamérica da cuenta de que se sigue recurriendo a la aplicación de esta medida como la única para lograr la concurrencia del imputado al proceso.

## FUNDAMENTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Teniendo como norte que la libertad es la regla en todo proceso penal, y que solo excepcionalmente se podrá coartar la misma cuando se haya probado el riesgo procesal, entendido como la posibilidad de entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga, los cuales deben ser acreditados por el Ministerio Público Fiscal, analizaremos los fundamentos de la prisión preventiva y los principios limitadores de la misma.

### PRINCIPIO DE INOCENCIA

El principio de inocencia es un postulado hoy indiscutible que aparece consagrado en numerosas normas internacionales<sup>5</sup>.

Siguiendo a Solimine<sup>6</sup>, desde su reconocimiento universal, ha sido un esfuerzo permanente el tratar de compatibilizar este dogma con la prisión preventiva.

<sup>5</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*: «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa», (art. N° 11.1°), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley», (art. N° 14.2), *Convención Americana de Derechos Humanos*, fija que: «Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad», (art. N° 8.2), la *Convención Europea* sostiene que: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada», (art. N° 6.2). *Lección 1 – Capítulo 2 101 De acuerdo a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos*, «El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia» (art. N° 84 inc. 2°), entre otras).

<sup>6</sup> Solimine ob. cit. Pag. 642

De acuerdo con este principio, toda persona será considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia.

El investigado, a pesar de estar sometido a un proceso penal, debe recibir un tratamiento distinto del de las personas condenadas, ya que mientras ese estado procesal no cambie, resulta ser una persona inocente y debe ser considerado como tal.

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.

La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable (Corte EDH, caso Barberá vs España, párrafos N° 77 y N° 91).

El principio de inocencia rige por igual en todos los casos y para todas las personas y no puede ser ignorado para cierto tipo de casos o figuras delictivas, aun cuando se trate de situaciones de emergencia o de delitos de suma gravedad (CIDH, informe 2/97, párrafo 51)<sup>7</sup>.

Sin embargo, todos los organismos internacionales aceptan, con carácter excepcional y bajo determinadas exigencias, que los Estados se encuentren facultados para detener provisoriamente a una persona durante un proceso, y no obstante limitar la duración de la prisión preventiva, debido al riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia y de convertir la medida restrictiva en una verdadera pena anticipada (Corte IDH, caso Tibi, párrafo N° 180; caso Suárez Rosero, párrafo N° 77; caso Acosta Calderón, párrafo N° 146 y CIDH, informe N° 86/09, párrafo N° 70).

Admitido entonces que el principio de inocencia no logra neutralizar la aplicación de la prisión preventiva, por lo menos debería actuar como regla de interpretación.

Según Solimine de esta regla de interpretación derivada del principio de inocencia se infiere el carácter de excepcionalidad de la prisión preventiva, el principio favor libertatis, la interpretación restrictiva como regla general y la interpretación extensiva y analógica in bonam partem.

Por aplicación de la presunción de inocencia, de los principios limitativos de las medidas precautorias y del criterio o principio de interpretación pro homine,

<sup>7</sup> CIDH, informe 2/97

no se debe aceptar fundamentaciones de la prisión preventiva basadas en fines no procesales, resulta inadmisibile la medida que se apoya en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, pues precisamente estos fundamentos se apoyan en criterios de derecho penal de autor, que se basan en la evaluación del hecho pasado. No es posible aplicar una consecuencia de carácter sancionadora a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

#### JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado los fundamentos que justifican la imposición de la prisión preventiva durante un proceso penal.

La CIDH entendió que la prisión preventiva constituye la medida más severa que pueda aplicarse a una persona acusada de un delito, por lo que «su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva»

Así sostuvo que la regla es la libertad durante el proceso penal, y que para que corresponda una restricción a la libertad, el Estado debe probar y fundamentar debidamente la existencia de los requisitos exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, y siempre que esta restricción sea de interpretación restrictiva.

En el mismo sentido, en el caso *Suarez Rosero Vs. Ecuador*<sup>8</sup>, la CIDH ha dicho que del artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá del desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y también que; las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la convención americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.

En cuanto a los fines de la prisión preventiva, la CIDH ha dicho que «la privación de la libertad de un imputado no puede residir en fines preventivos generales

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso *Suarez Rosero Vs. Ecuador*.

o preventivos especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia». El riesgo debe existir en el caso concreto y debe estar fundado en circunstancias objetivas, ya que «la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito».

En este contexto, queda claro para la CIDH, que la aplicación de una medida cautelar no debe tener en cuenta las características personales del autor y la gravedad del delito, por esta misma razón es que este organismo descarta de plano que una medida restrictiva de la libertad pueda justificarse en fines preventivos o de «alarma social» o por «la repercusión social del hecho».

También encontramos jurisprudencia de la Corte con respecto al principio de proporcionalidad, a los efectos de evitar que una persona procesada sufra un mal mayor que el que le implicaría una sentencia condenatoria.

En este sentido se ha expresado: «La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad...se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia».

En el caso de Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, último intérprete de las normativas constitucionales e internacionales, ha sostenido que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son guía orientativa de las decisiones de los tribunales argentinos (Giroldi) y que deben ser de cumplimiento obligatorio sus sentencias para el Estado argentino, ya que de lo contrario, ello acarrearía la responsabilidad internacional (Habeas Corpus colectivo del CELS sobre las cárceles de la provincia de Buenos Aires, acción declarativa de certeza de Lavado Diego y otros sobre las condiciones en las penitenciarías de Mendoza, entre otros).

También la Corte Argentina ha marcado algunos parámetros interpretativos en cuanto a la aplicación del instituto de la prisión preventiva (en Nápoli Erika s/ excarcelación de fecha 22 de diciembre de 1998 y en Acosta Jorge y otro s/ recurso de casación, del 8 de mayo de 2012, Loyo Frayre, de 2014).

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal ha dictado el plenario «Díaz Bessone, Ramón» del 30 de octubre de 2008<sup>9</sup>, estableciendo algunos parámetros para la aplicación del instituto procesal, sin embargo, no han sido suficientes para llegar a los estándares internacionalmente establecidos.

<sup>9</sup> CNCP «Díaz Bessone» (2008)

## EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

En el contexto de cambio que venimos analizando, tuvo como consecuencias las sucesivas reformas de los códigos procesales penales provinciales y el de competencia federal.

El Código Procesal Penal Federal, sobre el cual quiero hacer hincapié, se encuentra vigente desde el año 2019, (ley 27.063 Texto Ordenado según las modificaciones introducidas mediante las leyes números 27.272 y 27.4829), y es de aplicación progresiva en el territorio de la República Argentina.

Sin embargo, algunos artículos del nuevo Código, por decisión de la Comisión de Bicameral de Monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal<sup>10</sup>, referidos a las medidas de coerción, ya se aplican en todo el país (art. 210, 220 y 221) generando confusión en las provincias donde no se está aplicando integralmente el Código nuevo.

Por ejemplo, el pedido de una medida de coerción según el art 223 del CPPF, debe hacerse en audiencia oral, respetando los principios de contradicción, inmediación y celeridad.

Sin embargo, este artículo al cual considero unas de las mejores garantías procesales para el investigado, que posee el nuevo Código, no se estableció de aplicación inmediata en todo el país, por lo tanto se genera una especie de «diferenciación negativa» entre las provincias que rige el art. 223 del CPPF, y en las que no está vigente dicha norma, en tanto las medidas de coerción se siguen resolviendo como lo establecía el Código anterior, es decir, a través del proceso escrito, sin ninguna de las garantías que trae aparejada la oralidad.

Otra innovación del Código, es que se erradica el instituto de la excarcelación, por lo tanto, ya no se trata de detener y luego excarcelar, sino de decidir en qué casos corresponde la prisión preventiva.

En este punto se cabe destacar que se prohíbe al Juez aplicar medidas de coerción de oficio (art. 209 del CPPF) y se permite al querellante a requerirlas (art. 210)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/221385/20191119>

<sup>11</sup> Artículo 210. Medidas de coerción El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar

Lo interesante de este último artículo es que prevé medidas alternativas a la prisión preventiva que pueden ser aplicables, siendo la prisión preventiva la más grave y la última que debe ser adoptada, atento a su naturaleza excepcional y restrictiva, en tanto que su implementación sólo será factible en caso de que las otras opciones (menos graves) no pueden ser procedentes.

Actualmente, el criterio general que rige el instituto de la prisión preventiva, y que debe ser analizado en cada caso concreto, sigue siendo el que surge del Fallo Plenario de la Cámara Federal de Casación Penal «Díaz Bessone», ut supra citado.

Para analizar la concurrencia de estos requisitos (peligro de fuga o riesgo de entorpecimiento de la investigación), se deben analizar las circunstancias concretas del caso, así como las condiciones personales del imputado.

En ese sentido, se valora la calificación legal del hecho, la expectativa de pena, la existencia de condenas anteriores o declaraciones de reincidencia previas, la conducta del imputado durante el proceso, así como la predisposición de someterse al proceso y su comportamiento durante la investigación, entre otras pautas.

Concretamente, se establecen pautas específicas para analizar si en el caso se verifica, o no, peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la investigación.

Para decidir acerca del peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, el nuevo CPPF establece en sus arts. 221 y 222 las pautas que se deberán tener en cuenta.

De la lectura de los artículos detallados surge claramente que se requieren pruebas concretas y objetivas para acreditar el riesgo procesal del investigado.

Ya no será posible referirse solamente a la gravedad del hecho presuntamente cometido, a la pena que en abstracto le correspondería en caso de ser condenado, o sus antecedentes penales.

El nuevo Código pone en manos del Fiscal la obligación de demostrar porqué la persona sospechada de haber cometido el hecho se evadirá del proceso o arriesgará las pruebas pendientes.

*ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto.*

Sin perjuicio de lo expuesto cabe recordar que previo a solicitar la prisión preventiva, se entiende que el Fiscal o en su caso la querella, han probado que no es posible la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva que establece el art. 210 del CPPF, ya que el artículo citado prevé diez medidas de coerción menos graves y de aplicación conjunta que podrían ser aplicables al investigado, por ejemplo se podría aplicar el arresto domiciliario y la retención de los documentos (inc. e y j del art. 210 del CPPF).

La Rosa y Romero Villanueva afirman: «siendo la prisión preventiva la más grave y la última que deber ser adoptada, atento a su naturaleza excepcional y restrictiva, su implementación solo puede ser factible en caso de que las otras opciones no puedan ser procedentes»<sup>12</sup>.

## MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISION PREVENTIVA

Como se analizó en el punto anterior, el nuevo Código Procesal Penal Federal, en el art. 210 dispone la aplicación de medidas de coerción más benignas y acordes a la jurisprudencia internacional en la materia.

Sin embargo, y a pesar de estar vigente esta norma, los Fiscales y los Jueces son reacios a aplicar estas medidas menos lesivas a la libertad, con fundamentos poco claros o por falta de recursos (por ejemplo, falta de pulsera electrónica, o personal que pueda controlar las medidas), resolviendo por la aplicación de la prisión preventiva.

En este punto quisiera destacar que las condiciones en las cuales se encuentra un país, —como sería en este momento la difícil situación económica que atraviesa Argentina—, no son causas de justificación para que los Estados Partes en la Convención Americana estén liberados de cumplir con las obligaciones consagradas en ella (Corte IDH, caso Ivon Neptuno, párrafo N° 40).

La responsabilidad asumida subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo (Corte IDH, caso Ivon Neptuno, párrafo N° 40).

El Estado es el responsable de los establecimientos de detención y resulta ser el garante de los derechos de los detenidos, ya que ejerce un control total sobre ellos. Esto implica el deber de explicar lo que les suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia.

<sup>12</sup> LA ROSA, Mariano, ROMERO VILLANUEVA, Horacio (2019), pag 608.

## DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ARGENTINA

En la Argentina hay 318 unidades de detención, siendo las jurisdicciones que más cárceles tienen el Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires con 64, y el Servicio Penitenciario Federal con 32 unidades.

Al 31 de diciembre de 2020, –último informe disponible–<sup>13</sup>, había en la República Argentina 94.944 personas privadas de libertad en unidades de detención, lo que implica una tasa de 209 cada 100.000 habitantes.

Si a esta población le sumamos las 11.615 personas privadas de libertad en dependencias policiales o de fuerzas de seguridad informada por dichas instituciones, la cifra alcanza los 106.559 es decir una tasa de 235 personas detenidas cada 100.000 habitantes.

El dato que nos interesa de este informe es cuál es el porcentaje dentro del total de personas privadas de su libertad que se encuentran con prisión preventiva.

En el último informe que estamos analizando, la cantidad de personas condenadas era de 52.035 y de procesados cumpliendo prisión preventiva ascendía a 42.348.

En términos generales, desde la década del noventa existe una tendencia creciente en la población penitenciaria que no se detiene.

Durante el año 2020 hubo un pequeño descenso del 6% de personas privadas de libertad, pero sigue habiendo un incremento del 60% en relación al año 2010 y del 105% en relación al año 2002.

## LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS CON PRISIÓN PREVENTIVA EN ARGENTINA

Por último, quisiera referirme brevemente la situación que atraviesan los ciudadanos bolivianos, que en la mayoría de los casos están procesados por delitos de tráfico de estupeficientes.

El primer problema que enfrenta este grupo es que ninguno de ellos tiene la posibilidad de esperar el proceso en libertad, ya que claramente no poseen arraigo en Argentina y se les ordena la prisión preventiva sin más fundamentos. Es decir que todos ellos, esperarán el debate oral privados de su libertad.

Esto incluye a las madres o padres de hijos menores de edad que residen en Bolivia y, que quedan separados de sus progenitores por años.

<sup>13</sup> [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/informe\\_sneep\\_argentina\\_2020\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/informe_sneep_argentina_2020_0.pdf)

Si bien existe un Acuerdo de Asistencia Jurídica mutua en asuntos penales, entre Argentina y Bolivia, el cual se encuentra vigente desde el año 2005 (Ley 26.004), no se ha logrado implementar un mecanismo que permita aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva a los ciudadanos bolivianos en conflicto con la ley argentina.

A ellos siempre le corresponderá la prisión preventiva, en tanto no pueden justificar arraigo, y en el caso de las madres o padres de hijos menores tampoco se les otorga un arresto domiciliario, a pesar de la situación de abandono que quedan esos niños mientras sus madres o padres se encuentran privados de la libertad en Argentina.

Esta situación descripta genera a mi criterio por lo menos un doble conflicto con principios constitucionales fundamentales: el interés superior del niño<sup>14</sup> y el principio de igualdad que prevé nuestra Carta Magna (art. 16 de la Constitución Nacional), entendido como el principio que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley, en una misma situación fáctica.

Entonces pensemos en un caso hipotético, nos encontramos con dos ciudadanos que aparentemente realizaron el mismo delito, uno argentino, que tiene arraigo en el país o hijos menores de edad, y otro boliviano, que no tiene arraigo, pero sí tiene hijos menores en situación de abandono en su país de origen.

Al ciudadano argentino seguramente se le aplicará una medida alternativa a la prisión preventiva, como puede ser el arresto domiciliario, sin embargo, al ciudadano boliviano en ningún caso se le permitirá volver a su país, ya que no hay ningún organismo que se comprometa a controlar el cumplimiento de la medida cautelar en el vecino país, así como la obligación de traslado de la persona investigada al momento del juicio oral.

Considero que este ejemplo analizado es una realidad que a diario resuelven los jueces en franca violación de todos los principios que regulan la prisión preventiva y con el único fundamento de la falta de control en el país de origen.

## CONCLUSIONES

Considero que la prisión preventiva como medida cautelar, no va a desaparecer, por lo menos en los próximos años.

Los cambios en la jurisprudencia internacional y nacional, así como las reformas de los Códigos Procesales Penales en latino américa no resultan suficientes a

<sup>14</sup> *Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) art. 3, art. 75 inc, 22 de la Constitución Nacional Argentina.*

la fecha para lograr el cambio de paradigma que se viene gestando hace años en materia de prisión preventiva.

Los operadores judiciales no encuentran el respaldo político y mucho menos social para concretar este cambio. Es por ello que la estadística nos muestra que en Argentina sigue habiendo un alto porcentaje de personas que esperan el juicio privados de su libertad, cuando en realidad la ley habilita a fijar otros medios de coerción menos lesivos y respetuosos de los derechos humanos.

Recapitulando, la presunción de inocencia impide que, en principio, se aplique la prisión preventiva al sospechado de haber cometido un delito.

Si quien promueve la acción penal considera necesaria la aplicación de una medida cautelar deberá solicitarla y justificarla con pruebas claras y objetivas.

El fundamento de la prisión preventiva debe significar que en cada caso se haga un examen pormenorizado acerca de la necesidad de adoptar medidas cautelares, y que los actores involucrados, puedan generar un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se discute.

Por otra parte, el uso indiscriminado de la prisión preventiva se debe, entre otras razones, a que no existe información realmente confiable para adoptar otra medida cautelar, ni mecanismos de supervisión adecuados de las medidas cautelares no privativas de la libertad, y fundamentalmente no hay recursos económicos para implementar los medios alternativos a la prisión preventiva, por ejemplo, pulseras electrónicas, o personal suficiente para controlar los arrestos domiciliarios, etc.

Por último, en relación con la situación de los ciudadanos bolivianos en conflicto con la ley argentina, deberían las autoridades nacionales instar a sus pares bolivianos a generar organismos de control en ambos países a fin de poder otorgar medidas de coerción que permitan el cumplimiento en el país de origen y el compromiso de hacer comparecer al investigado al juicio, evitando de ese modo la constante vulneración de principios constitucionales.

## REFERENCIAS

- BORINSKY, M. H. (2020). *Aplicación del Código Procesal Penal Federal. Análisis de la prisión preventiva*. Ed. Erreius.
- CARRÍO, A. (2019). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* (6ª ed.). Editorial Hammurabi.
- DA ROCHA, J. & DE LUCA, J. (2011). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Ed. Ad Hoc.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta.
- LA ROSA, M. (2018). *Excarcelación. La libertad individual durante el proceso penal*. Ed. La Ley.

- LA ROSA, M. & ROMERO VILLANUEVA, H. (2019). *Código Procesal Penal Federal comentado* (Tomo I, II y III). Ed. La Ley.
- PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE. (2013). Chile: CEJA. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf>
- SOLIMINE, M. A. (2017). *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*. Ed. Ad Hoc.
- VIRGOLINI, J. S. (1984). *El derecho a la libertad en el proceso penal*. Ed. Némesis.
- VITALE, G. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Ed. Hamurabi.

# LAS DOLIENTES MADRES BUSCADORAS, VÍCTIMAS DEL ESTADO

GAONA CANTE, MARTHA; MARTÍNEZ CAMPOS, LUIS DAVID  
*Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México*

*¿Dime tierra! ¿a qué huelen tus entrañas cuando guardas a mis hijos?*

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es mostrar la resiliencia y sororidad de las mujeres buscadoras de sus seres queridos, desaparecidos por detenciones arbitrarias y fuera de procedimiento por policías, el ejército o la delincuencia organizada. Estas mujeres, muchas de ellas madres de personas desaparecidas, poseen un valor y constancia para continuar en su búsqueda, a pesar de la indiferencia de los distintos órganos del estado mexicano.

Su búsqueda se fundamenta en luchar por justicia y verdad en un contexto inédito de violencia e impunidad vivido por el país. Las violaciones a sus Derechos Humanos son flagrantes: Derecho a la verdad, justicia, protección contra desaparición forzada, contra la tortura, contra la violencia de género, la no discriminación, entre otros.

Impacta y duele verlas escarbar la árida tierra para exhumar e identificar un trozo de tela, hueso u objetos del desaparecido(a) y así tener paz mental y poder vivir su duelo.

Palabras clave: *Madres buscadoras; víctimas del estado; resiliencia y sororidad; violación de derechos humanos.*

## ABSTRACT

The objective of this work is to show the resilience and sisterhood of women seeker for their loved ones, have disappeared due to arbitrary and unlawful arrests by police, the army or organized crime. These women, many of them mothers of missing persons, have the

courage and perseverance to continue their search, despite the indifference of the different organs of the Mexican state.

Their search is based on fighting for justice and truth in an unprecedented context of violence and impunity experienced by country. The violations of their Human Rights are flagrant: the right to truth, justice, protection against forced disappearance, against torture, against gender violence, non-discrimination, among others.

It is shocking and painful to see dig the ground them the arid earth to exhume and identify a piece of cloth, bone or objects of the missing person and thus have peace of mind and be able live their grief.

Keywords: *Mothers Seeker; victims of the state; resilience and sisterhood; violation of human rights.*

## EN MÉXICO ¿A QUIENES SE DENOMINA MADRES BUSCADORAS?

**L**AS MADRES BUSCADORAS son madres de familia cuyos hijos han sido víctimas de desaparición forzada, a quienes se han unido padres, hermanos y otros familiares y amigos de desaparecidos. Fundamentalmente, las madres buscadoras han dejado sus hogares o trabajos para dedicarse a encontrar a sus seres queridos. (Cerezo, 2022)

Las madres buscadoras surgen ante la indiferencia de las autoridades de la procuración de justicia y policiales, quienes hicieron oídos sordos a sus denuncias y solicitudes de búsqueda con debida diligencia. Poco a poco ante el dolor compartido se fueron uniendo en sororidad –este término es un neologismo surgido de los movimientos feministas y fue reconocido por la Real Academia Española en el año 2018–, palabra cuyo significado es vínculo de solidaridad entre mujeres basado en sentimientos afines y en una experiencia compartida; la palabra viene del latín *frater* = hermano, fraternidad, hermandad y *soror* = hermana, remite a una relación de mutuo respeto, cuidado y solidaridad. (Concepto, 2013–2024)

En este sentido, las madres buscadoras se han agrupado en más de 120 colectivos, entre los más destacados están el de Lucy Díaz Genaro fundadora del Colectivo Solecitos en Veracruz; ella ha buscado a su hijo durante nueve años y ha encontrado cuerpos en fosas clandestinas; el de María Luisa Núñez Barojas fundadora del Colectivo Voz de los Desaparecidos en Puebla, ella ha buscado a su hijo desde 2017 y por su activismo ha enfrentado amenazas e intimidaciones; el de Ceci Patricia Flores Armenta, mejor conocida como Ceci Flores, es fundadora del Colectivo Madres Buscadoras de Sonora A.C., se hizo madre buscadora por la desaparición de sus hijos Alex y Marco en mayo de 2019. Ella ha encontrado más de 2, 700 cadáveres en fosas clandestinas y 2, 300 personas con vida desde 2019. (Flores

Armenta, 2023). Ceci Flores se ha convertido en la voz de innumerables persona en México al ser crítica del gobierno anterior, quien fue omiso e indiferente ante el dolor de estas buscadoras de sus seres queridos. (Ver Figura 1)

FIGURA 1. *El amoroso respeto ante un resto humano.*



Nota: <https://www.milenio.com/politica/comunidad/madres-busadoras-maternidad-violentada-en-mexico>. Publicado el 10/05/2023

Ceci Flores se hizo célebre a nivel nacional e internacional, no sólo por su libro: *Madres Buscadoras. Crónica de la Desesperación*, sino por haberse atrevido a plantarse por varios días fuera de Palacio Nacional vestida de beisbolista —por ser el deporte favorito del expresidente y al cual brindaba todo su apoyo, incluso llegó a construir un estadio para su práctica en su tierra natal—, con el único fin de llamar su atención sobre las más de cien mil desapariciones existentes hasta ese momento en el país e incluso llevaba una pala como símbolo de las madres buscadoras, quienes sin ningún apoyo recorren cerros, cañadas, desiertos, lotes baldíos... en busca de sus familiares, ellas hacen la labor correspondiente a las policías y Ministerios Públicos, por no ser capaces de hacerlo.

La respuesta dada por el titular del gobierno, en primer término fue el silencio y ante la presión de los medios masivos de comunicación, le madó decir: «que me la deje aquí», refiriéndose a la pala portada por ella para entregársela al ahora exmandatario, como «una pala de mando» aludiendo figurativamente al «bastón de mando», para obligarle a encabezar la búsqueda de los desaparecidos. Con tal respuesta se hizo evidente la indiferencia y la revictimización de todas aquellas

madres buscadoras, cuyo sufrimiento y dolor no tiene ninguna importancia para quien representa al estado mexicano.

En su libro, Ceci Flores narra:

Sin darme cuenta, me había mentalizado sobre la situación de mis hijos. Sabía que tenía que buscarlos en fosas y no en hospitales, cárceles o en cualquier otro sitio, por eso me ocupé en observar las tierras removidas; entrené la vista y el olfato porque los olores son clave para la localización de un cuerpo. (Flores Armenta, 2023)

Otro caso conmovedor, es el de la madre buscadora miembro del Colectivo la Voz de los Desaparecidos en Puebla, Blanca Esmeralda Gallardo, quien perdió la vida a manos de sicarios por su lucha de encontrar a su hija Betzabé, desaparecida el 13 de enero de 2021. Con su muerte quedaron en la horfandad su menor hijo de doce años y su nieta de dos años de edad, a quien llamaba «cloncito» (hija de Betzabé). Antes de su muerte, publicó en su red social de Facebook el siguiente mensaje:

No sé dónde, ni cómo estás, no sé si te maltratan, no sé si sufres, no sé si comes, no sé absolutamente nada de ti desde ese día miércoles 13 de enero del 2021, 3:30 pm, desde ahí que saliste no volví a verte, no volví a escuchar tu voz, al decirme «mami te amo mucho».

Blanca Esmeralda buscó a su hija en terrenos baldíos, barrancas de toda la Ciudad de Puebla, en los Municipios de Amozoc y Atlixco e igualmente la buscó en Tlaxcala, incluso en el Municipio de Tenancingo, conocido por existir ahí redes de trata de personas y tuvo que dejar ese Municipio por haber sido amenazada con una pistola en la cabeza para que dejara de buscar.

En la narrativa del contexto anterior, lo más triste, doloroso y preocupante es ver como su incansable lucha sigue sin ser vista y sus voces siguen sin ser escuchadas por quienes tienen el deber de ayudarlas. Somos testigos de una violencia estructural por parte del estado, la cual se agudiza día con día. Esta narrativa se parece a las historias contadas en el libro de Marcela Turati (Turati, 2023)

## RIESGOS Y DESAFÍOS DE LAS MADRES BUSCADORAS

La decisión de las madres buscadoras de asumir la investigación acerca de sus hijas(os) desaparecidos, en un contexto de violencia extrema a lo largo y ancho del país, desafiando el abandono e indiferencia sistemática y estructural de las agencias del estado, les ha permitido asumir y enfrentar una serie de obstáculos, los cuales de forma evidente ponen en riesgo no solo su integridad personal, sino incluso su propia vida.

En ese contexto los nombres de María del Carmen Vázquez, muerta en Guanajuato; Esmeralda Gallardo, privada de la vida en el mismo lugar de desaparición de su hija; Teresa Magueyal privada de la vida en San Miguel Octopan por busca a su hijo José Luis Apaseo Magueyal; Rosario Lilián Barraza, secuestrada y privada la vida por un comando en Sinaloa; Ana Luisa Garduño, privada de la vida en una supuesta riña en el bar de su propiedad, exigía justicia por el feminicidio de su hija Ana Karen a manos de su novio, fundó el colectivo «Ana Karen Vive»; Aranza Ramos, buscaba a su esposo y se unió al Colectivo Madres Buscadoras de Sonora, fue privada de la vida por un grupo de hombres armados a unos metros de su domicilio; Rosario Rodríguez Barraza, pertenecía al Colectivo «Corazones sin Justicia», fue privada de la vida en Sinaloa, cuando salía de la misa en honor de su hijo desaparecido, fue secuestrada y privada de la vida después de haber denunciado dos semanas antes, la inacción de las autoridades para encontrar a su hijo Fernando Aixahy Ramírez. Todas ellas cometieron el pecado de buscar a sus seres queridos desaparecidos. Ellas forman parte de las más de 21 personas muertas por su activismo en este tema. Lo anterior, motivó a sus familiares para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el pasado 28 de febrero de 2024, para efectuar una serie de peticiones con el fin de contribuir a garantizar la integridad de todas las personas buscadoras.

Esa Audiencia se llevó a cabo en la Sede de la CIDH en Washintong, D.C. a la cual no acudió ninguna autoridad mexicana, demostrando con ello la falta de voluntad del estado mexicano para atender la grave crisis de desapariciones y los riesgos enfrentados por las madres buscadoras. Durante este periodo, fue privada de la vida la activista Angelita Almeraz León, líder del Colectivo «Unión y Fuerza por Nuestros Desaparecidos» en Tecate, Baja California; igualmente Noé Sandoval Alcázar fue privado de la vida el 13 de febrero del presente año en Chilpancingo de los Bravo, era miembro del Colectivo «Familiares en Búsqueda María Herrera Chilpancingo», buscaba a su hijo Noé de 16 años de edad, desaparecido el 17 de noviembre de 2023 junto con tres compañeros más después de apuntarse en un grupo para cortar madera en la región de la Costa Chica de Guerrero, donde operan «Los Ardillos», «Los Rusos», «Los Añorve» y los Carrillo de Tlacoachistlahuaca.

Todos los homicidios de las madres buscadoras han sido fuertemente condenadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pero a pesar de ello, a las autoridades mexicanas pareciera no importarles estos colectivos, por el contrario, existe un intento por minimizar la crisis de desapariciones existente en el país.

A pesar de lo peligroso de su labor, es de destacar su determinación y perseverancia para continuar en la búsqueda de sus seres queridos; además, demuestran Resiliencia y sororidad incomparables, al ser solidarias y brindarse mutuo apoyo cuando se llega a encontrar a un ser querido, como el caso de Cecilia Delgado del

Colectivo «Buscadoras de Hermosillo» quien encontró a su hijo Jesús Ramón Martínez en una fosa clandestina. (Figuras 2 y 3)

FIGURA 2. *Cecilia siendo consolada*



FIGURA 3. *Cecilia ante los restos de su hijo.*



Nota: *Cortesía l Madres Buscadoras de Sonora*

Cecilia Delgado expresó:

A pesar de que yo ya encontré a mi hijo, no lo puedo asimilar, es algo tan fuerte que no asimilo, porque es mi duelo y me siento a gusto porque puedo ayudar a más madres que están en una situación parecida, busco cómo ayudarles. El sentimiento se convierte en un móvil más grande, una herramienta para buscar a los cientos de personas de las que no se sabe nada de su paradero y aún más, llevarlos con sus seres queridos para que no queden sin identificarse.

La tarea asumida por las madres buscadoras no es fácil, han enfrentado amenazas y hostigamiento de las propias autoridades, agresiones físicas, como hemos asentado líneas arriba, ellas mismas han sido víctimas de desaparición, han sido privadas de la vida, intimidadas y acosadas, tienen desgaste emocional, estigmatización, falta de protección y apoyo institucional, indiferencia y burocracia, desinformación y falta de transparencia, investigaciones lentas e ineficaces, desconocimiento de sus derechos, corrupción y colusión, dificultades económicas... y pese a todo ello, siguen en su búsqueda incansable, con valentía, resiliencia y sororidad, son un ejemplo de fortaleza.

## METODOLOGÍA SEGUIDA POR LAS MADRES BUSCADORAS

Las madres buscadoras a lo largo de los años han creado sus propios métodos de busca y han aprendido como localizar fosas clandestinas. Al principio su actuar se limitaba a acudir con las policías o autoridades a realizar sus denuncias, a permanecer en esas oficinas en un rincón llorando en espera de ser atendidas o a darles alguna noticia esperanzadora sobre sus desaparecidos; ahí permanecían horas, días, se volvían invisibles para esos funcionarios. Eran revictimizadas con comentarios crueles sobre sus seres queridos: «de seguro se fue con el novio y al rato aparece»; «ha de andar de parranda», «se fue para el otro lado y no le avisó» o «andaba en malos pasos, por eso se lo llevaron». Fueron dolorosos testigos de la negligencia, apatía e insensibilidad de quienes tienen la obligación de brindarles un servicio y, sin embargo, no lo hicieron.

Fueron ellas mismas quienes decidieron actuar, se organizaron en pequeños grupos para ir a hospitales, cárceles, morgues, indagando con las personas en situación de calle, en antros y bares, interrogando a transeúntes, pegaron carteles en cada poste encontrado con la fotografía de sus desaparecidos, imprimieron volantes con sus datos y camisetas con el rostro de sus seres queridos; poco a poco se dieron cuenta que no los iban a encontrar en esos lugares, debían ir más allá.

Su decisión las llevó a comenzar la búsqueda en lotes baldíos o abandonados en las colonias aledañas a sus domicilios, extendiendo su búsqueda a las zonas en donde se decía se había encontrado un cuerpo.

Pronto las vieron bajar a las barrancas, primero solo con sus propias manos, después auxiliándose de cuerdas para asegurarse. Descubrieron la necesidad de llevar palas, picos e incluso machetes para limpiar los terrenos y penetrar la dura tierra, aprendieron a observar en donde había tierra removida recientemente, haciéndolas sospechar de un posible enterramiento clandestino. La práctica las hizo maestras para no afectar los restos inhumados en esos lugares, pues utilizar palas y picos podía destruir restos o huesos pequeños si no se hacía con cuidado. Esto las llevó a inventar la «varilla T» (Ver Figuras 4 y 5).

FIGURA 4. *La varilla «T».*FIGURA 5. *Martha González huele la varilla.*

Nota: *Daniel Berehulak para The New York Times*

La varilla «T» está formada por una barra con un asa triangular u horizontal de apoyo en la parte superior y un par de muescas ubicadas unos centímetros arriba de la punta inferior. (Medina, 2019)

La varilla «T» entra a la tierra y, cuando la jalas, se trae lo que encuentre: restos, sangre o el puro olor, al acercarse el final de la varilla a la nariz, para confirmar que la búsqueda tuvo un resultado. Entonces, al grito de ¡positivo!, alerta para que las compañeras con las palas se acerquen, y empiecen a cavar. (Valadéz Kinijara, 2019)

Las madres buscadoras han aprendido a realizar investigaciones tanto en vida como en muerte; han aprendido a llenar una ficha de localización, a interponer denuncias y a presionar a las autoridades para hacer su trabajo. También siguen realizando búsquedas de campo: han desarrollado métodos y técnicas para identificar montículos de tierra y hacer el rastrilleo del lugar, en donde se identifican fosas, cuerpos, restos óseos, en ocasiones tienen que cernir la tierra para encontrar falanges u otro tipo de pequeños restos óseos. (Ver Figura 6)

En ocasiones son acompañadas por algunos especialistas en búsqueda y rescate de personas; sin embargo, el pesado y agotador trabajo lo llevan a cabo siempre ellas. Comienzan siempre su trabajo tomándose de las manos en señal de solidaridad y haciendo una oración para pedir éxito en su búsqueda de ese día; así se van construyendo sus lazos y fuertes redes de apoyo. Actualmente, algunos Colectivos están haciendo uso de drones dotados de cámaras para visualizar desde lo alto los terrenos y facilitar la localización de inhumaciones clandestinas.

FIGURA 6. *Madres buscadoras en trabajo de cernir la tierra.*

Nota: *Madres Buscadoras: Desaparecidos en México: realismo crudo* | Opinión | EL PAÍS.

## POSIBLES CAUSAS DE LAS DESAPARICIONES

Las múltiples desapariciones en México se deben a variadas causas, pero principalmente se ocasionan por detenciones arbitrarias ejecutadas por policías, la guardia nacional o el propio ejército, quienes intervienen y detienen a personas sin ordenes de aprehensión o citación, bajo el argumento de «se nos hizo sospechoso», son privados de la libertad y llevados a comandancias, barandillas, casas de seguridad, separos, entre otros y además, son incomunicados; con ello se impide su registro y en consecuencia se imposibilita su localización. En tales circunstancias son sometidos a tortura para que «confiesen» haber cometido tal o cual delito. Las detenciones arbitrarias se convierten en «fábrica de culpables» o de «chivos expiatorios» de otros delincuentes.

Ante tales circunstancias se puede ocasionar la muerte del detenido y en ese caso son arrojados en alguna fosa clandestina y/o a las fosas comunes de los cementerios, de este modo no se vuelve a saber de ellos.

Con esa conducta se violan flagrantemente el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece:

## Artículo 9

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (ONU, 1966).

Por su parte el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, uno de los procedimientos especiales temáticos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, publicó en 2015 un informe sobre los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, cumpliendo con la resolución 20/16 del Consejo de Derechos Humanos. (ONU A. G., 2015).

Estos principios también son violados de manera reiterada por el estado mexicano.

Igualmente, se violentan los artículos 5, 7, 8, 10 y 25 del capítulo 2 sobre derechos civiles y políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969).

Otra causa de desapariciones forzadas, es la llevada a cabo por las redes delincuenciales del crimen organizado, considerado como el perpetrador central de las mismas. Una incalculable cantidad de desapariciones forzadas de niñas, adolescentes y mujeres jóvenes es posible atribuirla a la trata de personas, sobre todo con fines de explotación sexual, pues deja a quienes la llevan a cabo millonarias ganancias alrededor del mundo (Cacho, 2020).

De igual forma, los cárteles de la droga, distribuidos por todo el país, son otra de las fuentes de desapariciones forzadas a través de los llamados «levantones» de personas cuando salían de sus casas o iban a una fiesta, incluso de viaje por la carretera. También captan a los jóvenes con el fin de realizar diversas tareas al interior de sus organizaciones y si no lo quieren hacer, los obligan incluso a matarse entre ellos. Estos grupos delincuenciales se han apoderado de la mayor parte del territorio nacional.

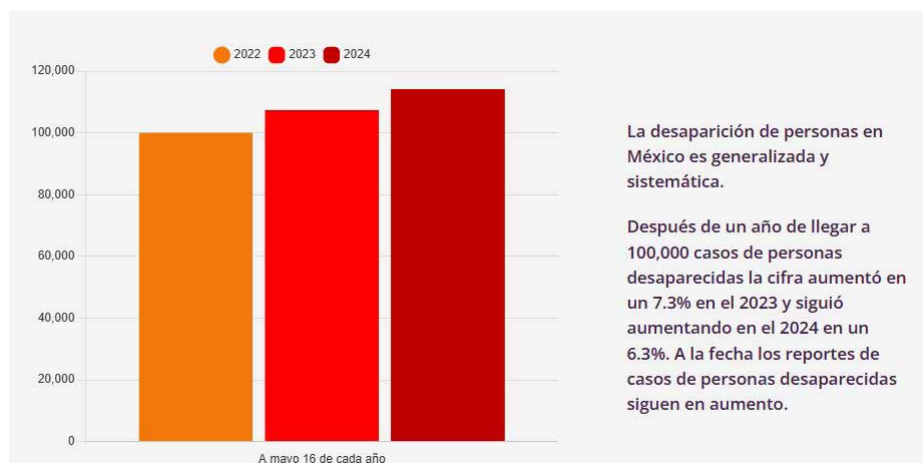
Respecto a la situación descrita con anterioridad, el Comité Contra las Desapariciones Forzadas de la ONU, denunció el 12 de abril del año 2022, durante la presentación de su informe sobre la visita realizada del 15 al 26 de noviembre del año 2021, la necesidad para el estado mexicano de tomar acciones inmediatas para acabar con la impunidad absoluta e instaurar una política nacional para prevenir esta tragedia humana. La presidenta del Comité Carmen Roda Villa Quintana, urgió a México para adoptar e implementar una política nacional de prevención y erradicación de desapariciones. De su análisis se concluyó: las desapariciones

forzadas son una situación generalizada, a 26 de noviembre de 2021 el número de personas desaparecidas asciende a 95, 121, 112. Por último, señalaron:

La impunidad en México es un rasgo estructural que favorece la reproducción y el encubrimiento de las desapariciones forzadas y pone en peligro y causa zozobra a las víctimas, a quienes defienden y promueven sus derechos, a los servidores públicos que buscan a las personas desaparecidas e investigan sus casos y a la sociedad en su conjunto (ONU Noticias, 2022)

El número de desaparecidos según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), a mayo 16 de 2024 asciende a 114, 069. (Ver gráfico 1).

GRÁFICO 1. *Desaparecidos en México.*



Nota: *Informe Nacional de Personas desaparecidas 2024 (INEGI).*

Por su parte el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y no Localizadas (RNPДNO) redujo sus cifras a medida que incorpora las supuestas localizaciones obtenidas mediante la Estrategia Nacional de Búsqueda, durante el último año de gobierno de expresidente AMLO. Por ello, fue acusado de modificar las cifras para minimizar la gravedad de la crisis de desapariciones.

De acuerdo con el Consejo Nacional de Búsqueda, participante en las visitas casa por casa como parte de la Estrategia Nacional de Búsqueda Generalizada, el levantamiento del censo careció de protocolos y capacitación. Además, tuvieron enfrentamientos con miembros de la Secretaría del Bienestar (SB), quienes tenían instrucciones de llevar a cabo el trabajo, pero no tenían idea de cómo hacerlo, porque no tuvieron una capacitación previa.

La búsqueda se realizaba con base en cuatro listas llevadas por la SB en las cuales figuraban las personas desaparecidas. Las listas eran de programas sociales como Sembrando Vida, Pensión para adultos mayores, Diconsa y Jóvenes construyendo el futuro, con ellas los censores acudían a la dirección asentada en las listas y no a la reportada por desaparición; o bien, había nombres homónimos y daban por localizadas a personas que evidentemente no eran las desaparecidas; ejemplo: se buscaba a Miguel Hernández de 30 años, pero lo daban por localizado si Miguel Hernández aparecía en el Programa de adultos mayores. Por ello, las madres buscadoras nunca confiaron en los datos proporcionados por el gobierno y denunciaron al propio gobierno de haber desaparecido a más de 50 mil personas del padrón de desaparecido.

## VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MADRES BUSCADORAS

Entre los principales Derechos violados a las madres buscadoras, se encuentran el Derecho a la verdad; derecho a la justicia; Derecho a la protección contra la desaparición forzada; Derecho a la libertad de expresión y asociación; Derecho a la protección contra la tortura y malos tratos; Derecho a la igualdad y no discriminación; Derecho a la protección de la vida familiar y privada; Derecho a la protección contra la violencia de género; Derecho a la reparación, compensación y garantía de no repetición; Derecho a la participación en la vida pública, entre otros.

## CONCLUSIONES

Es incuestionable el trabajo de las madres buscadoras, quienes han encontrado en el dolor la fuerza para llevar a cabo la búsqueda de sus seres queridos. Han accionado ante la omisión inexcusable de las autoridades y han evidenciado su negligencia, corrupción e ineficiencia. Una madre buscadora no se vence ante el cansancio, la sed, el hambre o las quemaduras de sol, siempre con la esperanza de encontrar a su hijo(a) y poder vivir su duelo, dejar la incertidumbre atrás y tener por fin la paz de haberlos encontrado y un lugar para llorarles. Son resilientes y actúan con sororidad, han tendido a lo largo y ancho del país fuertes lazos y redes de apoyo para seguir en la búsqueda. Han logrado enfrentar a un gobierno indiferente, presionando para cambiar las políticas públicas e incluso la propia legislación al lograr la inclusión del tipo penal de desaparición forzada en la Codificación Federal.

## REFERENCIAS

- CACHO, L. (2020). *Esclavas del poder*. México: Penguin Random House Grupo Editorial SA de CV; Edición 3rd.

- CEREZO, J. (5 de 10 de 2022). *MTP NOTICIAS, Puebla*. Obtenido de <https://mtpnoticias.com/destacadas/madres-bsucadoras-quienes-son/>
- CONCEPTO, E. (22 de 10 de 2013-2024). *Sororidad*. Obtenido de <https://concepto.de/sororidad/>
- FLORES ARMENTA, C. (s.f.). *Madre Buscadora. ídem*.
- FLORES ARMENTA, C. P. (2023). *Madre Buscadora. Crónica de la Desesperación*. Fondo Blanco Editorial.
- INEGI (16 de 05 de 2024). *Informe Nacional de Personas Desaparecidas 2024*. Obtenido de <https://imdh.org/redlupa/informes-y-analisis/informes-nacionales/informe-nacional-2024/>
- MEDINA, M. N. (15 de 04 de 2019). *Crónica. Una varilla, el olfato y ganas de enfrentar la verdad: así dieron con 30 cuerpos en Sonora*. Obtenido de <https://www.sinembargo.mx/15-04-2019/3566795>
- OEA (22 de 11 de 1969). *b-32: Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>
- ONU NOTICIAS (12 de 04 de 2022). *México: funcionarios públicos y crimen organizado son los responsables de las desapariciones*. Obtenido de <https://news.un.org/es/story/2022/04/1507152>
- ONU, A. G. (06 de 07 de 2015). *Informe del grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria. Principios y directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de la Libertad a Recurrir ante un Tribunal*. Obtenido de <https://bice.org>, 2014/06, A\_HRC\_30\_37\_SPA
- ONU, D. H. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- TURATI, M. (2023). *San Fernando: Última Parada. Viaje al crimen autorizado en Tamaulipas*. Aguilar.
- VALADÉZ KINIJARA, M. T. (15 de 04 de 2019). Obtenido de <https://www.sinembargo.mx/15-04-2019/3566795>



# EL FEMINICIDIO EN MÉXICO UNA REALIDAD QUE REBASÓ EL SISTEMA DE PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

CONTRERAS CRUZ, NANCY  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

El feminicidio en México es un tema que va en aumento, a pesar de los esfuerzos que ha realizado el estado para que este disminuya, por medio de mecanismos, programas e instituciones, así como su tipificación y con ello la implementación de diversos protocolos para su atención y prevención. Teniendo como consecuencia que las víctimas y ofendidos se vean vulnerados al acceder a la procuración e impartición de justicia por ende a la reparación del daño.

Palabras clave: *feminicidio; procuración de justicia; impartición de justicia.*

## ABSTRACT

The rise of Femicide in Mexico despite the efforts have been made by the state to reduce it through mechanisms, programmers and institutions, just as its classification and the implementation of several protocols for its attention and prevention. As a result, victims and offended parties are being denied access to the procurement and delivery of justice, and therefore to reparation of damages.

Keywords: *Diversity; Public Policies; Global Society.*

## EL FEMINICIDIO EN MÉXICO

**D**E LAS EXPRESIONES FEMICIDIO Y FEMINICIDIO, encuentran su antecedente directo en la voz inglesa *femicide*, expresión desarrollada inicialmente en el área de los estudios de género y la sociología por Diana Russell y Jane Caputi a principios de la década de 1990. (Vázquez, 2009).

La violencia que se va ejerciendo en contra de la mujer a mano de una persona conocida, familiar, desconocida o que tenga algún tipo de relación puede ser victimario y si es un familiar o persona cercana puede ir evolucionando en la violencia que ejerce en contra de la víctima ya que inicia con comentarios, desacreditación, insultos, invalidación, manipulación, violencia económica, control hasta aislarla generando una dependencia en todos los sentidos.

Situación que es visible en la sentencia que fue emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Mariana Lima Buendía de fecha 25 de marzo de 2015 (Osuna, 2017) ante la falta de probidad al esclarecimiento de los hechos, así como entorpecer el acceso a la justicia.

En México el delito de feminicidio se comenzó a visualizar con la resolución de Caso González Y Otras («Campo Algodonero») Vs. México (Humanos, 2009) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en data dieciséis de noviembre de dos mil nueve en el que se toca el tema de la violencia en contra de las mujeres en específico la que acontecía en Ciudad Juárez, Chihuahua lugar en el que aumentaba la desaparición de mujeres y que eran encontradas sin vida con huellas de violencia.

Sentencia en la que es visibiliza el nulo actuar de las autoridades de procuración de justicia que hasta la fecha permean, tales como la existencia de una estadística real y objetiva sobre las muertes de mujeres que puedan determinar la causa de la muerte o que sean datos que establezcan un delito diverso con ello el nulo acceso a conocer la verdad y al acceso a la justicia.

Precedente que dio pauta para que la entonces legisladora «Lagarde forma parte del grupo de diputados que promovió la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y del Delito de feminicidio en el Código Penal Federal, vigente en México desde el 2 de febrero de 2007» (Feminicidio.net, 2010).

En fecha trece de diciembre de dos mil once en la cámara de diputados se aprobó la tipificación del delito de feminicidio en México lo cual implica una penalidad de 60 años de prisión vitalicia a quien lo cometiera en el artículo 325 del código penal federal en México en el capítulo V que a la letra establece Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por una razón de género el cual contiene ocho fracciones (Unión, 2024).

Con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, adversarial y oral en México, el primer juicio de feminicidio acontece en el estado de Chihuahua siendo este el de «Rubí Marisol Frayre, hija de la activista Maricela Escobedo quien fue asesinada en agosto de 2008 en Ciudad Juárez, en el nortero estado mexicano de Chihuahua. El asesino fue Sergio Rafael Barraza, quien era su pareja» (Mundo, 2020).

Del cual se presenta un documental denominado las tres muertes de Maricel Escobedo en donde se aprecia como es que la madre de Rubí se enfrenta a la indiferencia del sistema de procuración e impartición de justicia siendo esto un reflejo del día a día que conlleva la búsqueda incansable de dar con el responsable de la muerte así como la falta de perspectiva de género en la audiencia de juicio donde el tribunal de enjuiciamiento considero que no había elemento alguno para emitir un fallo de condena.

«Eso (las características) es lo que va diferenciar entre un homicidio y un feminicidio», enfatiza la defensora de derechos humanos del OCNF, organismo conformado por 43 organizaciones de 23 estados de la República. (Staff, 2020).

Cuando hablamos de perspectiva de género, así como la debida diligencia y el acatar los protocolos desde el primer contacto

En el estado de México se encuentra tipificado en el código penal del Estado en el capítulo V, artículo 281 en el que establece las modalidades y circunstancias, así como la penalidad de cuarenta a setenta años de prisión o prisión vitalicia.

Un ejemplo claro de la prisión vitalicia que ha sido emitida en una sentencia es la de Andrés Filomeno Mendoza Celis feminicida de Atizapán De Zaragoza en la que el Tribunal de Enjuiciamiento del Distrito Judicial de Tenango del Valle, del Poder Judicial del estado de México impuso la prisión vitalicia al encontrar elementos suficientes para establecer una sentencia de condena y acorde a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal del Estado de México en donde se establecen los parámetros bajo los cuales se regulara la penalidad. (Aguilera, 2022)

Con ello se establece la víctima quien es la persona que resiente en su persona el hecho delictuoso y ofendido quien de forma indirecta es dañado en el bien jurídico tutelado que en el hecho delictuoso que nos ocupa es el de feminicidio siendo el bien jurídico tutelado el de mayor valía pueden ser los padres de la víctima quienes en algunos casos representan a los hijos ya que son menores de edad.

Donde se presenta un problema fuerte para el estado mexicano ya que son principalmente las familias quienes buscan incesantemente legalidad, seguridad jurídica, trato digno, debida diligencia, debida procuración e impartición de justicia y derecho a la verdad.

Analizando los factores tales como familia, cultura educación, economía y territorio podemos determinar que son factores importantes ya que puede generar un apoyo fuera del núcleo de violencia ya que al ir aumentando el grado de violencia

se esconde y genera aislamiento por parte de la víctima lo que trae consigo el grado máximo de esa violencia que es el feminicidio dentro de una familia.

Cuando hay infantes estos pueden aprender y repetir esas conductas en las diferentes etapas hasta ser adultos, quienes solo conocen la violencia como forma de vida y de relacionarse, e incluso verse envueltos en síndromes como el de indefensión aprendida, la niña buena o en el «sexismo benévolo» (Ronco, 2019) que son partegauas en la continuidad de la violencia contra la mujer que puede generar el mismo resultado.

#### ANÁLISIS DE PROTOCOLOS PARA EL DELITO DE FEMINICIDIO Y SU APLICACIÓN

En México se cuenta con protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio expedido por la entonces denominada Procuraduría General de la Republica derivado de las sentencias de la Corte Interamericana de fecha de publicación el uno de septiembre de dos mil quince y en el que se establecen las directrices de la investigación.

Protocolo que establecen estándares mínimos con la finalidad de poder realizar las actuaciones respectivas para evitar la revictimización, así como paso a paso la forma y conducción básicos como lo es la entrevista con los familiares, contar con información anterior, durante y posterior respecto a la muerte de la víctima lo cual podrá dar pauta a líneas de investigación precisas y concisas que puedan sostener la investigación en un procedimiento obteniéndose una sentencia de condena. Con ello acceder al derecho a la justicia y conocer la verdad.

Sin embargo al establecer parámetros para determinar a causa de muerte de una mujer no se puede determinar con exactitud debido a la nula diligencia que se observa en los periciales así como en el trato que se les brinda a las víctimas y ofendidos una vez que acuden a un ministerio público a iniciar una carpeta de investigación tal como se observa en los diferentes medio de comunicación en donde en el día a día se observan encabezados donde se busca acceder a la verdad sobre una muerte de una mujer tal como ocurrió con «Debannhi Escobar» (Español, 2022) y que decir de «Montserrat Juárez» (Español, CNN Español, 2023) en donde hasta la fecha no se ha esclarecido la muerte de ambas mujeres así como el conocer la verdad, dificultando en obtención de evidencia que aporte información para esclarecer los hechos esto de acuerdo a los protocolos, sobre todo la indiferencia de parte de las autoridades para lograr el acceso a la procuración e impartición de justicia de los ofendidos y víctimas que sufren este quebrantamiento de derechos viéndose en un estado de vulnerabilidad total.

Es importante tomar en consideración que los ofendidos son quienes recientes directamente tal situación y que fue de una forma que ataque el pudor de la vícti-

ma y haya sido expuesta en un lugar público o se haya generado una situación en donde parte del núcleo familiar haya presenciado.

En las fiscalías de cada entidad se cuenta con protocolos de actuaciones en los que se establecen las directrices tal como aconteció en el Estado de México que en fecha 18 de abril de 2017 es que en la gaceta del Gobierno del Estado de México en el que se retoman los ofendidos, así como la atención y la reparación del daño integral y un punto importante es también las medidas de autocuidado para las y los servidores públicos.

Ambos retoman los requerimientos de la Corte Interamericana sin embargo es deja de lado la preparación de los servidores públicos que se harán cargo de lo concerniente ni cada cuanto se realizara e incluso la actualización, así como las condiciones para que estos puedan generar un mejor desenvolvimiento en el desarrollo de sus funciones. El Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) en el cual se establecen conceptos, así como la forma en la que acontece la violencia máxima en contra de la mujer en los distintos ámbitos, así como la respuesta de las autoridades.

#### IMPARTICIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL DELITO DE FEMINICIDIO

Una de las secuelas que trae la falta de preparación de los servidores públicos con los usuarios es que la atención se basa en estigmas, ideologías perdonales in perspectiva de género así como nulo interés y atención que se brinda desde que acuden ante el ministerio público para denunciar violencia la cual es minimizada desde que se explica por parte de la víctima la situación que está viviendo, cuando las campañas son encaminadas a que se hable y no se calle la violencia ejercida tal como #vamos respetando (México G. d., 2018).

Es contrario el actuar del o la representante social al grado que es visible entre la población esa deficiencia de atención, así como de espera para poder ser atendidas y dar respuesta a la problemática que en ese momento presenta ya sea violencia psicológica, económica, sexual, física, económica y que puede ir en aumento.

Analizando el actuar del aparato de procuración e impartición de justicia es perceptible la falta de preparación, así como de contención, si bien es cierto se cuenta con programas de contención para los servidores público en las entidades federativas no es para todo el personal que está en contacto directo con las víctimas.

Una vez que se tiene contacto con elementos de policía de alguno de los tres niveles de gobierno en algunas comunidades se implementan estrategias al verse rebasadas instituciones públicas o no recibir a mujeres que sufren violencia como lo sin albergues el improvisar lugares o incluso los hogares de los mismos para

salvaguardar la integridad de esas víctimas labor que es loable como una forma de prevención en algunos casos y en otros con los ofendidos, dejando de lado las políticas públicas que deberían de implementarse así como la política criminal.

Inicia una denuncia por feminicidio las investigaciones pueden resultar en la nula obtención de información o la familia de las víctimas son las que la realizan, así como un sistema deficiente en la preservación, así como obtención de los datos de prueba que puedan contribuir al esclarecimiento y se acceda a la justicia.

Una de las pugnas principales por parte de los colectivos que son la voz de la familia de las víctimas las cuales pugnan por el acceso a la justicia y que se castigue a los culpables realizando incluso ellos la investigación con la finalidad de poder recabar los elementos necesarios para poder llevar a cabo un procedimiento en contra de la persona o personas. Así como la pérdida o extravío de las evidencias que son parte fundamental, así como el recabar entrevistas que son fuente principal para poder esclarecer los hechos.

Una muestra de las deficiencias que se muestran en la impartición y procuración de justicia en donde pequeños detalles como la preservación del lugar, etiquetado, embalado, en el caso de las investigaciones realizadas por la policía de investigación se realicen con perspectiva de género en la que se logre analizar el contexto de la víctima así como donde se desarrolló permitiendo con eso el poder analizar las diferentes líneas de investigación que permitan que sea favorable la emisión del fallo.

Un trato digno, así como profesional es el que se debería de brindar dejando de lado los prejuicios personales, esto vislumbrado tanto desde el inicio de la investigación evitando confusiones incluso en servicios periciales en la entrega del cadáver para que la familia pueda realizar los ritos religiosos que sean oportunos para poder iniciar a su vez un proceso de duelo.

Proceso de duelo que incluso puede ser interrumpido por alguna situación que considera oportuno el órgano jurisdiccional del estado o federal en donde se pueda ordenar una reposición y el sistema sea demasiado garantista hacia los imputados dejando en estado de indefensión a los ofendidos los cuales merecen respeto y no deben ser obligados a que repitan un procedimiento aún más doloroso a nivel emocional al no cerrar ese ciclo.

Ejemplos de esta situación es el cambio repentino de un juzgador por el motivo que fuere no es basto ni suficiente para que se repita un juicio que ya se llevó a cabo ya que pasa desapercibido la dinámica tan fuerte a la que se enfrenta para poder sanar en todos los sentidos la pérdida que sufrieron.

Con eso se genera un menoscabo en los derechos que le asisten a los ofendidos ya que pasamos por alto la empatía viendo solo el número que pudiera representar en la estadística y que es mostrado a su vez en la sociedad como un logro institu-

cional generando satisfacción al creer que se logró la impartición y procuración de justicia. Empatía que caldo debe ser equilibrada para evitar una mala praxis.

CONCLUSIONES

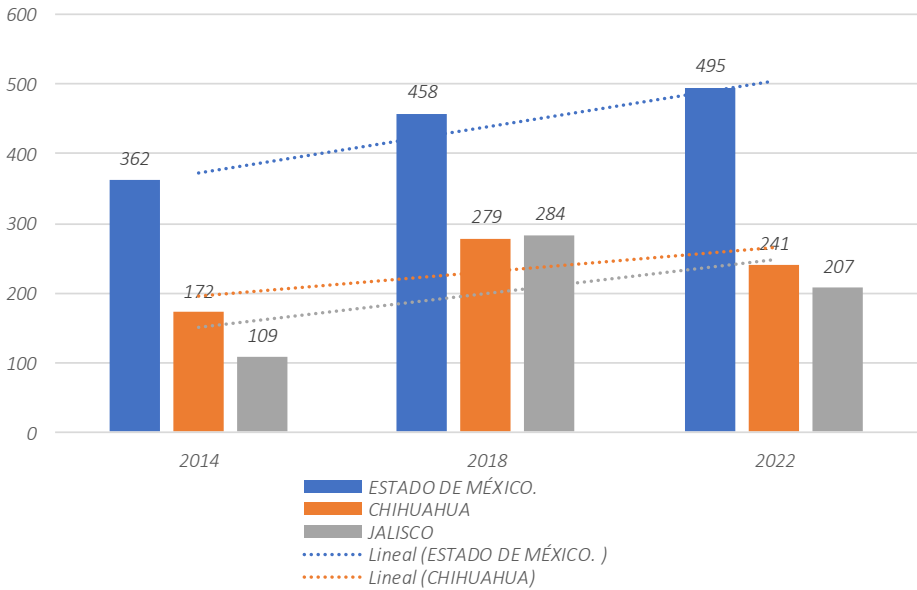
De la estadística que se maneja por parte del Instituto Nacional de Estadística y Geografía se puede advertir la siguiente información:

Homicidios contra mujeres cometido en los años 2014, 2018, 2022 en las entidades federativas: estado de México, Chihuahua y jalisco.

TABLA 1.

| AÑO  | ESTADO DE MÉXICO | CHIHUAHUA | JALISCO |
|------|------------------|-----------|---------|
| 2014 | 362              | 172       | 109     |
| 2018 | 458              | 279       | 284     |
| 2022 | 495              | 241       | 207     |

Tabla comparativa de homicidios contra mujeres de los años 2014, 2018, 2022 (INEGI, 2024)



Durante los años 2014, 2018 y 2022 presento un aumento en la incidencia del delito de homicidio contra mujeres en las Entidades Federativas Estado de México, Jalisco y Chihuahua.

(INEGI, 2024)

Estas entidades federativas son las que presentan mayor índice de homicidios y como podemos dar cuenta no logramos establecer una estadística real y objetiva ante la muerte de una mujer, así como las causas al no contar con unificación de información y es visible en medios el aumento de las muertes de mujeres de forma violenta.

México es un país en el que se puede lograr un cambio real y objetivo en cuanto a la impartición y procuración de justicia cuando se trata de aplicabilidad de la norma y las adecuaciones pertinentes tales como la designación de los servidores públicos que presenten un perfil con perspectiva de género y que ese conocimiento ayude a las víctimas generándoles confianza, así como el poder estar presentes en el procedimiento evitando llegar a el grado máximo de violencia.

Por lo que hace a la investigación del delito es importante realizar las líneas de investigación objetivas, así como preservar el lugar y los indicios a su vez que sean procesados correctamente y la atención oportuna bajo los protocolos que a su vez rige cada uno de los procedimientos mencionados. Aunado a que el trato hacia los usuarios y al personal sea el digno y correcto.

Para el servidor público que se le dote de herramientas necesarias y básicas así como los conocimientos básicos y la remuneración económica que no permita impunidad. Se puede realizar un trabajo tanto preventivo como esclarecer bajo un trabajo multidisciplinario, así como la escucha de las víctimas como forma de prevención el establecer límites a situaciones que generan violencia, así como las banderas rojas.

La prevención es parte fundamental del estado y que debería formarse desde la educación que se imparte tanto en la escuela aunado a que los programas que se logran establecer en los diferentes niveles de gobierno cumplan con el objetivo de llegar a mas población.

Es importante conocer todos y cada uno de los programas, así como la legislación, sobre todo la capacitación que se pueda brindar con la finalidad de poder llevar a cabo el ejercicio de las funciones tanto en la procuración e impartición de justicia generando con ello mayor credibilidad en las instituciones y poder analizar mayores factores que puedan prevenir y mejorar en la atención.

Como compromiso social poner en marcha un equipo multidisciplinario que brinde desde la asesoría jurídica, psicológica, medica y una reintegración de las vic-

timas u ofendidos generando incluso un empoderamiento a través de la enseñanza de arte u oficio ya que en algunos casos no es factible la salida de los hogares en donde existe un control económico, así como un lugar de acogida temporal.

Al realizar un análisis algunas vivencias de mujeres víctimas y ofendidos convergen en la nula empatía por parte de la autoridad y con anuencia de quien llamare solo Celina es objetivo y tangible decir «no soy una estadística más, nadie esta después del proceso penal que lleve, ahí es donde yo tenía que regresar a mi vida que ya no podía ser normal».

Siendo esto un claro ejemplo de que hay un antes, durante y después de un acto de violencia que no solo deja un a huella física también en la forma de vida de la persona por ende es necesario dar voz y trabajar en conjunto para un contexto integral así como interseccional con estas víctimas y ofendidos.

Como se puede apreciar en la siguiente imagen tomada de mi vivero de una hermosa suculenta llamada «*crassula exilis*» (forms, 2005) que se encuentra en un ambiente adecuado (sol directo), sustrato (drenante), riego (cada ocho días) y cuidados (verificar plagas así como cambio de maceta) que requieren esta suculenta para poder lograr la florecencia, así como una adecuada reproducción.

Lo mismo sucede con las personas que requieren de cuidados, atenciones, espacios que generen una vida libre de violencia y puedan desarrollarse de forma integral con las herramientas necesarias para la prevención de violencia con ello trabajar en factores que puedan generar una sociedad más amable y funcional, tal como ha quedado establecido en líneas anteriores.



FIGURA 1. Suculenta *Crassula exilis*.

## REFERENCIAS

- AGUILERA, E. (2022, 17 de marzo). *Dictan sentencia condenatoria «Monstruo de Atizapán de Zaragoza» Andrés Filomeno Mendoza Celis*. Digitalmex. <https://www.digitalmex.mx/seguridad/story/33686/dictan-sentencia-condenatoria-monstruo-de-atizapan-de-zaragoza-andres-filomeno-mendoza-celis>
- CONCEPTOS JURÍDICOS (s.f.). *Homicidio*. <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/homicidio/>

- FEMINICIDIO.NET (2010, 27 de noviembre). *Marcela Lagarde: Impunidad y feminicidio en México*. <https://feminicidio.net/marcela-lagarde-impunidad-y-feminicidio-mexico/>
- HOTLINE, N. D. (s.f.). *Power and control*. NATIONAL DOMESTIC VIOLENCE HOTLINE. <https://www.thehotline.org/identify-abuse/power-and-control/>
- IN MUJERES (s.f.). *VIOLENTÓMETRO: SI HAY VIOLENCIA EN LA PAREJA, no hay amor*. <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/violentometro-si-hay-violencia-en-la-pareja-no-hay-amor-234888?idiom=es>
- LOZOYA ZARAGOZA, M. A. (2021). *El feminicidio en Ciudad Juárez y la transformación del derecho interno a partir de la intervención de los organismos internacionales de derechos humanos*. <http://hdl.handle.net/10366/149114>
- MÉXICO, Gobierno de (2018, 12 de julio). *Campaña #VámonosRespetando contra la violencia de género hacia las mujeres*. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/conavim/articulos/campana-vamonosrespetando-contr-la-violencia-de-genero-hacia-las-mujeres>
- MÉXICO, Gobierno de (s.f.). *Secretaría de la Mujer*. <https://semujeres.edomex.gob.mx/ce-demas>
- NACLA REPORTING ON THE AMERICAS SINCE 1967 (2022, 3 de marzo). *La inacción del gobierno ante feminicidios*. <https://nacla.org/news/2020/03/04/la-inacci%C3%B3n-del-gobierno-ante-feminicidios>
- OSORIO MONTOYA, R. O. (2017). *Feminicidio: Poder, desigualdad, subordinación e impunidad: No más invisibilidad*. Medellín: Universidad Católica Luis Amigó.
- REYNALDO GUTIÉRREZ CAPULÍN, K. Y. (2015). *El concepto de familia en México: Una revisión desde la mirada antropológica y demográfica*. Dialnet.
- SEGATO, R. (s.f.). *La guerra contra las mujeres: Nunca la duplicación de un mal fue la respuesta*.
- STAFF, F. (2020, 17 de febrero). *¿Qué es feminicidio? Código Penal en México*. Forbes. <https://www.forbes.com.mx/que-es-feminicidio-codigo-penal-mexico/>
- VÁZQUEZ, P. T. (2009). *Feminicidio*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OACNUDH).

# LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA FRENTE A FACTORES DE DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN<sup>1</sup>

TIERNO BARRIOS, SELENA<sup>2</sup>  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

El derecho de acceso a la justicia pone de manifiesto distintos factores o causas de vulnerabilidad a las que se pueden ver expuestas personas y colectivos a la hora de proceder a su ejercicio, y que se corresponden con diferentes formas de discriminación que pueden concurrir simultánea o consecutivamente en una misma persona o incluso interactuar conjuntamente, dificultando de este modo que puedan acceder a la justicia. En este sentido, el propósito del presente trabajo es analizar cómo la incorporación de la perspectiva de género y del enfoque interseccional en la adopción de políticas públicas pueden constituir herramientas esenciales a través de las cuales abordar la situación de vulnerabilidad, desigualdad y discriminación que sufren distintos colectivos en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de una Ayuda para la Formación de Profesorado Universitario (FPU) concedida por el Ministerio de Universidades del Gobierno de España como Personal Investigador en Formación Postdoctoral (POP) adscrita al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Asimismo, este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Agenda 2030 y acceso igualitario a la justicia de personas vulnerables desde una perspectiva de género» (PIC-2022-06) de la Universidad de Salamanca cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. Adán Carrizo González–Castell.

<sup>2</sup> Personal Investigador en Formación Postdoctoral (POP-FPU) en Derecho Procesal en el Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.

Palabras clave: *Acceso a la justicia; enfoque interseccional; vulnerabilidad; desigualdad; discriminación.*

## ABSTRACT

The access to justice right highlights different factors or causes of vulnerability to which individuals and groups may be exposed when it comes to exercising this right, and which correspond to different forms of discrimination that may occur simultaneously or consecutively in the same person or even interact together, thus making it difficult for them to access justice. In this sense, the purpose of this paper is to analyse how the incorporation of the gender perspective and the intersectional approach in the adoption of public policies can constitute essential tools through which to address the situation of vulnerability, inequality and discrimination suffered by different groups in the exercise of the access to justice right.

Keywords: *Access to justice; intersectional approach; vulnerability; inequality; discrimination.*

## LA DESIGUALDAD SOCIAL Y LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL COMO MARCO CONTEXTUALIZADOR

COMENCEMOS POR DESCRIBIR el escenario general en el que se encuentra la sociedad actual, definido por una serie de elementos que, si bien en apariencia están desconectados, comparten la dinámica del sistema que diseña e impone un determinado orden social, inspirado por un lado en el sistema capitalista neoliberal por cuanto su subsistencia depende de la concurrencia de determinadas condiciones que no disponen de una naturaleza económica —véanse las familias y las comunidades, los hábitats y ecosistemas, y los poderes públicos— pero que el propio capitalismo se encarga de destruir, es decir, pese a necesitar y atraer hacia sí mismo los componentes que conforman las bases sociales, naturales y políticas, se trata de un sistema que devasta y desintegra su propio soporte y existencia (Fraser, 2023, pp. 17-19).

De este modo, el capitalismo, si bien está destinado a organizar e institucionalizar la producción y el intercambio dentro de la economía, conduce a su vez a destruir aquellas actividades sociales, procesos naturales y capacidades políticas de las que depende la economía aun no teniendo dicha naturaleza, advirtiéndolo por tanto la gravedad de la crisis que atraviesa la sociedad actual (Fraser, 2021, pp. 107-108).

Una crisis que, como podrá fácilmente deducirse, no es solo económica, financiera o política, sino también social y ecológica al revelar distintas formas de

injusticia que, aun en principio desconectadas entre sí, se ven exacerbadas por el sistema capitalista y que nos trasladan a aquellas bases no económicas mencionadas con anterioridad. Véase, en este sentido, la dominación de sexo y género, la opresión racial-imperial y la explotación de clase, lo cual refleja la generalidad de una crisis que afecta a todo el orden social, caracterizado de este modo a través de una injusticia que adquiere naturaleza estructural (Fraser, 2023, pp. 19-20).

No obstante, junto al sistema capitalista neoliberal, este escenario de desigualdad social se ve también alimentado por el patriarcado como sistema de opresión, más aún cuando las sociedades capitalistas, si bien son sociedades de clases al permitir a un pequeño grupo de población la acumulación de ganancias con base en la explotación de la inmensa mayoría que trabaja a cambio de un salario, constituyen también fuentes de la opresión de género al compartir el sexismo como un elemento inherente a su sistema, es decir, aunque el capitalismo no representa el origen de la dominación y subordinación de las mujeres, sí contribuyó a ello al dividir y separar la «*producción de seres humanos*» (reproducción social) de la «*producción de beneficios*», atribuyendo esta última al hombre y aquella a la mujer (Arruzza, Bhat-tacharya y Fraser, 2019, p. 25).

Así pues, este escenario refleja la existencia de determinados colectivos que tradicionalmente han quedado al margen del discurso hegemónico. En este sentido, cabe subrayar la especial transcendencia que ostenta el derecho de acceso a la justicia y su efectivo ejercicio en condiciones de igualdad para aquellas personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad como pueden ser las mujeres, personas migrantes, LGTBIQ+, con discapacidad o sin recursos económicos, expuestas a distintos factores o causas de vulnerabilidad y que dificultan el ejercicio de este derecho. De este modo, tomando como punto de partida el factor del género, que puede concurrir conjuntamente con otra serie de causas, el propósito del presente trabajo será analizar cómo la incorporación de la perspectiva de género, de un lado, y del enfoque interseccional, de otro, en la adopción de políticas públicas pueden constituir herramientas esenciales a través de las cuales abordar la situación de vulnerabilidad, desigualdad y discriminación que sufren distintos colectivos en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

## LAS CAUSAS DE VULNERABILIDAD Y SU IMPACTO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Reconocido en múltiples instrumentos jurídicos internacionales –véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o la Convención Americana de Derechos Humanos

(«Pacto de San José»)–, el derecho de acceso a la justicia constituye un elemento clave del Estado de Derecho en la medida en que, más allá de dar soporte al resto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos por cuanto la efectividad de estos últimos descansa en aquel, ostenta una naturaleza multidimensional y compleja (Añón Roig, 2018, p. 20).

El derecho de acceso a la justicia así concebido engloba varios derechos fundamentales como el derecho a un proceso equitativo, de acuerdo con el artículo 6 CEDH y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o también, el derecho a un recurso efectivo, reconocido en los artículos 13 y 47 de los anteriores textos normativos, respectivamente. En este sentido, no solo se encuentra reconocido ampliamente a nivel internacional, sino que también ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en múltiples causas, entre ellas, *Janosevic c. Suecia*, en la que se declara cómo el derecho a un órgano jurisdiccional no es un derecho absoluto sino que puede estar sujeto a limitaciones implícitas, aunque sin poder restringir el acceso de una persona de forma que menoscabe la esencia misma del derecho<sup>3</sup>; *Khalfaoui c. Francia*, en la que se pone de relieve cómo la creación de tribunales de apelación conlleva también la aplicación del artículo 6 CEDH<sup>4</sup>, *Běleš y otros c. República Checa*, donde se subraya la trascendencia del derecho de acceso a la justicia en su vertiente de acceso al sistema de justicia en la medida en que los órganos jurisdiccionales brindan protección contra aquellas prácticas ilegales y defienden el Estado de Derecho<sup>5</sup>, y *Ashingdane c. Reino Unido*, que insistiendo también en la idea de que el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales no es absoluto sino que puede estar sujeto a limitaciones, afirma que requiere una regulación por parte del Estado, la cual puede variar en el tiempo y en el lugar según las necesidades y los recursos que presenten la comunidad y los individuos<sup>6</sup>.

El acceso a la justicia se erige, de este modo, en un derecho humano básico, característico por tanto de un sistema jurídico que pretenda atribuirse las notas de modernidad e igualdad en el sentido, no solo de reconocer, sino de garantizar el resto de derechos, pues de poco o nada sirve tener reconocido un derecho si no se permite el acceso a la justicia para exigir su efectivo cumplimiento y obtener tutela y protección (Cappelletti y Garth, 1978, pp. 184-185).

De ahí, la exigencia de garantizar que nadie pueda ser discriminado en el acceso al sistema de justicia, ya que, en virtud de esa concepción como pieza fundamental

<sup>3</sup> STEDH n.º 34619/97, 23 de julio de 2002, apdo. 80.

<sup>4</sup> STEDH n.º 34791/97, 14 de diciembre de 1999, apdo. 37.

<sup>5</sup> STEDH n.º 47273/99, 12 de noviembre de 2002.

<sup>6</sup> STEDH n.º 8225/78, 28 de mayo de 1985, apdo. 57.

del Estado de Derecho, permite hacer efectivo el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española (Carrizo González–Castell, 2019, p. 293). Pensemos, de este modo, que al garantizar un acceso igualitario a la justicia, se procura en definitiva la igualdad efectiva de oportunidades (Añón Roig, 2018, p. 31), lo que conduciría a la reducción de las desigualdades sociales en el sentido de eliminar los obstáculos que dificultan a determinados colectivos de población la protección y el cumplimiento de sus derechos (Araya Novoa, 2021, pp. 198-199).

En esta línea se sitúa el ODS-10 de la Agenda 2030 sobre *Reducción de las desigualdades*, a través del cual se persigue, como su propia rúbrica indica, «*reducir la desigualdad en y entre los países*», garantizando de este modo que nadie se quede atrás, de ahí que una de sus metas (la meta 10.2) sea precisamente «*potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición*», pero para ello es necesario, siguiendo la meta 10.3, garantizar la igualdad de oportunidades, es decir, eliminar cualesquiera leyes, políticas y prácticas discriminatorias, así como implantar legislaciones y políticas adecuadas en este sentido<sup>7</sup>.

Como hemos puesto de manifiesto, no son pocos los obstáculos a los que tradicionalmente se enfrentan determinados colectivos de población que, por situarse en un contexto de especial vulnerabilidad, ven limitado en su ejercicio el derecho de poder acceder a la justicia en condiciones de igualdad. En esta línea, debemos traer a colación el texto de las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, reformuladas en el año 2018, que pone de relieve lo poco o nada que sirve tener reconocido formalmente un derecho si el sujeto titular del mismo ve restringido el acceso al sistema de justicia para obtener su tutela, de modo que, aunque la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos tiene un carácter general, se agrava aún más en los supuestos de colectivos vulnerables, de ahí la importancia de eliminar cualquier obstáculo que impida el efectivo ejercicio de un auténtico derecho de acceso igualitario a la justicia, pero también porque ello contribuye, como señalamos, a la reducción de las desigualdades sociales<sup>8</sup>.

En este orden de cosas, de acuerdo con la tercera de las 100 Reglas de Brasilia, cuyo apartado de sección lleva por rúbrica «*Concepto de las personas en situación*

<sup>7</sup> Resolución (A/70/L.1), de 25 de septiembre de 2015, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Texto disponible en [https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf) (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

<sup>8</sup> En este sentido puede leerse la Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, texto disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

*de vulnerabilidad*», se considera que una persona o grupo de personas se hallan en condición de vulnerabilidad en aquellos supuestos en que su capacidad para prevenir o soportar un impacto que les sitúe en una situación de riesgo no se encuentra completamente desarrollada, o bien está limitada por una serie de circunstancias de diversa índole, para ejercitar con efectividad ante el sistema judicial los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico y de los que son sujetos titulares. Nos referimos, por tanto, siguiendo la Regla número 4, a aquellas personas que tienen que hacer frente a alguna causa o factor de vulnerabilidad como puede ser la edad, el género, la orientación sexual e identidad de género, la discapacidad, la pobreza, la migración, la pertenencia a minorías étnicas, la victimización o la privación de libertad.

En este sentido, el amplio abanico de factores de vulnerabilidad, que en determinados colectivos pueden concurrir conjuntamente —lo que se conoce como *«fenómeno de la interseccionalidad»* a raíz de la obra de Kimberlé Crenshaw, quien señaló las diferentes formas en las que la raza y el género interaccionan dando lugar a las diversas dimensiones que conforman las experiencias a las que se enfrentaban las mujeres afroamericanas en el ámbito laboral y que exceden de los márgenes tradicionales de la discriminación racial o de género en la medida en que la interacción entre el racismo y el sexismo afecta de un modo particular a sus vidas que no puede llegar a comprenderse examinando dichas dimensiones de forma separada (Crenshaw, 1989, pp. 139-167)—, denota la importancia de la necesaria implantación de políticas públicas por parte de los Estados dirigidas a eliminar los obstáculos que de forma tradicional han dificultado el acceso a la justicia de determinados colectivos de población vulnerable por las causas anteriormente referenciadas y, por tanto, encaminadas a garantizar que todas las personas puedan disfrutar y ejercer los derechos que les son reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En esta línea, puede asimismo destacarse el documento de trabajo sobre *Medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma*, de 11 de mayo de 2020, elaborado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en España, y que contiene un total de 21 propuestas con las que se pretendía evitar el colapso de los órganos jurisdiccionales, agilizar las resoluciones de los asuntos, y diseñar un escenario fiable en el que poder hacer frente al aumento de la carga de trabajo tras la situación de pandemia de COVID-19. Medidas, todas ellas, que comparten como eje central la preocupación por aquellos colectivos de personas que, en atención a sus circunstancias personales y/o sociales, se hallan en riesgo de exclusión social, partiendo precisamente de la definición de persona vulnerable que acoge el texto de las Reglas de Brasilia. De este modo, junto a medidas de carácter más general, el documento engloba propuestas que se dividen en varios apartados en función de la causa de vulnerabilidad a la que hacen referencia, a saber, la edad, el

género, la discapacidad y la vulnerabilidad por causas sociales, económicas, étnicas y/o culturales<sup>9</sup>.

## LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y EL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN LA ADOPCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE JUSTICIA

Iniciando este segundo bloque de estudio con la perspectiva de género, debe subrayarse su origen en el concepto «*gender mainstreaming*» en el marco de las diversas Conferencias Mundiales sobre la Mujer de Naciones Unidas que tuvieron lugar entre 1975 y 1995 en México, Copenhague, Nairobi y Beijing, haciendo mención expresa a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres por cuanto se entendía que la adopción de determinadas políticas públicas cuyo diseño se configuraba en apariencia de un modo neutral, producían en verdad serios efectos negativos, perpetuando en este sentido las desigualdades de género, de ahí que la perspectiva de género se constituyera en un instrumento inclusivo de los intereses de la mujer con el fin de lograr la igualdad entre hombres y mujeres (Poyatos i Matas, 2019, p. 2).

En este sentido, Naciones Unidas procedió a definir la perspectiva de género en el año 1997 como «*un proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros*»<sup>10</sup>.

Por otro lado, y en el marco de la Unión Europea, debe destacarse cómo la perspectiva de género está articulada como una pieza clave en todas las políticas que se llevan a cabo, tal como demuestra *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*

<sup>9</sup> Véase el apartado introductorio de las *Medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma*, de 11 de mayo de 2020, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/-La-Comision-Permanente-aprueba-el-segundo-documento-de-trabajo-sobre-medidas-destinadas-a-colectivos-especialmente-vulnerables-> (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

<sup>10</sup> Véanse las *Conclusiones convenidas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1997*, disponibles en [https://www.un.org/womenwatch/daw/public/gendermainstreaming/Spanish%20Gender%20Mainstreaming\\_full.pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/public/gendermainstreaming/Spanish%20Gender%20Mainstreaming_full.pdf) (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

«Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025»<sup>11</sup>, donde se insiste en cómo la Comisión reforzará la introducción de la perspectiva de género mediante su implantación de una manera sistemática en cada una de las fases que componen el diseño de las políticas de actuación dentro de la Unión, y ello a través de la implementación de un enfoque interseccional, es decir, combinando el factor del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones producen diferentes tipos de discriminación, debiendo estructurar este enfoque las políticas de igualdad en tanto en cuanto las mujeres representan un grupo heterogéneo, pudiendo concurrir más de un factor de discriminación (Carrizo González-Castell, 2022, p. 440).

Ello puede así observarse en la aprobación de la reciente Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que integra la perspectiva de género en las directrices que deben elaborar los Estados miembros para las autoridades policiales y las que se encarguen de la persecución del ilícito penal en el marco de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y que se complementa con la adopción de un enfoque interseccional en la medida en que se entiende que estos tipos de violencia pueden agravarse en aquellos casos en que concurren diferentes causas o factores de discriminación.

Descendiendo al plano nacional, uno de los textos en los que se pone de manifiesto la necesidad de incorporar la perspectiva de género, acompañada del enfoque interseccional, a nivel general de todas las políticas públicas de igualdad, es el *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (2022-2025)*, elaborado por el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, que toma como punto de partida la realidad compleja y de discriminación estructural que conforma la sociedad actual<sup>12</sup>.

Así, el primer instrumento jurídico donde podemos ver materializado lo anterior es la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que identifica la discriminación interseccional como una forma específica de discriminación que tiene lugar cuando concurren o interactúan diversas causas, entre ellas, la nacionalidad, la edad, la irregularidad en la residencia o situación administrativa, la discapacidad, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, la convicción u opinión, la orientación o identidad sexual, la expresión de género,

<sup>11</sup> Texto disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152> (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

<sup>12</sup> Texto disponible en <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf> (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

la condición de salud, el estado serológico, la lengua, la situación económica, o cualquier otra circunstancia personal o social.

Marco de referencia que ha permitido ver reflejado de manera expresa el enfoque interseccional en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, por cuanto dedica parte de su regulación a la protección de los derechos de las personas LGTBIQ+ que se hallan en situaciones especiales de vulnerabilidad como, por ejemplo, personas menores de edad, adultos mayores, con discapacidad, migrantes, o en situación de sinhogarismo en las que la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género puede verse agravada, sirviendo por tanto la regulación contenida en la Ley 15/2022, de 12 de julio, como instrumento de aplicación supletoria.

O también en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, más conocida como la ley del «solo sí es sí» que acoge el enfoque interseccional como la perspectiva básica para describir las obligaciones que corresponden al Estado en materia de lucha contra discriminación de género, pudiendo verse agravada en los casos en que concurran los factores mencionados en la Ley 15/2022, de 12 de julio. En este sentido, la perspectiva de género y el enfoque interseccional se erigen en los elementos desde los cuales garantizar que todas las actuaciones judiciales y las medidas de protección y de apoyo a las víctimas de delitos de violencia sexual se configurararán atendiendo a las diferentes necesidades que presenten. De este modo, cobran especial protagonismo las víctimas menores de edad y con discapacidad, sobre las que Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se encarga de una manera más específica de incorporar la perspectiva de género y de discapacidad en el diseño e implementación de las medidas en materia de prevención de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.

Esta línea de actuación ha tenido continuidad, previéndose que siga teniendo referencia expresa en próximos textos legislativos, a través de la elaboración del *II Plan Nacional de Derechos Humanos (2023-2027)*<sup>13</sup>, que fue aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 6 de junio de 2023 y que deriva de la Declaración y el Programa de Acción de Viena como resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, y que tuvo su primera plasmación en el

<sup>13</sup> Texto disponible en <https://www.mpr.gob.es/mpr/secre/ii-plan-nacional-de-derechos-humanos/Documents/II%20Plan%20Nacional%20de%20DDHH.pdf> (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

*I Plan Nacional de Derechos Humanos (2008-2012)*<sup>14</sup>, del que es continuación el de 2023, y que entre sus ejes de actuación se encuentra la igualdad de mujeres y hombres como garantía de los derechos humanos, y la igualdad de trato y protección de grupos específicos como garantía de derechos.

No obstante, la introducción de la perspectiva de género en las políticas públicas en materia de justicia no reviste una novedad por cuanto el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 ya preveía esta dimensión en muchas de las medidas que proponía, como por ejemplo, en lo que se refiere a su integración en las regulaciones que abordaban las violencias sexuales (medida nº 103), o su implantación en programas de reeducación y rehabilitación en delitos de violencia contra la mujer (medida nº 127)<sup>15</sup>.

Ello se corresponde con el mandato contenido en el artículo 49.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, al establecer que *«las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia»*, así como del artículo 15.1 en materia de formación de profesionales al disponer que *«las Partes impartirán o reforzarán la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria»*.

Sin embargo, la perspectiva de género y el enfoque interseccional ya habían encontrado cabida en los instrumentos normativos nacionales en antecedentes más remotos como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introducía el principio de igualdad y la perspectiva de género en la ordenación general de las políticas públicas en ámbitos tan diversos como la educación, la sanidad, la cultura, las nuevas tecnologías, la vivienda, el desarrollo rural, los deportes, el urbanismo, la ordenación del territorio y la cooperación internacional para el desarrollo. En este sentido, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres fue acogido como un principio transversal que debía informar la actuación de todos los poderes públicos, así como un principio

<sup>14</sup> Texto disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/NHRA/Spain\\_NHRAP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/NHRA/Spain_NHRAP.pdf) (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

<sup>15</sup> Texto disponible en [https://violenciagero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](https://violenciagero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf) (Fecha de última consulta: 13 de noviembre de 2024).

informador del ordenamiento jurídico, integrándose y observándose en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, debiera ser subrayada en un aspecto de especial trascendencia, no solo por incorporar la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico, sino de manera pionera en aquella época, de un enfoque interseccional al considerar en el artículo 14.6 *«las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva»* (Carrizo González–Castell, 2022, pp. 438-439).

Pero incluso recuperando antecedentes anteriores a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, ya el legislador español, contando con el apoyo unánime de todos los grupos parlamentarios, acogió el concepto de la perspectiva de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al configurarla, si bien sin referencia expresa, como un principio rector en el artículo 2 k) al *«garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género»*.

## REFLEXIONES FINALES

Las múltiples situaciones de desigualdad y discriminación que de manera estructural caracterizan la sociedad de nuestro tiempo, y a las que se ven expuestas personas y colectivos que se hallan en un contexto de vulnerabilidad, reflejan la importancia de garantizar el efectivo ejercicio igualitario del derecho de acceso a la justicia con el fin de obtener protección y tutela.

De este modo, en aras de lograr este objetivo, instrumentos como la perspectiva de género y el enfoque interseccional se erigen en elementos necesarios para corregir las consecuencias que la concurrencia de aquellas causas o factores de vulnerabilidad, en ocasiones de manera conjunta, pueden producir en el acceso a la justicia, obstaculizando así la protección de sus derechos, de ahí la necesaria adopción de las anteriores dimensiones en la elaboración de políticas públicas en este ámbito, tal y como se observa en los distintos instrumentos normativos que han sido examinados a lo largo del presente trabajo.

## REFERENCIAS

- AÑÓN ROIG, M. J. (2018). El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance. En C. GARCÍA-PASCUAL (Coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos* (pp. 19-75). Tirant lo Blanch.
- ARAYA NOVOA, M. P. (2021). Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal. En P. ROVATTI (Coord.), *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 187-228). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ARRUZZA, C., Bhattacharya, T. y Fraser, N. (2019). *Manifiesto de un feminismo para el 99%*. A. MARTÍNEZ RIU (Trad.). Herder.
- CAPPELLETTI, M. y Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-192.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. (2019). El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto pendiente para los derechos humanos. En N. Sanz Mulas (Dir.); M. C. GORJÓN BARRANCO y A. B. NIETO LIBRERO (Coords.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal* (pp. 287-310). Tirant lo Blanch.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. (2022). Cumplimiento del Pacto Mundial de Migraciones por parte del Estado español: las garantías procesales y el acceso a la justicia como principios rectores de la gobernanza migratoria. En N. SANZ MULAS (Dir.); E. M. PICA-DO VALVERDE & A. MYERS-GALLARDO (Coords.), *In(cumplimiento) por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones. Cuestiones preliminares desde una perspectiva de género* (pp. 429-452). Tirant lo Blanch.
- CONSEJO DE EUROPA (2004). *Gender mainstreaming. Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*. <https://rm.coe.int/1680596135>
- CRENSHAW, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), 139-167.
- FRASER, N. (2021). Los climas del capital. *New Left Review*, 127, 101-138.
- FRASER, N. (2023). *Capitalismo caníbal. Qué hacer con este sistema que devora la democracia y el planeta, y hasta pone en peligro su propia existencia*. E. ODRIÓZOLA (Trad.). Siglo Veintiuno Editores.
- POYATOS I MATAS, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>

# DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A CONOCER LA VERDAD: EL CASO MEXICANO

JUÁREZ CORTÉS, GENARO

*Universidad Autónoma del estado de Hidalgo (México)*

## RESUMEN

El presente texto nace dentro del marco del VII Congreso Internacional de Derechos Humanos frente a la Vulnerabilidad, con sede en la Universidad de Salamanca. Es un texto reflexivo; en su primera parte se analizará el olvido, desprecio y revictimización que han sufrido las víctimas del delito a lo largo de los años y las razones por los cuales dichas circunstancias deben desaparecer, para posteriormente enfocar el análisis en su reconocimiento como auténticos sujetos de derechos, abordando el tema: derecho humano a conocer la verdad, visto desde las aristas de acceso a la justicia, a la investigación exhaustiva e inmediata y la reparación integral de los daños sufridos; para finalmente proponer cómo los sistemas de justicia deben actuar frente a las víctimas a fin de garantizar su derecho humano a conocer la verdad.

Palabras clave: *Derechos humanos; reconocimiento de las víctimas; acceso a la justicia; igualdad ante la ley; reparación integral del daño.*

## ABSTRACT

This text was born within the framework of the VII International Congress on Human Rights in the Face of Vulnerability, held at the University of Salamanca. It is a reflective text; in its first part it analyzes the oblivion, contempt and revictimization that victims of crime have suffered over the years and the reasons why such circumstances should disappear, to later focus the analysis on their recognition as true subjects of rights, addressing issues such as the right of access to justice, equality, truth, non-discrimination and full reparation for the damages suffered, as well as the measures to be adopted for the fulfillment

of such rights; Finally, it proposes how justice systems should act towards victims in order to ensure full respect for their human rights.

Keywords: *human rights; recognition of victims; access to justice; equality before the law; integral reparation of damages.*

## EL OLVIDO, DESPRECIO Y REVICTIMIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL basado en el debido proceso representa la oportunidad de ubicar a las víctimas en el centro del conflicto penal. Es decir, los conflictos dejan de ser asuntos que sólo involucran al Estado (fiscalía) y a la persona imputada, para reconocer a las víctimas también como sujetos procesales y sujetos de derechos, quienes, pueden ofrecer pruebas e involucrarse de manera activa en los procesos penales.

No obstante, al referirse a los derechos humanos de las víctimas resulta necesario traer a referencia el constante olvido al que han sido sometidas la víctimas del delito en un procedimiento penal que sigue siendo omiso en reconocer a las víctimas en condiciones de igualdad con respecto al procesado, pues, según lo ha determinado la Suprema Corte Mexicana, corresponde a las autoridades que intervengan en el procedimiento penal emprender las acciones y verificar que existan las condiciones necesarias tendentes a garantizar la igualdad de las partes, sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos.

El principio de igualdad ante la ley impone un mandato de no discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Así, la observancia de los principios de igualdad ante la ley y entre las partes, implica que durante el proceso penal los Jueces están obligados a proporcionar a las partes un trato digno e idéntico, de manera que no pueden privilegiar a un sujeto en el debate con algún acto procesal que le proporcione una ventaja indebida frente a su contrario, pues de ser así, se vulneraría el principio de igualdad procesal.

Frente a este panorama, según México Evalúa, en el estado mexicano, el olvido de las víctimas es latente y su reconocimiento es inexistente de facto, pues, los derechos de las víctimas existen sólo en el papel; sin recursos ni condiciones para la operación, pero también por la falta de una representación jurídica que vele efectivamente por sus intereses; esta figura tendría que convertirse en un facilitador para acceder a la justicia, no sólo por su participación e investigación autónoma desvinculada de la fiscalía, y, finalmente, la falta de condiciones se ha traducido también en una negativa a su legítimo derecho a la reparación del daño.

Lo anterior, resulta contrario a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 1); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8, numeral 1 y 25); pues, al no colocar a las víctimas en un plano de igualdad, se rompe con este principio indispensable.

El deprecio por las víctimas, de igual forma es una constante en el estado mexicano, pues, las autoridades invisibilizan las problemáticas de violencia en que se ven inmiscuidas las víctimas, minimizando cada vez mas frecuente el sufrimiento que estas padecen al resentir un delito, sin que se realicen acciones contundentes, pertinentes y suficientes para evitar la comisión de delitos.

Así las cosas, las víctimas a lo largo de los años han sido, además, revictimizadas, a lo que también se le conoce como victimización secundaria es el conjunto de consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas de carácter negativo que derivan de la experiencia de la víctima en su contacto con el sistema de procuración de justicia y, suponen un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la inadecuada atención institucional recibida<sup>1</sup>.

En el caso de las víctimas, la victimización secundaria se traduce en una amenaza en contra de su seguridad y conlleva consecuencias negativas a largo plazo en su persona, tales como la presencia de sentimientos nocivos (miedo, autocompasión y/o culpabilidad), sensación de impotencia personal e, incluso, efectos traumáticos que le impidan lograr un sano y pleno desarrollo de su personalidad.

<sup>1</sup> El anterior concepto es acorde con las definiciones de «victimización secundaria» o «revictimización» adoptadas a nivel internacional por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Nueva York, 1999) y por el Consejo de Europa (Recomendación 8/2006, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Asistencia a Víctimas de Delitos, adoptada en sesión de 14 de junio de 2006, durante la 967 reunión de los delegados de los Ministros). Asimismo, es acorde con las definiciones adoptadas por diversos especialistas en los campos de la psicología y victimología, entre ellos E. A. Kreuter (Victim Vulnerability: An Existential-Humanistic Interpretation of a Single Case Study, Nova Science, 2006); C. Gutiérrez de Piñeres (Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria, Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia, 2009); M. A. Soria (Psicología y Práctica Jurídica, Madrid, Ariel, 1998); G. Landrove (La Moderna Victimología, Madrid, Tirant lo Blanch, 1998); García-Pablos de Molina (El Redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada «victimización terciaria» en C. Montoya, La Protección de la Víctima en el Nuevo Ordenamiento Procesal Penal, Madrid, 2006); y el penalista catalán J. M. Tamarit Sumalla («La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual». Análisis de las Reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, Madrid, Aranzadi, 2002).

Esto último, es sobre todo evidente en los casos de víctimas de una agresión sexual o malos tratos y no recibieron la atención debida. Así, desde el punto de vista de la victimización secundaria, resulta imperante reconocer la posición especialmente delicada de la víctima.

De ahí que, la debida protección de los intereses y derechos de la víctima exige que todas las autoridades (en el área de sus competencias) identifiquen, diseñen y empleen las acciones que le benefician, a efecto de disminuir los efectos negativos de los actos criminales sobre su persona y asistirlo en todos los aspectos de su reintegración en la comunidad, en su hogar o en su lugar de esparcimiento, atendiendo sus necesidades, el contexto y la propia naturaleza del acto criminal sufrido.

Máxime que el deber de protección también implica salvaguardar a la víctima de todo tipo de discriminación y garantizarle en vía de consecuencia, el acceso a un proceso de justicia sin discriminación alguna basada en la raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición del menor, de sus padres o tutores; siendo las únicas distinciones las que deriven de sus necesidades concretas.

Los retos que hoy debe enfrentar la administración de justicia, en especial rescatar del olvido el punto de vista de las víctimas, exigen una lectura diferente de sus conceptos básicos que sirva de fundamento a un modelo de justicia penal humanizado, basado en las víctimas, en los otros, un modelo que garantice la pluralidad y aporte soluciones satisfactorias y reales a los conflictos, que permita el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los protagonistas del drama criminal, especialmente a las víctimas, a fin de contribuir a la creación, el mantenimiento y desarrollo de una paz justa en la sociedad<sup>2</sup>.

## EL DERECHO HUMANO A LA VERDAD

El derecho a la verdad, ha sido reconocido en el derecho internacional respecto de violaciones graves a derechos humanos, pues, si bien, inicialmente este derecho fue reconocido respecto de las víctimas de desaparición forzada de personas, lo cierto es también que este derecho humano presenta una mayor amplitud, ya que conforme a la jurisprudencia internacional (*Caso Radilla Pacheco vs. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), se ha establecido que es una obligación de medio y no de resultado por parte de los estados; determinar la verdad, investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y sancionar a los responsables del delito, no obstante, el presente texto se encaminara a analizar el derecho a la verdad en víctimas de desaparición forzada de personas.

<sup>2</sup> Afirma Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 43 (2ª. ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984), p. 43

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup> ha resuelto que toda persona tiene derecho a conocer la verdad, y que una modalidad de las reparaciones es precisamente que el Estado satisfaga dicho derecho. El tribunal regional ha resuelto también que el derecho de las víctimas y/o sus familiares a obtener de los órganos competentes el esclarecimiento de los hechos violatorios de los derechos humanos y las responsabilidades correspondientes es justamente el núcleo del derecho a la verdad.

El Principio 4 del «Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad» señala que «[...] las víctimas y sus familiares tienen el derecho [...] a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones...». Ahí se reconoce también la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos<sup>4</sup>.

La verdad es –según lo ha establecido la Suprema Corte Mexicana– un reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y no solamente una decisión de adecuación típica, basada en categorías jurídicas. La verdad consistirá, más que nada, en la entrega de un relato correspondiente con los hechos, suficientemente probado y surgido de una investigación exhaustiva y diligentemente conducida. La verdad no es cualquier versión; las explicaciones para los hechos inconsistentes con la evidencia disponible o producto de una selección o interpretación arbitraria de la misma no satisfacen el derecho a la verdad. La verdad se construye idealmente en consenso. Es decir, las versiones y explicaciones de las víctimas deben ser consideradas y, en todo caso, éstas deben ser convencidas por las autoridades; es difícil asociar finalidades reparatorias a una verdad impuesta o donde las víctimas no se sienten representadas o tomadas en cuenta.

En el caso de la desaparición de personas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el Ministerio Público debe adecuar su actuación a la finalidad primordial de las víctimas: el hallazgo con vida de sus personas queridas.

Así, cada acto del proceso de investigación debe orientarse a la localización con vida de las víctimas, la determinación de la verdad, y la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos. En tal sentido, cuando el Estado tiene conocimiento de una desaparición tiene el deber de iniciar una

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

<sup>4</sup> Informe de Diane Orentlicher, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1., 8 de febrero de 2005.

investigación exhaustiva, diligente e imparcial, aun cuando no se haya presentado denuncia formal<sup>5</sup>.

La Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, en su artículo 5, en México, establece los principios que deben regir la búsqueda de personas, los cuales son, entre otros:

- a) Debita diligencia: todas las autoridades deben utilizar los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones esenciales y oportunas dentro de un plazo razonable para lograr el objeto de esta Ley, en especial la búsqueda de la Persona Desaparecida o No Localizada; así como la ayuda, atención, asistencia, derecho a la verdad, justicia y reparación integral a fin de que la víctima sea tratada y considerada como titular de derechos. En toda investigación y proceso penal que se inicie por los delitos previstos en esta Ley, las autoridades deben garantizar su desarrollo de manera autónoma, independiente, inmediata, imparcial, eficaz, y realizados con oportunidad, exhaustividad, respeto de derechos humanos y máximo nivel de profesionalismo; [...]
- b) Verdad: el derecho de conocer con certeza lo sucedido y recibir información sobre las circunstancias en que se cometieron los hechos constitutivos de los delitos previstos en esta Ley, en tanto que el objeto de la misma es el esclarecimiento de los hechos, la protección de las Víctimas, el castigo de las personas responsables y la reparación de los daños causados, en términos de los artículos 1o. y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto de las características de la búsqueda y su relación con el deber de investigar, la Corte Interamericana, en el caso *Alvarado Espinoza vs. México*, dijo específicamente:

«Como parte del deber de investigar el Estado debe realizar una búsqueda efectiva del paradero de las víctimas, ya que el derecho de los familiares de conocer el paradero de la misma constituye una medida de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a éstos. A su vez, esto permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por dicha incertidumbre<sup>6</sup>.

En consecuencia, es necesario que el Estado extreme los esfuerzos de búsqueda exhaustiva por la vía judicial y/o administrativa adecuada, para determinar el

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, op. cit. párrafo 169.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza vs. México, op. cit., párrafo 298.

paradero de los desaparecidos a la mayor brevedad, la cual deberá realizarse de manera sistemática y rigurosa, contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos. Las referidas diligencias deberán ser informadas a sus familiares. En este sentido, el Estado deberá realizar un cronograma de búsqueda, y en su próximo informe anual reportar al Tribunal sobre el resultado de las acciones realizadas<sup>7</sup>.

Por ello, es dable afirmar que existe un derecho a la búsqueda. Esto es, el derecho de toda persona desaparecida y de sus personas queridas a que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, con todos los recursos y medios institucionales disponibles, y en completa coordinación, ejecuten sin dilación –incluso de oficio– de forma imparcial, dignificante, diligente, exhaustiva, continua, sin estigmatizaciones, con un enfoque diferencial y permitiendo la participación sin reservas de las víctimas, todas las acciones necesarias para determinar la suerte o paradero de la persona reportada como desaparecida, bajo la presunción de que está viva, salvo que exista evidencia en contrario; en ese caso, el derecho a la búsqueda incluye la obligación por parte del Estado de desarrollar e implementar todos los mecanismos e instrumentos requeridos para encontrar, identificar y preservar los restos de las víctimas en condiciones de dignidad hasta mientras son entregados con sus personas queridas.

Ahora bien, la oficina del alto comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha concluido que, el derecho a la verdad sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario es un derecho autónomo e inalienable, reconocido en diversos tratados e instrumentos internacionales y también en la jurisprudencia nacional, regional e internacional y en numerosas resoluciones de órganos intergubernamentales a nivel regional y universal.

Además, que el derecho a la verdad está estrechamente relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, y con su obligación de realizar investigaciones eficaces de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y de las infracciones graves del derecho humanitario, así como de garantizar recursos efectivos y reparación. El derecho a la verdad también guarda estrecha relación con el estado de derecho y los principios de la transparencia, la responsabilidad y la buena gestión de los asuntos públicos en una sociedad democrática.

Sin dejar de lado que, el derecho a la verdad está estrechamente vinculado a otros derechos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial, el derecho a la vida familiar, el derecho a una investigación eficaz, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial,

<sup>7</sup> Ibidem, párrafo 299.

el derecho a obtener reparación, el derecho a no sufrir torturas ni malos tratos y el derecho a solicitar y a difundir información. La verdad es fundamental para la dignidad inherente del ser humano.

Al referirnos a este tema las palabras de R. Mate proporcionan especial claridad:

*«La razón moderna ha desarrollado la tesis de que cada uno es responsable de sus actos. Pero también somos responsables de los actos que no hemos cometido. Las desigualdades existentes son productos del hombre, y este mundo lo hicieron nuestros abuelos y nosotros lo heredamos. Decía Walter Benjamín: 'No nacemos inocentes'. No es que nazcamos culpables, la culpabilidad es personal e intransferible, pero la responsabilidad puede heredarse. Si mi abuelo ha sido un ladrón y heredo su riqueza, no heredo la culpabilidad de mi abuelo, pero sí su responsabilidad. Visto desde esta perspectiva política, la justicia consiste en responder a la injusticia del mundo. Esta idea de injusticia no se enseña en las facultades de derecho, pero no hay que olvidar que las teorías de la justicia son cosa de vencedores. Y lo primero que éstos hacen es olvidar el pasado para no responsabilizarse de él. Por eso la justicia mundial ha creado una figura peligrosa: 'hay que pasar la página'. Esa es la teoría del vencedor. El vencido no se deja engañar con este malabarismo, pues, aunque no haya ido a la escuela, sabe, gracias a la memoria, que las desigualdades del presente responden a injusticias pasadas»<sup>8</sup>.*

En un Estado democrático de derecho, como el mexicano, basado en el respeto por los derechos humanos y regidos por los principios de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; el derecho de las víctimas del delito del delito a conocer la verdad se vuelve indispensable, resultando necesario que el estado asuma con seriedad la tarea de investigar, perseguir y castigar a quienes cometan violaciones graves a los derechos humanos.

<sup>8</sup> El criminal triunfa cuando asesina y cuando olvidamos, entrevista de Azriel Bibliowicz a Manuel Reyes Mate en El Espectador (Bogotá, 27 de mayo de 2000).

# MEMORIA HISTÓRICA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

CABEZAS-VICENTE, MANUEL

*Doctor en Derecho Penal e Investigador  
(POP) en la Universidad de Salamanca*

*Centro de Investigación en Derechos Humanos y Políticas Públicas  
(CIDH Diversitas)*

## RESUMEN

El capítulo aborda la relación entre la memoria histórica y la libertad de expresión en España. Analiza cómo las leyes de memoria democrática buscan reparar injusticias del pasado, pero también generan tensiones con la libre expresión. Se examinan casos judiciales y debates sobre la criminalización del negacionismo y la apología del franquismo, planteando el riesgo de restringir el debate público. Además, se destaca la vulnerabilidad de la memoria colectiva, que puede ser manipulada o silenciada, lo que hace necesaria su protección para evitar distorsiones y el olvido de las víctimas. En este contexto, se subraya la importancia de la Comisión de la Verdad como mecanismo para esclarecer los hechos, reconocer a las víctimas y garantizar que el pasado no sea borrado ni reescrito.

Palabras clave: *Memoria Histórica; Memoria Democrática; libertad de expresión; Franquismo; derechos humanos.*

## ABSTRACT

The chapter examines the interplay between historical memory and freedom of expression in Spain. It analyses how the laws of democratic memory seek to redress injustices of the past, but also generate tensions with free expression. The examination of court cases and debates on the criminalisation of denial and apology of Francoism reveals the potential for restriction of public debate. Furthermore, the vulnerability of collective memory is

emphasised, as it is susceptible to manipulation or silencing, necessitating its protection to avert distortions and the olvido of the victims. In this regard, the pivotal role of the Truth Commission is underscored as a mechanism to elucidate the facts, recognise the victims, and ensure that the past is neither erased nor rewritten.

Keywords: *Historical Memory; Democratic Memory; freedom of expression; Francoism; human rights.*

## INTRODUCCIÓN

LA MEMORIA HISTÓRICA y la libertad de expresión son pilares fundamentales en la construcción de una sociedad democrática, aunque su relación suele generar tensiones, especialmente cuando se trata de hechos traumáticos del pasado. En este contexto, el concepto de vulnerabilidad adquiere un papel central, pues permite analizar cómo la evocación de estos episodios afecta tanto a las víctimas de violaciones a los derechos humanos como a la cohesión social. Como sostienen Butler y Gambetti (2016), la vulnerabilidad no solo es una condición de fragilidad, sino también un punto de partida para la resistencia y la demanda de reconocimiento.

Durante el siglo xx, tanto Europa como América Latina, tuvieron que lidiar con violentas épocas de represión propiciadas por regímenes dictatoriales, así como las posteriores transiciones hacia modelos democráticos. En estos contextos surgió la necesidad de implementar medidas en diversas direcciones, en ocasiones contrapuestas: la reconciliación nacional y el deber colectivo de memoria para evitar la repetición de tales crímenes.

España no resultó ser una excepción en relación con la represión, si bien si lo fue en cuanto a la terminación de esta, pues realizó su propio proceso de transición desde dentro del régimen represivo sin existir una ruptura con sus instituciones. Por ello, se optó por una política de olvido que, hasta casi 30 años después, con la aprobación de la Ley de Memoria Histórica (2007), no se cuestionó desde las altas esferas políticas.

La Ley de Memoria Democrática (2022) es un ejemplo paradigmático de cómo la vulnerabilidad se manifiesta en distintas dimensiones: histórica, social, política e institucional. Su objetivo es reparar el daño sufrido por las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista, garantizando su derecho a la verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, esta vulnerabilidad no se limita a las víctimas directas, sino que se extiende a la memoria colectiva, que puede ser tergiversada o silenciada. La teoría de la justicia transicional (Teitel, 2000) destaca la importancia del reconocimiento de las víctimas en el espacio público para evitar que su sufrimiento sea borrado o relativizado.

Asimismo, el papel de las instituciones en la gestión del pasado es clave, pues enfrentan dificultades para implementar políticas de memoria en sociedades donde persisten posturas enfrentadas. La existencia de la Ley de Memoria Democrática no implica que derechos fundamentales, como la libertad de expresión o el derecho a la verdad y la justicia, pueden verse vulnerados si no existen mecanismos adecuados de protección<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, el presente trabajo explorará las distintas dimensiones de la memoria histórica y la libertad de expresión, destacando su impacto en la consolidación democrática y en la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. De este modo, el presente capítulo pretende dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿las políticas de memoria seguidas en España se ajustan a los parámetros de la libertad de expresión? O, por el contrario, ¿vulneran los principios esenciales de tal derecho fundamental?

Para ello, en el capítulo se abordarán las principales concepciones de memoria colectiva y memoria histórica, constatando la existencia de un necesario «deber de memoria» tras un periodo represivo o violento. Seguidamente, se analizan las diferentes concepciones doctrinales acerca de la memoria colectiva, diferenciando las posturas contrarias a las leyes de memoria de aquellas que las consideran indispensables para todo intento de reestructuración democrática. Puestas sobre la mesa las diferentes concepciones, se extrapola su contenido a las políticas de la memoria seguidas en España tras la caída del régimen franquista, desarrollándose, posteriormente, de forma más profunda, el derecho a la libertad de expresión en el modelo democrático español, realizando una crítica sobre las propuestas de tipificación del delito de enaltecimiento y justificación del franquismo y la posibilidad de ilegalización de personas jurídicas que apoyen al mismo.

## MEMORIA DEMOCRÁTICA Y EL «DEBER DE MEMORIA»

A lo largo de la historia han existido una gran variedad de concepciones acerca de lo que se entiende bajo los conceptos de «memoria» y «conciencia colectiva», encontrando referencias desde la obra de Aristóteles hasta los últimos estudios de la actualidad.

Los primeros planteamientos relativos a la memoria desde una visión colectiva fueron sustentados por Durkheim (2012), quien definió la conciencia colectiva

<sup>1</sup> Hoy en día, no resulta ajeno escuchar comentarios por parte de sectores políticos concretos afirmando que «las leyes de Memoria Histórica vulneran la libertad de expresión» (Europa Press, 2019), o leer titulares de prensa de determinados medios de comunicación tales como «Ley de memoria histórica: una mordaza a la libre expresión» (Rodríguez, 2018) o «Memoria Histórica versus libertad» (Bullón de Mendoza, 2018).

como «el conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, que constituye un sistema determinado que tiene su vida propia». Para Durkheim, la conciencia colectiva, a pesar de realizarse en los individuos, es algo diferente a la conciencia individual, conformando una serie de afectaciones a nivel colectivo de determinados acontecimientos de relevancia social, los cuales dejan huellas de los hechos pasados para reafirmar la identidad y constituir la noción de comunidad (Antequera Guzmán, 2011, p. 31).

Posteriormente, realizando una crítica a la obra de Durkheim, Halbwachs acuñó los conceptos de «memoria colectiva» y «memoria histórica». A lo largo de su obra, este autor pone de manifiesto cómo son los individuos los que recuerdan, y no los grupos ni las instituciones, siendo éstos quienes construyen la memoria colectiva seleccionando determinados aspectos del pasado, obviando otros, atendiendo a los intereses del presente (Aguilar Fernández, 2008, p. 49). Realizando una interpretación a la obra de este autor, Burke señala que «son los individuos los que recuerdan [...] pero son los grupos sociales los que determinan lo que es memorable y cómo será recordado» (2006, p. 66). Por tanto, según estos autores, aunque la acción de recordar es individual y propia de los sujetos, se realiza gracias a su adscripción a uno o varios grupos sociales. En consonancia con todo ello, parte de la memoria de un individuo estará formada por acontecimientos del pasado que no ha experimentado personalmente, a los que se acude a través de diferentes «conmemoraciones», que permiten reforzar la idea y sentido de pertenencia a una comunidad (Aguilar Fernández, 2008). Es la denominada «memoria histórica» como parte de la «memoria colectiva».

Más allá de las diferentes interpretaciones doctrinales acerca de lo que se considera «memoria colectiva» y la labor de recordar, las concepciones actuales tienen su origen en dos acontecimientos que marcaron el inicio de una nueva forma de entender el mundo, las dos guerras mundiales. Frente a las visiones historicistas, que pretenden presentar el pasado «tal y como ocurrió», tras la Segunda Guerra Mundial, la memoria pasó a ser entendida como una «teoría del conocimiento». Su máximo exponente, Walter Benjamin, diferencia el mero conocimiento de los hechos, el cual ignora lo que quedó derrotado u abandonado, que no forma parte de la realidad, propio del historicismo; de la memoria, capaz de conocer tanto los hechos como los no-hechos, partiendo del pasado derrotado como fuente de construcción del futuro. Es por ello por lo que, tras las masacres de la Segunda Guerra Mundial, los principales exponentes de las «teorías del conocimiento» encontraron en la memoria el antídoto perfecto para construir un presente en el que no fuese posible la repetición de las atrocidades ocurridas (Mate, 2011). A partir de entonces, «hacer memoria» pasó a ser un nuevo imperativo categórico, en el que recordar significó «repensar todo a la luz de la experiencia de la barbarie» (Mate, 2011, p. 20) para evitar su repetición futura.

## POLÍTICAS DE LA MEMORIA Y EL «DERECHO DE MEMORIA»

Este «deber de memoria», esencial para reconstruir una sociedad tras periodos violentos y represivos, debe plasmarse mediante una serie de políticas destinadas a la consecución de esta. Ello constituye un «derecho a la memoria», el cual suele cristalizarse mediante procesos de justicia transicional o leyes de memoria.

España, al igual que la mayoría de las democracias occidentales, tuvo que lidiar en su pasado reciente con un golpe de Estado, tres años de guerra civil y cuarenta años de Dictadura. Sin embargo, hoy en día, tras prácticamente cincuenta años de Democracia, aún queda un largo camino por recorrer en materia de memoria sobre aquellos largos periodos de represión<sup>2</sup>.

La singularidad de la experiencia española, en la que no existió una ruptura real con la Dictadura Franquista (el propio Dictador falleció en su cama y fue enterrado con honores de Estado), trajo consigo que el proceso de transición política se llevase a cabo desde dentro de los pilares del propio Régimen. Ello, unido al temor al estallido de una nueva guerra civil, supuso que el poder político se decantase por aplicar un modelo de olvido del pasado como fuente de partida del presente, obviando todo intento de construcción de memoria colectiva.

Los procesos de justicia transicional son definidos por Naciones Unidas como

toda una gama de medidas judiciales y no judiciales dirigidas a garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la cicatrización de las heridas y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho. (ONU, s.f., párr. 1)

Según la doctrina, los procesos de justicia transicional están conformados por cuatro ejes a los que pretenden dar satisfacción los mismos: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

El derecho a la verdad conforma todo el conjunto de políticas destinadas a esclarecer tanto los hechos acaecidos, como su significado político y ético (Charney Berdichewky, 2019) (génesis del conflicto, determinación de las víctimas y victi-

<sup>2</sup> Las víctimas del franquismo oscilan entre 150.000 y 400.000, dependiendo si se incluyen aquellas propias de la Guerra Civil y de los campos de concentración. Solo en estos últimos, las ejecuciones ascendieron hasta las 192.000 víctimas, siendo cometidas en los dos primeros años de la posguerra. Prueba de la perpetuación de la represión franquista resulta el hecho de que las últimas ejecuciones daten del 27 de septiembre de 1975, menos de dos meses antes de la muerte del Dictador, cuando fueron fusilados 3 militares del Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP) y dos miembros de ETA político-militar, habiendo sido ejecutado un año antes en Barcelona el anarquista Puig Antich mediante la agonica técnica del garrote vil.

mario, causas de victimización, etc.), para dar, posteriormente, una respuesta real y efectiva tanto a las víctimas, como a la sociedad, creando memoria colectiva. Según la práctica y la doctrina, el instrumento más común y eficaz de cara a esclarecer la verdad de lo ocurrido son las comisiones de la verdad, organismos no judiciales de vigencia limitada, independientes del poder político, cuya función es esclarecer los hechos, causas y consecuencias relativos a pasadas violaciones de derechos humanos (González y Varney, 2013). El proceso seguido en España optó por un «pacto del olvido» de los acontecimientos acaecidos durante el golpe militar, guerra civil y Dictadura, reduciendo aquellos periodos a un enfrentamiento entre dos bandos, cuyo trasfondo ha sido ignorado a lo largo de los años con la premisa de no «reabrir heridas ya cerradas».

En segundo lugar, las medidas de justicia abarcan todas aquellas destinadas a la depuración de responsabilidades por los crímenes cometidos, esclareciendo los hechos ocurridos y procesando a los autores de estos. En España, se aprobó una Ley de Amnistía que, si bien permitió la excarcelación de miles de presos políticos encarcelados por el Régimen Franquista, sirvió de sustento en el que posteriormente los tribunales se apoyarían para eximir de toda responsabilidad a los autores de los crímenes cometidos desde los aparatos de la Dictadura.

Finalmente, cabe mencionar las medidas de reparación integral a las víctimas, tanto económicas como morales, –en las que España tan solo ha incidido sobre determinadas medidas de reparación económicas– y las garantías de no repetición, que incluyen medidas de carácter pedagógico y culturales, destinadas a la concienciación y fomento de la cultura de Derechos Humanos. Además, dentro de ellas se integra la reconfiguración de las instituciones del Estado (Escudero Alday, 2017) y sus integrantes que, sin embargo, permanecieron intactas en España.

## POLÍTICAS DE OLVIDO Y POLÍTICAS DE LA MEMORIA

Las políticas de justicia transicional, que desarrollan las cuatro vertientes de derechos que la comprenden, se dirigen en un doble sentido. Por un lado, persiguen un objetivo individual, en tanto buscan reparar a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos. Por otro lado, persiguen el objetivo colectivo de garantizar el *rule of law* y lograr la reconciliación nacional (Escudero Alday, 2017), todo ello a través de la creación de memoria colectiva e implementando garantías de no repetición.

De este modo, una política de justicia transicional solo será efectiva si es capaz de conjugar ambos objetivos, aunque no se incida en ambos con la misma extensión e intensidad. Además, la complementariedad de sus cuatro ejes resulta decisiva para lograr su éxito, no siendo posible la consecución de sus objetivos si no es a

través de la interrelación de las diferentes medidas. Sin embargo, como se verá más adelante, en muchas ocasiones, la dimensión individual y la colectiva pueden chocar entre sí, ignorándose una para satisfacer la otra (Escudero Alday, 2017).

## POLÍTICAS DE OLVIDO

Como ya se puso de manifiesto, en España se siguió una política del olvido, marcada por la aprobación de una Ley de Amnistía en 1977 que supuso el cierre a todo intento de justicia frente a quienes cometieron las violaciones de derechos humanos. A través de tal Amnistía, se optó por satisfacer la dimensión colectiva para conseguir la «reconciliación nacional»<sup>3</sup> en defecto de la depuración de responsabilidades de los autores de tales delitos.

Además, cualquier medida tendente a la construcción de memoria colectiva fue ignorada, impidiendo la creación de una comisión de la verdad, evitando todo juicio de naturaleza penal y obviando, por lo tanto, la aplicación de garantías de no repetición de lo ocurrido (políticas educativas, culturales o cambios de funcionarios).

Si bien es cierto que las tesis son minoritarias, parte de la doctrina sostiene que dichas políticas de olvido son necesarias para lograr la reconstrucción de una sociedad tras un periodo de conflicto o represión y, además, indispensables para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. Como exponente de esta doctrina, Belavusau entiende que toda ley de memoria trata de imponer una visión hegemónica de la historia que restringe la libertad de expresión, postulándose en favor de dejar la discusión histórica abierta y sujeta a las reglas de «la ética de la libertad de expresión» (Belavusau, 2017; Charney Berdichewky, 2019, p. 217).

Según la visión de Belavusau, la historiografía y la historia son meros instrumentos empleados por los diferentes agentes para satisfacer sus intereses políticos. De esta forma, las «versiones oficiales» de la historia compiten con las «versiones alternativas», dejando espacio a la libertad de expresión. Por ello, las leyes de memoria tan solo codifican la versión hegemónica de la historia, legitimando al sistema político imperante (Charney Berdichewky, 2019, p. 219).

<sup>3</sup> Véase como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, en la que se pone de manifiesto el valor de la Ley de Amnistía en el proceso de transición para conseguir el fin colectivo de la reconciliación nacional: «la idea fundamental de la «transición», tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico» (F.D. 3).

Como crítica a esta doctrina, Charney Berdichewky (2019) pone de manifiesto que, para alcanzar la reconstrucción política después de una época de violencia, «la libertad de expresión no puede escindirse de la búsqueda de la verdad» (p. 220), como se desprende de las tesis anteriores. En caso contrario, se arriesga a la posibilidad de construir un presente que valide el pasado violento, impidiendo cualquier discusión pertinente al sentido de la violencia excepcional. Por ello, cualquier argumento que defienda el olvido, es aplicable a cualquier argumento que renuncia a la verdad.

El modelo español, en tanto despreció todo intento de reparación individual, así como de formación de memoria colectiva, renunció de manera frontal a la búsqueda de la verdad. Ello ha supuesto legitimar, en cierto modo, el pasado violento, ignorando las terribles violaciones de derechos humanos y simplificando el golpe militar y el régimen dictatorial a un enfrentamiento entre dos bandos, debiendo resolverse el mismo mediante el olvido y el perdón.

#### POLÍTICAS DE LA MEMORIA

Con el paso de los años, y tras la presión ejercida por el incipiente movimiento memorialista, en el año 2007 se promulgó en España la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, también conocida como «Ley de Memoria Histórica», lo que supuso un triunfo para el movimiento, consiguiendo introducir el asunto en primera línea de la agenda política. Una Ley que sería sustituida por la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática que ofrece soluciones, más o menos profundas, orientadas hacia los cuatro ejes de la justicia transicional.

En lo relativo al derecho a la verdad y a la creación memoria colectiva, la Ley de Memoria Histórica de 2007 destacó por carecer de todo contenido (Cabezas-Vicente et al., 2018)<sup>4</sup>. En primer lugar, la Ley no establece la creación de una comisión de la verdad<sup>5</sup> que, si bien hubiese llegado casi 30 años tarde, hubiera servido para esclarecer los hechos y crear memoria colectiva. Del mismo modo, no deroga la Ley de Amnistía, impidiendo el enjuiciamiento de los autores de violaciones de

<sup>4</sup> «La palabra Verdad, primer pilar, no aparece ni una sola vez en todo el escrito; y el término Justicia, el segundo de ellos, aparece tan solo una. En el momento en el que, de entrada, se renuncia a la Verdad y a la Justicia, la ley nace coja y está destinada a fracasar» (Cabezas Vicente, et al., 2019, p. 19).

<sup>5</sup> Como señala Andrés Llamas (2022), «el derecho a la verdad sí ha sido reforzado en tanto que la Administración ahora asume el deber de búsqueda de las personas desaparecidas, con garantías como la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura» (párr. 17)

derechos humanos, a través de los cuales podría mostrarse la violencia ejercida, sirviendo de ejemplo para evitar su repetición<sup>6</sup>.

La primera referencia a una posible creación de una comisión de la verdad fue introducida por el PSOE en la Proposición de Ley para modificar la Ley de Memoria Histórica presentada a finales de 2017, la cual, aunque desapareció en las últimas proposiciones de Ley, terminó por incluirse en Ley de Memoria Democrática de 2022 como un mandato al Consejo de la Memoria Democrática. Así, su artículo 57 prevé la creación de una Comisión de la Verdad con el objeto de contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura a través de la recepción de testimonios, información y recopilación de documentos y de otros antecedentes. Con ello, se elaborarán informes, conclusiones y recomendaciones «para la reparación de las víctimas y evitar a que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro».

La Comisión estará formada por profesionales de reconocido prestigio en el mundo académico y en el ámbito de los derechos humanos, asegurando la participación y el reconocimiento oficial de las víctimas y sus familiares en el proceso de validación. Esta composición, resulta ligeramente más tibia de que prevista en el anteproyecto de Ley, que regulaba la creación de la comisión compuesta por profesionales de distintas disciplinas (juristas, historiadores, psicólogos, investigadores universitarios, expertos en violencia de género, defensores de derechos humanos y miembros de grupos memorialistas, etc.) de reconocido prestigio, nombrados tanto por el Congreso de los Diputados, como por el Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General, Consejo General de la Abogacía Española, Consejo de Universidades, asociaciones de víctimas y expertos internacionales propuestos por el Grupo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, todo ello en situación de paridad sexual.

Aun así, además de valorarse de forma muy positiva su composición interdisciplinar, cabe destacar el ámbito temporal de estudio de esta, el cual abarca tanto la época de la Guerra Civil como todos los años de Dictadura hasta la promulgación de la Constitución de 1978.

<sup>6</sup> Por el contrario, una parte de la doctrina sostiene el carácter contradictorio de los juicios penales en los procesos de justicia transicional. En caso de acudir tan solo a tales juicios, prescindiendo de una comisión de la verdad, cabría la posibilidad de privatizar la violencia ejercida por el Estado, diluyéndola a meras responsabilidades individuales. La mera aplicación del derecho privatiza el asunto, banaliza el mal e impide ver su dimensión burocrática: la organización y utilización del aparato estatal para eliminar la disidencia política e imponer por la fuerza un nuevo orden de cosas. Véase en: Charney Berdichewky (2019, pp. 214-215).

Entrando en el análisis doctrinal, en contraposición a las teorías que abogan por el olvido, la mayor parte de los autores se decantan por la necesidad de construir el presente sobre una memoria colectiva pasada, tal y como se puso de manifiesto en los planteamientos de Walter Benjamin expuestos con anterioridad. Para ello, siguiendo las tesis de Atria, la comprensión de las épocas de represión y terror tienen que quedar entregadas a las lógicas deliberativas que caracterizan a la libertad de expresión, porque ellas permiten aglutinar la experiencia del sufrimiento y acumular los relatos y las vivencias que dan forma a la historia compartida, con lo que es posible reconstruir una identidad política fracturada (Charney Berdichewky, 2019, p. 209).

Por tanto, solo mediante la creación de una comisión de la verdad que goce con las garantías suficientes será posible asegurar una correcta deliberación sujeta a la «ética de la libertad de expresión» capaz de crear memoria colectiva. A diferencia de las tesis que abogan un olvido del pasado para evitar la imposición de un relato político sujeto a intereses, las prácticas deliberativas buscarán forjar la identidad común atendiendo al significado de la violencia excepcional, encontrando en la Verdad los rasgos de unión de la comunidad política (Charney Berdichewky, 2019, p. 223).

#### LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA ESPAÑOLA

Para poder valorar la adecuación de la libertad de expresión a las diferentes políticas memorialistas españolas, resulta preciso definirlo y estudiar su regulación y encaje con respecto a la concepción democrática imperante en España.

De este modo, el derecho a la libertad de expresión se recoge en el artículo 20.1 de la Constitución Española, el cual garantiza el reconocimiento y protección del derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción».

En su versión clásica liberal, la libertad de expresión se refería al ámbito de libertad del individuo o del sujeto a expresar libremente sus ideas u opiniones, ocupando el Estado una posición pasiva o de defensa, evitando la lesión del derecho fundamental. En contraposición a ello, la doctrina alemana, asentada en la concepción de las constituciones como orden de valores, establece una doble vertiente de los derechos fundamentales.

Por un lado, destaca la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales, que constituye el espacio de libre disposición del individuo con respecto al derecho fundamental, el cual deberá ser protegido por el Estado frente a posibles violaciones de este (Estado como garante de los derechos fundamentales). La segunda vertiente de los derechos fundamentales, la cual no niega la primera de ellas, es la

vertiente objetiva o institucional. Entendida la Constitución como orden de valores, según la vertiente objetiva, los derechos fundamentales realizan una función estructural del Estado, definiendo al mismo o su comunidad política (visión social de los derechos fundamentales). Según el planteamiento de esta teoría, dado que el ejercicio de los derechos fundamentales afecta a todo el Estado o comunidad, el Estado no solo tiene el deber negativo de evitar la lesión de los derechos fundamentales (posición pasiva), sino que tiene el deber positivo de contribuir a la promoción de los mismos (posición activa).

La Constitución Española conforma una constitución como orden de valores, en tanto consagra un Estado social y democrático de derecho, «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1) y garantiza una serie de derechos y libertades fundamentales superiores a todo el ordenamiento jurídico (los cuales gozan de protección especial). Por lo tanto, dichas constituciones, cuyo elemento central es la idea de dignidad humana, no son axiológicamente neutrales, sino que se asientan sobre unos derechos fundamentales inspiradores de todo el ordenamiento jurídico y merecedores de protección pública.

El Tribunal Constitucional español (en adelante TC) se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del carácter social de la Constitución de 1978 y de la doble vertiente de los derechos fundamentales. Concretamente, atendiendo a la libertad de expresión, el TC, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, haciendo referencia a las SSTC 177/2015 de 22 de julio; 6/1981, de 16 de marzo y 12/1982, de 31 de marzo, subraya repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión» en cuanto a garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre» que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y». De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» [F.J. 2 a)]. [...] Es por ello por lo que el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas [F.J. 2 b)].

#### TOMA DE POSTURA

La creación de la Comisión de la Verdad prevista en la Ley de Memoria Democrática supone un avance significativo en el esclarecimiento de las violaciones durante la represión franquista, contribuyendo a la construcción colectiva de la memoria democrática española.

Como se puso de manifiesto, todos los ámbitos de la justicia transicional están interrelacionados entre sí. Sin embargo, en lo relativo a la formación de memoria colectiva, la verdad se convierte en requisito ineludible para el sustento de los demás, tales como las garantías de no repetición y la búsqueda de la justicia. Bajo esta premisa, se puede llegar a la conclusión de que una ley de memoria no asentada bajo la garantía del esclarecimiento de la verdad resultaría un instrumento cojo y abocado al fracaso. De esta manera, obviando todo intento de creación de memoria colectiva, se corre el peligro de frustración del resto de medidas.

A modo de ejemplo, la Ley de Memoria Democrática (2022) incluye entre su articulado la formación, actualización científica, didáctica y pedagógica del profesorado en sus planes de formación inicial y permanente en relación con el tratamiento escolar de la memoria democrática (art. 44), además del fomento en todos los ámbitos académicos de la formación, docencia e investigación en materia de memoria democrática, incluidas universidades y organismos públicos de investigación (art. 45) o la creación de un Consejo de la Memoria adscrito al ministerio competente (art. 57). Sin embargo, en caso de que no se desarrollasen toda una serie de medidas tendentes a la formación de una memoria colectiva forjada bajo la lógica de la deliberación, tales garantías de no repetición carecerían de una verdad común a toda la comunidad acerca de la que formar, fomentar o educar.

En dicho caso, se caería en la lógica de las tesis contrarias a las leyes de memoria defendidas por Belavusau, sirviendo éstas a los intereses del poder político dominante, el cual decidirá acerca de las medidas de educación y fomento de la memoria atendiendo a su concepción propia del pasado. En ese supuesto, resultaría preferente obviar el pasado que dejar al arbitrio del poder político la imposición de su propia verdad. Por ello, se vulneraría la dimensión institucional de la libertad de expresión, pues como sentó el Tribunal Constitucional «el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.J. 4.).

Según ha anunciado recientemente el Secretario de Estado de Memoria Democrática, en los próximos meses se dictará un Real Decreto para crear en verano de 2025 una Comisión de la Verdad con el fin de esclarecer las violaciones de derechos humanos durante la Guerra Civil y Dictadura Franquista. Si bien no se conoce su contenido, tal y como propone la Ley de Memoria Democrática, será el Consejo de Memoria Democrática, formado por 32 expertos, el encargado de elegir a los 10 miembros de la «Comisión para el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos de la Guerra y la Dictadura», todos ellos expertos independientes en el mundo académico, memorialista y de los derechos humanos. De esta manera,

se prevé que en el plazo de 18 meses elabore su informe final (Europa Press, 2025; Hernández Téllez, 2024).

Sin duda, su creación será un avance democrático necesario en aras al desarrollo del derecho a la verdad, indispensable poder implementar las correspondientes garantías de no repetición tan esenciales en una sociedad democrática.

## GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Llegados a este punto, ha quedado constatado que las garantías de no repetición, las cuales se centran única y exclusivamente en la vertiente colectiva de la justicia transicional (garantizar el *rule of law* y lograr la reconciliación nacional), deben partir de un previo esclarecimiento de la verdad, pues en caso contrario, podrían aplicarse de manera discrecional por el poder político para imponer su propia verdad del pasado.

Definidas brevemente con anterioridad, las garantías de no repetición aglutinan un conjunto de medidas educativas, formativas y culturales de promoción de los derechos humanos, así como aquellas de reforma institucional, sustituyendo a las personas y dirigentes de los diferentes poderes del Estado (ejército, Policía, Poder Judicial, etc.) que participaron en la violencia y la represión (Escudero Alday, 2017).

La Ley de Memoria Histórica de 2007 se centró esencialmente en aspectos de reparación, tanto de carácter simbólico<sup>7</sup> como económico. En términos generales, además de no presentar ninguna medida destinada al esclarecimiento de la verdad ni la búsqueda de la justicia, tampoco incluyó entre su articulado garantías de no repetición más allá de la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil.

En contraste con la legislación previa, la Ley de Memoria Democrática, además de la creación de un Centro de la Memoria Democrática, la Comisión de la Verdad y la declaración de ilegalidad e ilegitimidad de órganos y tribunales franquistas y la nulidad de las resoluciones (art. 5), incluye entre su articulado un catálogo muy completo de garantías de no repetición.

Entre sus medidas destaca un mayor énfasis en la retirada de vestigios, pudiendo retirar las Administraciones Públicas subvenciones a los propietarios que no

<sup>7</sup> Debe ponerse de manifiesto que la retirada de simbología supone una competencia delegada a las corporaciones locales, lo que ha provocado el incumplimiento sistemático del mandamiento. Así mismo, la búsqueda de desaparecidos y exhumaciones se relega a la incitativa privada lo que, unido a la falta de partida presupuestaria, supone la ineficiencia de una tarea que debería ser judicializada.

cumplan con la Ley. Además, realiza un mandato al Gobierno para reconvertir el Valle de los Caídos (renombrado como Valle de Cuelgamuros) en un lugar de memoria democrática, incluyendo la exhumación de los restos de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera, realizadas en fechas 24 de octubre de 2019 y 24 de abril de 2024, respectivamente. Igualmente, se añaden una serie de medidas educativas de fomento de los derechos humanos y explicación de la violencia de la Guerra Civil y el Franquismo, así como se regula la creación de lugares de memoria democrática.

Sin embargo, entre sus garantías de no repetición (además de las ya mencionadas), introduce también la disolución de asociaciones (Disposición adicional séptima), además de prever en sus primeros borradores la introducción del delito de enaltecimiento y justificación del franquismo y la humillación a sus víctimas.

Como anunció Adriana Lastra, portavoz del PSOE en el Congreso de los Diputados, el Gobierno incluiría en la próxima reforma del Código Penal el delito de «exaltación y apología del franquismo» (RTVE, 2020). Sin embargo, dicho extremo no fue finalmente introducido en su articulado. En su defecto, se creó un régimen sancionador con multas de entre 10.001 a 150.000 euros para «las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que [...] inciten a la exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares» (art. 62), así como por la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización de tales actos al titular o responsable del espacio donde se desarrollen.

Puesto que dichas garantías pueden entrar en confrontación con la libertad de expresión, tan necesaria en la lógica deliberativa que debe regir toda ley de la memoria, deberá analizarse el contenido de estas en relación con la concepción democrática española y su desarrollo de la libertad de expresión y los delitos de odio.

#### ESPAÑA, A CABALLO ENTRE UNA DEMOCRACIA MILITANTES Y ABIERTA

Como ya se puso de manifiesto, la Constitución Española se configura como una constitución de orden de valores, entre cuyo cometido se encuentra la promoción de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión. Sin embargo, la promoción de los derechos fundamentales no debe confundirse con el carácter militante de una democracia.

Es por ello por lo que se diferencian dos tipos de democracias en función de sus propios mecanismos de defensa. Por un lado, se distinguen las democracias militantes, como el caso alemán, las cuales incluyen entre sus mecanismos la posi-

bilidad de incluir restricciones y prohibiciones por meras razones ideológicas, sin necesidad fomentar la violencia o la comisión de delitos (prohibición de determinadas ideologías, actividades, discursos de odio, etc.). Por otro lado, destacan las democracias formales o abiertas, es decir, aquellas que no incluyen tales mecanismos de defensa.

La Constitución Española se encuentra a caballo entre una concepción y otra, sin presentar un carácter militante que permita perseguir ciertas ideologías, pero contando con mecanismos propios de defensa si se incita a la violencia o a la comisión de delitos. En este sentido, resultan de especial trascendencia dos famosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español a través de los cuales remarcó el carácter no militante de la Constitución.

El primero de ellos es la STC 48/2003, de 12 de marzo, mediante la que el Constitucional avaló la reforma de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (en adelante LOPP) en relación con la prohibición e ilegalización de formaciones que fuesen instrumento de la violencia terrorista. La LOPP, en su art. 9, señala las posibles causas de ilegalización de los partidos, entre las que destacan la vulneración sistemática de las libertades y los derechos fundamentales, el fomento, participación o legitimación de la violencia para la consecución de sus fines políticos, o el apoyo político a la acción de grupos terroristas, entre otras.

En primer lugar, el TC puso de manifiesto que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante». Ello, puesto en relación con la regulación de prohibición contenida en la citada Ley Orgánica, llevó al Constitucional a admitir que en lo relativo a la prohibición

en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías, sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado «democracia militante» y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información. (FJ. 10)

Por ende, se desprende que, a pesar de no ser considerada como militante, la democracia española no resulta del todo abierta, pues es intolerante con aquellos partidos políticos que apoyen directamente a la violencia para consecución de sus fines.

La segunda sentencia para destacar es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, a través de la cual se declaró inconstitucional el delito de negación del holocausto nazi. Nuevamente, en remisión a la sentencia analizada previamente, el TC remarca que en el modelo constitucional español no tiene cabida un modelo de «democracia militante». Haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derecho Humanos (en adelante TEDH), el Constitucional llega a la conclusión de que

la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. (F.J. 3)

Sin embargo, la mera negación del genocidio nazi no supone emitir un juicio de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, sino que se basa en una conclusión acerca de su existencia. Por ello, para el TC no resulta una incitación directa de la violencia, sino que se ampara dentro de los ámbitos de la libertad de opinión y de la libertad científica.

#### EL CARÁCTER PREFERENTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como norma general, los tribunales aplican la teoría preferente de la libertad de expresión. La libertad de expresión, en tanto conforma un derecho fundamental, posee tanto una vertiente individual como una colectiva o institucional. Es por ello por lo que, dada su importancia de cara al colectivo, «cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal», «deben ser ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión» STC 112/2016, de 20 de junio, F.J. 2).

Realizando una analogía con el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas, el TC ha determinado el carácter limitable de la libertad de expresión cuando se realicen «manifestaciones que alienten a la violencia», propiciando o alentando «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» aunque sea de manera indirecta.

La Proposición de Ley de diciembre de 2017 presentada por el PSOE instaba a modificar el artículo 510 del Código Penal, relativo a la prohibición de los discursos de odio, incluyendo un apartado bis en el que se castigase con pena de prisión de uno a cuatro años a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales», así como a

quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia

contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales. (Grupo Parlamentario Socialista, 2017, art. 50)

Además, se castigaría con pena de prisión de seis meses a dos años a quienes lesionen la dignidad de las víctimas del franquismo y de la guerra civil, así como a

quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución, (Grupo Parlamentario Socialista, 2017, art. 50)

castigándose con pena de prisión de uno a cuatro años en el caso de que se «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo».

Como primera crítica, no resulta congruente que se mantenga vigente la Ley de Amnistía de 1977, a través de la cual se impide el enjuiciamiento de los autores intelectuales y materiales de los crímenes del franquismo y, por otro lado, se castigue a quienes exalten tales crímenes.

En segundo lugar, dicha introducción resulta totalmente innecesaria, en tanto el art. 510 del Código Penal actualmente ya castiga los delitos de odio, la lesión de la dignidad de sus víctimas y enaltecimiento o justificación de tales delitos. Por tanto, la incitación a la hostilidad y violencia hacia las víctimas del franquismo, así como la humillación de sus víctimas por motivo de serlo, ya quedaría inmerso dentro del tipo delictivo del art. 510, siempre y cuando de tal actitud se desprendiese un discurso de odio, castigándose bajo los parámetros de este.

En tercer lugar, como crítica general tanto al propio art. 510 del Código Penal, como al tipo específico que planteó la Proposición de Ley del Partido Socialista, resulta contradictorio remarcar el carácter preferente de la libertad de expresión (tal y como señala el TC) y posteriormente restringirla mediante delitos de opinión.

Ambos preceptos castigan la incitación directa o indirecta al odio o la hostilidad, incluyendo, el art. 510. bis de la propuesta, la mera justificación o enaltecimiento del franquismo. Debe destacarse que, en relación con la jurisprudencia española, dichos delitos de odio y enaltecimiento del franquismo tendrían cabida constitucional, en tanto podría considerarse que las actitudes de odio u hostilidad sirviesen para incitar a la violencia hacia el grupo<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En sentido contrario a la doctrina seguida mayoritariamente por el Tribunal Supremo, en su STS 85/2018, de 26 de febrero, determinó la necesidad de existir riesgo de comisión de actos te-

Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto por los diferentes instrumentos internacionales y comunitarios, cabe desmarcarse de las tesis emanadas del Tribunal Constitucional. Realizando una analogía del delito de enaltecimiento del franquismo con el delito de enaltecimiento del terrorismo, tanto desde el Consejo de Europa como desde la Unión Europea se han aprobado diferentes Convenios, Decisiones Marco y Directivas tendentes a castigar exclusivamente aquellos discursos de enaltecimiento que lleven aparejada la incitación directa a la comisión delictiva.

Así, el Convenio para la Prevención del Terrorismo de 2005, en su artículo 5, castiga la «provocación pública a cometer actos terroristas» a través de la «puesta a disposición del público de mensajes» que inciten, de manera ilegal e intencionada, a cometer tales delitos, siempre y cuando se cree un peligro real de cometerlos. Del mismo modo, en el ámbito de la Unión Europea, se destaca la Directiva 2017/541 que, en referencia a la «apología y justificación del terrorismo», castiga exclusivamente aquella «intencionada y pública» que incite de manera directa a la comisión de hechos delictivos.

Igualmente, como se desprende de la doctrina del TEDH, el ámbito de protección de la libertad de expresión debe ser muy amplio, tanto en contenido como en las formas. Ello significa que la libertad de expresión incluye dentro su ámbito tanto expresiones aceptadas y minoritarias como expresiones disidentes que puedan molestar o inquietar. Además, igual de amplio que el contenido tiene ser el medio de transmisión, llegando a admitirse expresiones que puedan resultar amenazantes, e incluso llamar a la violencia, debiendo establecerse el límite en la incitación pública y directa a la comisión de un hecho delictivo (lo que choca con la mera justificación tanto de los delitos de odio como del franquismo).

Como cuarta crítica, debe ponerse de relevancia que la introducción de tipos penales relativos a delitos de expresión contribuye a fomentar el denominado «efecto desaliento». Nuevamente, el TEDH, a lo largo de su amplia jurisprudencia, incide en la necesidad de restringir la aplicación del Derecho penal exclusivamente para aquellos casos más graves (principio de *ultima ratio*), en los que exista una incitación directa a la violencia. Como el Derecho penal produce un efecto de autocensura en la ciudadanía que desincentiva el ejercicio de la libertad de expresión, el TEDH insta a los Estados a que estas sanciones sean civiles y no penales, debiendo tenerse muy en cuenta la proporcionalidad de las medidas penales en aquellos casos en los que se apliquen<sup>9</sup>.

---

rroristas para poder aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo, atendiendo a las circunstancias específicas, el autor, el destinatario del mensaje y el contexto empleado.

<sup>9</sup> Véanse SSTEDH caso Toranzo Gómez c. España, caso Taranenko c. Rusia, caso Kudrevičius y otros c. Lithuania o caso Gündüz y otros c. Turquía, entre otras.

El propio TC también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el «efecto desaliento». Resulta de especial mención la Sentencia 136/1999, de 20 julio, en la que analiza la condena a siete años de prisión mayor por colaboración con banda armada a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por ceder espacios a la banda terrorista ETA, en los que se daban mítines con expresiones amenazantes. En dicho supuesto, el Constitucional recurrió al «efecto desaliento» aludiendo que podría provocar la desproporción de la sanción, declarando inconstitucional la misma. En términos expuestos del TC, «las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos» (STC 136/1999, de 20 de julio, F.J. 29).

Por todos estos motivos, se hace imprescindible no solo evitar la introducción del innecesario tipo penal de enaltecimiento del franquismo, sino modificar el propio artículo 510 del Código penal, coincidiendo en las modificaciones propuestas por el Grupo de Estudios de Política Criminal (2019, p. 34), incluidas las correspondientes reformas en las penas previstas para la provocación de los diferentes delitos, las cuales recogen la necesaria incitación pública y directa a la comisión de delitos.

Por otro lado, la reforma del art. 510 bis propuesta por el PSOE, alude a la humillación de las víctimas del Franquismo y la Guerra Civil, entendidas como un colectivo cuya dignidad merece ser protegida. Nuevamente, se coincide con la propuesta elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal (2019), que pone de manifiesto la necesaria modificación del art. 510.2.a) en aras a limitar los delitos contra el honor de colectivos a las calumnias (imputar un hecho delictivo a sabiendas de su falsedad). Por ello, cualquier otro tipo de vulneración del derecho al honor debería ser resuelta a través del tipo individual de injurias (art. 208 y ss. CP) o bien acudiendo a la vía civil.

Para concluir, y en relación con las propuestas de ilegalización de personas jurídicas, la Ley de Memoria Democrática prevé la revocación de la declaración de utilidad pública y la inclusión en como causa de disolución las asociaciones que entre sus fines persigan la

apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales. (Disposición adicional sexta y séptima).

En la actualidad<sup>10</sup>, la norma se encuentra en trámite parlamentario, habiendo sido aprobado en la Comisión Constitucional del Congreso con el apoyo de la mayoría de las fuerzas políticas, contando tan solo con la abstención del Partido Popular y el voto en contra de VOX. Como señala su texto, la disolución se aplicará con independencia de los fines y actividades que se encuentren recogidos en los estatutos de que la asociación haya cumplido con el deber de inscripción registral. Además, se le reconoce al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción y legitimación activa en estos procesos, debiendo resolverse la disolución a través de resolución judicial (Europa Press, 2025).

En este supuesto –dado que no se trata de la aplicación del Derecho penal–, haciendo analogía con la prohibición de partidos políticos, el TC prevé la posibilidad de ilegalizar aquellos partidos políticos que justifiquen el racismo y la xenofobia o apoyen políticamente la violencia. La propia Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, recoge en su artículo 2.7 que «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales». Por ello, se procederá a la ilegalización de las aquellas asociaciones que cuyos cometidos sean considerados como «delitos de odio», sin resultar necesaria la introducción específica de la «incitación al odio o la violencia de las víctimas de la guerra civil y el franquismo».

## CONCLUSIONES

Tras un periodo de violencia y represión, y siguiendo las diferentes concepciones doctrinales, existe una necesidad de crear memoria colectiva en aras a unir a la comunidad y construir un presente en el que tales violaciones de derechos humanos no puedan ser repetidas. Este deber de memoria se plasma a través de diferentes políticas de justicia transicional, vertebradas en torno a cuatro derechos: la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Sin embargo, la doctrina es discordante acerca de la adecuación de las leyes de la memoria con la libertad de expresión.

Tras el análisis de las diferentes teorías y de su aplicación al modelo español, basado en una política de olvido, resulta evidente que toda ley de memoria debe partir del esclarecimiento de la verdad como base del resto de derechos que pretenda desarrollar. Solo de esta manera será capaz de crear una memoria colectiva aceptada por toda la sociedad, sobre la que sustentar las diferentes garantías de no repetición, para que tales hechos no sucedan en el futuro.

<sup>10</sup> A fecha 31 de marzo de 2025.

En caso contrario, una ley de memoria que incluya garantías de no repetición, pero sin un esclarecimiento previo de la verdad puede llevar a aplicar medidas a través de las cuales el poder político imperante construya su propia verdad, sin atender a la lógica deliberativa de la libertad de expresión. En ese supuesto, triunfarían las teorías contrarias a las leyes de memoria, dejando de construirse memoria colectiva y, por ello, abriendo la posibilidad de repetición del pasado represivo y violento. Es por ello por lo que la previsión de la creación de la Comisión para el esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura recogida en la Ley de Memoria Democrática de 2022 resulta un paso significativo en cumplimiento del derecho a la verdad y una base sólida sobre la que asentar el resto de las medidas reparadoras.

Además, una ley de memoria que pretenda servir de instrumento para el esclarecimiento de la verdad debe cumplir con todas las garantías de la libertad de expresión, sin recurrir al Derecho penal para castigar aquellas opiniones discordantes, a pesar de que puedan resultar amenazantes e incluso lesivas del honor del colectivo.

Es por ello por lo que se ha realizado una crítica a la propuesta de tipificación del delito de enaltecimiento y justificación del franquismo y humillación a sus víctimas y de la ilegalización de asociaciones y fundaciones. En primer lugar, resulta incongruente evitar el enjuiciamiento de quienes cometieron tales crímenes y tipificar su enaltecimiento y justificación. En segundo lugar, la tipificación autónoma del tipo penal es innecesaria, en tanto que ya existe una regulación de los delitos de odio que cubre tales supuestos.

Profundizando aun más en el problema y sin pretensión de exhaustividad, se plantea una modificación los delitos de odio, en tanto debe primar el carácter preferente de la libertad de expresión, empleando el Derecho penal como *ultima ratio* y evitando el efecto desaliento sobre tal derecho fundamental. Para ello se recurre a la propuesta elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que garantiza la necesidad de «incitación directa y pública a la comisión de hechos delictivos» para castigar tales conductas. En último término, a idénticas conclusiones se llega en relación con la ilegalización de asociaciones y fundaciones, debiendo realizarse exclusivamente cuando cometan delitos de odio, bajo las modificaciones mencionadas con anterioridad.

En definitiva, las leyes de memoria son, sin duda, un mecanismo esencial para mitigar las múltiples vulnerabilidades ocasionadas con una mala gestión del pasado. Por un lado, cabe mencionar la vulnerabilidad de las víctimas, destacando la necesidad del reconocimiento y las reparaciones a quienes fueron perseguidos, reprimidos o ejecutados durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, pues estas personas (y sus familias) han sufrido una vulnerabilidad histórica debido a la citada represión, el exilio o la pérdida de derechos. Así mismo, atajan la vulnerabilidad de

la memoria. Y es que la memoria colectiva es frágil y puede ser manipulada, tergiversada o silenciada. Por ello, medidas como la Comisión de la Verdad intentan protegerla, evitando que se distorsione la historia o se olvide a las víctimas. Unas medidas que contribuirían a paliar la vulnerabilidad institucional, evidenciando la dificultad de las instituciones para abordar el pasado, sobre todo en sociedades donde persisten posturas enfrentadas sobre la memoria histórica. Finalmente, cabe poner especial atención a la vulnerabilidad de los derechos democráticos, y es que los derechos fundamentales, como la libertad de expresión o el derecho a la verdad y la justicia, pueden ser vulnerados si no hay mecanismos que los protejan.

## REFERENCIAS

- ANDRÉS LLAMAS, M. A. (2022). La Ley de Memoria Democrática: un sólido avance para España. *Diritti Comparati*. <https://www.diritticomparati.it/la-ley-de-memoria-democratica-un-solido-avance-para-espana/>
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P. (2008). *Acerca de la memoria, el aprendizaje y el olvido*. En *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Alianza Editorial.
- ANTEQUERA GUZMÁN, J. D. (2011). *Memoria histórica: política y relatos generales* [Trabajo de grado en Maestría en Estudios Políticos]. Pontificia Universidad Javeriana.
- BELAVUSAU, U. (2017). Memory laws and freedoms of speech: Governance of history in Europe law. En A. KOLTAY (Ed.), *Comparative perspectives on the fundamental freedom of expression* (pp. xx–xx). Wolters Kluwer.
- BULLÓN DE MENDOZA, A. (2018, 7 de febrero). Memoria histórica versus libertad. *ABC*. [https://www.abc.es/opinion/abci-memoria-historica-versus-libertad-201802070859\\_noticia.html](https://www.abc.es/opinion/abci-memoria-historica-versus-libertad-201802070859_noticia.html)
- BUTLER, J. & GAMBETTI, Z. (2016). *Vulnerability in resistance*. Duke University Press.
- BURKE, P. (2006). *Formas de la historia cultural*. Alianza Editorial.
- CABEZAS, M., MARCOS, A., SAN JOSÉ, E., TOMÉ, P., TOMENO, A. & HEREDERO, N. (2018). Sobre el estado de la Memoria Histórica en España: una visión desde la Clínica Jurídica de Acción Social de la Universidad de Salamanca. *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, 6, xx–xx.
- CHARNEY BERDICHEWKY, J. (2019). El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 32(2), xx–xx.
- DURKHEIM, E. (2012). *La división del trabajo social*. Biblioteca Nueva.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2017). Debatiendo sobre justicia transicional: memoria, perdón y castigo. En J. CERDIO, P. de LARRAÑAGA & P. SALAZAR (Eds.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, Tomo I*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- EUROPA PRESS (2019, 24 de octubre). Buxadé: las leyes de Memoria Histórica vulneran la libertad de expresión. *Europa Press*. <https://www.europapress.tv/politica/458492/1/buxade-leyes-memoria-historica-vulneran-libertad-expresion>

- EUROPA PRESS (2025, 24 de marzo). La ley para disolver asociaciones franquistas avanza en el Congreso. *Eldiario.es*. [https://www.eldiario.es/sociedad/ley-disolver-asociaciones-franquistas-avanza-congreso\\_1\\_12163310.html](https://www.eldiario.es/sociedad/ley-disolver-asociaciones-franquistas-avanza-congreso_1_12163310.html)
- EUROPA PRES. (2025, 31 de marzo). El Gobierno creará este verano la Comisión de la Verdad sobre la represión, que tendrá su informe en 2027. *Europa Press*. [https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-creara-verano-comision-verdad-represion-franquista-tendra-informe-2027-20250331115324.html#google\\_vignette](https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-creara-verano-comision-verdad-represion-franquista-tendra-informe-2027-20250331115324.html#google_vignette)
- GONZÁLEZ, E. & VARNEY, H. (2013). ¿Qué son las comisiones de la verdad? En *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019). *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*. Tirant lo Blanch.
- GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA (2017, 14 de diciembre). *Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*. Mesa del Congreso de los Diputados.
- GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA (2020, 24 de enero). *Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática*. Mesa del Congreso de los Diputados.
- HERNÁNDEZ TÉLLEZ, L. (2025, 19 de junio). El Gobierno anuncia la creación de la Comisión de la Verdad para analizar violaciones de derechos humanos en la dictadura. *Infobae*. <https://www.infobae.com/espana/2024/06/19/el-gobierno-anuncia-la-creacion-de-la-comision-de-la-verdad-para-analizar-violaciones-de-derechos-humanos-en-la-dictadura/>
- MATE, R. (2011). Las piezas de la memoria. En R. ESCUDERO ALDAY (Ed.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*. Los Libros de la Catarata.
- ONU (s.f.). *La ONU y el Estado de Derecho. Justicia de Transición*. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/international-law-courts-tribunals/transitional-justice/>
- RODRÍGUEZ, J. C. (2018, 16 de febrero). Ley de Memoria Histórica: una mordaza a la libertad de expresión. *Disidentia*. <https://disidentia.com/ley-memoria-historica-mordaza-libre-expresion/>
- RTVE (2020, 10 de febrero). El Gobierno incluirá el delito de apología del franquismo en la reforma del Código Penal. *RTVE*. <https://www.rtve.es/noticias/20200210/gobierno-inclui-delito-apologia-del-franquismo-reforma-del-codigo-penal/2000293.shtml>
- TEITEL, R. (2000). *Transitional justice*. Oxford University Press.

## LEGISLACIÓN

- ESPAÑA (1978). *Constitución Española*. *Boletín Oficial del Estado* núm. 311. de 29 de diciembre.
- ESPAÑA (1995). *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. *Boletín Oficial del Estado* núm. 281. de 24 de noviembre.
- CONSEJO DE EUROPA (2005). *Convenio para la Prevención del Terrorismo*, de 16 de mayo.

- ESPAÑA (2007). *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*. Boletín Oficial del Estado núm. 310 de 27 de diciembre.
- UNIÓN EUROPEA (2017). *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*. Diario Oficial de la Unión Europea L88 de 31 de marzo, pp. 6-31.
- ESPAÑA (2022). *Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática*. Boletín Oficial del Estado núm. 252 de 20 de octubre.

## JURISPRUDENCIA

- ESPAÑA, Tribunal Constitucional (Pleno). (1999, 20 de julio). *Sentencia núm. 136/1999*.
- ESPAÑA, Tribunal Constitucional (Pleno). (2003, 12 de marzo). *Sentencia núm. 48/2003*.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 1ª). (2004, 4 de diciembre). *Caso Gündüz v. Turkey*.
- ESPAÑA, Tribunal Constitucional (Pleno). (2007, 7 de noviembre). *Sentencia núm. 235/2007*.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 1ª). (2014, 15 de mayo). *Caso Taranenکو c. Rusia*.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala). (2015, 15 de octubre). *Caso Kudrevičius y otros c. Lithuania*.
- ESPAÑA, Tribunal Constitucional (Sala Primera). (2016, 20 de junio). *Sentencia núm. 112/2016*.
- ESPAÑA, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). (2018, 26 de febrero). *Sentencia núm. 85/2018*.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 3ª). (2018, 20 de noviembre). *Caso Toranzo Gómez c. España*.

# LA CRIMINALIZACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

GARCÍA YÉPEZ, NADYA  
*Universidad de Salamanca*

## RESUMEN

El ejercicio de la justicia indígena en Ecuador es una práctica milenaria que, aunque se ha logrado mantener vigente hasta nuestros días, está siendo discriminada y criminalizada por el arraigado pensamiento neocolonialista que produce y reproduce un discurso que la presenta como incivilizada, salvaje e ilegal dejando a los pueblos indígenas y a sus autoridades en una condición de vulnerabilidad. Los sistemas de justicia indígena a pesar de contar con pleno reconocimiento constitucional e internacional en la práctica se ven perseguidos por un sistema judicial estatal que no sólo los desconoce, sino que busca incesantemente su extinción; es decir criminaliza lo diferente, lo que no se ajusta a su concepto occidental de racionalidad, lo que está por fuera de sus límites de «lo tolerable».

Palabras clave: *Criminalización; justicia indígena; pluralismo jurídico.*

## ABSTRACT

The exercise of indigenous justice in Ecuador is a millenary practice that, although it has managed to remain in force to this day, is being discriminated against and criminalized by the deep-rooted neocolonialist thinking that produces and reproduces a discourse that presents it as uncivilized, savage and illegal, leaving indigenous peoples and their authorities in a condition of vulnerability. Indigenous justice systems, despite having full constitutional and international recognition, are in practice persecuted by a state judicial system that not only ignores them, but also incessantly seeks their extinction; that is, it criminalizes what is different, what does not conform to its western concept of rationality, what is outside its limits of «what is tolerable».

Keywords: *Criminalization; indigenous justice; legal pluralism.*

## JUSTICIA INDÍGENA: UNA PRÁCTICA LEGAL Y LEGÍTIMA

**A** LO LARGO DE LA HISTORIA los pueblos indígenas han sido víctimas de despojos, asimilaciones forzadas, discriminación y exterminios; no obstante, su capacidad de subsistencia y resistencia les ha permitido salvaguardar elementos esenciales de sus prácticas y tradiciones como es el caso de los mecanismos de regulación social. La justicia indígena, una realidad que ha formado y sigue formando parte del día a día de las comunidades indígenas, es decir, que su ejercicio se ha dado independientemente de contar o no con reconocimiento formal. Es indispensable mencionar que actualmente en Ecuador, con la Constitución (2008) cuenta con reconocimiento formal de la justicia indígena; es decir, esta carta fundamental reviste de legalidad a una realidad legítima.

### ASPECTOS GENERALES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Los pueblos indígenas se determinan por una esencia colectiva, es decir se coloca a la comunidad como eje central y a partir de ella se van tejiendo las relaciones y asignando roles entre los individuos. La relación y convivencia entre sus miembros no está exenta de conflictos, lo que ha provocado la necesidad de contar con herramientas que les permitan resolver dichos problemas, para ello es indispensable la designación de autoridades, la creación de normas jurídicas y procedimientos que permitan recobrar la armonía comunitaria; es decir, dentro de los pueblos indígenas no gobierna la anarquía, sino que, con base en sus formas de pensar han creado su propio sistema de justicia. (Trujillo, 2012).

Se concibe a la justicia indígena como un ejercicio de la autodeterminación de los pueblos que se materializa mediante el ejercicio del poder popular y permite el fortalecimiento de sus organizaciones y de su identidad (Sarzoza, 2018). Además, la justicia indígena es esa transformación de un estado de malestar a uno de bienestar; es decir, se busca reparar el *llaki* (tristeza) que se ha causado, así como curar a quien por haber caído en desgracia y estar envuelto en malas energías lo ha causado (Brandt y Franco, 2007; Llasag, 2012). La justicia indígena es integral porque engloba todos los ámbitos de la vida en comunidad y también es dinámica porque a pesar de su esencia milenaria se ha ido adaptando para dar respuesta a los nuevos conflictos y mantenerse vigente en las comunidades y pueblos.

Con lo antes expuesto se entiende que la justicia indígena es un sistema jurídico que cuenta con autoridades, derecho propio y procedimientos, que permiten solucionar todo tipo de conflictos que se presentan en la comunidad y afectan a la convivencia pacífica; tanto su derecho como sus procedimientos provienen y son el reflejo de un conjunto de prácticas culturales transmitidas de generación en generación que les permiten alcanzar dicho fin. Es importante tener claro que la justicia

indígena responde a una lógica distinta a la del derecho occidental ordinario; por esta razón, sus procedimientos son distintos y a pesar de tener una estructura general van adquiriendo particularidades en cada una de las comunidades.

La justicia indígena es atacada y cuestionada constantemente bajo argumentos de vulneraciones a los derechos humanos; esto se debe principalmente a que sus formas de sanción son esencial y estructuralmente distintas, estas tienen un fuerte componente espiritual y colectivo. Esto provoca que en múltiples ocasiones resulte difícil entender, desde una mirada occidental, la razón de la aplicación de determinados elementos considerados sagrados, así como la práctica de ciertos rituales; este hecho sumado al predominio de un pensamiento neocolonialista que reproduce las prácticas de exclusión y exterminio a todo aquello que sale de sus parámetros de homogeneidad y racionalidad, han provocado que en el plano de la práctica, se intente debilitar, subordinar la justicia indígena a justicia ordinaria e incluso se pretenda desconocer el mandato constitucional. (Ávila Linzán, 2009).

## RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

La historia de los pueblos indígenas ha estado marcada por una constante invisibilización, discriminación y exclusión no sólo de la toma de decisiones sino también respecto a sus derechos; no obstante gracias a sus incesantes luchas se han logrado posicionar como sujetos políticos a nivel nacional e internacional, lo que les ha permitido ganar espacios y conquistar derechos (Yrigoyen, 2011; Grijalva, 2009). En el ámbito del derecho internacional, actualmente se cuenta con tres instrumentos jurídicos<sup>1</sup> en materia de pueblos indígenas; mientras que en el ámbito nacional, en 2008, entra en vigencia una nueva constitución que declara a Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional.

La instauración de un Estado plurinacional e intercultural en Ecuador visibiliza, reconoce y establece la existencia del pluralismo jurídico; así como, de la justicia indígena; Grijalva (2012) manifiesta que los ataques a la justicia indígena deben ser considerados como un ataque visible y frontal a este modelo de Estado. Hablar de plurinacionalidad es buscar la unidad en la diversidad, desde una perspectiva de justicia social y democracia real, es la única unidad posible, puesto que, según Almeida (2012) solo reconociendo y aceptando la diversidad del país y legitimando a cada uno de sus actores, se puede cuestionar modelos de Estado obsoletos,

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1989). *Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*; Organización de Naciones Unidas (ONU). (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)*; Organización de Estados Americanos (OEA). (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)*.

pensar y construir alternativas de solución que permitan dar una respuesta real a los conflictos actuales, entre los que se encuentra la grave crisis de seguridad y justicia, además promover un reparto del poder más equitativo.

Por su parte, la interculturalidad presenta un modelo de manejo de la diversidad cultural que apuesta por el diálogo y los consensos en igualdad de condiciones, invita a repensar y reconstruir los Estados desde el acuerdo y no desde la imposición; por ello, el Estado plurinacional cimienta su actuación en la interculturalidad, como una forma de construir relaciones entre grupos diversos, con prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el propósito de confrontar y transformar las relaciones del poder (Valarezo, 2009). Con lo antes expuesto, se afirma que el Estado plurinacional e intercultural no se limita al reconocimiento de la diversidad, sino que se hace necesario practicarla; es decir, partir de la diversidad cultural como realidad para fomentar el enriquecimiento recíproco entre culturas, desde todas las aristas, jurídico, político, económico, entre otros (Walsh, 2008; De Sousa, 2012). Este nuevo modelo de Estado permite repensarse como sociedades incluyentes y democráticas (Ariza, 2010).

Es cierto que los sistemas de justicia indígena no han tenido suficiente desarrollo teórico como los sistemas occidentales, pero no por ello, se puede negar su existencia; porque la justicia indígena más que teoría es práctica y; a pesar de que no es un sistema perfecto, no está exenta de errores e incluso de arbitrariedades, su práctica ha dado cuenta que, gracias a su alto contenido consuetudinario, para los pueblos indígenas se consolida como un sistema seguro, confiable y efectivo por lo que goza de plena legitimidad y vigencia. Por último, importante dejar en claro que la práctica de la justicia indígena nada tiene que ver con los linchamientos y la mal llamada justicia por mano propia; en este sentido, es imperativo erradicar los estereotipos que se han construido para deslegitimar la justicia indígena con el fin de perpetuar estructuras de dominación y discriminación del «otro».

## CRIMINALIZACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA

La criminalización es activación del *ius puniendi* estatal como respuesta a las demandas indígenas planteadas al Estado; la criminalización se puede dar en diferentes ámbitos, entre ellos a la protesta social, hacia los defensores de la naturaleza y territorios ancestrales y, a las autoridades indígenas que administran justicia. A pesar de que todas estas formas de criminalización están estrictamente relacionadas y parten de una misma base estructural que es el neo colonialismo, como afirma Caicedo (2012) es parte de un proceso permanente y sistemático de exclusión y discriminación que se fundamenta en el desconocimiento de la justicia indígena, además es una forma de disuadir y coaccionar al movimiento indígena y sus líderes

como forma de reprimir sus cuestionamientos; para el presente trabajo interesa abordar sobre aquellos casos que involucran al ejercicio de la justicia indígena.

La mayoría de los casos de criminalización de la justicia indígena se fundamentan en la falta de competencia de sus autoridades para conocer sobre determinados hechos, considerados delitos en el derecho occidental, que no pueden ser juzgados bajo sus sistemas propios lo que provoca el inicio de procesos penales en contra de dichas autoridades indígenas; así mismo, se cuestiona la aplicación de penas «cruelles» y «atroces» como parte de los rituales de sanación y sanción en el ejercicio de la justicia indígena. Bajo estos criterios el derecho estatal se auto atribuye una falsa calidad de supremacía de este sistema frente a las «prácticas incivilizadas» indígenas, con ello se genera la necesidad de intervención que conduce a la represión y persecución de lo diferente.

La ceguera fundamentada en una pretendida estandarización de la racionalidad establecida bajo los parámetros occidentales no permite ver que la sociedad ecuatoriana no sólo se enriquece de su diversidad cultural, sino que su propia razón de ser está en esa diferencia. La ceguera que se produce es tal, que no permite ver que el sistema penal estatal que pretende «salvar» a la justicia de las malas prácticas es un sistema colapsado que no da una respuesta real ni satisfactoria a sus propias demandas, prueba de ello son los procesos represados en juzgados que esperan una sentencia que cada vez se hace más lejana, así mismo se debe mirar hacia el fallido sistema penitenciario que no sólo no cumple con su fin resocializador sino que se ha convertido en una casi segura sentencia de muerte para las personas privadas de libertad (PPL) que se encuentran con masacres carcelarias que en los últimos años ha cobrado la vida de centenares de PPLs incluyendo aquellos que ni siquiera contaban con una sentencia condenatoria.

El presente trabajo no busca hacer una competencia para determinar cuál sistema de justicia es mejor que el otro, puesto que ambos tienen fallos y así mismo, cada uno de ellos cuenta con mecanismos para, en lo posible evitar las arbitrariedades y excesos; lo que si es necesario recalcar es que no se puede seguir tratando de occidentalizar a la justicia indígena, tampoco se puede desconocer que de los mandatos constitucionales se desprende el reconocimiento del pluralismo jurídico que coloca a ambos sistemas en igualdad jerárquica; activar el aparato estatal para encajar a la fuerza las acciones de las autoridades indígenas dentro de un tipo penal, no solo atenta en contra de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sino que también muestra rechazo hacia el modelo de Estado vigente, lo que provoca un retroceso en los logros y consecuciones alcanzados por los pueblos indígenas.

Por otra parte, aunque este trabajo pone énfasis en la criminalización de la justicia indígena a través del *ius puniendi*, o en palabras de Caicedo (2012) la criminalización en el ámbito normativo, se hace indispensable dejar por sentado la preocupación sobre las prácticas que se están llevando a cabo a través de otras ins-

tituciones del Estado, como por ejemplo, la creación de Fiscalías Indígenas, jueces de paz y otros más que buscan usurpar y asimilar las funciones de las autoridades indígenas con el fin de vaciar de contenido al ejercicio de la justicia dentro de las comunidades y de esta manera seguir reproduciendo las estructuras de colonialidad, que si bien podría ser equiparables a la criminalización, responden a una forma de subordinación e injerencia de los sistemas de justicia indígena; puesto que en la línea que se desarrolla el presente trabajo, la criminalización es la manipulación del derecho penal con el fin de perseguir a las autoridades indígenas que administran justicia.

## AMNISTÍAS

Uno de los principales problemas con lo que se encuentra cuando se busca trabajar en temas de justicia indígena es la falta de datos que permitan tener una perspectiva que refleje la realidad de su ejercicio, a pesar de ciertos intentos de ONGs e incluso del propio movimiento indígena por levantar dicha información, estos intentos se han quedado cortos porque no han podido obtener la información completa a nivel nacional o porque dicha información no es de fácil acceso, bajo estas condiciones es difícil poder establecer el número real y actual sobre las autoridades indígenas criminalizadas por administrar justicia, los tipos penales usados, las fases en que se encuentra el proceso, entre otras. No obstante, a raíz de las resoluciones adoptadas por la Asamblea Nacional en las que se concedieron amnistías a personas criminalizadas, permiten evidenciar que este es un problema latente.

Ante la arremetida estatal en contra de los pueblos indígenas y, de forma concreta, las autoridades que administran justicia, se ha visto la necesidad de hacer uso de figuras jurídicas como la amnistía con el fin de dar solución a esta problemática, es así que, se ha tramitado dos solicitudes de amnistías en la Asamblea Nacional, la primera de ellas que nace del caso conocido como San Pedro del Cañar (Villareal, 2017) en el cual 23 personas son procesadas e incluso sentenciadas por administrar justicia indígena, luego del respectivo trámite en el poder legislativo, en el año 2020<sup>2</sup>, 20 de ellas reciben amnistías, dejando así en evidencia la persecución hacia este colectivo colocándolos en una situación de vulnerabilidad. Dos años después, bajo el mismo procedimiento, 12 personas procesadas por administrar justicia reciben amnistía<sup>3</sup> por parte de la Asamblea Nacional.

<sup>2</sup> PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL. (2020). *Resolución de concesión de Amnistías. RL-2019-2021-072*. 30 de julio de 2020.

<sup>3</sup> PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL. (2022). *Resolución de concesión de Amnistías. RL-2021-2023-053*. 10 de marzo de 2022.

Los casos de criminalización que se están llevando a cabo en Ecuador han causado preocupación, a pesar de las amnistías que se han otorgado, persisten otros casos que deben ser atendidos, el último informe de Naciones Unidas sobre el tema es claro al manifestar esta preocupación puesto que se considera que esto es el reflejo de una falta de comprensión de los sistemas de justicia indígena. Por ello, se recomienda que se ponga fin a todos los procesos de criminalización, insta a investigar los casos denunciados de persecución y a sancionar a los responsables, así mismo aboga por corregir los daños causados y sobre todo pone énfasis en la necesidad de garantizar la no repetición de estos hechos (Naciones Unidas, 2019); criterio que consideramos de trascendental importancia puesto que sólo así se puede garantizar el pleno ejercicio de los sistemas de justicia indígena; como afirma Ariza (2009): «[l]a reparación es necesaria, tanto como la no repetición de agravios históricos».

## CONCLUSIONES

La criminalización es una realidad que está debilitando el ejercicio de la justicia indígena, se pretende instaurar el miedo en las comunidades para que sus autoridades dejen de hacer uso de sus facultades jurisdiccionales. Si bien es cierto, que la concesión de las amnistías se debe considerar como un logro, creemos que esta no es una solución eficaz y permanente frente a la arremetida constante del Estado en contra de los pueblos indígenas, porque se deja a las autoridades indígenas a merced de los acuerdos políticos a los que se llegue en la Asamblea Nacional, porque no ataca el origen de la criminalización y lo más importante, no garantiza la no repetición de este tipo de actos.

Este esquema de confrontación entre el sistema indígena y ordinario, en el que se usa el derecho penal para reprimir las manifestaciones de justicia de los pueblos indígenas por considerarlos incapaces, atentatorios a las leyes y vulneradores de derechos fundamentales, pone en evidencia que la justicia ordinaria no es un ente legitimado para fijar los parámetros de «civilización» y respeto a los derechos humanos y que el derecho penal tampoco está en condiciones reales de dar una respuesta satisfactoria a los problemas que aquejan a las comunidades indígenas, puesto que partimos de sistemas de justicia imperfectos, tanto el ordinario como el indígena no están exentos de caer en abusos y arbitrariedades, no obstante, lo que les diferencia es que los sistemas de justicia indígena han sido puestos bajo la lupa de las estructuras de poder y sometidos a un examen minucioso, desde la perspectiva occidental, sobre el respeto a los derechos humanos fundamentales. Mientras que, frente a las arbitrariedades y fallas del sistema ordinario se ha preferido mirar hacia otro lado.

La coexistencia entre dos o más sistemas jurídicos trae como consecuencia la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y complementariedad entre

ellos, asegurando que haya igualdad jerárquica entre estos sistemas. El primer paso hacia esa coordinación está en reconocer que son sistemas diferentes que han sido creados y responden a formas distintas de ver la vida, a partir de ello, construir un aprendizaje y enriquecimiento recíproco. Una «correcta» coordinación y cooperación implica fortalecer ambos sistemas lo que permitiría tener un mejor alcance de resolución de conflictos. Por ello, es indispensable apelar a la necesidad de emprender diálogos interculturales que permitan accionar esta coordinación y determinar los mecanismos más adecuados para ella, teniendo en cuenta que la justicia indígena goza de importantes fortalezas que aportarían mucho al sistema ordinario.

Es claro que para lograr esta coordinación el primer paso que se debe dar es el cese de la criminalización, esta es una demanda que debe ser atendida con urgencia; en tal virtud, se debe pensar en una reforma al Código Orgánico Integral Penal, que garantice que el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas no sea perseguido; es decir, entender su actuación como el ejercicio legal y legítimo con un cambio normativo se lograría bloquear o al menos mitigar la persecución a las autoridades indígenas imputándoles falsos delitos cuando estos actúen conforme a su derecho y procesos propios.

## REFERENCIAS

- ALMEIDA, I. (2012). El Estado plurinacional y la interculturalidad. *La Tendencia, revista de análisis político*. N° 13, pp. 120-123.
- ARIZA, R. (2010). El pluralismo en el Estado plurinacional, redundancia o pertinencia. *Revista IUSTA*. Vol. 2. núm. 33, pp. 55-65.
- ARIZA, L. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Siglo del Hombre Editores.
- ÁVILA LINZÁN, L. (2009) Los caminos de la justicia intercultural. En C. Espinosa y D. Caicedo (eds.). *Derechos Ancestrales. Justicias en contextos plurinacionales* (175-218). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- BRANDT, H. y FRANCO, R. (Comps.) (2007). *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria*. Instituto de Defensa Legal.
- CAICEDO, D. (2012). Criminalización de las comunidades indígenas. En B. DE SOUSA, y A. GRIJALVA (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (207-242). Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.
- DE SOUSA, B. (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho: Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. DE SOUSA y A. GRIJALVA (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (13-50). Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.
- GRIJALVA, A. (2009). El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. En C. GALLEGOS y D. CAICEDO (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales* (389-407). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

- GRIJALVA, A. (2012). Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. En B. DE SOUSA y A. GRIJALVA (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (51-76). Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.
- LLASAG, R. (2012) Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha. En B. DE SOUSA y A. GRIJALVA (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (321-372). Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.
- SARZOSA, L. (comp.) (2018). *Manual de justicia indígena*. Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi MICC y; Corporación de Pueblos Kichwas de Saraguro CORPUKIS.
- TRUJILLO, J. (2012). Plurinacionalidad y Constitución. En B. De Sousa y A. Grijalva (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (305-314). Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.
- VALAREZO, G. (2009). ¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?, En A. ACOSTA, *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad* (125-160). Abya Yala.
- VILLAREAL, B. (ed.). (2017). *La justicia indígena en San Pedro de Cañar*. INREDH.
- WALSH, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y Decolonialidad: Las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*. núm. 9, pp. 131-152.
- YRIGOYEN, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. RODRÍGUEZ (coord.). *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*. Siglo XXI editores. Buenos Aires.



# APOROFOBIA Y JUSTICIA: UN ENFOQUE VICTIMOLÓGICO BASADO EN SENTENCIAS

YURREBASO AMAIA; PÉREZ AUSÍN, SANDRA; PICADO-VALVERDE, EVA M.<sup>a</sup>  
*Universidad de Salamanca*<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente estudio realiza un análisis de las sentencias relacionadas con delitos de odio motivados por aporofobia o discriminación hacia las personas en situación de pobreza, regulados en el artículo 510 del Código Penal de 1995, así como en la agravante de discriminación por aporofobia recogida en el artículo 22.4 del mismo código. El periodo analizado abarca desde 2015 hasta 2023, y las fuentes de información empleadas han sido las bases de datos jurídicas Aranzadi Instituciones y Cendoj, ampliamente reconocidas en el ámbito legal por su fiabilidad y exhaustividad.

El principal propósito de esta investigación es identificar las características generales de las víctimas de este tipo de delitos, prestando especial atención a aquellos casos en los que al menos una de ellas sea mujer. Este enfoque se debe a la particular vulnerabilidad que las mujeres presentan en el contexto de la aporofobia, lo que las expone a riesgos específicos dentro de esta forma de discriminación. Además, el estudio busca clasificar los diferentes tipos de delitos de odio que pueden dar lugar a condenas relacionadas con la aporofobia, ofreciendo una visión integral de las dinámicas jurídicas y sociales asociadas a este fenómeno.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación titulados Protocolo de detención, atención e intervención para mujeres en situación de riesgo de exclusión social y sinhogarismo desde una perspectiva integral e interseccional. Ref. 44-9-id23 (2023-2024), Ministerio de Igualdad. Instituto de las Mujeres. IP: Eva María Picado Valverde.

En paralelo, la investigación también aborda cuestiones estructurales vinculadas a la aporofobia, como el problema de la infradenuncia. Muchas víctimas de estos delitos no llegan a denunciar, lo que dificulta no solo la persecución efectiva de estos comportamientos, sino también la visibilización de la aporofobia como una realidad social en nuestras comunidades. Esta invisibilidad perpetúa la marginalización de las personas afectadas y plantea retos importantes para diseñar políticas públicas que permitan abordar y erradicar esta forma de exclusión.

Palabras clave: *Aporofobia; discriminación; delitos de odio; víctimas; sentencias; infradenuncia.*

## ABSTRACT

This study performs an analysis of the sentences related to hate crimes motivated by aporophobia or discrimination against people living in poverty, regulated in Article 510 of the 1995 Criminal Code on hate crimes, as well as in the aggravating circumstance of discrimination due to aporophobia contained in Article 22.4 of the same code. The period analyzed covers from 2015 to 2023, and the sources of information used were the legal databases Aranzadi Instituciones and Cendoj, widely recognized in the legal field for their reliability and completeness.

The main purpose of this research is to identify the general characteristics of the victims of this type of crime, paying special attention to those cases in which at least one of them is a woman. This approach is due to the particular vulnerability that women present in the context of aporophobia, which exposes them to specific risks within this form of discrimination. In addition, the study seeks to classify the different types of hate crimes that can lead to convictions related to aporophobia, offering a comprehensive view of the legal and social dynamics associated with this phenomenon.

In parallel, the research also addresses structural issues related to aporophobia, such as the problem of underreporting. Many victims of these crimes do not report, which hinders not only the effective prosecution of these behaviors, but also the visibility of aporophobia as a social reality in our communities. This invisibility perpetuates the marginalization of those affected and poses important challenges for the design of public policies to address and eradicate this form of exclusion.

Keywords: *Aporophobia; discrimination; hate crimes; victims; sentences; underreporting.*

## LA APOROFOBIA EN PERSPECTIVA: NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

EL CONCEPTO DE APOROFOBIA, definido como el rechazo o aversión hacia las personas en situación de pobreza, fue acuñado por Adela Cortina en 1995. Sin embargo, esta noción refleja una problemática que ha existido a lo largo de la historia, poniendo en evidencia un desafío moral colectivo que ha llevado a la invisibilización de quienes sufren sus consecuencias. La aporofobia no solo representa un acto de exclusión social, sino que también es una forma de discriminación profundamente arraigada, vinculada a factores socioeconómicos que deshumanizan a las personas más vulnerables.

Este fenómeno puede analizarse a través de tres dimensiones fundamentales que caracterizan los procesos discriminatorios: las ideas y creencias que constituyen los estereotipos, las emociones negativas que originan prejuicios y las acciones concretas que se traducen en comportamientos discriminatorios. En el caso de la aporofobia, estos elementos generan efectos devastadores, como la marginación social de las personas sin recursos, su deshumanización y su conversión en objetivos frecuentes de delitos de odio. Esta situación los expone a un grado de vulnerabilidad mayor que el resto de la población, mientras que tanto el término «aporofobia» como las experiencias de sus víctimas suelen permanecer invisibilizados en el discurso social.

Una de las razones de esta invisibilidad es la confusión que a menudo surge al intentar distinguir la aporofobia de otros tipos de discriminación, como el racismo. En palabras de Cortina (1996), el rechazo no se dirige hacia cualquier persona extranjera, sino específicamente hacia aquellas que se encuentran en situación de pobreza. Esta distinción es crucial para comprender que la aporofobia no se basa en características étnicas o culturales, sino en el nivel socioeconómico, lo que la diferencia de otras formas de exclusión.

A esta invisibilidad se suma la frecuente falta de formación específica entre quienes están encargados de brindar atención directa a las personas afectadas por la aporofobia. Esto contribuye al grave problema de infradenuncia de los delitos motivados por esta forma de odio, dificultando tanto la detección como la persecución de estas conductas antisociales. La falta de reportes impide no solo cuantificar adecuadamente el fenómeno, sino también implementar políticas públicas efectivas que puedan abordarlo.

En este contexto, resulta fundamental llevar a cabo un análisis teórico sobre el proceso discriminatorio asociado a la aporofobia, explorando los factores de riesgo que incrementan la vulnerabilidad de ciertos colectivos. En particular, se hace necesario investigar el perfil de la víctima femenina en casos de aporofobia, una tarea que adquiere relevancia en la medida en que se busca entender la dinámica de este fenómeno a través del estudio de sentencias relacionadas con delitos de odio por

motivos aporofóbicos. Este análisis, centrado en resoluciones judiciales dictadas entre 2015 y 2023 en España, permite no solo identificar patrones específicos de victimización, sino también proponer estrategias para combatir esta forma de exclusión social tan profundamente arraigada.

## DISCRIMINACIÓN, APOROFOBIA Y DELITOS DE ODIO

La discriminación es un fenómeno complejo que involucra la separación, categorización y diferenciación de personas en función de ciertas características compartidas. Andrade (2008) describe este proceso como una herramienta cognitiva que, aunque inicialmente neutra, permite simplificar la comprensión de la realidad social a través de generalizaciones. Sin embargo, cuando estas generalizaciones se convierten en juicios de valor que jerarquizan a los grupos, derivan en estereotipos y prejuicios que perpetúan actitudes discriminatorias. En este contexto, lo que podría parecer un mecanismo organizador de la realidad social se transforma en un medio de exclusión y desigualdad.

Los estereotipos, como una de las formas de estas generalizaciones, atribuyen a los grupos características compartidas, ya sean reales o imaginadas. Morales et al. (1995) los definen como creencias socialmente compartidas que pueden evolucionar con el tiempo, mientras que Carratalá y Herrero (2017) subrayan su doble carácter: descriptivo, al categorizar a los grupos, y normativo, al influir en cómo deberíamos actuar hacia sus integrantes. Este carácter dual refuerza la influencia de los estereotipos en las relaciones sociales y su persistencia cultural, un proceso que se alimenta a través de la socialización familiar, los medios de comunicación y las experiencias personales (Worchel et al., 2003).

A medida que los estereotipos se consolidan, se vuelven resistentes al cambio y actúan como fundamento de los prejuicios. Según Allport (1950), los prejuicios son actitudes desfavorables hacia un grupo o sus integrantes, cargadas de emociones negativas que refuerzan su intensidad. Montes (2008) vincula estos prejuicios con creencias y tradiciones sociales compartidas, mientras que Dovidio et al. (2010) destacan su papel en la perpetuación de jerarquías entre grupos. Aunque no todos los prejuicios conducen a la discriminación, su capacidad de influir en percepciones y sentimientos predispone a conductas excluyentes (Brigham, 1971).

La Teoría de la Identidad Social, propuesta por Tajfel (1984), aporta una perspectiva clave para entender cómo los procesos de categorización social pueden intensificar los prejuicios y la discriminación. Según esta teoría, las personas tienden a categorizarse a sí mismas y a los demás en grupos, lo que genera favoritismo endogrupal y comparación social. Este mecanismo fortalece las diferencias entre el grupo propio y los exogrupos, consolidando estereotipos y actitudes excluyentes.

La discriminación, como expresión conductual del prejuicio, representa una violación de derechos fundamentales al establecer distinciones basadas en características como raza, género, religión u orientación sexual. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1984) condena estas prácticas, que se manifiestan en formas como el racismo, sexismo, xenofobia y homofobia, entre otras. En este marco, la aporofobia se destaca como una forma específica de discriminación hacia las personas en situación de pobreza.

El término «aporofobia», acuñado por Cortina (2017), combina las palabras griegas á-poros (pobre) y fóbeo (rechazo o temor) para describir el rechazo hacia los desamparados. Este neologismo responde a la necesidad de nombrar una problemática histórica que, aunque confusa con otras formas de exclusión como el racismo, tiene como eje central la pobreza. Cortina (1996) señala que «no marginamos al inmigrante si es rico, ni al negro jugador de baloncesto, sino a los pobres» (pp. 70), destacando la importancia de visibilizar esta realidad para evitar su perpetua invisibilidad.

La aporofobia se alimenta de estereotipos que asocian a las personas pobres con delincuencia o desorden social. Estos estereotipos, promovidos por medios de comunicación y discursos alarmistas, generan prejuicios que consolidan una imagen distorsionada de este grupo social (Martínez-Navarro, 2002; Aguilar y Buraschi, 2012). Además, Picado et al. (2022) critican la tendencia a culpabilizar a las víctimas por su situación, señalando que

estamos culpabilizando a las víctimas por el mero hecho de serlo y lo hacemos aun sabiendo que, dada su situación de vulnerabilidad, no podrán defenderse de un constructo construido social y arbitrariamente, que nada tiene que ver con su realidad como persona, sino con una imagen generalizada y falsa que socialmente usamos como escudo para seguir mirando a otro lado, en el mejor de los casos, cuando no para justificar discriminación, victimizaciones y manifestaciones de odio (pp. 11).

La aporofobia no solo afecta las relaciones individuales, sino que también está incrustada en estructuras sociales, económicas y políticas. Cortina y Martínez (2002) resaltan cómo las sociedades basadas en el contrato social tienden a excluir a quienes no poseen recursos, fomentando la aporofobia institucionalizada (Terradillos Basoco y Bustos Rubio, 2020). Habermas (1998) critica el predominio del poder financiero en la integración social, el cual refuerza el individualismo y exacerba la exclusión de los pobres.

Los delitos de odio, definidos por la OSCE como actos motivados por prejuicios hacia ciertos grupos sociales, constituyen una forma grave de discriminación. Desde una perspectiva sociológica, Walters (2011) describe estos delitos como actos de violencia o intimidación que se dirigen hacia personas percibidas como «di-

ferentes» por sus rasgos distintivos. Estas conductas no solo afectan a las víctimas individuales, sino que buscan enviar un mensaje de rechazo hacia el grupo al que pertenecen (Martínez Navarro, 2002). En el caso de la aporofobia, estos delitos reflejan el rechazo hacia personas pobres o sin hogar, perpetuando desigualdades estructurales (Chakraborti, 2014).

Desde una perspectiva jurídica, los delitos de odio en España están regulados por el Código Penal, que contempla agravantes por motivaciones discriminatorias en el artículo 22.4 y sanciona conductas de odio en los artículos 510, 511 y 512. Aunque la aporofobia no se menciona explícitamente, la Ley Orgánica 8/2021 incorporó esta forma de discriminación como agravante, representando un avance en su reconocimiento y combate.

El Observatorio Hatento (2015) destaca el impacto simbólico de los delitos de odio, que refuerzan la exclusión social y transmiten a las víctimas que no son aceptadas en la sociedad. Esta dinámica contribuye a la fragmentación social y perpetúa la desigualdad, enfatizando la necesidad de abordar estas conductas para construir una sociedad inclusiva.

En conclusión, la comprensión de las dinámicas que vinculan estereotipos, prejuicios y discriminación es fundamental para promover una sociedad inclusiva. Nombrar y visibilizar fenómenos como la aporofobia permite desafiar las actitudes discriminatorias y diseñar estrategias que fomenten la igualdad y la justicia social.

## DESAMPARO Y EXCLUSIÓN: LAS VÍCTIMAS DE LA APOROFOBIA

La cuestión de la prevalencia de los delitos de odio motivados por aporofobia es uno de los aspectos centrales en este análisis. Según el Observatorio Hatento (2015), el alcance real de estos delitos es significativamente mayor al que reflejan los informes oficiales. Se estima que únicamente entre un 10 % y un 20 % de estos delitos son denunciados, lo que indica una alarmante situación de infradenuncia. En este contexto, Picado et al. (2023) subrayan la necesidad urgente de desarrollar protocolos específicos para identificar y abordar la victimización derivada de la aporofobia.

Antes de profundizar en el perfil de las víctimas, es esencial comprender qué se entiende por víctima en este contexto. Siguiendo a la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985) víctimas de delitos son

las personas que, de forma individual o colectiva, han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (p. 313).

Esta definición subraya la diversidad de consecuencias que pueden experimentar las víctimas, desde el daño emocional hasta la vulneración de derechos fundamentales.

Entre las víctimas de aporofobia, las personas sin hogar constituyen uno de los grupos más vulnerables. Según el Observatorio Hatento (2015), un 47,1 % de las personas sin hogar entrevistadas había sufrido algún episodio relacionado con un delito de odio por aporofobia, y un 81,3 % de estas víctimas habían experimentado este tipo de agresión en más de una ocasión. Estos datos evidencian que las personas sin hogar están expuestas a un entorno de alta intolerancia y exclusión, especialmente debido a factores de riesgo como el género, el origen, los problemas de salud o el tiempo prolongado en situación de *sinhogarismo*.

Sin embargo, es fundamental destacar que existe un aspecto particularmente relevante y a menudo invisibilizado dentro de este contexto: la situación de las mujeres sin hogar. Fernández-Rasines y Gámez-Ramos (2013) señalan que, durante años, el *sinhogarismo* fue visto como un problema que afectaba principalmente a los hombres. La falta de una perspectiva crítica de género en los estudios iniciales contribuyó a la invisibilidad de las mujeres en situación de *sinhogarismo*, un sesgo que comenzó a cambiar con investigaciones posteriores que buscaban visibilizar esta problemática.

Aunque la proporción de mujeres sin hogar es menor, sus experiencias presentan características únicas que las hacen especialmente relevantes. Jiménez (2004) y Sánchez (2007) destacan que, pese a su escasa presencia en las calles, el deterioro físico y psicológico que experimentan estas mujeres suele ser mayor (Guillén et al, 2022). Martins (2010) explica que las mujeres tienden a buscar estrategias de protección diferentes a las de los hombres, basadas en sus roles y atribuciones de género. Esto las lleva a mantener vínculos relacionales que les permiten evitar dormir en la calle o recurrir a albergues para personas sin hogar. Este fenómeno se conoce como «*sinhogarismo encubierto*», un término que Enders-Dragässer (2010) utiliza para describir la forma más común en que las mujeres afrontan la falta de vivienda.

Otro factor clave que agrava la vulnerabilidad de las mujeres sin hogar es la violencia de género. Según Herrero (2003), un 76 % de las mujeres sin hogar entrevistadas había sido víctima de violencia de género antes y durante su estancia en la calle. Esta violencia, sumada a las consecuencias devastadoras de la aporofobia, como el miedo, la ansiedad y el trauma psicológico, se ve exacerbada por el temor constante a agresiones sexuales y violaciones. Esto añade una dimensión particularmente grave a su situación, que no puede ser ignorada.

En cuanto a las condiciones en que ocurren los delitos de odio, las mujeres sin hogar enfrentan mayores riesgos durante la noche o la madrugada, momentos de máxima desprotección. Además, el lugar donde se producen estos delitos a menu-

do coincide con los espacios donde las víctimas pernoctan, lo que incrementa su vulnerabilidad y refuerza su exclusión.

Por lo tanto, resulta imprescindible incorporar la perspectiva de género en las investigaciones relacionadas con la aporofobia y su impacto en las víctimas. Ignorar esta variable implicaría perpetuar la invisibilidad de las mujeres sin hogar y subestimar las complejidades de su victimización. Como se ha evidenciado, la aporofobia no solo refuerza las desigualdades estructurales, sino que también reproduce patrones de discriminación que afectan de manera desproporcionada a las mujeres. Comprender estas dinámicas es esencial para diseñar estrategias de intervención efectivas y equitativas. Picado et al. (2023) profundizan en los factores de riesgo que explican la victimización de las personas sin hogar, utilizando la Teoría del Triple Riesgo Delictivo (Redondo, 2008). Esta teoría identifica tres dimensiones de riesgo: individual, relacional y de oportunidad delictiva. Entre los factores individuales destacan el consumo de sustancias, el autoestigma y la falta de identidad. En el ámbito relacional, se señalan la ausencia de redes de apoyo social y la desconfianza hacia las instituciones. En términos de oportunidad, los factores incluyen la exposición al riesgo durante la noche o en lugares transitados, así como la práctica de la mendicidad.

Es importante aclarar que, aunque las personas sin hogar son un grupo especialmente afectado, no son las únicas víctimas de aporofobia. Sin embargo, debido a las dificultades para acceder a muestras representativas de otros grupos, los estudios se han centrado mayoritariamente en este colectivo (Observatorio Hatento, 2015; Picado et al., 2023).

En conclusión, los delitos de odio por aporofobia son una problemática multifacética que afecta de manera desproporcionada a las personas sin hogar y aunque informes oficiales aportan valiosa información sobre la evolución de estos delitos, es necesario ampliar la investigación para incluir a otros colectivos afectados y desarrollar estrategias integrales que permitan prevenir y abordar esta forma de discriminación (Observatorio Español contra el Racismo y la Xenofobia, Oberaxe, 2022; Oficina Nacional contra los delitos de Odio, ONDOD, 2023).

## OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

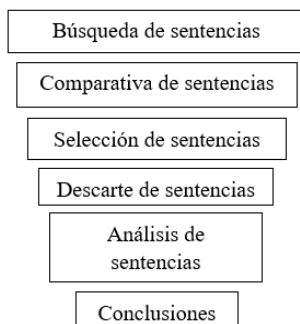
El principal objetivo de esta investigación es analizar el perfil de las víctimas en los delitos de aporofobia cometidos en España durante el periodo comprendido entre 2015 y 2023. Este análisis se basa en las sentencias judiciales relacionadas con estos delitos, partiendo de una búsqueda exhaustiva entre las tipificaciones de los delitos de odio regulados en el artículo 510 del Código Penal de 1995 y aquellos

en los que se aplica la agravante de aporofobia, contemplada en el artículo 22.4 del mismo código.

Para concretar este propósito general, se han planteado una serie de objetivos específicos; En primer lugar, se busca categorizar los tipos de delitos de odio que pueden derivar en condenas relacionadas con la aporofobia. En segundo lugar, se pretende identificar las características generales de las víctimas que aparecen reflejadas en las sentencias analizadas. Finalmente, se realizará un análisis detallado de las sentencias en las que la víctima sea una mujer, atendiendo a su especial vulnerabilidad en este tipo de delitos. Este enfoque permitirá obtener una visión integral del fenómeno de la aporofobia en el ámbito judicial.

Para alcanzar los objetivos planteados, se realizó una revisión exhaustiva de las sentencias judiciales relacionadas con delitos de odio, regulados en el artículo 510 del Código Penal de 1995, así como aquellas en las que se apreció la agravante de aporofobia, recogida en el artículo 22.4 del mismo código. El periodo de análisis abarca desde el 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, hasta el 31 de diciembre de 2023. Esta reforma introdujo modificaciones relevantes para la tipificación y el tratamiento jurídico de los delitos de odio, justificando la elección de este marco temporal.

El procedimiento seguido para el análisis de las sentencias incluyó varias fases. En primer lugar, se llevó a cabo la búsqueda de sentencias en bases de datos especializadas, seleccionando únicamente aquellas que cumplieran con los criterios establecidos para la investigación. A continuación, se realizó una comparativa entre las sentencias recopiladas, descartando aquellas que no resultaron pertinentes para el objetivo de estudio. Finalmente, se procedió al análisis en profundidad de las sentencias seleccionadas, prestando especial atención a los casos relacionados con mujeres como víctimas. Este enfoque metódico permitió estructurar las conclusiones en función de los resultados obtenidos, contribuyendo al conocimiento sobre la aporofobia en el ámbito judicial.

FIGURA 1. *Protocolo y Registro a seguir.*

Nota: *Elaboración propia.*

#### PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN Y SELECCIÓN DE SENTENCIAS

El proceso para recopilar y analizar sentencias relacionadas con delitos de odio por aporofobia se llevó a cabo utilizando dos de las principales bases de datos jurídicas en España: Aranzadi Instituciones y Cendoj. Estas fuentes fueron seleccionadas debido a su relevancia en el ámbito jurídico, con el objetivo de identificar la presencia de conductas aporofóbicas en las resoluciones judiciales emitidas en el territorio español.

#### *Estrategia de búsqueda*

Para realizar la búsqueda de sentencias en ambas bases de datos, se siguió un procedimiento sistemático que incluyó los siguientes pasos:

- Acceso a la sección de jurisprudencia dentro de cada base de datos.
- Introducción del término «Aporofobia» en el apartado de texto, incluyendo las comillas para delimitar la búsqueda.
- Configuración del rango de fechas desde el 1 de julio de 2015, cuando entró en vigor la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015), hasta el 31 de diciembre de 2023.
- Selección de las categorías «Sentencia» en el tipo de resolución y «Penal» en el ámbito de jurisdicción.

Adicionalmente, se realizaron búsquedas utilizando expresiones más amplias, como «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución», añadiendo el ope-

rador. Y para incluir «Art. 510 CP» o «Art. 22.4 CP». Esta metodología permitió ampliar el espectro de resultados relevantes. Además, se recurrió al Tesauro de Jurisprudencia en Aranzadi Instituciones, seleccionando categorías específicas como «Delitos de odio» y «Incitación al odio, la discriminación o la violencia».

### *Resultados preliminares*

El proceso inicial de búsqueda resultó en un total de 200 sentencias recopiladas. Para garantizar la calidad de los datos, se realizó una verificación cruzada, eliminando las duplicidades entre las bases de datos y dentro de las búsquedas individuales. Tras esta comparativa, se obtuvieron 125 sentencias únicas.

### *Criterios de selección*

Se definieron criterios de inclusión y exclusión para identificar las sentencias más relevantes para el estudio. Los criterios de inclusión fueron los siguientes:

- Sentencias publicadas entre el 1 de julio de 2015 y el 31 de diciembre de 2023.
- Resoluciones que cumplan los objetivos específicos de la investigación.
- Sentencias extraídas de las bases de datos seleccionadas.
- Sentencias publicadas en idioma español y que afecten al territorio español.
- Resoluciones relacionadas con delitos de odio o aporofobia regulados en los artículos 510 y 22.4 del Código Penal.
- Acceso completo al texto de la sentencia.

Por otro lado, se excluyeron las sentencias que no cumplían con alguno de los siguientes criterios:

- Publicación fuera del rango temporal definido.
- Resoluciones no alineadas con los objetivos del estudio.
- Sentencias encontradas en bases de datos distintas a las seleccionadas.
- Publicaciones en idiomas distintos al español o fuera del territorio español.
- Sentencias relacionadas con delitos no contemplados en la investigación.
- Falta de acceso al texto completo de la resolución.

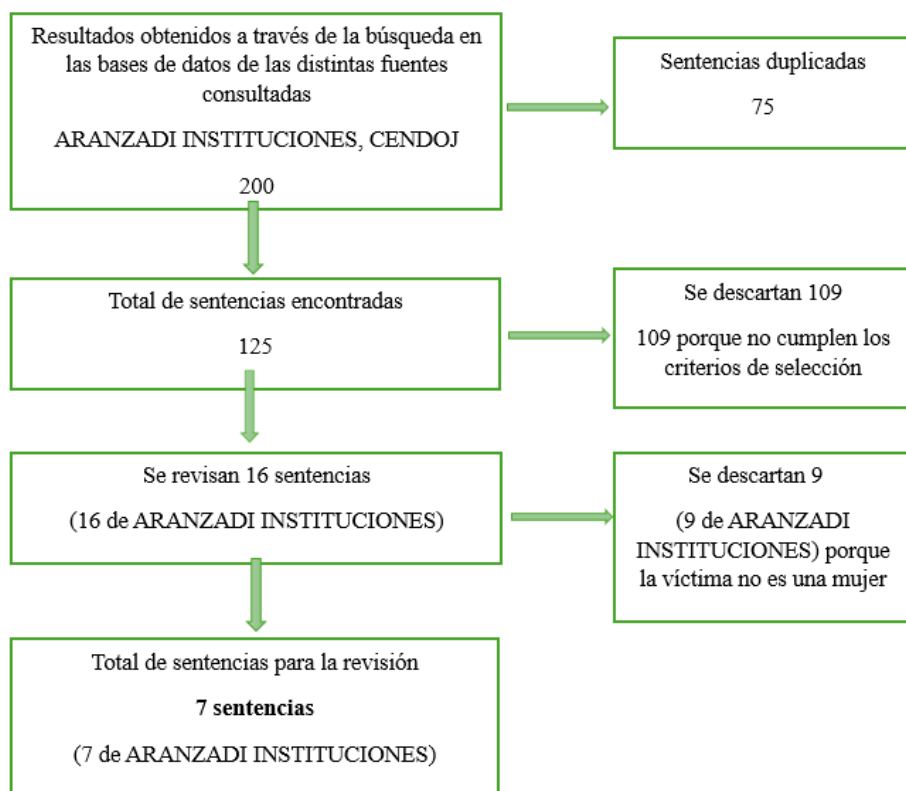
### *Resultados finales*

Tras aplicar los criterios de selección, se seleccionaron 16 sentencias relevantes, todas ellas provenientes de Aranzadi Instituciones, ya que las resoluciones encon-

tradas en Cendoj resultaron duplicadas. Posteriormente, se descartaron 9 sentencias adicionales, dado que no cumplían con el objetivo de incluir al menos una víctima mujer, tal como se establece en los objetivos de este trabajo. Finalmente, se trabajó con 7 sentencias, representando un análisis detallado y significativo de los casos seleccionados.

Este procedimiento se representa de forma gráfica en la Figura 2 al objeto de facilitar la comprensión de los resultados obtenidos y del proceso de filtrado de las sentencias.

FIGURA 2. *Diagrama de flujo.*



Nota: *Elaboración propia.*

Las sentencias recopiladas (7) serán analizadas conforme a los parámetros de investigación que se establecen a continuación. Este análisis tiene como propósito fundamental identificar el perfil victimológico de las personas afectadas por delitos de aporofobia. Para ello, se han definido una serie de variables que facilitarán,

posteriormente, la categorización de las características comunes de dichas víctimas. Estas variables incluyen:

- Variables jurídico–penales:
  - Órgano sentenciador
  - Comunidad autónoma
  - Tipo de resolución:
    - \* 1: condenatoria
    - \* 2: absolutoria
  - Circunstancias modificativas de responsabilidad
- Variables relacionadas con la conducta aporofóbica:
  - Conducta aporofóbica:
    - \* 1: insultos
    - \* 2: trato vejatorio
    - \* 3: agresión física
    - \* 4: acoso e intimidación
    - \* 5: robo de sus pertenencias
    - \* 6: daño a sus pertenencias
    - \* 7: timos y estafa
    - \* 8: agresión sexual
    - \* 9: otro tipo de ataques
  - Relación entre víctima/s y victimario/s
  - Victimario
    - \* Individual
    - \* Grupal
  - Contexto en el que se ha desarrollado la conducta aporofóbica
- Variables acerca de las características del ofensor: en el caso de que se trate de un grupo de ofensores, se analizarán los datos de cada uno de ellos, pero se deberá analizar como un único comportamiento.
  - Sexo
  - Edad
  - Nacionalidad
  - Presencia de antecedentes penales

- Otros delitos relacionados en el mismo hecho descritos en el comportamiento delictivo objeto de estudio
- Variables acerca de las características de las víctimas
  - Sexo
  - Edad
  - Nacionalidad
  - Contexto de la víctima
- Estudio del comportamiento delictivo: consistiendo en una descripción de los hechos de manera textual como aparece en la sentencia.

A continuación, se analizarán las sentencias seleccionadas. Para ello, se presenta la Tabla 1, que resume los datos obtenidos tras evaluar detalladamente cada caso, en los que, cabe recordar, al menos una de las víctimas es una mujer.

TABLA 1. *Sentencias seleccionadas objeto de estudio.*

| Número de sentencia        | Órgano sentenciador                       | Base de datos empleada | Tipo de delito                                                                                                | Año  | Conducta aporofóbica                               | Características de la víctima                                                                                                                                           |
|----------------------------|-------------------------------------------|------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 56/2019 de 8 de marzo      | Juzgado de Instrucción nº 2 de Valladolid | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (510.2.a) CP), delito leve de maltrato de obra (art.147.2 y 3 CP)    | 2019 | Insultos, agresión física, daño a sus pertenencias | Grupal (dos mujeres, mayores de edad y de raza india)                                                                                                                   |
| 543/2019 de 11 de julio    | Juzgado de Instrucción nº 3 de Barcelona  | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (art. 510.2.a) CP)                                                   | 2019 | Insultos                                           | Grupal (tres víctimas: una mujer mayor de edad y sus dos hijas menores de edad. No se especifica su nacionalidad, pero se hace referencia a que eran personas de color. |
| 288/2020 de 2 de diciembre | Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander     | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (art. 510.2 y 5 CP), delito leve de maltrato de obra (Art. 147.3 CP) | 2020 | Insultos, agresión física, acoso e intimidación    | Grupal (dos mujeres, mayores de edad y de origen ecuatoriano. Se trataba de una madre y su hija.                                                                        |

|                              |                                                    |                        |                                                                                                                          |      |                                                         |                                                                                                                               |
|------------------------------|----------------------------------------------------|------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 250/2021 de 30 de septiembre | Juzgado de lo Penal nº 1 de Cáceres                | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (art. 510.1.a) CP)                                                              | 2021 | Insultos                                                | Grupal (una familia de etnia gitana compuesta por una madre, un padre y su hija)                                              |
| 58/2022 de 11 de marzo       | Juzgado de lo Penal nº 7 de Santa Cruz de Tenerife | Aranzadi Instituciones | Delito de injurias graves con circunstancia agravante por racismo (arts. 208 y 22.4 CP)                                  | 2022 | Insultos                                                | Individual (una mujer senegalesa que trabajaba como tripulación de cabina)                                                    |
| 84/2022 de 15 de marzo       | Juzgado de Instrucción nº 23 de Barcelona          | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (Art. 510.2.a) CP) y delito de menoscabo de la integridad moral (art. 173.1 CP) | 2022 | Insultos, acoso e intimidación, daño a sus pertenencias | Grupal (una familia compuesta por una madre, un padre y un hijo menor de edad. Todos ellos de origen indio.                   |
| 144/2023 de 21 de marzo      | Juzgado de Instrucción nº 4 de Alcalá de Henares   | Aranzadi Instituciones | Delito contra los derechos fundamentales (art. 510.2.a) CP)                                                              | 2023 | Insultos                                                | Individual (mujer, mayor de edad, de raza negra que trabajaba como cajera en el establecimiento donde se produjo la conducta) |

Nota: *Elaboración propia.*

## RESULTADOS

A partir del análisis realizado sobre las sentencias previamente mencionadas, se ha llevado a cabo un estudio detallado de las características de las víctimas de los delitos de aporofobia cometidos en España en los últimos años. Este trabajo ha permitido identificar patrones y factores de riesgo de victimización que podrían contribuir a una futura construcción de un perfil victimológico. Sin embargo, es importante aclarar que este estudio no busca establecer un perfil definitivo, ya que para ello sería necesario realizar pruebas específicas a las víctimas, algo que no ha sido posible debido a las limitaciones en el acceso a la muestra. Por lo tanto, el presente análisis se centra en describir las características generales de las víctimas y las circunstancias en las que se produjeron los delitos, lo que ofrece información valiosa para futuras investigaciones.

El análisis de las sentencias se ha realizado utilizando como marco teórico la Teoría del Triple Riesgo Delictivo propuesta por Redondo (2008). Esta teoría per-

mite categorizar los factores de riesgo de victimización en tres dimensiones: individual, relacional y de oportunidad delictiva. En cuanto a los factores individuales, se ha observado una marcada prevalencia de víctimas extranjeras o con atributos asociados a un origen étnico específico según la percepción del agresor. Además, la mayoría de las víctimas eran mayores de edad, con un total de once casos frente a tres menores, y destacaba un predominio de mujeres, siendo doce mujeres frente a tres hombres. Estas características reflejan patrones importantes que deben ser considerados en el abordaje de estos delitos.

En relación con los factores relacionales, se encontró que en tres de las sentencias analizadas existían vínculos familiares entre las víctimas, incluyendo relaciones paternofiliales y entre hermanas. Por otro lado, en cuatro sentencias no existía una relación previa entre la víctima y el victimario, mientras que en las tres restantes sí se identificó una conexión previa entre ambas partes. Este hallazgo subraya la diversidad de dinámicas relacionales que pueden darse en los casos de aporofobia.

Respecto a los factores de oportunidad delictiva, los delitos analizados ocurrieron en una variedad de lugares, como un bar, diversas zonas de edificios residenciales, calles, un ayuntamiento, un avión y un supermercado. La diversidad de escenarios evidencia la amplitud de contextos en los que pueden ocurrir estos delitos, lo que destaca la necesidad de desarrollar estrategias preventivas adaptadas a diferentes entornos.

## DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La aporofobia es una realidad social multidimensional que afecta profundamente a las víctimas y refleja patrones de exclusión y discriminación en diversos contextos. A lo largo de este trabajo, hemos destacado varias conclusiones clave derivadas del análisis realizado.

En primer lugar, es crucial distinguir la aporofobia del sinhogarismo. Aunque ambas están relacionadas, el sinhogarismo es solo una de las manifestaciones extremas de la aporofobia. Esto significa que no todas las personas sin hogar sufren aporofobia, ni todas las víctimas de aporofobia carecen de vivienda. Sin embargo, las personas en situación de sinhogarismo son un grupo particularmente vulnerable, dado que la pobreza visible a menudo se convierte en un catalizador de conductas aporofóbicas, tal y como se reflejó en las sentencias analizadas.

Además, los estudios previos, como los de Hatento (2015) y Picado et al. (2023), han señalado la dificultad de validar factores de riesgo de victimización en otros contextos distintos al sinhogarismo, lo que indica un sesgo en la investigación disponible. Este sesgo limita el alcance de las conclusiones, ya que muchas personas

que experimentan aporofobia no se encuentran en situación de calle y, por ende, no están representadas en los estudios ni en las sentencias.

Otra conclusión relevante es la alta incidencia de infradenuncia en los delitos de odio por aporofobia. Esta problemática se debe, entre otras razones, al desconocimiento de las víctimas sobre sus derechos, la falta de confianza en las instituciones y la percepción de que denunciar no cambiará su situación. Este fenómeno es especialmente evidente entre las mujeres, quienes enfrentan una doble invisibilidad al ser víctimas de aporofobia y al pertenecer a un colectivo que históricamente ha sido marginado en el ámbito judicial.

Las dificultades probatorias también complican el abordaje de los delitos de aporofobia. La ausencia de pruebas claras, la reticencia de los testigos a declarar y la negación de prejuicios por parte de los victimarios dificultan demostrar la motivación discriminatoria. Estas barreras perpetúan la invisibilidad de este fenómeno y refuerzan la vulnerabilidad de las víctimas.

A pesar de estas limitaciones, este estudio exploratorio ha permitido identificar características y factores comunes en las víctimas de aporofobia, lo que puede servir como punto de partida para futuras investigaciones orientadas a construir un perfil victimológico más robusto. Este perfil sería una herramienta valiosa para prevenir estos delitos, diseñar intervenciones específicas y mejorar el apoyo institucional a las víctimas.

El análisis de las sentencias ha permitido identificar características comunes en las víctimas de aporofobia, proporcionando una descripción preliminar que podría servir como base para futuras investigaciones. Aunque este estudio no pretende establecer un perfil victimológico definitivo, las conclusiones obtenidas son útiles para comprender mejor las dinámicas de estos delitos y los factores que influyen en la victimización. Esta información es crucial para avanzar en la prevención, intervención y apoyo a las víctimas de aporofobia, además de sentar las bases para investigaciones más amplias que aborden este fenómeno desde diferentes perspectivas.

Finalmente, es fundamental destacar la necesidad de fomentar la identificación y el reconocimiento de la aporofobia como una problemática social presente en la actualidad española. Si este fenómeno sigue siendo invisibilizado, es probable que su impacto se intensifique, incrementando la exclusión y la discriminación. Por ello, es esencial promover políticas públicas, formación para los agentes implicados y un enfoque integral que permita abordar la aporofobia de manera efectiva y justa.

## REFERENCIAS

- ANDRADE, M. (2008). ¿Qué es la «aporofobia»? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. *Agenda Social*, 2(3), 117-139. ISSN 1981-9862
- ARS IURIS SALMANTICENSIS ESTUDIOS Vol. 7, 25-53 Diciembre 2019 eISSN: 2340-5155.
- BRIGHAM, J. C. (1971). Ethnic stereotypes. *Psychological Bulletin*, 76(1), 15-38.
- BUSTOS RUBIO, M. (2021) Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-04, pp. 142. <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>
- CARRATALÁ, A. y HERRERO, B. (2017). «Comunicación contra el odio: Análisis del estado de la discriminación en España y propuestas de actuación política, educativa y mediática». *Fundación Alternativas*, 91, 2017, <http://www.fundacionalternativas.org/>
- CHACÓN, L. (2016). «Delitos de odio y discriminación en el Código Penal». Córdoba: I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio.
- CORTINA, A. (1996). *Ética*. Santillana.
- DE SOUZA, M. G. A. (2019) Prejuicio, estereotipo y discriminación: un análisis conceptual a partir del caso de la «aporofobia».
- DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER, (ONU) 1985, p. 313.
- FERNÁNDEZ-RASINES, P. y GÁMEZ-RAMOS, T. (2013). La invisibilidad de las mujeres sin hogar en España. *Revista de Psicología*, 22(2), 42-52. doi: 10.5354/0719-0581.2013.30852
- FERNÁNDEZ, S. C. (2016). Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. DOAJ (DOAJ: Directory Of Open Access Journals). <https://doaj.org/article/e73c2c-6908c64e439b86ba4d224d79e4>
- FISKE S. T., CUDDY A. J., GLICK P. y XU J. (2002). A model of (often mixed) stereotype content: Competence and warmth respectively follow from perceived status and competition. *Journal of Personality and Social Psychology*, 82, 878-902.
- FRAMIS, A. G. S., GOROSTIZA, J. M. L., OGALLAR, B. F., BENITO, I. G., SILVA, U. M. & BAÑOS, M. M. Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGT-BIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022.
- FUNDEU BBVA (2017) «Aporofobia, palabra del año para la Fundeu bbva». Editorial efe News Services, Inc., <https://search.proquest.com/docview/1981649842?accountid=17252> [29 de diciembre de 2017].
- GUILLÉN, A. I., MARÍN, C., PANADERO, S. & VÁZQUEZ, J. J. (2020). Substance use, stressful life events and mental health: A longitudinal study among homeless women in Madrid (Spain). *Addictive behaviors*, 103, 106246. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306460319309335>.
- GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ, F., FERNÁNDEZ, T., HERRERA, D., MARTÍNEZ, F., SAN ABELARDO, M. Y. ... y GÓMEZ, J. (2020). Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España.

- HATENTO, Observatorio de delitos de odio contra las personas sin hogar (2015). Los delitos de odio contra las personas sin hogar. *Zerbitzuan*, 59, 79-92. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.59.05>
- JORQUERA, G. (2017). Mitos sobre la pobreza. *EntreParentesis*. <http://entreparesis.org/mitos-pobreza/#>
- LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061-27176.
- MARTÍNEZ-NAVARRO, E. (2002). Aporofobia. En J. CONILL (Coord.), *Glosario para una sociedad intercultural* (pp. 17–23). Bancaja.
- MONTES, B. (2008) «Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio». *Iniciación a la investigación*, <https://revistaselectronicas.ujaen.es/>.
- MORALES, J. F., MOYA, M., REBOLLOSO, E., FERNÁNDEZ DOLS, J. M., MARQUÉS, J. PÁEZ, D. y PÉREZ, J. A. (1995). *Psicología Social*. Madrid: McGraw-Hill.
- OBSERVATORIO ESPAÑOL CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA, (Oberaxe), (2022). Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/destacados/index.htm>
- OFICINA NACIONAL CONTRA LOS DELITOS DE ODIO (ONDOC). INFORME SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO EN ESPAÑA 2023, Ministerio del Interior. Gobierno de España, NIPO 126-20-020-7 [https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe\\_evolucion\\_delitos\\_odio\\_Espana\\_2023.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe_evolucion_delitos_odio_Espana_2023.pdf)
- PICADO-VALVERDE, E. M., GUZMÁN ORDAZ, R. & YURREBASO, A. (2022). Hacia un modelo teórico de la aporofobia: Hacia un modelo teórico de la aporofobia. *Acciones E Investigaciones Sociales*, (43), 7-40. [https://doi.org/10.26754/ojs\\_ais/accioninvestig-soc.2022436348](https://doi.org/10.26754/ojs_ais/accioninvestig-soc.2022436348)
- PICADO-VALVERDE, E. M., GUZMÁN ORDAZ, R. & YURREBASO, A. (2024) *Centro de Investigación en Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Universidad de Salamanca.
- PICADO, E., LIBRERO, A., GUZMÁN, R., YURREBASO, A. y GONZÁLEZ, A. (2019). Detección de la discriminación hacia los pobres, «aporofobia». *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 77(151), 417-430. <https://doi.org/10.14422/mis.v77.i151.y2019.007>
- PICADO-VALVERDE, Eva María, Joseba PELÁEZ-GUERGUE, Amaia YURREBASO-MACHO and Raquel GUZMÁN-ORDAZ. 2023. Design of a Protocol for Detecting Victims of Aporophobia-Violence against the Poor. *Social Sciences* 12: 506. <https://doi.org/10.3390/socsci12090506>
- STENBERG, R.J. y Stenberg, K. (2008). *The nature of hate*. Nueva York: Cambridge University Press.
- SUAREZ-MARTINEZ, A., MÉNDEZ-LORENZO, R. C., PÉREZ-RAMÍREZ, M. y CHICLANA, S. (2023). El odio y la violencia hacia el exogrupo. *Análisis psicosocial de una muestra de personas condenadas por delitos de odio*. *Anuario de Psicología Jurídica*, 33, 125–133. <https://doi.org/10.5093/apj2023a4>

- TAJFEL, H. (1984). Grupos humanos y categorías sociales. Barcelona: Herder.
- YURREBASO, A. (2024) Actitudes prejuiciosas, estigma y odio. Procesos de radicalización. (Material de clase). Víctimas de delitos de odio, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- YURREBASO, A. (2024) La igualdad de trato y no discriminación en la organización policial. (Material de clase). Policía Sociedad y Diversidad, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- VÁZQUEZ, J. y PANADERO, S. (2009) Atribuciones causales de la pobreza en los países menos desarrollados. *Perf. latinoam.* [online]. vol.17, n. 34, pp.125-140. ISSN 0188-7653. <https://www.scielo.org.mx/pdf/perlat/v17n34/v17n34a6.pdf>

# ENFOQUE DIFERENCIAL DESDE LA INTERSECCIONALIDAD EN CENTROS ESPECIALIZADOS

REYES CASTRO, KEREN ELIZABETH  
*Presidenta de Sidecali A. C.*

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la importancia de aplicar un enfoque diferencial en la reinserción social de personas privadas de la libertad, considerando sus diversas particularidades y vulnerabilidades, por lo que se examina la implementación de este enfoque con un estudio de caso enfocado en los centros especializados de Puebla, México, como el primer centro especializado para adultos mayores. Los resultados muestran que la vulnerabilidad inherente al internamiento se amplifica al intersectarse con factores como la adolescencia, género, maternidad, edad avanzada, origen indígena o discapacidad por lo que la implementación de un enfoque diferencial, es esencial para una reinserción social efectiva, subrayando la necesidad de replicar este modelo para otros grupos vulnerables en el sistema penitenciario mexicano.

Palabras clave: *Enfoque diferencial; interseccionalidad; vulnerabilidad; centro penitenciario especializado; reinserción.*

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the importance of applying a differential approach in the social reintegration of persons deprived of liberty, considering their various particularities and vulnerabilities. Therefore, the implementation of this approach is examined with a case study focused on the specialized centers of Puebla, Mexico, such as the first specialized center for older adults. The results show that the vulnerability inherent to confinement

is amplified when it intersects with factors such as adolescence, gender, motherhood, advanced age, indigenous origin or disability, so the implementation of a differential approach is essential for effective social reintegration, underlining the need to replicate this model for other vulnerable groups in the Mexican penitentiary system.

Keywords: *Differential approach; intersectionality; vulnerability; specialized penitentiary center; reintegration.*

EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO, una persona puede ser privada de su libertad derivado de una medida cautelar o la imposición de una pena, a partir de los 14 años<sup>1</sup>, que deberá cumplirse en un centro de internamiento o de reinserción.

La persona sujeta a un proceso penal o sentenciada que se encuentre en un Centro Penitenciario deberá atender los lineamientos del lugar que la alberga y cumplir su medida cautelar de prisión preventiva –internamiento preventivo o como pena– medida de sanción, pero la condición de estar privado de la libertad de manera preventiva o definitiva es solo uno de tantos prismas que deben atenderse, por lo que al conectarse características particulares o situación de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros, requieren de una atención especializada que responda a dichas particularidades.

El sistema penitenciario, para atenderlas, deben considerar diversos aspectos como la estructura, accesos, personal, administración y operación por lo que tanto a nivel federal como estatal deberán realizarse las acciones necesarias para lograrlo y no solo sea una tinta en papel, atendiendo a que el sistema penitenciario en México tuvo un cambio significativo con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 y con la reforma en materia de derechos humanos el 10 de junio de 2011, pues hasta entonces se concebía a la prisión como un mecanismo de corrección de la conducta criminal y para disuadir sus motivaciones morales, desde la prohibición de instrumentalización o desde la teoría de la intimidación se da paso a la normativización de la reinserción social más allá del fin de primer orden de la pena.

<sup>1</sup> Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para adolescentes (LNSIJPA), Art. 122, Texto Vigente, Congreso de la Unión, ley 244, de las leyes vigentes, México. Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/Insijpa.htm>, (15 de agosto de 2024).

## ENFOQUE DIFERENCIAL

Un forma de dar el primer paso para tratar de atender estas particularidades es visibilizarlas y reconocerlas para generar propuestas de cambio y hacer efectivo el artículo 18 de nuestra Constitución Mexicana, entorno a los fines de la reinserción social sobre la base del respeto a los derechos humanos, por lo que al realizarlo se implementa un enfoque diferencial que consiste en la adopción de medidas que respondan a la atención de dichas particularidades y grado de vulnerabilidad por parte de las autoridades.

La Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana<sup>2</sup> reconoce que los estados deben respetar y proteger la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, reconociendo que todos los países deben aplicar un enfoque diferenciado al atender a la diversidad de grupos minoritarios y marginalizados que conforman las personas en privación de la libertad, identificando las características de cada uno, analizando riesgos sobre la vulneración de sus derechos relacionados con los efectos diferenciados de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

## INTERSECCIONALIDAD

La interseccionalidad es una herramienta analítica que reconoce que las desigualdades sistémicas se construyen a partir de la superposición de diferentes factores sociales, como la etnia, la clase social y el género.

La interseccionalidad se actualiza cuando concurren una serie de condiciones que sitúan a una persona en una situación de desventaja o desequilibrio, esos factores de vulnerabilidad ponen en riesgo la satisfacción de diversos derechos humanos y su proyecto de vida<sup>3</sup>. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, reconoce y aplica el concepto de interseccionalidad de la discriminación, al referir lo siguiente: «... 290. La Corte

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos-Opiniones Consultivas, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29. [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm), 10 de agosto de 2024.

<sup>3</sup> Tesis: I.4o.A.9 CS (10a.) DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE O INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN. SU CONCEPTO Y CASO EN EL QUE SE ACTUALIZA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, Tomo III, Pág. 2460, Registro No. 2023072. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, website <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023072>.

nota que en el caso confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente»..

La interseccionalidad penitenciaria es fundamental para atender las diferencias en los centros penitenciarios que albergan personas privadas de su libertad.

En este contexto existe el riesgo de una doble discriminación por encontrarse en prisión y por otros factores como la adolescencia, género, maternidad, edad avanzada, origen indígena o discapacidad.

## VULNERABILIDAD

Las condiciones de vulnerabilidad desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Mexicana comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir «cualquier otra que atente contra la dignidad humana»<sup>4</sup>.

El grado de vulnerabilidad se mide bajo dos condicionantes: a) por elementos intrínsecos a las personas –como su aspecto físico o color de piel–; y b) por factores externos y contextuales que dotan de mayor intensidad el grado de riesgo e indefensión frente a violaciones a derechos fundamentales –como puede ser un factor económico o cultural, que consolida barreras estructurales–. Ambas constituyen elementos para considerar a un grupo como vulnerable. Otro factor es la forma en que situaciones históricas afectan su esfera jurídica, como las condiciones socio-económicas de un país, el nivel de empleabilidad nacional, los fenómenos naturales, los movimientos sociales, los estados de inseguridad, entre otros. Por lo que estas condiciones de vulnerabilidad deben ser atendidas mayormente en situación penitenciaria, por lo que tomando como muestra el Estado de Puebla dentro de la República Mexicana que tiene en su sistema penitenciario 21 centros que albergan

<sup>4</sup> Tesis: P/J. 86/2009 (9na.) POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Agosto de 2009, Pág. 1073, Registro No. 166607. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, website <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166607>.

a personas privadas de su libertad se analizan tales condiciones de vulnerabilidad y si son atendidas para lograr una adecuada reinserción social.

## CENTRO PENITENCIARIO ESPECIALIZADO

El sistema penitenciario es entendido desde una visión positivista como un conjunto de normas jurídicas y de instituciones del Estado que tiene por objeto la supervisión de la prisión preventiva y la ejecución de sanciones penales, así como de las medidas de seguridad derivadas de una sentencia, el cual está organizado sobre la base del respeto de los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción de la persona sentenciada a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir y que tiene su ancla en nuestra Constitución Mexicana.

Actualmente, el Sistema Penitenciario Nacional desde una concepción orgánica, se encuentra conformado por 314 centros penitenciarios de los cuales son 15 centros penitenciarios federales, 248 centros penitenciarios estatales y 51 centros especializados, los cuales reportan una capacidad instalada de total de 222 133 espacios. Respecto del total de las personas privadas de la libertad a nivel nacional al cierre del año 2022 son 226 116 personas se encontraron privadas de la libertad/ internadas en los centros penitenciarios y centros especializados (224 805 adultos y 1 311 adolescentes). Del total, 207 140 (91.6 %) correspondieron al ámbito estatal y 18 976 (8.4 %), al federal. Además, 94.4 % correspondió a hombres y 5.6 %, a mujeres. Con respecto a 2021, se registró un aumento de 2.6 % en el total de la población privada de la libertad/ internada.<sup>5</sup>

Un Centro de internamiento o Centro Penitenciario es el espacio físico destinado para el cumplimiento de la prisión preventiva o internamiento preventivo así como para la ejecución de penas o medidas de sanción por lo que es importante la planeación, organización y funcionamiento del mismo, para lo cual se requiere presupuesto para la adecuada atención de las particularidades de la persona privada de su libertad.

En el caso del estado de Puebla en México, son 7,466 personas privadas de la libertad<sup>6</sup> de las cuales 831 corresponden a mujeres, adolescentes y adultos mayores en centros penitenciarios especializados siendo el presupuesto otorgado a la subsecretaría de centros penitenciarios en el ejercicio fiscal 2024 la cantidad de \$175,

<sup>5</sup> Censos Nacionales de Sistemas Penitenciarios en los ámbitos federal y estatal (CNSIPEE-F), 2023, INEGI, sitio web visible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef\\_2023\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf), 10 de agosto de 2024.

<sup>6</sup> Plataforma Nacional de Transparencia, solicitud de información con número de folio 211204224000352 con corte al 30 de junio de 2024.

454, 117 pesos mexicanos con independencia del presupuesto de la dirección de cada centro de reinserción pero que dentro de la misma lista no se encuentra desglosado el *primer centro especializado para adultos mayores* de la República Mexicana que se encuentra en Puebla funcionando desde 29 de Noviembre de 2022, en donde personas privadas de su libertad de la tercera edad son atendidas con personal de custodia y de áreas técnicas para considerar su edad y particularidades específicas de cada persona privada de su libertad como rampas, geriátras, talleres y capacitación para el trabajo siendo un total de 291 adultos mayores albergados en este espacio penitenciario y no obstante ello se encuentra operando activamente.

FIGURA 1. *Centro Penitenciario para personas Adultas mayores.*



Nota: *Parte frontal del Centro, [Fotografía], 2024.*

En nuestro país existen centros de reinserción femenil pero en Puebla no se contaba con uno exclusivo para mujeres, por que ninguna mujer es la mujer<sup>7</sup>, por lo que a partir de la semejanza, diferencia y la especificidad como parte de la me-

<sup>7</sup> Lagarde y de los Ríos Marcela (2022). «*Género y Feminismo, desarrollo humano y democracia*», Editorial XXI editores, Ciudad de México.

todología de la perspectiva de género feminista<sup>8</sup>, por lo que es la primera vez que se tiene dicho centro a partir del 16 enero 2023, con estructura creada que atienda sus necesidades específicas como área de cuneros, área lúdica, área médica, área psiquiátrica, áreas para el deporte, trabajo, talleres, biblioteca, clínica (que además cuenta con su propio quirófono) y aulas.

Desde su origen fue pensado y construido con este propósito por lo que este espacio no es una estructura ajustada sino es el Centro Penitenciario de Ciudad Serdán, Puebla especializado para mujeres con 571 mujeres privadas de su libertad y 12 niños que viven con sus mamás en reclusión con ello se realiza la aplicación no solo del enfoque diferencial sino del enfoque interseccional para visibilizar entre las mujeres a la población LBT<sup>TI</sup><sup>9</sup> que son consideradas en este mismo centro con espacios adecuados, sus grupos en situación de vulnerabilidad, indígenas, con discapacidad, con drogodependencias y otras intersecciones como la migración, la pobreza, el nivel de estudios, además de otros contextos previos de violencia, condiciones de opresión que las ubican en grupos en situación de vulnerabilidad, por lo que en los ingresos presupuestados para el ejercicio fiscal 2024 respecto de este centro se seguían contemplando como un centro penitenciario más, sin embargo esta funcionando de manera especializada.

<sup>8</sup> Ídem (7) pág.187.

<sup>9</sup> La Comisión Interamericana de Mujeres, en su publicación Enfoque de género en materia de mujeres privadas de su libertad, refiere: «las lesbianas, bisexuales mujeres trans e intersex se enfrentan a las mismas vulnerabilidades y condiciones en el encarcelamiento que las citadas anteriormente, pero la intersección del sexo/género con estas otras facetas de su identidad también pueden generar necesidades adicionales específicas para ellas. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, web site [https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/12\\_CIM.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/12_CIM.pdf).

FIGURA 2. *Mujeres privadas de la libertad del Centro Penitenciario de Ciudad Serdán.*



Nota: Área de trabajo de elaboración de pinza [Fotografía], 2024.

Por otra parte el centro de internamiento especializado para adolescentes (CIE-PA) que alberga a 13 adolescentes, con nueva ubicación esta funcionando desde el 22 de Noviembre de 2022, permite atender al segundo y tercer grupo etario privilegiando el interés superior de la infancia y adolescencia con estructuras mejoradas

al haberse reubicado físicamente y otorgar una mejor atención como áreas verdes, separación de dormitorios por situación jurídica y de género, consultorios médicos, aula audiovisual, biblioteca, aulas, estancia infantil, áreas deportivas entre otras con programas que atienden su situación específica y que en la lista de la ley de egresos 2024 esta contemplado pero con un presupuesto reducido no obstante del carácter especializado y de la atención integral que se les brinda a los adolescentes en internamiento.

FIGURA 3. *Centro de Internamiento Especializado para adolescentes.*



Nota: *Adolescentes participando en juegos deportivos [Fotografía], 2024.*

## REINSERCIÓN SOCIAL

La restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos es el ideal más allá de la criminalización terciaria, para lograrlo se requiere desde la visión positivista, hacerlo desde los ejes de educación, salud, deporte, capacitación y trabajo pero que al enfrentarse ante diversas condiciones de vulnerabilidad deberán ser atendidas por la autoridad penitenciaria para que sea una realidad el enfoque diferencial que

permite visibilizar en la toma de decisiones a las personas privadas de la libertad bajo principios como la dignidad e igualdad.

La condición de vulnerabilidad de estar privado de su libertad no debe ser una barrera sino una vía para conducir una nueva forma de proceder en la sociedad al momento de obtener su libertad aprendiendo de sus vulnerabilidades como elemento transformador en su entorno y aunque existen 21 centros en el estado de Puebla<sup>10</sup> que son parte del sistema penitenciario, los aquí mencionados, evidencian la labor de atender con enfoque diferencial a las personas privadas de su libertad considerando sus condiciones de vulnerabilidad.

## CONCLUSIÓN

Los centros especializados en el caso Puebla son una muestra de que la aplicación de la interseccionalidad como herramienta en el enfoque diferencial ha tenido avances significativos al atender vulnerabilidades invisibilizadas que se retomaron la elaboración y ejecución de propuestas para mejorar las condiciones en las que se encontraban como consecuencia de diversas recomendaciones, de ahí que haciendo un análisis del anterior y actual forma de atención de las autoridades penitenciarias en Puebla, se determina que existe un avance favorable al incorporar en enfoque diferencial como eje central en su organización, administración y ejecución; aunque existen áreas de oportunidad como el que se presupueste adecuadamente a los centros especializados y personal suficiente con la capacitación para atender las vulnerabilidades de las personas privadas de su libertad en cada centro especializado en las diversas áreas que los conforman.

Existen centros penitenciarios que atienden la edad y el sexo, pero no consideran de manera integral las vulnerabilidades y su intersección en cada persona por lo que al replicarse este modelo para otros grupos vulnerables en el sistema penitenciario mexicano, permitirá entre los pendientes que abordar, reducir el índice criminal al prevenir futuros delitos, al atender oportunamente sus necesidades y lograr la anhelada reinserción social.

## REFERENCIAS

- LAGARDE Y DE LOS RÍOS MARCELA (2022). «*Género y Feminismo, desarrollo humano y democracia*», Editorial XXI editores, Ciudad de México.
- LUIS GRECO (2015). «Lo vivo y lo muerto de la teoría de la pena de Feuerbach», Editorial Marcial Pons, Madrid.

<sup>10</sup> Ídem (6).

- CENSOS NACIONALES DE SISTEMAS PENITENCIARIOS EN LOS ÁMBITOS FEDERAL Y ESTATAL (CNSIPEE-F), 2023, INEGI, recuperado 10 de agosto de 2024, web site [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef\\_2023\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf).
- CONGRESO DE LA UNIÓN (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM, Texto Vigente, Congreso de la Unión, ley 001, de las leyes vigentes, México. Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, (15 de agosto de 2024).
- CONGRESO DE LA UNIÓN (2022). Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para adolescentes LNSIJA, Texto Vigente, Congreso de la Unión, ley 244, de las leyes vigentes, México. Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnsija.htm>, (15 de agosto de 2024).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, «Enfoque de género en materia de mujeres privadas de su libertad», Recuperado el 14 de Agosto de 2024, web site [https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/12\\_CIM.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/12_CIM.pdf).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-OPINIONES CONSULTIVAS, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29. [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultas.cfm), 10 de agosto de 2024.
- PLATAFORMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA, solicitud de información con número de folio 211204224000352 con corte al 30 de junio de 2024.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (TESIS)
1. Tesis:I.4o.A.9 CS (10a.) DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE O INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN. SU CONCEPTO Y CASO EN EL QUE SE ACTUALIZA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, Tomo III, Pág. 2460, Registro No. 2023072. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, website <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023072>.
  2. Tesis: P./J. 86/2009 (9na.) POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Agosto de 2009, Pág. 1073, Registro No. 166607. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, website <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166607>.
  3. Tesis: XVII.1o.C.T.10 L (11a.) MUJERES TRABAJADORAS EN LA INDUSTRIA MAQUILADORA. SU CONDICIÓN COMO GRUPO VULNERABLE DEBE SER TOMADA EN CUENTA POR LA PERSONA JUZGADORA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, Tomo V, página 4577, Pág. 1073, Registro No. 2028673. Recuperado el 14 de Agosto de 2024, website <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028673>.

## ANEXO FOTOGRÁFICO

FIGURA 4. *Imagen de las actividades de los centros especializados de Puebla.*

Nota: *Elaboración propia.*

# LINEAMIENTOS ESTRATEGICOS PARA LA FAC SOBRE NUEVAS TECNOLOGÍAS MILITARES EN OPERACIONES AÉREAS Y ESPACIALES, UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA

ROJAS ORTIZ, ZULLY XIMENA; PRIETO ARARAT, PAULA ALEJANDRA  
*Escuela de Postgrados de la FAC*

## RESUMEN

Esta investigación propone posibles lineamientos estratégicos, a partir de posibles compromisos en relación con el uso de Nuevas Tecnologías Militares (NTM) y el fortalecimiento de la normatividad existente sobre el uso de armas convencionales en operaciones aéreas y espaciales para la Fuerza Aérea Colombiana (FAC). Basado en un ejercicio de revisión documental, que se centra en disposiciones que regulan la acción militar. Así, los principios de proporcionalidad y distinción del DIH son los que tienen prioridad a la hora de establecer lineamientos para las NTM; en materia de la acción militar en el ciberespacio y en el espacio ultraterrestre hay una ausencia normativa, una de las razones es el componente de Inteligencia Artificial (IA), el cual imposibilita analizar dicha acción bajo el mismo marco de las armas convencionales.

Palabras clave: *Nuevas tecnologías militares (NTM); armas convencionales; Operaciones Aéreas y Espaciales; Derecho Internacional Humanitario (DIH).*

## ABSTRACT

This research proposes possible strategic guidelines, based on possible commitments in relation to the use of New Military Technologies (NTM) and the strengthening of existing regulations on the use of conventional weapons in air and space operations for the Colombian Air Force (FAC). Based on a documentary review exercise, which focuses on

provisions that regulate military action. Thus, the principles of proportionality and distinction of IHL are those that have priority when establishing guidelines for NTM; In terms of military action in cyberspace and outer space there is a regulatory absence, one of the reasons is the Artificial Intelligence (AI) component, which makes it impossible to analyze said action under the same framework as conventional weapons.

Keywords: *New military technologies (NTM); conventional weapons; Air and Space Operations; International Humanitarian Law (IHL).*

## CONSIDERACIONES PREVIAS

EL USO DE ARMAS CONVENCIONALES y, particularmente, la inclusión de nuevas tecnologías en el área de operaciones aéreas y espaciales es objeto de análisis a partir de las posibles tensiones o dificultades que puedan tener lugar en un contexto de incumplimiento de la norma que regula las acciones militares para la protección de personas combatientes y no combatientes bajo el marco del Derecho Internacional Humanitario (DIH), también, aquellas que son propiamente establecidas a nivel de cada Estado. Organismos internacionales como la Cruz Roja y sectores académicos se han encargado de analizar con inquietud la relación entre el uso de armas tradicionales y de las nuevas tecnologías con la garantía de los derechos humanos (Farinella, 2021). Las tensiones surgidas se expresan, por ejemplo, en la magnitud de daño en el uso de armas que haya podido afectar a la población civil, el grado de control o autonomía del que se revisten las nuevas tecnologías armamentistas (López, 2018) y otras más que ponen en riesgo los principios rectores del DIH.

En este contexto es importante determinar las precisiones legales que restringen o que determinan el uso estratégico de este tipo de armas, pero también de las armas convencionales, teniendo en perspectiva siempre las consideraciones de la ventaja militar que estas puedan representar. Con la adquisición de armas por parte de las fuerzas armadas, especialmente en el caso de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), es siempre una necesidad armonizar cuáles son los criterios de legitimidad y legalidad en su implementación en el marco del conflicto no internacional (CANI) y con miras en su aplicabilidad en un conflicto armado internacional (CAI) (Queirolo, 2019).

De lo anterior surge la pregunta de ¿Cómo se puede aportar a los posibles compromisos con relación al uso de nuevas tecnologías militares y al fortalecimiento en la aplicación de la normatividad existente, sobre el uso de armas convencionales en operaciones aéreas y espaciales para la FAC?

Así, el propósito de este análisis es diseñar lineamientos estratégicos a partir de los posibles compromisos con relación al uso de nuevas tecnologías militares y que,

permitan el fortalecimiento en la aplicación de la normatividad existente sobre el uso de armas convencionales en operaciones aéreas y espaciales para la FAC.

Para ello, en primera instancia se busca identificar posibles vacíos en la normatividad existente con relación al uso de armas convencionales, a nivel nacional e internacional en el ámbito aéreo y espacial aplicable a los conflictos armados por medio de una matriz de revisión documental bajo los siguientes ejes: Entidad que la emite, normativa y países que la asumen.

Posteriormente, de acuerdo con los resultados de la revisión documental, se analiza el uso de Nuevas Tecnologías Militares en el ámbito aéreo y espacial aplicable a los conflictos armados que se asumen desde la FAC. Para ello, se hará una revisión al respecto en fuentes secundarias en los últimos 10 años, identificando tendencias en el cambio en la estrategia, el uso del poder aéreo y sus fines a la luz del Derecho Internacional.

Finalmente, se definen los posibles lineamientos para la FAC orientados a la efectiva aplicación de la normatividad en el uso de armas convencionales y nuevas tecnologías militares en operaciones aéreas y espaciales, teniendo en cuenta las categorías de implementación y actores para hacer las recomendaciones correspondientes.

## ABORDAJE DE LA SEGURIDAD EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD HUMANA

El concepto de la seguridad ha evolucionado tanto en la teoría como en la práctica en las últimas décadas, de acuerdo con los cambios en el sistema internacional tras el fin de la Guerra Fría con la aparición y reconocimiento de amenazas globales y transfronterizas no tradicionales en un mundo cada vez más globalizado. La conceptualización clásica de la seguridad como la defensa de un territorio y una población de amenazas de un «otro» se caracterizó por su enfoque estatista y militarista. Sin embargo, se considera que este tipo de temas deben ser abordados desde el enfoque de la seguridad humana, la cual abarca dimensiones económicas, de alimentación, de salud, comunitarias y políticas, y plantea que, si no se aseguran condiciones de vida dignas para la población, esto puede contribuir a problemas de seguridad.

Perspectivas como las de King y Murray (2001), analistas de la concepción de seguridad humana, insisten en ampliar este concepto dependiendo de cómo se determina un problema, es decir, si este se concibe como objeto del cual hay que asegurarse, y así mismo se ira transmitiendo, dependiendo del riesgo en la agenda política para enfrentarlo. El gobierno actual de Colombia desde el ministerio de defensa se apunta a la construcción de la seguridad humana la cual «busca no solo garantizar la seguridad, sino alcanzar un desarrollo digno e integral de la vida de las personas» (Velásquez, 2022).

Sin embargo, desde mucho antes en el caso colombiano, el análisis se ha centrado en establecer una perspectiva humanitaria en el uso de armas de precisión, buscando siempre garantizar la reducción del riesgo de daños incidentales en el marco del conflicto armado (Mejía, 2008). Esto, teniendo en perspectiva la particularidad de la guerra que se libra en territorios en los que la población civil queda expuesta a las acciones militares, por la particularidad de los comportamientos de actores que amenazan la estabilidad de la nación. De la misma manera, la evolución de la tecnología armamentista ha representado un reto para el país en la aplicación del DIH, en términos de la responsabilidad por parte del Estado y de los Grupos Armados Organizados (GAO) que usen dichas armas dada la autonomía de dichas armas (Contreras, 2014).

El Estado colombiano tiene definidas cinco áreas misionales del sector seguridad y defensa: defensa nacional, seguridad pública, convivencia y seguridad ciudadana, cooperación internacional y gestión y apoyo institucional (Comando General de las Fuerzas Militares, 2019). En el caso puntual de la FAC, su funcionamiento se desprende de este marco y sus áreas misionales en los dominios aéreo, espacial y ciberespacial responden a esos objetivos nacionales de protección de la soberanía, constitucionalidad e intereses nacionales (FAC, 2020).

Tanto en el Manual de Doctrina Básica Aérea, Espacial y Ciberespacial (2020) de la FAC, como en la Estrategia para el Desarrollo Aéreo y Espacial de la Fuerza Aérea Colombiana 2042, se exponen las capacidades de la institución, frente al dominio del espacio se habla de control de este, conducción de operaciones estratégicas y de defensa, entre otros. Frente al dominio del espacio, tiene como capacidad asegurar la superioridad espacial y usar el ciberespacio como medio de apoyo para los objetivos de otros dominios (ej. Monitoreo satelital y/o uso de tecnología para el funcionamiento de herramientas de otros dominios como el terrestre o marítimo); por último, se nombra la capacidad del espacio ultraterrestre donde puntualmente se hace referencia al acceso y explotación de este.

## NORMATIVIDAD CON OCASIÓN AL USO DE ARMAS

Particularmente, la normatividad que define el uso de las armas, indistintamente de su tipo, en el marco de los conflictos, se deriva de las determinaciones relacionadas con el Derecho Internacional Humanitario. En cualquier caso, la función normativa conduce principalmente a la humanización de los conflictos y a limitar sus efectos en torno a lo estrictamente necesario en términos de las operaciones o ataques militares (Salmón, 2004). De allí desprende el derecho a la utilización de la fuerza, tanto en situaciones de defensa propia o cuando se está frente a una amenaza a la paz o a la estabilidad de los Estados. En términos más generales, el DIH no debe entenderse como un mecanismo o dispositivo de acuerdo entre los diferentes

Estados para legitimar los conflictos; es, en cambio, un conjunto de normas cuyo propósito es el de darle solución a las tensiones de tipo humanitaria que son generadas como consecuencia de los conflictos armados, siendo este el fundamento para restringir diferentes métodos o medios de combate (Salmón, 2004).

En el caso del uso de armas convencionales o de NTM, la normativa relacionada con el DIH es la encargada de otorgar legalidad en su implementación bajo seis principios rectores: humanidad (referente a la dignidad humana), distinción (entre combatientes y no combatientes), necesidad militar (mantener la ventaja), proporcionalidad (en torno a los daños colaterales), precaución (preservar la integridad de la sociedad civil) y limitación (no empleo de métodos y medios ilimitados) (Salmon, 2004; Manotas y Burgaentzle, 2021):

Se ha encontrado que, en efecto, existen amenazas en tanto resultaría difícil para la inteligencia artificial o el uso de sistemas de armas autónomos cumplir con los estándares de humanidad, distinción, necesidad militar, proporcionalidad, precaución y limitación desde la perspectiva normativa del DIH. Esto, como resultado de la dificultad de definir el uso de estas nuevas tecnologías en ausencia de un juicio humano, particularmente, por la naturaleza secreta de los algoritmos de los sistemas de armas más avanzados de este tipo (Farinella, 2021). Plantea Queirolo (2019) que debe darse una articulación importante entre la burocracia y la industria, en programas de robótica e inteligencia artificial para determinar los mecanismos más efectivos en la aplicación de sistemas de armas automatizados y semiautomatizados.

## NORMATIVIDAD A LA LUZ DEL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS MILITARES

En cuanto al uso de armas convencionales en general, el Sistema Internacional se rige por el DIH. Sin embargo, al abordar el tema de (NTM) el denominado *soft law* entra a jugar un papel central para entender las dinámicas de dicho Sistema Internacional, debido a las distintas posiciones, capacidades e historial de conflictos que tienen los Estados.

De acuerdo con Shereshevsky (2022), la regulación informal ha sido la tendencia para analizar la legalidad de las NTM abordándolo desde las características únicas que poseen, la medida en que las leyes vigentes pueden abordar adecuadamente el cambio tecnológico, las diversas técnicas usadas para la inclusión de nuevas leyes y por último el impacto de los actores privados para la regulación de estas tecnologías. En la Tabla 1 se observa lo normado en Nuevas Tecnologías Militares.

TABLA 1. *Normatividad Nuevas Tecnologías Militares.*

| País                                                                                                   | Documento                                                                                                                                | Año  | Entidad                | Tema                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Estados Unidos<br>    | Campaña para la Prohibición de Robots Asesinos                                                                                           | 2020 | Humans Right Watch     | Coalición de más de 185 organizaciones no gubernamentales de 67 países que aboga por un tratado que mantenga un control humano significativo sobre el uso de la fuerza y prohíba los sistemas de armas que operan sin dicho control.                                                                              |
| Suecia<br>            | Limits on autonomy in weapon systems                                                                                                     | 2020 | SIPRI – CICR           | Este informe explora cómo los límites a los Sistemas de Armas Autónomos deben aplicarse en la práctica. Ofrece una discusión en profundidad sobre el tipo y el grado de control que los humanos deben ejercer sobre estas, a la luz de los requisitos legales, éticos preocupaciones y consideraciones operativas |
| Suiza<br>             | Posición de la CICR frente a las Armas Autónomas                                                                                         | 2021 | CICR                   | El documento resume el debate internacional y los límites que deben tener estas debido a diferentes riesgos identificados                                                                                                                                                                                         |
| Naciones Unidas<br> | Reunión de las Altas Partes Contratantes en la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales | 2019 | Naciones Unidas        | Documento centrado en la responsabilidad humana y la rendición de cuentas de dichas máquinas, la cual no puede ser transferida a las máquinas.                                                                                                                                                                    |
| Naciones Unidas                                                                                        | Manual de Tallin                                                                                                                         | 2013 | CCDCOE Naciones Unidas | Conjunto de más de 200 reglas o pautas, que establecen cómo se puede aplicar el derecho internacional a una guerra.                                                                                                                                                                                               |

Nota: *Elaboración propia a partir de HRW (2020); Boulanin, Davison, N., & Carlsson, (2020); CICR (2021); Schmitt, (2017).*

## REGULACIÓN EN EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS MILITARES: NUEVOS DEBATES Y CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ACCIÓN MILITAR EN EL CIBERESPACIO Y EN EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

El ciberespacio y el espacio ultraterrestre se han convertido en dos focos de discusión para la acción militar a nivel internacional, situación que necesariamente involucra a la FAC, pero en la que los adelantos al respecto siguen estando muy limitados como igualmente sucede en otros países. En ambos casos, los adelantos normativos se encuentran supeditados a una serie de recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta o principios que pueden ser acogidos por los Estados.

En materia de la acción militar en el ciberespacio, se encuentra principalmente orientada a ejercicios de defensa ante ataques cibernéticos, es la OTAN uno de los principales referentes en materia de este tipo de operaciones. Particularmente la cooperación se convierte en el concepto fundamental como ejercicio de regulación o respuesta ante las ciberamenazas; esto es, la integración de capacidades entre los diferentes Estados u organismos internacionales frente a cualquier riesgo al que puedan estar expuestos los países en materia de la seguridad de su ciberespacio.

Se ha considerado una serie de principios o códigos de conducta que pueden conducir a los Estados a establecer reglamentaciones según sus necesidades, sus riesgos y sus posibilidades. Desde la OTAN, por ejemplo, se propone un marco de acción coordinado de ciberdefensa que se aplican en el escenario de la planificación y el desarrollo de capacidades conjuntas bajo el principio militar de mutua asistencia y de defensa colectiva. Gracias a este, cualquier miembro de la Organización o Estado aliado que sufra algún escenario de amenaza cibernética podrá solicitar la cooperación de los demás Estados asociados. En este caso se convoca la Cyber Defence Management Authority (CDMA) cuyo propósito es la coordinación y el asesoramiento de las unidades especializadas para hacer frente a las amenazas o a los ataques cibernéticos.

Sin embargo, en el caso de la defensa del ciberespacio se tiene también como referente el Manual de Tallin que se constituye por los elementos del derecho internacional aplicables a la guerra cibernética. Valga advertir que este Manual no es un cuerpo normativo oficial de la OTAN, sino que se traduce en una guía que sugiere un marco de acción ante situaciones que puedan amenazar el ciberespacio. Por la naturaleza del campo en el que se aplican este tipo de consideraciones, existen algunos debates jurídicos sobre la funcionalidad del DIH en su marco de interpretación, pues algunos sectores manifiestan que sí debe ser integrado en este marco jurídico en tanto presenta un componente importante de defensa de la población y de los bienes civiles (Fonseca et al., 2014).

En Colombia, al respecto, se ha implementado la Ley 1928 de 2018 «Por medio de la cual se aprueba el «Convenio sobre la Ciberdelincuencia», adoptado el 23

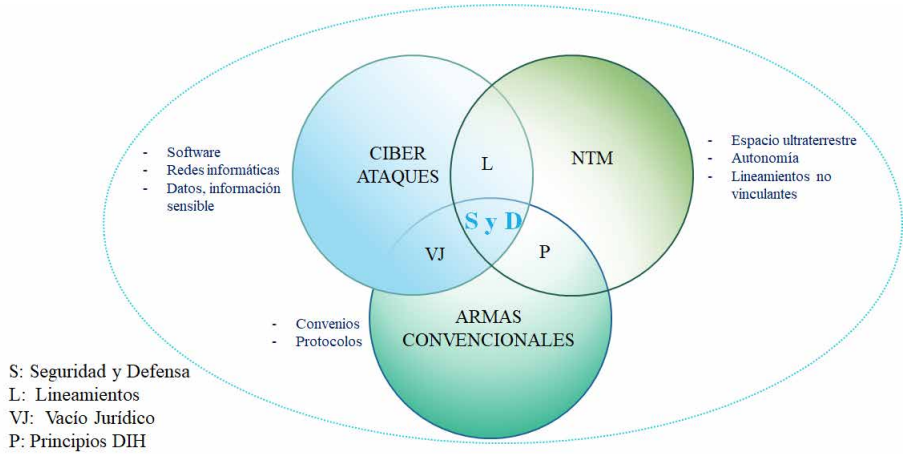
de noviembre de 2001, en Budapest» la cual expone las medidas que deben adoptarse a nivel nacional en temas tales como acceso ilícito a redes, interceptación, interferencia y delitos informáticos. Por otro lado, está el debate en torno a las NTM que se asocian con los principios jurídicos del derecho ultraterrestre. Es ante todo un debate sobre los alcances de la soberanía, pues su delimitación aún es imprecisa. En esos términos, las determinaciones jurídicas sobre el espacio ultraterrestre son naturales, de forma particular, a una serie de tratados internacionales asumidos de forma multilateral, pero que con el paso del tiempo han dejado de responder a las necesidades de una regulación efectiva de las operaciones que allí tienen lugar (Velázquez, 2012).

Con esto se ha caído en una suerte de vacío jurídico que ha intentado ser resuelto por juristas norteamericanos y europeos cuyo desarrollo ultraterrestre es notorio respecto de la mayoría de los países del planeta. No obstante, también ha existido una fuerte participación de las Naciones Unidas en la definición de normas sobre el espacio ultraterrestre, lo que les otorga a estas una categoría esencialmente de universalidad que se puede asociar a otro tipo de formas jurídicas asociadas al campo de la acción militar como el DIH, guardando, por supuesto, sus respectivas distancias.

La gran dificultad de establecer una normativa relacionada con el control del espacio ultraterrestre tiene que ver principalmente con la forma en que, en algunos pocos países, el desarrollo de la astronáutica ha rebasado al derecho internacional, poniendo en desventaja a los países menos desarrollados. No obstante, Colombia, con la Ley 2107 de 2021, ha aprobado el «Tratado sobre los principios que deben regir las actividades en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes». Lo anterior evidencia que tanto las amenazas ciber y el desarrollo ciberespacial dificulta el análisis de las NTM bajo estos principios de las armas convencionales, y es allí donde la literatura nos muestra un vacío jurídico. Un análisis, de ello se observa en la Figura 1.

Bajo este panorama general y de acuerdo con la necesidad de responder a las áreas misionales del Estado colombiano en cuanto a seguridad y defensa, se evidencia que el uso de NTM es inminente. Así algunos de los miembros permanentes del consejo de seguridad ejerzan presión para su regulación, no se oponen a su desarrollo como tal. Por lo tanto, se asume que tarde o temprano tendrá que pensarse en la responsabilidad y retos jurídicos que conlleva esta nueva tecnología acompañada del componente de IA y el cómo responder en caso de que grupos armados organizados hagan uso de esta tecnología.

FIGURA 1. *Análisis Marco Jurídico.*

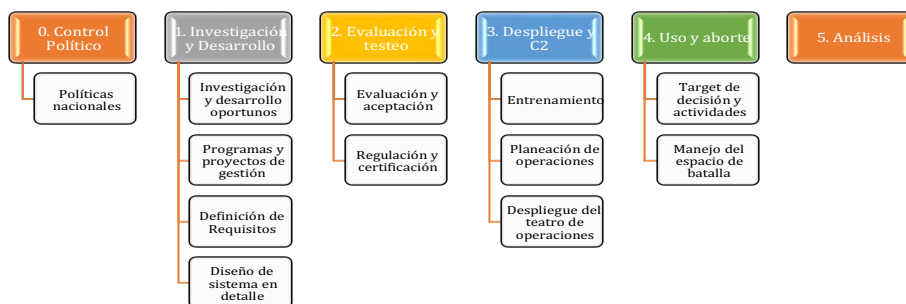


Nota: *Elaboración propia.*

## POSIBLES LINEAMIENTOS PARA LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA EN MATERIA DEL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS MILITARES

De acuerdo a las tendencias internacionales con respecto al tema de NTM, se toma el marco analítico utilizado por el Reino Unido para determinar los distintos lineamientos (CCW, 2018) como referente para responder a la pregunta sobre cómo se puede aportar los posibles compromisos con relación al uso de nuevas tecnologías militares y al fortalecimiento en la aplicación de la normatividad existente, sobre el uso de armas convencionales en operaciones aéreas y espaciales para la FAC.

Debido a que a pesar de que la posición de Reino Unido es la de oponerse a un control a dichas armas, ha sido el Estado que presenta ante la ONU un marco de análisis bastante amplio que abarca desde la etapa temprana de cómo se concibe el arma hasta llegar a la fase final del teatro de operaciones para su uso; por lo tanto, sus dimensiones abarcan cada uno de los dilemas que plantean los diferentes actores tales como toma de decisiones, funcionamiento y responsabilidad en las NTM. Dicho marco comprende seis dimensiones, de acuerdo con la Figura 2.

FIGURA 2. *Marco de Análisis de Reino Unido.*

Nota: *Elaboración propia a partir del marco analítico utilizado por el Reino Unido (CCW, 2018).*

0. Control Político: Decisiones hechas por tomadores de decisiones que comprende tanto a los líderes políticos como a líderes militares sobre entrar en un conflicto armado, recursos y marcos legales.
1. Investigación y Desarrollo: Centrado en el riesgo del control humano desde la etapa temprana de concepción del arma.
2. Evaluación y testeo: Enfocado en actividades de prueba del sistema.
3. Despliegue y C2 (Comando y Control): Centrado en el ambiente específico del teatro de operaciones en que se va a usar el sistema.
4. Uso y aborto: Revisión de todas las actividades influenciadas por el control humano.
5. Análisis: Consideración sobre qué actividades debe o no usarse el sistema, así como una retroalimentación final para volver a empezar el ciclo desde la primera fase «0. Control Político».

## CONCLUSIONES

La legislación colombiana, siguen prevaleciendo como eje de las operaciones militares los principios de distinción, proporcionalidad y precaución. Entre los vacíos que se identifican en materia de normatividad importa resaltar los debates en torno al ciberespacio y el espacio ultraterrestre, pues no solo en el país, sino a nivel internacional, se han formulado algunos conceptos jurídicos o convenios, pero que aún resultan insuficientes para la realidad de muchos países.

En materia de posibles lineamientos para la FAC basados en el marco analítico propuesto por el Reino Unido, se propone en primera instancia que en cuanto

al fin con el que se debe usar cualquier tipo de NTM por parte de la FAC debe seguirse considerando como lineamiento lo ya dispuesto por el Ministerio de Defensa de seguir persiguiendo fines que representen de forma esencial una ventaja militar en materia de recuperación parcial o total del territorio controlado por la parte contraria.

Debido al factor de ausencia o presencia de juicio humano debe estar siempre acorde a las condiciones y principios de distinción, proporcionalidad y precaución. Especialmente el principio de proporcionalidad, dado que a pesar de que se ha dicho que este tipo de armas pueden potencializar la precisión en el alcance de los objetivos militares es importante seguir haciendo hincapié en el debido respeto a la persona humana, tal como lo establecen los Convenios de Ginebra.

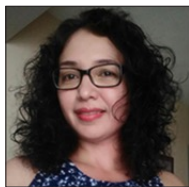
## REFERENCIAS

- BOULANIN, V., DAVISON, N., GOUSSAC, N. & CARLSSON, M. P. (2020). Limits on Autonomy in Weapon Systems: Identifying Practical Elements of Human Control. SIPRI. 3.
- COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES (2019). Propuesta Resolución Áreas Misionales. Bogotá: Comando General de las Fuerzas Militares.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2021). Posición de la CICR frente a las Armas Autónomas.
- CONTRERAS, M. (2014). El uso de Aeronaves Remotamente Tripuladas en el conflicto armado colombiano y el Derecho Internacional Humanitario. *Revista de Derecho Público*, (33).
- CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS. (2018). CCW/GGE.1/2018/WP.8 Human Machine Touchpoints: The United Kingdom's perspective on human control over weapon development and targeting cycles.
- FARINELLA, F. (2021). Sistemas de armas autónomos y principios del Derecho Internacional Humanitario. *Quaestio Iuris*, 14(02), 504-514 21. 15.
- FONSECA, C., PERDOMO, I., GRATACOS, M. y ORTIZ, J. (2014). El Manual de Tallin y la Aplicabilidad del Derecho Internacional a la Ciberguerra. *Revista de la ESG*, 127-146.
- FUERZA AÉREA COLOMBIANA (2020). Manual de Doctrina Básica Aérea, Espacial y Ciberespacial –DBAEC–. Bogotá: Departamento Estratégico de Doctrina Aérea y Espacial.
- FUERZA AÉREA COLOMBIANA (2021). Manual de Asesoría Jurídica Operacional Aérea –MAJOA– (Primera ed.). (DEAJU, Ed.) Bogotá, D. C., Colombia: Departamento Estratégico de Doctrina Aérea y Espacial.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2013). Stopping Killer Robots – Country Positions on Banning Fully Autonomous Weapons and Retaining Human Control.
- KING, G. y MURRAY, C. (2001) «Rethinking Human Security», *Political Science Quarterly*. N° 4, 585-610. 28.
- LEY 1928 de 2018. Por medio de la cual se aprueba el «Convenio sobre la Ciberdelincuencia», adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest. 24 de julio de 2018.

- LEY 2107 de 2021. Por medio de la cual se aprueba el «Tratado sobre los principios que deben regir las actividades en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes» suscrito el 27 de enero de 1967 en Washington, Londres y Moscú. 22 de julio de 2021
- LÓPEZ, E. (2018). Drones armados y el Derecho Internacional Humanitario. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de investigación 10, 802-820. 31. 29.
- MANOTAS, C. y BURGAENTZLE, I. (2021). Las guerras cibernéticas en el Derecho Internacional Humanitario: aplicación de los principios rectores del Derecho Internacional. *USFQ Law Review*, 8(1), 71-86.
- MEJÍA, J. (2008). Armas de precisión y el respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos. garantía de cumplimiento del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA). *Prolegómenos Derechos y Valores*, XI (21), 37-648. 35.
- NACIONES UNIDAS (2022). Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons. Documents. <https://meetings.unoda.org/meeting/57989/documents>
- QUIÉRALO, F. (2019). Sistemas de Armas Autónomos Letales (LAWS). Reflexiones para un debate. *Revista Política y Estratégica*, 134, 147-170. 45.
- SALMÓN, E. (2004). Introducción al derecho internacional humanitario. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SHERESHEVSKY, Y. (2022). International humanitarian law-making and new military technologies. *International Review of the Red Cross*, 1-22. doi:10.1017/S1816383122000443.
- VELÁSQUEZ, I. (2022). Infoabe: «El ministro de Defensa Iván Velásquez destacó los avances del Gobierno: «El país consagró la paz como política de Estado».
- VELÁZQUEZ, J. (2012). El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII, 583.638.

SEMBLANZA  
DE LA  
DIRECTORA





RAQUEL GUZMÁN ORDAZ

Es Doctora en Sociología por la Universidad de Sevilla y Licenciada en Comunicación Social por la UAM-Xochimilco (México). Cuenta con una sólida trayectoria académica e investigadora, con participación en más de 17 proyectos nacionales e internacionales y publicaciones indexadas. Ha realizado estancias en centros de prestigio como el CEETUM (Universidad de Montreal), El Colegio de México y el Instituto Politécnico de Braganza (Portugal).

Actualmente es Profesora Permanente Laboral en el Departamento de Sociología y Comunicación de la Universidad de Salamanca, donde imparte docencia en los grados de Sociología y Criminología, así como en diversos másteres relacionados con los servicios públicos, los derechos humanos y las políticas sociales, tanto en España como en colaboración con universidades de Brasil y México.

Forma parte del claustro de la Escuela de Doctorado en Ciencias Sociales (USAL) y ha desempeñado cargos de gestión académica como Secretaría Académica y Directora de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Zamora. Ha coordinado iniciativas como los Seminarios Permanentes Diversitas y el MOOC «Igualdad y Empoderamiento de las Mujeres».

Es miembro del CIDH-Diversitas, donde lidera investigaciones sobre inclusión, interseccionalidad y violencia de género. Especialista en investigación cualitativa avanzada e interseccionalidad, también ha formado operadores jurídicos en Panamá, México y Brasil en temas de violencia de género, derechos humanos y políticas públicas.



SEMBLANZA  
DE LA  
COORDINADORA





ESTHER GARCÍA VALVERDE

Es profesora e investigadora en la Universidad de Salamanca, con especialización en intervención social y comunitaria. Forma parte del equipo del Grupo de Investigación Reconocido Diversitas (GIR Diversitas) de la Universidad de Salamanca, donde se dedica a la creación de conocimientos y acciones interdisciplinarias que promueven los derechos humanos, adaptándose a la complejidad y diversidad de las sociedades contemporáneas. Su trabajo se centra en áreas como las múltiples desigualdades, la interseccionalidad, la intervención comunitaria y las políticas públicas, con un enfoque particular en las problemáticas que afectan a las mujeres en situación de exclusión social.



Este libro analiza de forma integral la relación entre derechos humanos y situaciones de vulnerabilidad, entendiendo esta última no como una condición excepcional, sino como parte inherente a la existencia humana. A lo largo del texto se reflexiona sobre cómo las estructuras sociales, políticas y económicas pueden convertir la vulnerabilidad en desigualdad y exclusión sistemática. Desde una mirada multidisciplinar, se abordan distintos contextos en los que los derechos humanos se ven comprometidos: infancia en riesgo, migración, violencia de género, personas mayores, inteligencia artificial y justicia penal, entre otros.

El libro destaca la importancia de una intervención coordinada entre diferentes sectores (educativo, sanitario, jurídico y social) para proteger a los colectivos más expuestos. También se subraya la necesidad de enfoques éticos y participativos en la toma de decisiones, y se promueve la construcción de redes de apoyo que garanticen la dignidad y los derechos de todas las personas. En definitiva, se plantea una invitación a transformar la mirada sobre la vulnerabilidad, asumiéndola como una responsabilidad compartida que exige justicia, compromiso y acción.



**VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA**

**Ci  
DH iversitas**  
Centro de Investigación en  
Derechos Humanos y Políticas Públicas  
Universidad de Salamanca

Ayuda Ref. 44-9-id23 (2023-2024), financiada por:



ISBN: 978-84-1091-090-4



9 788410 910904