

# Actualidad



Comisión Coordinadora del Sector de Justicia



**Miembros de la Comisión  
Coordinadora del Sector de Justicia**

**Dr. Agustín García Calderón**

*Presidente de la Corte Suprema de Justicia*



**Lic. René Mario Figueroa Figueroa**

*Ministro de Gobernación*



**Lic. Romeo Benjamín Barahona**

*Fiscal General de la República en funciones*



**Lic. Marcos Gregorio Sánchez Trejo**

*Procurador General de la República*



**Lic. David Gonzalo Cabezas Flores**

*Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura*



---

**Lic. Luis Fernando Avelar Bermúdez**

*Director Ejecutivo*

*Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia*

Selección y revisión de artículos efectuados por la Gerencia Legal de la UTE.

El contenido de esta publicación no puede ser reproducido ni todo ni en parte, ni transmitido o registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma y por ningún medio, sin el permiso previo y por escrito de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia -UTE-.

Las opiniones y conceptos vertidos en los artículos de esta obra son de exclusiva responsabilidad de los autores.

# Indice

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>i</b>
<b>LOS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA VICTIMIZACIÓN</b>	<b>1</b>
<b>La Víctima en el Proceso Penal.</b> <i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</i>	
<b>DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES</b>	<b>26</b>
<b>Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.</b> <i>Ana Elizabeth Cubías Medina</i>	
<b>PAPEL E IMPORTANCIA DEL PERITO EN JUICIO</b>	<b>55</b>
<i>Rosa María Fortín Huezco</i>	
<b>EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b>	<b>69</b>
<b>Instrumento del Derecho de Infancia para la Tutela de los Derechos Fundamentales del Niño</b> <i>Mario Francisco Mena Méndez</i>	
<b>CONDUCCIÓN TEMERARIA DE VEHÍCULO DE MOTOR (Art. 147-E CP)</b>	<b>86</b>
<b>Algunos Problemas de Carácter Procesal</b> <i>Wilson Edgardo Sagastume Galán</i>	
<b>INTRODUCCIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA</b>	<b>102</b>
<i>José Norberto Nerio Martínez</i>	



## PRESENTACIÓN

Con la finalidad de incrementar la cultura jurídica en el país, la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia edita nuevamente la revista Actualidad, en la que se compilan interesantes artículos de carácter técnico-jurídico.

En ese marco, por medio de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE), la Comisión invitó a las instituciones nacionales relacionadas con la administración de justicia y el quehacer científico-jurídico –entre ellas universidades, instituciones integrantes del sector de justicia y asociaciones profesionales–, a aportar artículos de índole eminentemente académica sobre temas de actualidad, relacionados con los derechos fundamentales, la política criminal y el derecho penal.

Recibidos diversos trabajos, éstos fueron revisados minuciosamente al interior de la UTE a fin de seleccionar aquéllos revestidos de mayor academicismo, con lo cual se espera que esta obra enriquezca el acervo de todos los profesionales del derecho y de las personas interesadas en las ciencias jurídicas.

Así, esta publicación incluye el artículo denominado “Los Aspectos Criminológicos de la Victimización”, escrito por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, el cual contiene una importante reflexión acerca de las distintas improntas o huellas que sufren las víctimas de delitos, abordando el tema de la victimización primaria y secundaria, y destacando la manera en que ésta última puede afectar a la víctima en las diversas fases del proceso penal, en particular durante el juicio.

También se presenta el trabajo titulado “Derechos Humanos de los Migrantes” preparado por Ana Elizabeth Cubías Medina, en el que se abordan las causas de la migración así como el tratamiento que reciben los migrantes; resaltando en relación a ese tratamiento el respeto al debido proceso instruido contra ellos, el acceso a servicios y prestaciones sociales y los derechos que les concede la normativa internacional.

Además, en esta revista se publica el artículo nominado “Papel e Importancia del Perito en el Juicio” cuya autoría corresponde a Rosa María Fortín Huevo. Este trabajo destaca la ayuda que el perito brinda al juzgador y la relevancia de su actividad durante el proceso, en especial en la etapa del juicio; esto con una visión práctica del tema basada en la reconocida experiencia de la autora en el sistema penal.

Mario Francisco Mena Méndez nos ofrece el artículo “El Interés Superior del Niño”, abordando dicho principio desde la perspectiva de la legislación nacional e internacional y de su efectiva aplicación en nuestra jurisdicción. Este trabajo constituye un valioso e innovador aporte a la doctrina del derecho de menores, y sus postulados resultan aplicables tanto en el ámbito del Derecho Penal Juvenil como en el del Derecho de Familia.

Finalmente, también se presentan los artículos denominados “Conducción Temeraria de Vehículo de Motor” e “Introducción a las Teorías de la Pena” de Wilson Edgardo Sagastume Galán y José Norberto Nerio Martínez, respectivamente, en los que se hacen importantes y reveladoras reflexiones sobre los tópicos tratados, los cuales pese a las controversias que suscitan son examinados atinadamente por los autores.

Sin más, esperamos que esta nueva edición de la revista Actualidad sea de utilidad para todos sus lectores.

# LOS ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA VICTIMIZACIÓN.

## La víctima en el proceso penal.

• Carlos Ernesto Sánchez Escobar

A todas las víctimas

**Sumario:** Introducción. I. Aproximación victimológica. II. Victimización primaria y secundaria. III. Las víctimas, la investigación penal y la revictimización. IV. Juicio oral y victimización secundaria. V. Victimización y normativa internacional. VI. Las víctimas y el daño psíquico. VII. Revictimización y síndrome de estrés postraumático. VIII. Revictimización en menores y sistema penal. Conclusiones.

### INTRODUCCIÓN.

Atendiendo una honrosa invitación de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, me permito presentar estas breves reflexiones sobre las víctimas. La importancia de las mismas es indiscutible no sólo en el marco penal, sino además en el ámbito social, tanta importancia tienen las víctimas como la tiene el imputado; ellos son al final, los protagonistas materiales de este conflicto del orden social que jurídicamente llamamos delito.

De ahí que la temática sobre las víctimas, es de gran actualidad, por cuanto en estos últimos lustros, el “redescubrimiento de ellas” es una ideario que ha tenido gran influencia en toda la sistemática penal.

Ciertamente, nos sumamos a la preocupación de las víctimas, pero no de manera aislada, sino en todo su contexto, con la claridad de que estar a favor de las víctimas, no significa en modo alguna la supresión o disminución de los principios y garantías del debido proceso para todos los ciudadanos, incluidos los imputados, por que de ser así –de asumir una reducción de las garantías constitucionales– se estarían provocando unas nuevas víctimas del sistema penal.

La víctima en el nuevo proceso penal, ha asumido una diferente dinámica, pero la misma es insuficiente, no basta con reconocer derechos a las víctimas, éstos deben ser esencialmente practicables, pero en el marco de un proceso penal configurado conforme a la misma Constitución.

Sin duda que, la realidad del proceso, genera afflictividad para la víctima, pero tal afectación es, por así decirlo, ontológicamente irreductible. Sin embargo, para juzgar a una persona, quebrantar la presunción de inocencia y declararlo culpable, no existe otro mecanismo que el juicio oral y público, y esta realidad debe ser necesariamente enfrentada por la víctima.

No obstante la realidad del proceso penal, y sabiendo que el mismo es una especie de “calvario” necesario para todos sus intervinientes, es menester reducir el dolor y la afflictividad con la cual se enfrenta la víctima en el sistema penal, ello es una meta que

---

• Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

puede ser perfectamente alcanzada, sin que implique reducción de derechos y garantías fundamentales. Insistimos, ello es posible, manejando un sistema de justicia penal más eficaz y consciente de su rol ante la investigación y juzgamiento de los delitos, con ello se pretende reducir los niveles de revictimización.

Esa es precisamente la idea de la presente elaboración, señalar algunos parámetros con los cuales, puede lograrse un mejor tratamiento de la llamada victimización secundaria; y aunque la victimología, es una disciplina que se ocupa actualmente con mayor asiduidad de las víctimas, las realidades de éstas, no pueden ser pasadas por alto por los actuales enfoques criminológicos, los vientos que informan a la criminología actual, se vinculan con el ideario de la víctima, y no necesariamente desde la perspectiva decimonónica, que informó los antiguos derroteros de la criminología clásica e incluso a la llamada victimología de la primera generación. Por último se formulará un breve análisis, sobre una de las consecuencias de la victimización secundaria, quizá la más aguda de ella, como lo es el problema del trastorno de estrés post traumático, así como la victimidad de los menores, sobre todo en delitos de orden sexual.

## **I. APROXIMACIÓN VICTIMOLÓGICA.**

El crimen es un fenómeno que ha acompañado la historia del ser humano, destacando todas sus miserias, en las cuales, materialmente siempre han estado involucrados víctima y delincuente. Y no obstante la antigua visión entre delictum y peccatum, actualmente debe reconocerse que esa realidad delictiva es un fenómeno psicológico, político, social, cultural, educativo y además jurídico.

Sin embargo, esta realidad del delito, no siempre se ha entendido de esta manera, y hasta hace algún tiempo –Lombroso médico de cárceles y antropólogo– en sus enjundiosos análisis del fenómeno criminal, sólo resaltaba al hombre delincuente, como la piedra angular del delito. Se pensaba en un criminal retraído y primitivo, último eslabón del homus erectus que de manera infalible estaba destinado al crimen.

De ahí que todo el interés de la ciencia penal, y de la criminología, se sustentó sobre el delincuente, y cuando apareció la figura de la víctima, el saber criminológico la abordó desde el prisma metodológico positivista, estableciendo una suerte de pareja penal, de tal manera que las reflexiones sobre las víctimas quedaron supeditadas al estudio del delincuente. Sólo después de la realidad histórica de las conflagraciones mundiales, es que se inicia un movimiento diferente en el saber criminológico, que poco a poco va ganando autonomía, hasta llegar a constituirse en el estudio de la víctima del delito, y de ese ideario nace la llamada victimología.

Es precisamente en el Primer Simposio sobre Victimología celebrado en Jerusalén, Israel, cuando a la Victimología, se le denomina como “el estudio científico de las víctimas del delito” y que posteriormente como hace saber Gulotta, constituye “la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito”.

Empero, ha de considerarse que, en los últimos años, se comprende cada vez con mayor claridad, que el “delito”, como conducta jurídico-penalmente prohibida, es de carácter contingente. Lo cual significa que, cada sociedad tiene sus propias realidades delictivas, las cuales constituyen no sólo un hecho social, sino además producto histórico, que precisamente por esa dinámica, evolucionan en calidad y cantidad a través del tiempo.

Conforme a esa realidad, ocurren casos de conductas admitidas socialmente, que no sólo no son constitutivas de delito, sino que incluso están valoradas socialmente, pero a pesar de ello –paradójicamente– ubican a determinadas personas en una posición “de sufrir un perjuicio”, característica ésta última configuradora de la situación de la víctima. Lo anterior lo hemos destacado con una sola finalidad, no sólo el hecho social, que la ley define como delito, es capaz de provocar víctimas, también otras actividades del ser humano, pueden causar victimidad, pero el análisis de este fenómeno –la macro-criminalidad– rebasan los ámbitos de estas líneas.

Por eso es oportuno recordar que históricamente, los primeros análisis y estudios de carácter victimológico se centraron en el examen de la víctima, en relación con la comisión del delito, a partir del binomio Mendelshoniano de la pareja penal: delincuente-víctima; y desde ese enfoque la víctima, asumía un papel, a veces involuntariamente activo, en la comisión del delito o en otras palabras, la víctima es parte integrante y no siempre “inocente”, en sentido moral, del fenómeno criminal.

Asimismo, parece descubrirse desde prima facie una serie de personas “propensas” a ser víctimas y, lo que es más importante, parece que empieza a vislumbrarse que, incluso con mayor trascendencia que con respecto al delincuente, es el propio orden social, es decir la propia sociedad, la que en muchas ocasiones determina la condición de víctima.

Precisamente en estas iniciales reflexiones del saber victimológico, quizá por influencia de la impronta criminológica, con cuyos inicios en esta primera etapa se puede ver un cierto paralelismo, se observa un intento de clasificar las víctimas según su participación en el delito, desde la perspectiva de la interacción víctima-delincuente, tratando de generar una clasificación de las víctimas, similares a las de los delincuentes.

Sin embargo, a partir de la década del 60, que fue una época de grandes convulsiones y cambios sociales, los entonces recientes estudios victimológicos sufren un enorme empuje, y en consecuencia se comienza a percibir, una creciente y progresiva manifestación de interés por las víctimas, lo cual se ve acompañado –como lo indica Sangrador– por tres cuestiones coyunturales:

(1) El fuerte movimiento feminista de esa época, que exige una mayor atención contra la violencia dirigida específicamente contra las mujeres y que dirige aceradas críticas al enfoque etiológico de la Victimología, y especialmente a la concepción teórica del victim precipitation (víctima provocadora).

(2) El interés por la víctima que se despierta a partir de un caso paradigmático sucedido en los Estados Unidos de Norte América, se trata del asesinato de Kitty Genovese quien fue atacada en la puerta de su casa por un individuo, quien tardó treinta minutos en consumar el asesinato, sin que ningún vecino la ayudara o llamara a la policía. Este

hecho digámoslo así, fue un catalizador para que se iniciaran las denominadas “Encuestas nacionales de Victimización” (la primera se realiza en USA en el año de 1967).

(3) El desarrollo de la Psicología Social, que permite la creación de los marcos teóricos adecuados para el desarrollo de la victimología. Esto permitió además que la victimología se desligase de la criminología como disciplina.

El nuevo renacer de las víctimas, obedece a la sistemática exclusión de ésta del proceso penal, y esta neutralización de la víctima, es algo congénito a la propia existencia del derecho penal, y del ejercicio de castigar que asume los Estados como órganos de poder, en virtud de lo cual los miembros de una sociedad, renuncian a la venganza privada, y ceden en manos del Estado, la protección de los intereses de la sociedad frente a la delincuencia; antes de este modelo de enfrentar lo que se consideraba crimen, el castigo tales actos, se llevaba a cabo mediante la venganza privada, ejercida por la misma víctima, y ello aconteció en los países llamados “Bárbaros”;

Sin embargo, partir del momento en que el ente estatal, monopoliza la reacción penal, entendida como legítima actividad de persecución y castigo del delito, es decir, desde que se prohíbe a la víctima castigar las lesiones de sus propios intereses, el papel de éstas se va difuminando hasta desaparecer, surge la noción del bien jurídico, para sustituir, la visión de afectación de los derechos subjetivos, surge además la noción de la pena pública, como potestad exclusiva del Estado, lo cual se refleja también en el carácter de la persecución penal, bajo los gérmenes de la indisponibilidad del ejercicio de perseguir los delitos, y del principio de verdad real.

La visión anterior sucintamente expuesta, permite sostener que el interés de tener una nueva dimensión sobre las víctimas de los delitos, esta plenamente justificado, por cuanto la víctima otrora de ser un personaje importante y un factor determinante en la respuesta penal al delito en las sociedades más primitivas, fue excluida completamente del conflicto penal.

Y luego tras siglos de ostracismo, pasó a desarrollar un papel meramente accesorio, siendo únicamente la fuente de la noticia criminis en su calidad de denunciante; hasta que posteriormente en algunos sistemas se admitió, como un legítimo sujeto de prueba, con lo que se le reconoció la calidad de testigo, lo cual en nuestra realidad forense ocurrió hasta la instauración del nuevo Código Procesal Penal limitado, y últimamente se le ha reconocido de manera cada más progresiva, la capacidad –en algunas especies de delitos– de decidir sobre la persecución penal, de acuerdo a sus propios intereses.

Con esa nueva visión, se arriba al actual panorama victimológico, en el cual el interés sobre las víctimas y sus realidades se renueva, y para ello ha jugado un papel determinante la victimología, proponiendo de manera creciente el estudio de las víctimas desde diferentes perspectivas.

Una de las manifestaciones propias de la victimología, es el objetivo de los estudios victimológicos, el cual es esencialmente, el estudio profundo de las realidades de las víctima del los delitos. Y para tal finalidad la disciplina en mención ha distinguido entre lo que podríamos denominar “victimización derivada del delito”, es decir, aquel proceso por el que a una persona se le convierte en víctima de una conducta tipificada por el ordenamiento

jurídico como delito; lo cual es diferente de las llamadas victimización no derivada del delito y victimización social, es decir de manera más simplificada, la victimización primaria, la victimización secundaria, y la victimización terciaria.

El paradigma de la victimología se ha desplazado de la llamada victimología del acto a la victimología de la acción, por la primera el enfoque medular era sobre el rol de las víctimas del delito, en cuanto al por qué de los hechos delictivos, es decir, como influía la víctima en la génesis y el desarrollo del delito; en cambio la victimología de la acción centra su enfoque en la cuestión de los derechos y necesidades de la víctima en el sistema penal, cuestión que se vincula necesariamente a los efectos revictimizantes que genera la investigación del delito y el proceso penal.

## II. VICTIMIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA.

La victimización es un concepto acuñado por la victimología, por medio del cual se patentiza, el sufrimiento que el delito causa a la víctima, pero dichos pesares, no sólo se reducen al momento en el cual se ejecuta el crimen, sino que los males que sufre quien es una víctima verdadera – padecimientos que son irreductibles– se vinculan al funcionamiento de la estructura del sistema penal, y en algunos casos estos perjuicios causados en el interior del sistema penal, son aún mayores, que los derivados como consecuencia directa del hecho delictivo; en este sentido, suele distinguirse entre lo que el pensamiento penal, criminológico y victimológico nomina, victimización primaria, victimización secundaria o revictimización y victimización terciaria.

Por victimización primaria se ha entendido aquélla que se deriva de haber padecido la víctima un delito; y debe precisarse que en la victimización primaria, cuando el cometimiento del delito, es ejecutado con violencia o resulta ser cometido por una persona conocida o estrechamente unida a la víctima, tal victimización, suele ir acompañado de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser somáticos, psíquicos, económicos o de rechazo social.

En tal contexto, la víctima de un delito no sólo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito y que afecta no sólo un interés social, sino además uno particular de la víctima en el cual se concretiza la acción delictiva. Este es el ámbito estricto de la victimidad primaria, la ofensa causada por el delito a la víctima que quiebra el status quo ante su derecho vulnerado; empero, en muchos casos, acompañando a esta lesión, sobrevienen otros daños, los cuales producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido, estos daños no pueden ser obviados y son los que a continuación serán tratados, siendo los mismos el objeto principal de estas reflexiones.

Casi toda la doctrina que se acerca a la realidad de las víctimas, reconoce la denominada victimización secundaria, y por ésta se entiende el sufrimiento o daño que se causa a las víctimas, cuando éstas se interrelacionan con las diferentes agencias del sistema penal. Es por ello que se afirma que, la victimización secundaria, se considera aún más negativa que la victimización primaria, por que el fenómeno de la revictimización lo provoca, el propio sistema penal, el cual, victimiza a las personas que acuden con sus

conflictos, para obtener justicia; y además ello genera otro efecto nocivo, el cual es la afectación al prestigio del propio sistema.

Si se quisiera concretizar diríamos que se conoce como victimización primaria a las consecuencias directas de un crimen que sufre la víctima. Victimización secundaria o revictimización son aquellos sufrimientos o padecimientos que se causan a las víctimas, por las actividades que desarrollan las instituciones más o menos directamente encargadas de investigar y juzgar el delito. Entre ellos se encuentran, policías, fiscales, jueces, peritos, funcionarios de instituciones administrativas y penitenciarias, etcétera. Por último la victimización terciaria, es la estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima.

Como lo que aquí interesa es la revictimización o victimización secundaria, para ser más preciso debe indicarse que por ésta se ha entendido aquellos daños de carácter somático, psíquico, económico o social, que se causan a la víctima de los delitos, por el sistema estatal de justicia penal.

No obstante ese reconocimiento del sistema penal, como maquinaria causante del dolor para las víctimas, debemos expresar que en el actual estado de cosas, y en un Estado Constitucional de Derecho, no puede renunciarse al mismo –como otro dilema diríamos que no obstante la crisis y los daños que provoca la pena, y el sistema penal, no puede pretenderse su abolición–; lo que sí puede lograrse y por ello debe lucharse denodadamente, es la reducción drástica de los males causados a la víctima a consecuencia de su relación con el sistema penal.

De esa verdad dolorosa, no nos podemos olvidar, la víctima sufre naturalmente cuando se acerca a las distintas agencias del sistema, policía, fiscalía, medicatura, instituciones especializadas de investigación forense, juzgados; y el nivel de victimidad es creciente en el rito del proceso, pero no creo –y de eso estoy sumamente convencido– que el proceso tenga que ser eliminado, al contrario el proceso con todos los males, que puede producir, es necesario y garantizador, pero si es posible, optimizar un trato verdaderamente humano y reductor de la victimidad de los afectados por el delito, con un trabajo eficiente y profesional, que por su calidad, importe menos dolor y sufrimiento para las víctimas, aquí también se aplica –como para el reo– la política del *homus pius*.

Este factor multiplicador de consecuencias lesivas para las víctimas, ha provocado que en otras latitudes se asuman medidas importantes para dar una mayor tutela a las víctimas y reducir el margen de perjuicios, que éstas pueden sufrir en su interrelación con el sistema penal; es así que en la Unión Europea, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó con fecha del 28 de junio de 1985, unas recomendaciones dirigidas a optimizar la situación de la víctima ante el proceso penal y se requirió de los estados miembros, la adopción de diversas medidas, de las cuales por su importancia citamos resumidamente las siguientes:

(a) Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional; (b) Se le deben indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas; (c) Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado; (d) A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma

cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad; (e) Los niños sólo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores”.

Esta no protección real de las víctimas, ha calado profundamente en la opinión de organizaciones mundiales, que han visto con suma preocupación la deslegitimación de los sistemas judiciales, cuando las víctimas quedan a merced de que realmente los perjuicios que les ha causado el delito, no sean reparados, con lo cual el derecho que al final debe servir para el hombre y no servirse del hombre, pierde toda eficacia y racionalidad.

Es por ello que, se han impulsado procesos de simplificación del proceso penal, y precisamente por ello, actualmente ante esta situación de fracaso de las instituciones estatales, en lo relativo a la asistencia a las víctimas de delitos, se advierte una corriente innovadora del pensamiento penal y criminológico, así como victimológico, que lleva a propugnar incluso la modificación radical del sistema de justicia penal a partir de una comprensión juiciosa de la víctima y sus circunstancias en el fenómeno delictivo.

De acuerdo con la anterior visión, se proponen cambios en los modelos procesales y penales, en el primero, dando un mayor protagonismo a la víctima en la solución del problema penal que le agobia, y quien no debemos olvidar, es la verdadera perjudicada por el delito, y es quien verdaderamente debe ser resarcida por los males causados por la conducta criminal, ello pone el acento tutelador y reparador de estos instrumentos de simplificación del conflicto penal, los cuales es bueno añadir si se utilizan adecuadamente, reducen ampliamente la cuestión de la revictimización.

Pero también en el ámbito del Derecho Penal, se utilizan estos mecanismos, como un nuevo modelo de sanciones, en el cual la pena privativa de libertad, propia del monismo penal, se ve modificada por el sistema alternativo de penas.

En este sentido parafraseando a un preclaro autor alemán –Gustav Radbruch– es posible respecto del tratamiento de las víctimas, sostener que la victimología, no pretende mejorar el derecho penal tradicional, sino cambiarlo por algo mejor, quizá hacia un derecho de asistencia a la víctima del delito; y esa función asistencial para que la víctima, obtenga una pronta y cumplida satisfacción a las expectativas de la reparación al daño que le causó el delito, debe ser mediatizada por las agencias y operadores del sistema penal, y a ello deben de dirigirse el marco de la reforma penal, lo cual no significa vulneración del sistema de garantías del debido proceso respecto de los acusados, por que tampoco se trata de causar nuevas “víctimas” a causa de leyes o prácticas autoritarias y violatorias de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales.

Bajo el punto de vista anterior debe señalarse que tras largos lustros de preparación en julio de 1984 se hizo pública en Ottawa, Canadá, la Declaración sobre justicia y asistencia para la víctimas, cuyo propósito primordial es “proclamar los derechos de las víctimas y establecer formas y medios para asegurar su protección, tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos”, según lo preceptuado en el artículo I de dicha declaración.

Precisamente de esa declaración se proyecta lo que la doctrina victimológica ha denominado “Victimagogía”, mediante la cual se pretende la elaboración de acciones y proyectos en favor de las víctimas; precisamente a partir de este movimiento, es digno de

reconocer que a nivel del sistema de naciones unidas surge la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 por medio del cual se adopta para el sistema universal la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia el 26 del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

### III. LA VÍCTIMA, LA INVESTIGACIÓN PENAL Y LA REVICTIMIZACIÓN.

Vamos a partir de dos premisas que tenemos que aceptar sin remilgos, por una parte que la investigación y persecución del delito que se realiza por los diferentes agentes del sistema penal, es por su propia naturaleza revictimizante, que esa victimización secundaria, causa sufrimiento en menor o mayor intensidad a las víctimas; la segunda premisa que aceptamos, es que no obstante ser la investigación del delito una fuente de revictimización, no es posible realísticamente renunciar a la investigación penal, o mantener una investigación penal que sea completamente inocua para la víctima, el procedimiento de investigación penal, siempre significará y provocará un sufrimiento para la víctima y provocará un nuevo esquema de victimización, ello es irreductible a nuestro juicio.

Sin embargo, creo que es posible aspirar con una dosis importante de realidad, a reducir de manera sensible el daño para las víctimas, que causa el procedimiento de investigación penal, con lo cual estamos afirmando que una finalidad del mejoramiento del sistema penal, debe ser reducir los niveles de victimización secundaria y ello si nos parece realizable a partir de adecuada política criminal y penal, inclusiva de las víctimas.

La investigación penal –es a mi juicio– la puerta de entrada de la víctima al sistema penal, y las instancias donde inicia la investigación, es clave para la primera impresión de la víctima ante el sistema penal, y la imagen que aquella se forme de éste, así como la posibilidad de que la víctima reconozca el interés y la protección que el sistema penal le pueda brindar, ante el fenómeno del delito que le ha perjudicado sus derechos.

Es precisamente en el génesis de la investigación penal, en el cual la víctima toma –en muchos casos por primera y única vez– contacto con el funcionamiento de las agencias del sistema penal, y es aquí precisamente donde se puede iniciar la revictimización del ofendido por el delito, si los operadores del sistema no proceden de manera cuidadosa, responsable, profesional, humanitaria y objetiva ante quien acude como víctima de un hecho punible.

No debe perderse de vista, que las instancias naturales de denuncias son precisamente la policía –artículo 234 CPP– la Fiscalía –artículo 235 CPP– y los juzgados de paz –artículo 237 CPP–; y es en esas instancias en las cuales la víctima entra en contacto con el sistema penal, por lo que el tratamiento que se le da a la víctima en todos esos lugares debe ser sobre todo un trato digno y humanitario. Ciertamente que los principios de estatalidad, oficialidad y objetividad, gobiernan al ente fiscal y al policial, y que el principio de independencia e imparcialidad, rige para los jueces, pero ello no significa que todos los agentes del sistema penal, no puedan dispensar para quienes comparecen como víctimas a sus respectivas agencias un trato con dignidad, respeto y esmero, es decir, con consideración.

Y es que debe de superarse la despersonalización en el trato a la personas, que puede traer el ritualismo procesal, y las funciones mecanizadas con que en muchos casos se desarrolla el trabajo de investigación del delito, las víctimas deben ser tratadas de manera profesional, ello hará disminuir los efectos de la revictimización y propiciará una mejor imagen de las agencias, debe tenderse a un trato personalizado de la víctima y no a un trato burocratizado, debe de alejarse la visión del trato apersonal propio de las administraciones, debe mostrarse preocupación por el dolor de quien se dice víctima y por investigar con esmero el hecho que denuncia.

Sobre este aspecto debe tenerse muy en claro, que aunque el delito afecta siempre a la víctima, no todos los delitos generaran la misma dosis de dolor, ni todas las víctimas los padecerán de la misma manera. Dejando de lado este último criterio, hay delitos que por su propia naturaleza son más aflictivos y degradantes para las víctimas: los delitos que atentan contra la indemnidad sexual, los delitos que involucran violencia intrafamiliar, son generadores de una especial forma de dolor, que puede agravarse por la intervención de las agencias de investigación del delito, por lo cual debe procederse de manera cuidadosa respecto de estos hechos, que en si son más proclives para que se genere una mayor victimización.

Para insistir en el tema, son los delitos de índole sexual, o aquéllos que implican violencia familiar, los que supondrán una actividad probatoria más decisiva sobre la víctima, en muchos casos tales actividades de investigación implicarán, la intervención corporal o psíquica respectos de los que han padecido un hecho delictivo de esta naturaleza, en este sentido, debe procederse, con la mayor cautela posible, informando a la víctima sobre los actos que habrán de realizarse y en la medida de lo posible, sobre el procedimiento a desarrollar y sus implicaciones.

En este aspecto es clave, la cuestión relacional de policía, fiscalía, juzgados de paz, respecto de la actividad que desarrolla el Instituto de Medicina Legal, importan aquí, peticiones claras respecto de las pericias que deben desarrollarse y cual es la finalidad de las mismas, ello podrá evitar nuevas sesiones con las víctimas y la multiplicación de su revictimización. También se requiere que, las áreas administrativas del Instituto de Medicina Legal y las de las pericias forenses, no obstante los principios de rigidez y de protocolización de sus actividades, no pierdan de vista el principio de personalización, tan vital en estas áreas para las víctimas, que se enfrentan ya, a las intervenciones directas del sistema penal.

Cuestión fundamental en la atención a las víctimas, son las entrevistas. Este aspecto tan necesario y tan crítico, no debe ser olvidado por quien ejerce esta actividad respecto de las víctimas, normalmente esta actividad puede ser desarrollada por agentes de la policía, por fiscales, o por jueces, es usual que la información sobre el hecho delictivo, también se realice mediante la denuncia, actividad que también puede reconducirse a una forma de entrevista.

Esta primera actividad es vital, pero debe ser desarrollada conforme a la metodología de las entrevistas, es la primera oportunidad que se tiene de lograr la mayor información posible sobre un hecho cometido, y una entrevista bien realizada, evitará que la víctima

sea sometida a la misma actividad, mediante otras entrevistas o ampliaciones, ello con detrimento para la víctima, al exponerla a una mayor revictimización.

Si la actividad de la entrevista es de por sí compleja, y uno de los mecanismos de posibilidad de revictimizaciones, cuando el delito es de índole sexual o implica maltrato o violencia intrafamiliar, esta actividad es mucho más delicada, puesto que casi siempre se generaran mayores daños a la víctima, por lo cual, ante lo necesario de esa actividad debe procederse con absoluta responsabilidad y profesionalismo, para evitar, que la entrevista no alcance los objetivos esperados, debe en estos casos evitarse la duplicidad de las entrevistas, el policía entrevista a la víctima, la entrevista el agente investigador, la entrevista el agente fiscal, la entrevista el médico forense, la entrevista el psicólogo forense, la entrevista la trabajadora social, la entrevista el juez. Métodos de coordinación en estas áreas son aconsejables de ser desarrollados, para evitar el fenómeno de la multi-entrevista.

Al final, la primera y la última declaración de la víctima, son las más decisivas en la investigación y juzgamiento del hecho, la primera por que es la que abre por así decirlo la fuente de información, la cual debe ser realizada de manera completa, la última por que es la que se rinde en el debate, y es la que servirá esencialmente para tener por probado o no probado el hecho que denunció en su oportunidad la víctima.

No es aconsejable desde mi punto de vista, que la víctima sea llevada de audiencia en audiencia, ello implica un mayor desgaste y revictimización para las víctimas, y sus aportes son mínimos en esas etapas del proceso, su presencia es más ritual que decisiva, en sistemas con tendencia oral, en el cual se desarrollan audiencias, la víctima no debe comparecer, sino a la audiencia de vista pública, a menos que sea propósito alcanzar una salida alterna o rápida del sistema penal.

En cuanto a los actos de investigación de elementos de prueba sobre el cuerpo de las víctimas, sobre todo en aquellos casos en los cuales se investigan delitos de orden sexual, debe reconocerse que no obstante la imperiosa necesidad de las prácticas de tales actividades con fines probatorios, los mismos son fuente directa y un mecanismo seguro de la revictimización, normalmente, esta actividad además de victimizar nuevamente al sufriente, implicará una afectación de los derechos fundamentales del mismo, por lo cual, esta actividad se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad; ello implica que tales actos deben desarrollarse sólo cuando sean estrictamente necesarios y los mismos deben ser realizados de la forma más digna y profesional.

En los delitos de especie sexual, una actividad que por antonomasia se desarrolla, es la pericia de reconocimiento médico en el cuerpo de la víctima, dichos reconocimientos, en muchos casos, son inevitables, por cuanto la intervención corporal sobre la víctima del hecho, es la fuente más importante para descubrir, elementos de prueba; pero tal práctica médica, si no se trata de la forma adecuada, puede convertirse en una actividad sumamente humillante, que podría generar más daño o aún mayor al hecho que se investiga.

Para tratar de disminuir el impacto de esta actividad se recomienda:

(a) que la víctima sea correctamente orientada e informada de la actividad que se va a desarrollar, de cual es su naturaleza y los objetivos que se persiguen, en resumen que se explique a la víctima en que consiste un acto de reconocimiento y por qué se realiza;

(b) debe haber una presentación del médico legista que practicará tal acto, así como del personal asistente, debe insistirse en que no obstante la condición de perito del actuante, también es una persona que ejerce una forma especial de medicatura, ello implica sin que sea absoluto, que se mantenga la relación paciente-médico;

(c) la persona de la víctima debe ser informada en todo momento del procedimiento que se realiza; la información inicial en estos casos es clave, si es necesario debe ser iniciada por el agente de policía o el fiscal y completada por el médico forense.

(d) debe mantenerse siempre un trato digno respecto de la víctima, evitar comentarios, y actitudes, reñidas con los actos que se desarrollan; la necesidad de un trato digno es imperativo en todos estos casos, deben los operadores del sistema penal, cuidarse de deshumanizar a la víctima.

(e) los reconocimientos, deben ser realizados, en las mejores condiciones posibles que se tengan, las muestras que se obtengan deben ser escrupulosamente preservadas, bajo el estricto control de cadena de custodia; los ambientes en los cuales se practique la pericia deben estar acondicionados para generar tranquilidad a la víctima, sólo para señalar un ejemplo, el color con el cual estén decoradas las estructuras físicas, es algo que impacta en la víctima, como lo informa la psicología de ambientes y diseños.

(f) en todo lo posible, si la víctima es femenina, debe realizar esta actividad un perito del mismo sexo, de no ser posible debe de haber personal femenino en apoyo del médico; ello siempre debe ser priorizado, y las decisiones administrativas que se tomen al respecto deben poner énfasis en estas circunstancias; por ejemplo debe ser previsto que en los turnos de la noche, haya siempre dispuesto personal forense femenino para la atención de los casos de agresión sexual.

(g) la víctima tiene derecho a que una persona de su confianza, asista al acto de la pericia, como observador de la misma; ello es independiente a todo el personal técnico que esté presente, el cual, es conveniente señalar, debe ser el estrictamente necesario.

(h) si la víctima se niega completamente a someterse a la intervención corporal, no puede ser obligada a la práctica de la misma; la víctima está amparada aquí por sus derechos fundamentales, y por el mismo principio de proporcionalidad, ante una negativa absoluta de la víctima, estando la misma debidamente informada ha de respetarse su derecho a no ser objeto de prueba.

(i) si a consecuencia de una actividad de la víctima, se ha perdido evidencia, no debe recriminársele por ello. Usualmente muchas víctimas, no tienen conocimiento de cómo actuar en casos de ser agredidas sexualmente para preservar evidencia importante; este déficit le es imputable al Estado en sus diseños de políticas públicas de persecución del delito, en cuanto no informa debidamente de ellos a los gobernados; en razón de lo anterior, la víctima es la última persona a quien puede recriminarse la pérdida de evidencia, esta conducta debe ser evitada.

#### IV. JUICIO ORAL Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

En la fase plenaria, y más estrictamente en el debate, la comparecencia de la víctima y en su caso la declaración como testigo que haga, es fundamental, para determinar los hechos delictivos que se han investigado; digamos que en esta fase, es determinante la presencia de la víctima. Con todo, estando gobernado el juicio, por los principios de oralidad, publicidad, intermediación y confrontación, las posibilidades de que este último acto conclusivo, genere perjuicios para la víctima en el sentido de generar una nueva victimización, es bastante creciente, sobre todo respecto de determinados delitos.

Con ello estamos afirmando que la vista pública, es un mecanismo del proceso penal, que en muchos casos será un factor de revictimización, el cual sólo idealmente podría suprimirse, y realísticamente no podría prescindirse, aunque sí es posible reducir los efectos nocivos de la victimización secundaria.

La declaración de las víctimas en el juicio oral como testimonio, puede ser fundamental, para decidir un caso, sin embargo, este aspecto protagónico de la víctima, tiene intrínsecamente una cuestión que puede potenciar la revictimización, cual es el derecho que tiene el acusado a confrontar a la víctima en el acto del interrogatorio.

Este derecho de confrontación, que es la esencia del derecho de defensa, ha sido tratado de manera diferente en los modelos de enjuiciamiento criminal, en los países con un desarrollo histórico procesal, anclado en el sistema continental, persiste la idea que el derecho de confrontación no necesariamente supone, la presencia del imputado cara a cara respecto de la víctima; por el contrario en los sistemas provenientes del *comom law*, la visión de la contradicción es diferente, el acusado tiene derecho al careo de los testigos que se ofrecen en su contra incluida la misma víctima.

Estamos convencidos que la Constitución adopta respecto del derecho de defensa un modelo menos asimilado al sistema continental, por que el acusado –según el artículo 12 Cn– deben garantizársele todos los medios necesarios para su defensa, con lo cual –a nuestro juicio– se adopta el modelo de confrontación directa, el acusado tiene el derecho de confrontar a la víctima, y ello implica la presencia del imputado en el acto del interrogatorio, y la prohibición de que en el juicio oral, se puedan recibir testigos sin rostro, o la llamada figura del anonimato procesal, por el cual el testigo sólo se conoce por claves o indicativos, sin que puedan ser identificados nominalmente.

No creemos que los derechos de las víctimas, puedan significar una forma de enjuiciamiento en la cual se desconozca la identidad de las personas que se constituyen en testimoniantes, el costo en el sacrificio de las garantías fundamentales resultaría excesivo; la contracara de ello, es precisamente el error judicial, y la posibilidad de crear nuevas víctimas, a partir del funcionamiento del sistema penal.

Como lo expresamos anteriormente, la necesidad de que la víctima declare en el debate, es irreductible, y ello implicará un sufrimiento para la persona afectada por el delito, que es irreductible, en la idea de un proceso constitucionalmente articulado. Por ello deben de potenciarse los niveles de reducción de victimización, y para alcanzar tal finalidad, pueden considerarse diferentes aspectos.

La información clara y precisa a la víctima de lo que significa un debate, de la mecánica de los interrogatorios, de los derechos que tiene como víctima, pero de los deberes que se le imponen cuando comparece a testificar, si debe potenciarse el respeto de la víctima en cuanto al contrainterrogatorio, la facultad de poder contrainterrogar a la víctima, no autoriza a tratarla indignamente, ni a inflingirle tratos desproporcionados, en todo caso las víctimas deben ser tratados con respeto y consideración.

Especial consideración merecen aquellas víctimas que han sido ofendidas en bienes jurídicos, que garantizan el pleno desarrollo de su personalidad. En estos casos los niveles de revictimización pueden ser más nocivos, y por ello la presentación de la víctima como testigo de su propio hecho, debe ser pulcramente organizada, no se puede improvisar, y la víctima debe estar plenamente informada de lo que supondrá la actividad de ser interrogada y contrainterrogada, la preparación de un debido interrogatorio es fundamental, para reducir los niveles de victimización secundaria.

Un recurso especialmente valioso, en estos casos de delitos sexuales, es la posibilidad de reserva total o parcial de la vista pública, lo cual se tendrá que ponderar adecuadamente, por que la regla general es que el juicio sea público; sin embargo, esta especie de delitos, puede significar una reserva del debate, atendiendo al derecho de la víctima a su indemnidad, para evitar mayores perjuicios revictimizantes, y sobre todo lo perjudicial, de una victimización terciaria; no se trata aquí de cuestiones subjetivas de moralidad, sino de la protección de la dignidad de la víctima como ser humano.

Precisamente por ello, en estos casos, la víctima tiene derecho a que su identificación nominal, sea estrictamente intra-proceso, y que los derechos sobre su imagen se mantengan íntegros, lo cual significa la prohibición que por los mass media se publique la identidad, fotografía o datos que permitan identificar a víctimas de delitos de connotación sexual.

La permanencia de la víctima en el debate después de su declaración, es una decisión que sólo le corresponde asumir a ella, lo aconsejable en delitos de índole sexual, es que la víctima no esté presente en el debate, por los efectos de la revictimización, pero ello es una cuestión que debe ser decidida por la misma víctima, quien si decide ya no estar presente, tiene el derecho de comparecer al momento de la decisión final.

Cuestión aparte, es el tratamiento que corresponde a menores que han sido objeto de delitos, y con mayor especificidad que han sido injuriados por conductas criminales de connotación sexual. En estos casos, debe indicarse que los menores gozan por su condición de tales, y en virtud del principio de igualdad, en este caso por la cláusula de diferenciación de un trato desigual a los adultos, por lo cual, siendo menor la víctima, es más prevaleciente el derecho de ésta a no ser careada con el ofensor, con lo cual la declaración de los menores, debe ser recibida, sin la presencia del acusado, aunque a éste debe garantizársele la audición de lo que declara el menor.

Es más, tratándose de niños, las condiciones ordinarias de una sala de justicia, puede implicar una afectación respecto de la integridad del menor, lo ideal, sería que los entornos en los cuales los menores declaren, sean los menos hostiles posibles, y los más cercanos a ambientes naturales, para el menor, ello es una labor de estructura arquitectónica judicial, que no puede soslayarse. En estos casos usualmente se equiparan salas especiales,

ambientadas a las edades infantiles de los menores, lo cual reduce en gran medida un entorno desconocido, que por lo mismo es completamente hostil al niño.

Inclusive ante víctimas altamente traumatizadas aunque no sean menores, sería posible en el caso particular, limitar la amplitud del derecho de confrontación, con lo cual el testimonio sería rendido en las mismas circunstancias del menor; pero ello no implica que el acusado desconozca quién es la víctima, y que ésta pueda ser interrogada, sino únicamente por la excepcionabilidad del caso se limita el llamado careo directo o face to face. Pero nótese que tal posibilidad es excepcional y como implica a su vez una limitación a derechos fundamentales, la misma debe ser decidida por un juez, teniendo fundamentos fácticos para ello, por que en estos casos tal decisión no queda librada a la mera “intuición” del juzgador.

Creemos que entre estos aspectos respecto de los niños deben considerarse:

(a) que los menores deben declarar en lugares adecuados, que reduzcan al mínimo el factor de la hostilidad, y por ende los niveles de revictimización. Las salas de audiencia en las cuales se celebren los juicios, deben ser acondicionadas para este tipo de testimonio, es más, lo ideal es una sala especial, en la cual se encuentre sólo el menor y que su testimonio sea visto por medio de circuito cerrado o usando el sistema de teleconferencia adaptado a la forma de una declaración.

(b) el menor al declarar no debe ser careado con el acusado; en estos casos el derecho al careo resulta limitado, la confrontación cede en entidad, pero no desaparece, en todo caso el acusado tiene el derecho de saber quien testifica y de que sea interrogado, aunque no lo tenga a la vista de manera inmediata.

(c) el menor no debe permanecer en la sala de juicio, durante el desarrollo del debate; la sala de audiencias por si misma puede ser un ambiente hostil al niño; en todo caso debe explicarse todo lo relativo a su declaración y a lo que va a ocurrir.

(d) la forma del interrogatorio del menor es especial, las preguntas deben ser claras y sencillas, si es necesario debe autorizarse el interrogatorio sugestivo; deben evitarse los interrogatorios complejos y sobre todo aquéllos con tendencia de confrontación autoritaria, tratándose de menores debe cuidarse hasta la tonalidad de la voz para interrogar.

(e) cuando sea necesario debe evaluarse la permanencia junto al menor de personas de su confianza, o de personal especializado, con el cual el niño tenga un nivel de confianza; la presencia de estas personas significa un cuestión de apoyo anímico, no se pretende que dichas personas declaren o pregunten al menor, se trata de un respaldo de carácter psicológico, para calmar ansiedades del menor, ante el evento traumático.

(f) debe reducirse los niveles de angustia, temor y sobre todo de humillación del menor en cuanto al interrogatorio. Tratándose de menores, la actividad del juez, se vuelve más activa en la tutela de sus derechos; en estos casos el papel del juez es más protagónico y su intervención para salvaguardar los derechos del niño puede ser asumida aun oficiosamente.

Otro aspecto fundamental para reducir los niveles de victimización secundaria, es lo atinente a la responsabilidad civil resarcitoria, es este, un aspecto que no puede ser descuidado, ello es fundamental para las víctimas del delito, puesto que una solución

tangible, a la reparación del daño que se le ha causado, lo anterior significa que la cuestión civil, es de vital importancia para la víctimas y debe ser tratada con absoluta responsabilidad por quienes representan los intereses de las víctimas.

Lo anterior porque la cuestión civil, aunque se discuta en sede penal, no pierde sus características inmanentes, por lo cual se requiere que la imputación civil, se fije como objeto de debate, se pruebe en cuanto a los daños materiales y morales causados, para lograr una verdadero resarcimiento en el aspecto civil, congruente con los derechos de la víctima.

## **V. VICTIMIZACIÓN Y NORMATIVA INTERNACIONAL.**

Respecto de las víctimas, la normativa internacional es abundante en instrumentos tanto de hard-law como de soft law para garantizar un marco adecuado a las víctimas en la tutela de sus derechos, por lo extenso del tema, circunscribiremos aquí los aspectos más relevantes del sistema de protección del derecho internacional.

Quizá el instrumento internacional más emblemático, es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. De los principios rectores que se expresan en tal declaración es conveniente destacar los siguientes.

(I) el concepto extenso de víctima, que se recoge en la declaración bajo el epígrafe de “Las víctimas del delito y por el cual se entiende: 1. “las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse “víctima” a una persona con arreglo a la presente declaración independientemente que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar del perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluyen además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. Es de hacer notar que, la denominación de víctimas, en la Declaración no admite un trato discriminatorio.

(II) En materia de reducción de revictimización interesa el principio de acceso a la justicia y trato justo, en las siguientes formulaciones direccionales: 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

De manera importante en los principios consignados en el número 6 expresan que: Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (a) informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando haya solicitado esa información;

(b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; (c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; (d) adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

En cuanto al sistema asistencial que es factor clave para disminuir los aspectos de la victimización secundaria que el sistema penal le causa a la víctima la Declaración establece en el principio de Asistencia: 14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios, y autóctonos. 15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. 16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales, y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

Como norma de derecho comparado, es importante citar la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el 28 de junio de 1985 y destacan las recomendaciones siguientes: (1) En el nivel policial: a) los funcionarios de policía deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador; (b) la policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de su perjuicio, por el delincuente e indemnización por el Estado; (c) la víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial; (d) en todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la policía debería formular un atestado tan claro y completo como fuera posible, sobre las lesiones y daños sufridos por las víctimas.

(2) Interrogatorio de la víctima: En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debiera hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados los niños y los enfermos o minusválidos mentales, deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona calificada para asistirles.

(3) Juicios: (a) la víctima debería ser informada: de la fecha y del lugar del juicio relativo a las infracciones que le han perjudicado; de las posibilidades de obtener la restitución y la reparación en el seno del proceso penal y de lograr el beneficio de asistencia o de asesoramiento jurídico; de las condiciones en las que podrá conocer las resoluciones que se pronuncien. (b) la reparación en la legislación debería de poder constituir bien una pena, bien un sustitutivo de la pena, o bien ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena.

(4) Protección de la vida privada: (a) la política de información y de relaciones con el público, en el marco de la instrucción y el juicio de las infracciones deberá tomar debidamente en cuenta las necesidad de proteger a la víctima de toda publicidad que implicare un ataque a su vida privada o a su dignidad. Si el tipo de infracción, el estatuto particular, la situación

o la seguridad personal de la víctima requiere de especial protección, el proceso penal anterior, a la sentencia debería tener lugar a puerta cerrada o la divulgación de los datos personales de la víctima debería ser objeto de restricciones adecuadas.

(5) Protección especial de la víctima: Cuando ello parezca necesario y singularmente en los casos de delincuencia organizada la víctima y su familiar deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente.

## VI. LAS VÍCTIMAS Y EL DAÑO PSÍQUICO.

No podemos dejar de afirmar que, la comisión de un delito generará siempre como regla general en las víctimas, una reacción psíquica, precisamente lo que De Jorge Mesas ha descrito como “el fuerte impacto psicológico que produce la victimación a cualquier persona”. Este daño de carácter psíquico, produce sus consecuencias como el estrés, y precisamente por ello es que la Organización Mundial de la Salud, en la décima revisión a la clasificación de las enfermedades mentales, (CIE-10) enfatiza con un capítulo propio respecto a las reacciones que se presentan ante situaciones que generan estrés grave.

Precisamente, estas respuestas psíquicas, surgen como efecto de acontecimientos que le suceden a las personas, los cuales son sustancialmente estresantes, de manera que se produce una interferencia respecto de los mecanismos de adaptación usuales, y en tal sentido la capacidad de integración de la persona, se ve afectada, como consecuencia directa del acontecimiento traumático.

Debe indicarse que el trauma, es una realidad que se presenta a lo largo de la historia del hombre, y aunque las reacciones psicológicas, frente a hechos traumáticos, han sido observadas desde hace ya más de un siglo, las sociedades han presentado en algunas etapas una suerte de amnesia, respecto de estos graves padecimientos del ser humano. Sin embargo, en los últimos cuatro lustros, sustentado en los movimientos pacifistas y en los movimientos contra la violencia doméstica y sexual, ha crecido el interés en el estudio del Trauma Psicológico, sus consecuencias y tratamiento.

Debemos recordar que recientemente, en el año 1980, se establece el diagnóstico de Trastorno por Estrés Post Traumático (Post Traumatic Stress Disorder, PTSD) en el DSM-III, y ciertamente a partir de aquel momento, ha ido creciendo exponencialmente el interés en este trastorno, materializado en cientos de publicaciones científicas, investigaciones, creación de asociaciones, desarrollo de nuevos abordajes terapéuticos, entre las disciplinas psicológicas y psiquiátricas.

Pero ello no es nada reciente, ya en 1934, Hans Selye enunció por primera vez el concepto de Estrés. Desde aquel momento hasta la fecha, la concepción acerca del mismo ha ido evolucionando. Hoy, el estrés es definido como: “los procesos fisiológicos y psicológicos que se desarrollan cuando existe un exceso percibido de demandas ambientales sobre las capacidades percibidas del sujeto para poder satisfacerlas; y cuando el fracaso en lograrla tiene consecuencias importantes percibidas por el sujeto”.

Se ha indicado de manera general que, cuando el individuo ha experimentado, ha presenciado o se ha enterado de “acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás –dentro de los que se comprende la realidad del

delito– y la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos.” (DSM-IV, 1994) como resultado de esas situaciones traumáticas experimentadas, pueden configurarse tres clases de síntomas: (1) de reexperimentación del hecho traumático; (2) de evitación y embotamiento psíquico; (3) de hiperactivación –hyperarousal– Precisamente, los expertos en esta área expresan que, cuando concurre esta sintomatología, es probable sostener que la persona sufre un trastorno por estrés post traumático.

De acuerdo a los síntomas antes descritos, éstos se han configurado de la siguiente manera; respecto de los síntomas de reexperimentación: éstos pueden producirse de variadas maneras, entre las que se mencionan; (a) por la irrupción recurrente de pensamientos, sentimientos o imágenes relacionados con el hecho traumático; (b) sueños y pesadillas recurrentes que producen malestar; (c) la sensación de estar viviendo nuevamente el hecho traumático, que puede darse bajo la forma de flashbacks, episodios disociativos, ilusiones o alucinaciones; (d) reacciones fisiológicas o psicológicas intensas de malestar al exponerse a estímulos que recuerdan o simbolizan el hecho traumático

Debe indicarse en lo relativo a la victimización secundaria, y el síntoma de reexperimentación, que cada vez que se reexperimenta el hecho traumático, se provoca usualmente en la persona, una réplica de la reacción de estrés original frente al trauma, provocando así una retraumatización.

En este sentido, el trauma se autoperpetúa, y la persona queda fijado en el tiempo y es continuamente reexpuesto al hecho traumático, de ahí la estrecha vinculación del síntoma de reexperimentación, con las consecuencias de la victimización secundaria que se producen en el proceso penal.

Respecto de los síntomas de Evitación, se ha indicado que, bajo esta conceptualización, se han agrupado dos tipos de síntomas:

(I) los de evitación en sentido estricto, que incluyen el esfuerzo por evitar pensamientos, sensaciones, personas, lugares, actividades, hechos etc. que recuerden el hecho traumático;

(II) los síntomas de evitación de carácter disociativo o de embotamiento psíquico, tales como: (a) incapacidad para recordar aspectos significativos del hecho traumático (b). reducción del interés o de la participación en actividades que le resultaban significativas; (c) sensación de desapego o enajenación o extrañamiento; (d) reducción significativa de la vida afectiva, con incapacidad de experimentar sentimientos positivos; (e) sensación de futuro desolador y desesperanza

Según se ha indicado por los expertos en la materia, las personas afectadas por situaciones graves de estrés, desarrollan esta serie de síntomas, en un aparente intento de resguardarse de las emociones intolerables, o bien evitando directamente los recordatorios del trauma, o para “anestesiarse” emocionalmente, ya sea por medio de mecanismos disociativos o síntomas de amnesia, ya sea por medio de consumo de sustancias, trastornos alimenticios, adicción al trabajo, etc.

En lo relativo a los llamados síntomas de Hiperactivación: también denominados de Hyperarousal, se han indicado la concurrencia de los fenómenos siguientes: (1°) trastornos

del sueño; (2°) trastornos en la concentración; (3°) irritación; (4°) hipervigilancia; (5°) respuesta de sobresalto exagerada.

Lo anterior indica que la persona traumatizada, está siempre en guardia, en otro intento de permanecer a salvo de la reexposición al hecho traumático; se ha indicado que la persona que ha sido traumatizada nunca se siente a salvo, por lo que es imprescindible la construcción de una buena alianza terapéutica como para que el paciente llegue a confiar en el clínico; y ello es importante respecto de evitar mayores consecuencias traumáticas, que podría generar una mayor victimización de la persona, y dar lugar a una profundización de la revictimización.

Se ha indicado que cuando la víctima sufre de un estrés agudo puede presentar las siguiente sintomatología, que se describen en los manuales de la materia de la siguiente manera:

(I) según el CIE-10 pueden concurrir la siguiente fenomenología: (a) embotamiento: funcionamiento amortiguado del psiquismo, y en tal sentido la víctima presenta una exigua actividad espontánea, hay falta de reacción ante los estímulos externos, de tal manera que pueden encontrarse reducidas la atención y la conciencia de la persona; (b) pueden presentarse también episodios de depresión, ansiedad, ira, desesperación, hiperactividad o por el contrario aislamiento.

(II) En cambio la clasificación americana sobre las enfermedades mentales, señala como cuestión sintomatológica en el manual respectivo (DSM-IV) los siguientes: (a) desrealización: lo cual implica trastornos de la conciencia en el que el mundo exterior, esencialmente el entorno inmediato se vive como modificado o irreal; (b) despersonalización: el cual consiste en la alteración de la identidad personal del sufriente, lo cual hace que la víctima se siente extraña a sí misma; (c) amnesia disociativa, ello implica que la víctima presente incapacidad para recordar algún aspecto importante del hecho traumático.

## **VII. REVICTIMIZACIÓN Y SÍNDROME DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO.**

Una de las manifestaciones del proceso traumático que ha sufrido la víctima de un delito, como consecuencia del fenómeno de un trastorno agudo de estrés, es que se desarrolle el llamado síndrome de estrés post traumático; lo anterior es importante aproximarlos, por cuanto los procesos de revictimización pueden agudizar dicho síndrome, y por lo tanto, un aspecto importante, es reducir los efectos de la victimización secundaria, para que éstos influyan en la menor medida posible en la situación de los síntomas del estrés postraumático.

El llamado Síndrome de Estrés Posttraumático (SEPT) usualmente aparece como consecuencia de haber sufrido la persona un trastorno agudo del psiquismo ante el evento de una situación traumática, y la aparición de dicho síndrome puede ser continua al trauma o diferida al mismo.

El saber psicológico y psiquiátrico ha señalado que clínicamente las manifestaciones del SEPT son las siguientes:

(1) la reminiscencia episódica del acontecimiento traumático, lo cual se desarrolla en un ámbito de embotamiento emocional, situaciones de desapego a los demás, falta de reacción a estímulos externos y falta de interés general;

(2) la evitación de situaciones que recuerden el hecho traumático, pueden concurrir episodios agudos de miedo, pánico, agresividad ante estímulos que importen el recuerdo del hecho traumatizante;

(3) la persona puede presentar trastornos del estado de ánimo, dentro de estos pueden confluir estados depresivos e ideación suicida, también puede presentarse, comportamiento disfuncionales como hipervigilancia, reacciones de sobresalto, y trastornos del sueño como insomnio o pesadillas.

Estos fenómenos propios del SEPT pueden presentarse por diferentes situaciones traumáticas, dentro de ellas, pueden quedar incluidos los hechos delictivos, debe indicarse que no todo delito provocara esta sintomatología, ni todas las víctimas desarrollan los mismos con la misma caracterización e intensidad, usualmente aquellos delitos, que tengan la capacidad de producir gran sufrimiento, podrán generar situaciones de estrés agudo, y dar paso a cuadros de síndrome de estrés postraumático.

Las víctimas de los delitos que sufren un grave impacto en su psiquismo, podrían desarrollar la sintomatología precitada, pero insistimos ello es una aproximación; si es importante indicar que cuando el suceso traumático ha sucedido, y la víctima se enfrenta a los diferentes subsistemas de las agencias penales, el hecho delictivo como evento traumático, puede haber generado una situación de grave estrés en la víctima quien podría ante ese hecho reciente, ante el cual se esta generando un fenómeno de asimilación y en el cual puede concurrir una no plena conciencia de los hechos acaecidos, ante tal situación, las víctimas en los momentos siguientes al hecho pueden:

(I) tener manifestaciones de incapacidad ante estímulos externos, pueden presentar embotamiento emocional, lo cual es importante reflejar, por que en estos estados, las víctimas pueden ser especialmente frágiles y manipulables.

(II) las víctimas pueden adolecer de trastornos de conciencia, desarrollándose sentimientos de extrañeza ante si mismas, y ante el entorno.

(III) la persona que ha sufrido un hecho de las características mencionadas, puede presentar trastornos en el área de la memoria, lo cual puede generar que evoque aspectos importantes de los hechos.

Por ello es que este fenómeno también se ha conceptualizado como un trastorno de la memoria. Las investigaciones sobre la naturaleza de los recuerdos traumáticos, indican que el trauma interfiere en los procesos involucrados en la memoria explícita.

Se ha dicho que durante la exposición al hecho traumático, el área de Wernicke y Broca (aquella relacionada con la codificación de la experiencia en palabras) prácticamente colapsan, reduciendo su actividad notablemente, según lo revelan los estudios de diagnóstico por imágenes. Simultáneamente, aumenta la actividad en el área del hipocampo, área esta que está relacionada con la memoria emocional.

Por lo tanto, el hecho traumático queda archivado en la memoria Implícita, y sólo deficientemente en la memoria Explícita o Narrativa. Por esto el trauma es llamado también el terror sin palabras.

(IV) Se pueden presentar por la víctima aislamientos parciales o totales del entorno, así como notable falta de interés lo cual impide que el sufriente, valore en todo su contexto los hechos, y las consecuencias de los mismos.

Pero como lo hemos expresado, la sintomatología anterior, no se concretiza ni en todos los hechos delictivos, ni respecto de todas las víctimas, de tal manera que cada caso particular debe ser cuidadosamente evaluado.

En cuanto a los hechos delictivos, debemos ser enfáticos, que no todos los hechos delictivos, tienen la misma capacidad para generar un grave perjuicio de índole psíquico en el sentido de generar un cuadro de estrés agudo y posteriormente el síndrome de estrés postraumático, empero debe indicarse que en ciertos delitos, como en aquéllos de connotación sexual, y de violencia o abuso familiar, estos aspectos de daño psíquico son más frecuentes, y precisamente por ello estudiosos de la materia –Burguess y Holstrom– han precisado a partir de sus investigaciones que en el área delitos sexuales, se presentan además la llamada fase aguda y fase crónica

En relación a la fase aguda se distinguen sintomatologías como las siguientes: a) sentimientos de miedo, ansiedad, ira; b) sentimientos disfrazados o disimulados, lo cual provoca el fenómeno de “calma tensa”; c) pueden darse sentimientos de humillación y de auto-responsabilidad, por lo cual la víctima se siente avergonzada y cree que el hecho en alguna medida se debe a su propia culpa.

En cuanto a la llamada fase crónica, la diagnosis es la siguiente: En una primera fase hay un fuerte arraigo del sentido del miedo, el cual asume dos aspectos: (a) el llamado miedo-choque, en el cual la víctima sufre emociones violentas que afectan el proceso psíquico, por lo cual pueden presentarse percepciones inexactas del suceso; (b) el denominado miedo-sentimiento, por lo cual la víctima puede llegar a sustituir la realidad del hecho por fantasías o hechos inverosímiles.

La segunda etapa de la llamada fase crónica se caracteriza por: (a) tratar de encontrar las explicaciones del suceso, por lo cual la víctima puede llegar a autoinculparse o al estado de la autocompasión; (b) la víctima puede llegar un sentido de impotencia personal, y padecer impotencia institucional; (c) por último puede sobrevenir la llamada sobrevictimización.

Por último sobre este aspecto traumático, es conveniente indicar que en el actual estado de cosas, se sostiene por los doctos en la materia –Van der Kolk, Herman– una nueva formulación de los aspectos traumáticos, el cual ellos han nominado como “Trauma Complejo o Estrés Extremo” por el cual se postula un nuevo diagnóstico, conocido como TPET Complejo (Complex PTSD) o Trastorno por Estrés Extremo (DESNOS; Disorder of Extreme Stress Not Otherwise Specified).

Esta forma de estrés traumático, se circunscribe según tales autores, para los casos en los cuales, la situación traumática se haya producido repetidamente y a lo largo de mucho tiempo, de tal manera que, la exposición prolongada al trauma condicionan el mismo desarrollo de la personalidad del individuo.

Se ha indicado por los expertos que este tipo de síndrome puede sobrevenir en aquellos casos de situaciones de abuso sexual prolongado, cautiverio, prisioneros de campos de concentración, prisioneros de guerra, víctimas de la tortura, violencia doméstica extrema y reiterada, abuso físico y emocional, explotación sexual, y delitos de especie similar.

Debe indicarse que en estos casos, las sintomatología que se producen en un cuadro de síndrome de estrés postraumático (TPET) es ampliamente rebasada, las manifestaciones de un TPET complejo, van mucho más allá de las consecuencias que puede tener un hecho traumático o un síndrome traumático, ya que en el llamado DESNOS, las consecuencias son de gran intensidad, concurre una degradación la identidad de la persona, así como de su vida relacional, lo cual provoca unas alteraciones profundas a nivel cognitivo, perceptual, de la regulación afectiva, en la conciencia, en la autopercepción, en el autoconcepto, en la personalidad, la identidad.

### **VIII. REVICTIMIZACIÓN EN MENORES Y SISTEMA PENAL.**

La cuestión de la revictimización de los menores, es todavía mucho más compleja, dado lo particular de la personalidad del menor, todavía en formación, de ahí que, los daños que el proceso puede causar a los menores, debe ser reducido al margen mínimo. Cuando la persona ofendida es de escasa edad el daño psíquico no se derivará de la ofensa sexual, por que los menores pudiesen no tener un marco de connotación sexual, y por ende no se representan la lesividad de lo sufrido.

Sin embargo, el sometimiento extremos al rito procesal, puede ir generando conciencia del daño y desencadenar efectos nocivos para el menor, los cuales, se podrían acentuar con su desarrollo síquico-somático; de tal manera que cuando se trata de niños que han sido sexualmente abusados, el sistema penal, con su intervención puede generar –y genera– efectos nocivos, o sea que, en lugar de restaurar perjudica, y sobre todo cuando los efectos de la revictimización no se reducen, por un incorrecto manejo del caso por las agencias del sistema penal.

Ante esta realidad, la reflexión victimológica se ha desarrollado significativamente en los últimos años, sobre todo respecto de los abusos de menores, y de las consecuencias nocivas que implican el sometimiento de los casos al sistema penal; y precisamente ello ha dado lugar a compromisos internacionales y a una producción científica que prueba la importancia de este campo transdisciplinar.

Desde esta visión ha surgido la caracterización del Derecho Minoril Victimal, el cual se define como “el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos (locales, nacionales e internacionales), tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas menores de delitos sexuales”.

En este contexto general la problemática específica de la niñez victimizada por vía de delitos de carácter sexual, ha tomado progresivamente, una importancia trascendental, en la agendas de las políticas pública de seguridad, así como en el desarrollo de las políticas criminales y penales de las distintas regiones del mundo. Para ello debe advertirse que cada vez más, los niños son víctimas de la delincuencia organizada, y que los niveles de victimización, en conductas delictivas, como trata de blancas, turismo sexual, pornografía

por Internet, sexo perceptivo, prostitución, hacen énfasis en la población de infantes y púberes.

En el caso de niños que han sido sexualmente abusados, no es extraño encontrar que la intervención desde el Estado tenga efectos nocivos, o sea que, el perjuicio que se puede causar a los menores en su contacto con los sistemas judiciales, es mucho más perjudicial, que la misma conducta delictiva, lo anterior tiene una mayor sobredimensión cuando los mass media generan una publicidad indiferente al interés del menor, que en esencia, permite su identificación y posterior revictimización terciaria.

De ahí que el sistema penal, debe ser consciente, de lo nocivo que puede ser, si no trata con responsabilidad el fenómeno de la victimización secundaria. Precisamente la reunión en el sistema penal, de objetivos, de investigación y persecución del delito, de intereses jurídicos, sociales, psicológicos, pedagógicos, médicos, familiares, que se desarrollan sin una base fundamental, que les dé coherencia ad-intra y ad-extra, fertiliza el terreno para que las actividades de las agencias del sistema penal, provoquen una mayor victimización secundaria.

Por así decirlo, el hacinamiento de profesionales, la superposición de revisiones médicas; la multiplicidad de entrevistas que rebosan por su cantidad, pero no por su calidad, las precarias condiciones de los lugares en los cuales se desarrolla la actividad de investigación y de juicio, con ambientes no sólo inapropiados, sino que también hostiles a las víctimas menores, los negativos efectos de la institucionalización de menores víctimas, que cuando son agredidos por sus propios progenitores, son llevados a lugares de protección, en los cuales se sienten –encarcelados–; la falta de una política predecible y segura de atención a largo plazo para los menores víctima de agresiones sexuales, hacen que el contacto de los menores, con las agencias del sistema penal, sea crítica y en muchos casos una mayor fuente de victimización.

Es por ello que en lo atinente a la agencia del sistema de la judicatura, se debe tener en cuenta por todos los operadores del sistema que la declaración de los menores, es un acto diferente al de los adultos, que constituye un testimonio extraordinario, y que debe ser valorado conforme a esos parámetros, que el menor, por su condición no puede ser asimilado con los adultos, y que su testimonio debe ser tomado en condiciones diferentes, sólo en estos casos se justifica que dicha testificación, sea sin la presencia del acusado, y que se rinda en ambientes, no hostiles, para lo cual es clave, la estructura arquitectónica judicial, por cuanto las salas de juicio ordinarias, no son compatibles, para que un niño rinda testimonio.

Ante este panorama debe tenerse en cuenta que la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha sostenido que: “los medios probatorios tradicionalmente empleados a nivel judicial resultan poco apropiados e insuficientes para constatar la realidad del afectado, produciéndose, muchas veces, una nueva situación de maltrato, conocida como victimización secundaria. Es necesario desarrollar otros métodos de acreditación de los hechos para enfrentar el ocultamiento y la distorsión que generalmente hace el adulto”.

De ahí que debe ponderarse cuidadosamente, si es conveniente y necesario, que un niño rinda su testimonio, es decir, si exponerlo a tal actividad es proporcional al perjuicio que podría sufrir por los aspectos de la revictimización; por ello deben de reducirse el número de entrevistas al menor, debe de potenciarse la entrevista unificada para los actos de investigación y la declaración en juicio, cuando sea necesario, es por ello, que la búsqueda de la prueba de carácter técnico, en estos casos es vital que sea realizada escrupulosamente.

En tal sentido afirmamos que, si el testimonio del menor, es necesario que se rinda en juicio, tal actividad debe ser realizada de manera distinta a la forma en la cual se desarrollan los actos de prueba testimonial. Por eso hacemos énfasis en que el menor rinda una sola entrevista unificada en los actos de investigación y posteriormente su testimonio en juicio, sin que sea necesario que el menor sea llevado de audiencia en audiencia.

Es importante anotar, que las secuelas de la victimización secundaria en menores debe ser reducida porque el concepto de victimización secundaria no engloba únicamente la preocupación por evitar, *verbi gratia*, que el niño “se pueda sentir incomodo o se sienta mal”, durante su intervención por los agencias del sistema penal y las diferentes actividades que éstas desarrollan; ciertamente que los efectos de la revictimización no se tratan de generar un bienestar o impedir un malestar temporal.

Por el contrario, los efectos que podrían a llegar a causarse por la victimización secundaria, podrían ser de índole nocivo del orden de la salud y del sistema de representaciones sociales que regulan las conductas cotidianas del niño.

Para la inteligencia de lo que significa una experiencia traumática, ella debe ser confrontada con marcos teóricos complejos que incluyen diversas categorías, por ejemplo, el Post Traumatic Stress Disorder –categoría psiquiátrica– o la Neurosis Traumática –concepto psicoanalítica– y únicamente teniendo conciencia, de lo grave que puede representar para un niño, las diferentes secuelas de ellas, pueden mejorarse las labores de las diferentes agencias, para desarrollar la investigación del delito y su juzgamiento, bajo parámetros de reducción notables, de los efectos de la victimización secundaria.

Debe tenerse conciencia que la victimización secundaria, promueve la actualización de lo sucedido a tal punto que configura una nueva experiencia traumática difícil de explicar o justificar; por lo cual, los operadores del sistema penal, deben procurar sobre todo, las minimizaciones de la revictimización.

Ciertamente la falta de adecuación en los dispositivos institucionales, para el tratamiento de los menores, puede generar daños sensibles a los niños víctimas de delitos, y es un deber de todos los que actúan en nombre del Estado, proteger a los niños, no desde la lógica de los adultos, sino desde la misma lógica de los niños.

Insistimos que para evitar la victimización secundaria debe reducirse al mínimo el número de intervenciones del niño, proponemos la entrevista unificada en los ámbitos de la investigación, y la declaración en el juicio oral, bajo circunstancias adaptadas al menor en cuanto a forma y entorno.

## CONCLUSIONES.

(1) El delito como hecho social, genera sufrimiento a la víctima, no sólo físico sino que también psíquico. Es lo que se denomina victimización primaria.

(2) La investigación del delito y su juzgamiento genera sobre las víctimas un daño adicional, de índole psíquico, que es conocido como victimización secundaria.

(3) La victimización secundaria que causan las agencias del sistema penal, puede en determinado momento, ser más nociva que los daños causados por el delito mismo.

(4) La victimización secundaria puede agudizar en la víctima el Síndrome de Estrés Postraumático.

(5) La victimización secundaria que se causa a las víctimas por la investigación del delito y el juzgamiento del mismo, es irreductible, pero puede ser reducido a niveles mínimos.

(6) Es fundamental para evitar la revictimización, que los operadores del sistema penal, traten en todo momento con dignidad a la víctima, y realicen sus actividades con toda responsabilidad, dando énfasis al principio de personalidad y desterrando la ritualidad y burocratización de sus funciones.

(7) La reparación civil resarcitoria es un aspecto esencial para reducir los niveles de victimización.

(8) Los mecanismos de simplificación penal, son útiles para reducir los niveles de revictimización.

(9) Los niños como víctimas de delitos, deben tener un trato diferenciado que reduzca sensiblemente las posibilidades de revictimizarlo.

(10) Debe potenciarse la entrevista única del menor, en la etapa de la investigación, por cuanto la multiplicidad de entrevistas, aumenta los niveles de victimización secundaria.

(11) La detección y reconocimiento del estrés asociado a situaciones traumáticas es el primer paso para el individuo en su camino para su total recuperación e integración social.

(12) El tratamiento de la víctima, a través de profesionales con la debida cualificación y experiencia, se constituye como el factor crucial, junto a la propia actitud y predisposición del sufriente, para ayudar a las víctimas, a afrontar la tragedia y continuar con su vida de forma satisfactoria.

(13) Deben lograrse dispositivos eficaces, para cuestiones del orden del respeto por los Derechos Humanos del Niño porque la victimización secundaria produce un nuevo daño psicológico sobre el cual luego es común que muy poco se pueda hacer e, inclusive, se trata de un daño por el que nadie responde.

(14) La estructura arquitectónica judicial debe responder al entorno del menor para no victimizarlo, cuando se desarrollan actividades de investigación, de prueba y de juzgamiento.

## **DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES: Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.**

•Ana Elizabeth Cubías Medina

### **A. LA MIGRACIÓN Y SUS CAUSAS.**

La migración no es un producto del siglo XX. Mujeres y hombres han abandonado sus tierras de origen buscando trabajo en otros lugares desde la aparición del sistema de trabajo remunerado. En la actualidad la diferencia estriba en que el número de trabajadores migratorios es muy superior al de cualquier otro período de la historia de la humanidad. Millones de personas que ahora se ganan la vida--o buscan un empleo remunerado--llegaron como extranjeros a los Estados donde residen. No hay ningún continente ni región que no tenga actualmente un contingente de trabajadores migratorios.

De acuerdo con estimaciones de las Naciones Unidas, más de 150 millones de personas viven fuera de su país. Esto incluye a refugiados, trabajadores migratorios, inmigrantes permanentes y otros. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) advierte que las estadísticas de los países con respecto a la migración internacional son lamentablemente escasas y no dan razón, o sólo apenas, de las personas presentes sin documentación apropiada. De esta forma, sus mejores estimaciones del número de migrantes internacionales son:

África:16-20,000,000  
Asia:6-9,000,000  
Europa:20,000,000(No incluye la ex URSS/Yugoslavia)  
América del Norte:15-17,000,000  
Sur y CentroAmérica:7-12,000,000  
Asia Occidental (Estados árabes):6-7,000,000  
TOTAL:80-97,000,000<sup>1</sup>

Por otro lado, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha reconocido a 11 millones de personas como refugiados, desde principios de 2000.<sup>2</sup> Estas cifras, citadas por la OIT y ACNUR, junto con otras categorías de personas que viven fuera de su país de ciudadanía, equivalen a uno de cada 50 seres humanos que no viven en su país.

---

•Catedrática Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"

<sup>1</sup> International Labour Office, International Migration and Migrant Worker [Migración internacional y trabajadores migratorios], Committee on Employment and Social Policy, Sesión 26, Ginebra, marzo 2<sup>o</sup> 1996 (GP267-EPS-2):4.

ACNUR. Cifra proporcionada en el Comité Permanente del ACNUR, Ginebra, 2-3 de febrero, 1998.

### ¿Por qué se emigra?

La migración ha sido una característica permanente en la historia de la humanidad. Varias tendencias inquietantes han venido a caracterizar los grandes movimientos globales de la gente, lo que da por resultado una realidad cualitativamente nueva de la migración humana.

Ha habido quebrantos en las situaciones económicas, políticas, sociales y ambientales que han provocado salidas de personas de sus comunidades y países de origen.

Ante todo la pobreza y la incapacidad para ganar o producir suficiente para la propia subsistencia o la de la familia son las principales razones detrás del movimiento de personas de un Estado a otro en busca de trabajo. Estas razones no sólo caracterizan la migración de Estados pobres a ricos; la pobreza alimenta también los movimientos de países en desarrollo hacia otros países donde las perspectivas de trabajo parecen mejores.

Existen otras razones que explican también la salida al extranjero en busca de trabajo. La guerra, los conflictos civiles, los efectos de los desastres naturales, la inseguridad o la persecución derivadas de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas son factores que contribuyen a los flujos migratorios.

### B. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES.

Las personas migrantes dadas sus particulares características, son un sector de la población especialmente vulnerable. De hecho, se sostiene que éstas padecen una condición de vulnerabilidad estructural.<sup>3</sup> A este respecto es preciso considerar que, en muchas ocasiones, las personas migrantes desconocen las leyes, costumbres, e incluso el idioma en los lugares donde se encuentran. Como estos sitios suelen ser las distintas ciudades de un determinado país, el Estado adquiere responsabilidades, según la situación que deba ser atendida en el caso concreto, sea como país de origen, de tránsito, o de destino, todo con el fin de aplicar el principio de corresponsabilidad aplicable al fenómeno migratorio.

Cuando se contrata, transporta y emplea a trabajadores migratorios fuera de la ley, sus derechos humanos y libertades fundamentales corren mayores riesgos. La pobreza masiva, el desempleo y el subempleo existentes en muchos países en desarrollo ofrecen a empleadores y agentes privados sin escrúpulos un terreno fácil para la contratación. En algunos casos, el traslado clandestino de los trabajadores adquiere carácter de operación delictiva.

Desprovisto de condición jurídica o social alguna, el trabajador migratorio indocumentado es por naturaleza objeto de explotación. Queda a merced de sus empleadores y puede verse obligado a aceptar todo tipo de trabajo en cualquier condición laboral o de vida. En el peor de los casos, la situación de los trabajadores migratorios es similar a la esclavitud o al trabajo forzoso. El trabajador migratorio indocumentado

---

<sup>3</sup> Naciones Unidas. Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, Informe E/CN.4/AC.46/1998/5, Párrafo 28; Naciones Unidas, Derechos Humanos de los Migrantes, Informe E/CN.4/2000/82, Párrafo 13.

rara vez trata de buscar justicia por temor a ser descubierto y expulsado y en muchos Estados no tiene derecho de apelación contra decisiones administrativas negativas. Por otro lado, las personas migrantes deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población local e incluso de las autoridades. La situación es particularmente preocupante en el caso de personas que carecen de documentos, y cuya condición inmigratoria irregular los expone a dificultades como problemas para garantizar su derecho al debido proceso, falta de acceso a servicios sociales básicos, condiciones de detención inapropiadas, y ausencia de protección laboral, entre otros. Este tipo de situaciones afecta de manera particularmente severa a mujeres, niños y niñas migrantes.

Sin pretender ser exhaustivos, a continuación se enumeran en detalle algunos de los problemas más contenciosos y urgentes que afectan a esta población:

### **1. ACCESO A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE SUS DERECHOS.**

Las personas migrantes, sobre todo aquéllas que se encuentran sin documentación en un determinado país, ven restringida la posibilidad de protección jurídica, y por tanto están más expuestas a sufrir abusos y arbitrariedades, tanto por parte de la población como de las autoridades. Esto tiende a acentuar la situación de vulnerabilidad anteriormente descrita, al tiempo que fomenta la impunidad. La falta de documentación, por otro lado, se convierte en un obstáculo ya que inhibe a las personas migrantes recurrir a las autoridades en busca de protección en caso de que hayan sido objeto de alguna violación o abuso; asimismo, dificulta el acceso de estas personas a servicios o prestaciones sociales básicas.

### **2. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO.**

En los países de las Américas<sup>4</sup> las personas migrantes son sometidas a procedimientos administrativos para la determinación de su estatus migratorio. El desconocimiento por parte de las personas migrantes del derecho al debido proceso, unido a la ausencia de la aplicación de estas normas por parte de las autoridades, constituyen un problema considerable en materia de derechos humanos. Aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra normas mínimas de debido proceso aplicables a toda situación en que se determinan los derechos de una persona, lamentablemente aún no se cuenta con una doctrina elaborada sobre debido proceso en el campo migratorio. En su informe del año 2000, el Relator Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de Sus Familias de la CIDH subrayó la necesidad de que los Estados respeten un “piso mínimo” de normas de debido proceso para garantizar los derechos de las personas migrantes. Entre las normas expuestas por el Relator se pueden señalar las siguientes: derecho a un adjudicador responsable e imparcial; derecho a ser oído; derecho a información, traducción e interpretación; derecho a representación legal; derecho a revisión judicial; acceso a autoridades consulares; y condiciones de detención apropiadas.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Por las Américas entenderemos, América del Norte, Centroamérica, América del Sur y el Caribe.

<sup>5</sup> Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus

### **3. ACCESO A SERVICIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.**

Por su condición, las personas migrantes, sobre todo aquéllas que no poseen documentación, tienen a menudo dificultades para acceder a servicios sociales indispensables como prestaciones de salud y educación (para sus hijos e hijas), beneficios que el Estado extiende sólo a los y las nacionales o bien a personas extranjeras con la documentación pertinente. Dicha situación naturalmente incrementa la vulnerabilidad de un alto porcentaje de personas migrantes.

### **4. DISCRIMINACIÓN, RACISMO Y XENOFOBIA.**

Este es uno de los problemas más agudos que enfrentan los y las migrantes y sus familias en las Américas y en otras regiones del mundo. Estas personas comúnmente padecen discriminación y estigmatización social. Parte del problema tiene que ver con que la población en los lugares de tránsito o de destino muchas veces mira con recelo o actúa de forma hostil frente a las personas migrantes. Dichas actitudes llevan a que éstas sean acusadas injustamente de participar en actos delictivos o de aprovecharse ex-profeso de los servicios sociales que prodigan los Estados. Este tipo de actitud negativa también influye en el trato que las autoridades les prodigan a las personas migrantes, algo que muchas veces repercute en abusos u hostigamiento e incluso violencia. Es importante recalcar que el resentimiento y la desconfianza en contra de los y las migrantes a menudo surgen de percepciones equívocas basadas en connotaciones de origen étnico o religioso. Estos problemas se han agudizado en la Región con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001. Por ello ha surgido la necesidad de lograr un balance entre seguridad de los Estados y la protección de los derechos humanos de las personas que migran, que garantice la no discriminación de extranjeros en las Américas, por ejemplo, contra personas de origen árabe o de religión musulmana. Por otra parte, es preciso indicar que, en muchos casos, los Estados de las Américas no tienen legislaciones adecuadas para enfrentar problemas relativos a la discriminación, el racismo y la xenofobia en contra de personas migrantes y extranjeros en general. Varios países, incluso, han adoptado legislaciones en materia migratoria caracterizadas por la presencia de rasgos abiertamente discriminatorios (por ejemplo, en el otorgamiento de visas y permisos de trabajo), o bien que no sancionan prácticas laborales abusivas por parte de empleadores nacionales.

La discriminación contra los trabajadores migratorios en la esfera del empleo adopta muchas formas; por ejemplo, exclusiones o preferencias respecto al tipo de trabajo que pueden desempeñar y dificultad de acceso a la formación profesional. Con frecuencia se aplican normas diferentes a los nacionales y a los inmigrantes en lo que se refiere a la estabilidad en el puesto, y en algunos contratos los inmigrantes quedan privados de ciertas ventajas.

---

Familias. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000. Página en Internet —<http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6.htm>

## 5. DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO DE LAS MUJERES MIGRANTES.

Las mujeres han sido históricamente “invisibilizadas” en muchos de los estudios relacionados con el fenómeno de la migración. En el presente esta situación no puede seguir siendo ignorada. Si bien muchas mujeres migran siguiendo a sus maridos y familias, otras lo hacen por su propia cuenta. Según un reciente estudio de la OIM, en el año 2000 las mujeres representaban el 47.5% del número total de personas migrantes en el mundo.<sup>6</sup> El hecho de que millones de mujeres hayan comenzado a migrar no sólo ha aumentado el número total de personas migrantes, sino que también ha transformado este fenómeno social (feminización de la migración). Por sus características particulares, la vulnerabilidad de las mujeres migrantes es aún más prominente que la de hombres; las mujeres son más proclives a sufrir maltrato y explotación tanto física como sexual. Asimismo, la ruptura de lazos familiares tradicionales como consecuencia de los rigores de la migración ha obligado a muchas mujeres a asumir simultáneamente un doble rol como madres y jefas de familia/proveedoras, situación que las expone a condiciones especialmente difíciles y extenuantes.

## 6. DISCRIMINACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; DISCRIMINACIÓN POR CONDICIÓN ETARIA.

Al igual que en el caso de las mujeres, en la última década se ha incrementado el número de niños, niñas y adolescentes que migran.<sup>7</sup> Muchas de estas personas menores tienen su suerte en otros países sin el apoyo de familiares o de alguna persona adulta responsable. Esto los expone a condiciones extremas de vulnerabilidad y abuso, incluidos la explotación sexual y/o laboral. Por otro lado, cabe destacar que niños, niñas y adolescentes hijos de migrantes a menudo son discriminados, ya que no se les permite acceder a la educación, pese a haber nacido en el país de destino de sus padres y madres, y a que el Estado aplique el principio jurídico del *ius soli*, no se les reconoce el derecho a la nacionalidad. En otras ocasiones, las normas migratorias impiden a los progenitores traer a sus hijos e hijas al país de destino. Igualmente, se presenta la situación contraria en la que menores que nacen en el país de destino deben abandonar su país de origen cuando sus madres y padres son deportados o expulsados.

## 7. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES.

Uno de los problemas más significativos y preocupantes que afecta a las personas migrantes en las Américas, en particular a las y los trabajadores migratorios, tiene que ver con la falta de reconocimiento de sus derechos laborales. Las y los trabajadores migratorios soportan frecuentemente un trato abusivo que repercute negativamente en su bienestar. Entre los principales problemas es posible mencionar: bajos salarios, a menudo por debajo del sueldo mínimo legal; condiciones de trabajo muy difíciles (extenuantes jornadas de trabajo y una infraestructura inadecuada); restricciones en la participación en sindicatos

<sup>6</sup> OIM. World Migration Report 2000. (<http://www.iom.int/iom/Publications/WMRENG2000.htm>)

<sup>7</sup> Idem.

y otras organizaciones de trabajadores; imposibilidad de negociar colectivamente sus contratos; y la ausencia de beneficios y prestaciones sociales como aportes patronales para las pensiones, derechos de maternidad y seguro por accidentes de trabajo, entre muchos otros. La indefensión en materia laboral afecta de forma particularmente importante a mujeres, niños y niñas migrantes, quienes, además de malas condiciones y restricciones a beneficios ya mencionados, son víctimas a veces de violencia física y/o sexual.

## **8. LIBERTAD DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN.**

Por su condición particular, en muchos países de las Américas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, enfrentan una serie de obstáculos para participar y/o formar organizaciones con el propósito de defender sus intereses económicos, sociales, culturales y de cualquier otra índole.

## **9. SITUACIÓN DE LAS FAMILIAS EN LOS PAÍSES DE ORIGEN.**

Existen circunstancias en las que la protección de derechos humanos para personas migrantes ha de extenderse a las familias de estos que residen en el país de origen. En este sentido, es preciso destacar que, en ciertas oportunidades, las familias de las personas migrantes se ven seriamente afectadas por el éxodo de sus seres queridos/familiares. Entre los casos que ameritan atención es posible mencionar: situaciones en las que las familias asumen onerosas deudas con miembros de organizaciones criminales que ayudaron a su pariente a emigrar y que, por tanto, muchas veces sufren presiones y amenazas de parte de delincuentes que exigen el pago del servicio que prestaron; dificultades para acceder a las remesas enviadas por sus familiares; situaciones en las que mujeres solas, personas con discapacidad, adultos mayores y/o adolescentes han sido abandonados, o peor aún, han de asumir la responsabilidad de hacerse cargo de mantener y educar a niños, niñas y adolescentes.

## **10. PRIVACIÓN DE LIBERTAD.**

En muchos países de destino y tránsito en las Américas personas migrantes son detenidas porque infringieron la ley, porque entraron o intentaron entrar a un determinado país con documentación falsa, o bien simplemente por su condición de persona indocumentada. La detención de personas migrantes representa un problema para las autoridades, ya que significa un desembolso adicional y una sobrecarga de trabajo en el sistema judicial. Como norma, las condiciones de detención de personas migrantes en las Américas, incluso en los Estados más pudientes, son extremadamente deficientes. Éstas se caracterizan por hacinamiento, pésimas condiciones de salubridad e higiene, trato abusivo por parte de las autoridades, falta de actividades recreativas, y ausencia de acceso a servicios médicos y legales, entre los más destacados. Por otro lado, migrantes detenidos en procesos administrativos, incluso en el caso de menores de edad, a menudo son enviados a centros penitenciarios donde son mezclados con delincuentes comunes. Más allá de la escasez de recursos para garantizar condiciones de detención apropiadas, el problema de fondo

tiene que ver con la criminalización de la que son objeto las y los migrantes no autorizados y que los expone injustamente a sufrir los rigores de esquemas represivos de carácter penal. Otro problema importante tiene que ver con que los Estados no han establecido de forma regular alternativas a la detención que permitan a las personas migrantes que no han cometido delitos permanecer libres y junto a sus familias hasta que su situación migratoria sea determinada por las autoridades pertinentes.

### **11. PENALIZACIÓN Y FALTA DE APOYO A LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y TRATA DE PERSONAS.<sup>8</sup>**

Un problema que afecta gravemente es el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. Este factor afecta a un número importante de personas en el mundo. De acuerdo a un estudio realizado por la OIM en 1997, cerca de 4 millones de personas, incluidos refugiados, utilizaron los servicios de traficantes y otras personas para intentar llegar a su destino.<sup>9</sup> Cifras de Naciones Unidas, en tanto, indican que alrededor de 700 mil personas son anualmente víctimas de trata para prostitución y trabajos forzados.<sup>10</sup> En relación a este fenómeno, aun cuando en instrumentos internacionales como la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional se han tipificado los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, tanto en los procesos de regulación como en la aplicación de la ley contra estos delitos muchas veces no se protege adecuadamente a las víctimas. Peor aún, en ciertas ocasiones incluso se las penaliza, lo que lleva a que se produzca una doble victimización de estas personas. Otro serio problema se encuentra en la tipificación

---

<sup>8</sup> Las definiciones empleadas son las establecidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que distingue entre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. De conformidad con el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define tráfico ilícito de migrantes como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. El término "tráfico ilícito de migrantes" no debe confundirse con "trata de personas", por la cual "...se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza, u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...) c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo..." (Artículo 3, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños).

<sup>9</sup> Organización Internacional para las Migraciones. 1999.

<sup>10</sup> United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. 2002. "Trafficking in Human Beings." Página en Internet—[http://www.undcp.org/odccp/trafficking\\_human\\_beings.html](http://www.undcp.org/odccp/trafficking_human_beings.html)

de estos delitos por parte de ciertos Estados. En relación a este punto, cabe señalar que en su afán por inhibir crecientes flujos migratorios, muchos Estados erróneamente tipifican como delito de trata de personas ciertas prácticas que, si bien apuntan a ayudar a personas a emigrar, no conllevan elementos coercitivos y de explotación, por lo que, en rigor, no califican como tales delitos.

De esta exposición, podemos concluir finalmente que las violaciones a los derechos humanos de los migrantes se debe especialmente a su **condición migratoria** (documentado o indocumentado), a la **condición de género**, y en **las distintas características etarias** de las personas que emigran.

## **C. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES.**

### **1. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

#### **1.1 DESARROLLO DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN.**

Desde la década de 1920, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha estado a la vanguardia de los esfuerzos por garantizar y mantener un trato justo para los trabajadores migratorios y sus familias.

La contribución de la OIT al logro de una mayor justicia para los trabajadores migratorios reviste dos formas principales. En primer lugar, algunos convenios y recomendaciones de la OIT establecen pautas para leyes nacionales y para procedimientos judiciales y administrativos en lo que se refiere a la migración con fines de empleo. En segundo lugar, mediante sus proyectos de cooperación técnica, la OIT contribuye a garantizar los derechos humanos de los trabajadores migratorias.

Los dos principales convenios de la OIT relativos a estos trabajadores son el Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes (revisado) (N.º 97) de 1949 y el Convenio sobre las Migraciones (disposiciones complementarias)(N.º143)de1975.

En el Convenio N.º 97 figura una serie de disposiciones destinadas a ayudar a los trabajadores migratorios. Por ejemplo, se pide a los Estados que ratifican el Convenio que faciliten la información pertinente a otros Estados miembros de la OIT y a la Organización, que tomen todas las medidas pertinentes contra la propaganda que pueda inducir a error y que faciliten la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migratorios.

Asimismo, el Convenio exige a los Estados que lo ratifican que apliquen a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable al que apliquen a sus propios nacionales en lo que se refiere a una amplia serie de leyes y reglamentos sobre la vida laboral.

El Convenio N.º 143 trata en la Parte I de las migraciones en condiciones abusivas y en la Parte II de la igualdad de oportunidades y de trato.

El Convenio establece que los Estados deben respetar los derechos humanos

fundamentales de todos los trabajadores migratorios. Asimismo, deben impedir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el tráfico ilegal de inmigrantes. Además, los Estados deben adoptar y seguir una política que garantice la igualdad de trato en cuestiones como el empleo y la ocupación, la seguridad social y los derechos sindicales y culturales.

Recientemente ha entrado en vigor un instrumento específico de protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios. Se trata de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y Sus Familias, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que el pasado 1 de julio del 2003 entró en funcionamiento.

Para su vigencia era necesario que 20 Estados parte la ratificaran. Trece años después, el 13 de marzo de 2003, Guatemala fue el vigésimo país en hacerlo. El Salvador firmó la Convención el 13 de septiembre de 2002 y la ratificó el 14 de marzo de 2003, constituyéndose el vigésimo primero Estado parte.

Valga hacer la aclaración que la población migrante, independientemente de su condición migratoria, es sujeta a la protección que ofrecen los diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, y de esta forma lo contempla la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y su Familias.

Otros instrumentos que han incidido en la protección de los derechos de los migrantes son las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, siendo las más representativas las siguientes: **Derechos humanos de los migrantes, de 1999/44**, en donde reconoce que los principios y normas consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes; **Los trabajadores migrantes y los derechos humanos, 1997/15**, en donde establece una serie acciones para fortalecer la promoción, la protección y el ejercicio de los derechos humanos de los migrantes; **Los migrantes y los derechos humanos, 1998/16**, en donde solicita a los Estados que, actuando de conformidad con sus respectivos sistemas constitucionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales internacionales de derechos humanos que sean parte, promuevan y protejan eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes; **y La violencia contra las trabajadoras migratorias, 1998/17**, en donde invita a los gobiernos interesados, en particular a los gobiernos de los países de origen y de acogida, que si no lo han hecho, prevean sanciones penales y criminales para castigar a los autores de violencias contra las trabajadoras migratorias y, en la medida de lo posible, faciliten a las víctimas de esas violencias una asistencia inmediata y completa.

Por otro lado, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció en 1999 su Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “[a]lentada por el creciente interés de la comunidad internacional en la protección plena y efectiva de los derechos humanos de todos los migrantes”, decidió crear la Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, mediante la Resolución E/CN.4/1999/44.

Dicha Resolución señala la necesidad de dar un enfoque centrado y coherente sobre los migrantes como grupo vulnerable específico y reconoce que los principios y normas consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes. Asimismo, pide a los Estados que promuevan y protejan eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes, actuando de conformidad con la citada Declaración Universal y los demás instrumentos internacionales aplicables.

Esta Resolución también establece que la Relatoría Especial tiene entre sus funciones, formular recomendaciones para impedir violaciones de los derechos humanos de los migrantes y para remediarlas donde quiera que se produzcan, así como promover la aplicación efectiva de las normas internacionales pertinentes, e invita al Relator Especial a que, en el desempeño de su mandato, y en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de todos los demás instrumentos internacionales sobre la materia, reciba e intercambie información sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes.

La Relatora Especial interviene en las siguientes situaciones que corresponden a su mandato: a) actos cometidos contra la aplicación efectiva de la normativa mínima de protección de los derechos humanos de los migrantes; b) casos de múltiple discriminación y violencia contra los hombres y las mujeres migrantes; c) obstáculos contra la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes; d) actos cometidos contra los niños y niñas migrantes; e) actos de tráfico ilícito y trata de migrantes y f) regreso de migrantes que se encuentran en situación irregular o indocumentada.

## **1.2 CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS.**

### **1.2.1 ANTECEDENTES: ESPACIOS PREVIOS A LA SUSCRIPCIÓN DE LA CONVENCIÓN**

Para 1970 el tráfico ilegal de la mano de obra fue el problema que hizo centrar los debates de las Naciones Unidas, a principios de este decenio, en la cuestión de los derechos de los trabajadores migratorios.

En 1972, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) expresó su alarma por el transporte ilegal de mano de obra a algunos Estados europeos, organizado por elementos criminales, y por la explotación de los trabajadores de algunos Estados africanos “en condiciones parecidas a la esclavitud y al trabajo forzoso” (resolución 1706 (LIII), preámbulo). El Consejo deploró que se aprovecharan las condiciones de pobreza, ignorancia y desempleo de las masas en

los Estados de origen para explotar a esa mano de obra y beneficiarse de ella por medio del tráfico ilícito y clandestino, y pidió a los gobiernos interesados que aprehendieran y juzgaran a los culpables y adoptaran las medidas legales necesarias para combatir ese problema.

Más tarde en ese mismo año, la Asamblea General condenó la discriminación contra los trabajadores extranjeros y pidió a los gobiernos que pusieran fin a esas prácticas y mejorasen las disposiciones relativas a la recepción de los trabajadores migratorios (resolución 2920 (XXVII)). Asimismo invitó a los gobiernos a garantizar el respeto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y les pidió encarecidamente que ratificaran el Convenio de la OIT N° 97.

Se volvió a instar a los Estados a que ratificaran el Convenio N° 97 de la OIT y a que celebraran acuerdos bilaterales sobre la migración con fines de empleo en una resolución del ECOSOC de 1973 (1789 LIV)), en la que se pidió a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer que estudiaran la cuestión del tráfico ilícito y clandestino de la mano de obra.

### 1.2.2 ESTUDIOS Y SEMINARIOS PERTINENTES

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, tras reconocer que había dos aspectos en el problema, por una parte las operaciones ilícitas y clandestinas y por otra el trato discriminatorio dado a los trabajadores migratorios en los Estados de acogida, pidió a uno de sus miembros que emprendiera un estudio sobre la explotación de la mano de obra por medio del tráfico ilícito y clandestino. En 1976 la Comisión de Derechos Humanos examinó el informe final y las recomendaciones dadas.

En 1974, la Conferencia Mundial de Población de las Naciones Unidas, celebrada en Bucarest, aprobó el Plan de Acción Mundial sobre Población. En él figuraban recomendaciones sobre la migración internacional de trabajadores y se trataba en particular el control de las prácticas discriminatorias y el tráfico ilícito.

En noviembre de 1975 se celebró en Túnez el Seminario sobre los derechos humanos de los trabajadores migrantes, organizado por las Naciones Unidas. Entre sus conclusiones, se subrayó la necesidad de otorgar a esos trabajadores la igualdad ante la ley en lo que se refería a los derechos humanos y a la legislación laboral; tratar humanamente a los extranjeros que permanecían en un Estado ilegalmente; y evitar situaciones en que se mantuviera a los trabajadores migratorios en condiciones ilegales durante largos períodos. Asimismo, se señaló el hecho de que tanto los Estados de origen como los Estados receptores tenían responsabilidades respecto a los trabajadores migratorios.

En 1979, el estudio sobre disposiciones internacionales de protección de los derechos humanos de los no ciudadanos, preparado por la baronesa Elles para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías marcó un jalón en el camino que había de llevar a una convención internacional. En ese estudio se llegaba a la conclusión de que los derechos de los extranjeros no estaban todavía protegidos universalmente y que la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos a los extranjeros era imprecisa y poco clara. En consecuencia la baronesa Elles sugirió que la comunidad

internacional aprobara un proyecto de declaración sobre “los derechos humanos de los individuos que no son ciudadanos del país en que viven”.

En 1985, el Consejo Económico y Social reconoció la necesidad de identificar los esfuerzos en los niveles nacional, bilateral, regional e internacional, para mejorar la situación social de los trabajadores migrantes y sus familias (resolución 1985/24). El Consejo invitó a los Estados Miembros a que establecieran o ampliaran programas y servicios destinados a mejorar el bienestar de los trabajadores migrantes y sus familias y atender a las necesidades y problemas surgidos como consecuencia de las condiciones cambiantes en la migración internacional de trabajadores. Hizo hincapié en la protección de las familias de los trabajadores migrantes y en el mejoramiento sustancial de las condiciones necesarias para la integración de la familia, particularmente las mujeres y los jóvenes en la sociedad que los recibía. Se afirmaba en la resolución que se debería prestar atención especial a la educación de los niños de modo que mantuvieran y perfeccionaran el conocimiento de su lengua materna y de su patrimonio cultural.

En septiembre de 1989 se celebró en Atenas el Seminario Internacional sobre el diálogo cultural entre los países de origen y los países receptores de trabajadores migratorios, organizado por las Naciones Unidas. Ese seminario se celebró en respuesta a la solicitud del ECOSOC (resolución 1988/6, párrs. 11 y 12) de que el Secretario General prestara especial atención a la situación de los trabajadores migratorios y sus familias.

Al tratar de la integración de los trabajadores migratorios y sus familias en una situación regular, el Seminario subrayaba la función catalizadora de la educación. Los participantes convinieron en que el aprendizaje del idioma del Estado receptor era decisivo para el éxito de la integración. Al mismo tiempo era importante que los niños mantuvieran su identidad; a tal fin la educación debería ser bilingüe.

El Seminario llegó también a la conclusión de que los trabajadores migratorios debían tener el derecho y la oportunidad de fundar asociaciones y afiliarse a ellas. La afiliación de los trabajadores migratorios a los sindicatos les abría el camino hacia la participación en los asuntos públicos. Las organizaciones no gubernamentales tenían una importante función en el proceso de integración. En sus recomendaciones sobre los derechos cívicos, el Seminario pidió a los Estados de acogida que facilitaran a los trabajadores migratorios el ejercicio del derecho a votar en su Estado de origen y, en la medida de lo posible, estudiaran la posibilidad de extender a los trabajadores migratorios el derecho a votar y a ser elegido. Asimismo el Seminario recomendaba la aplicación del derecho a la reunión de las familias.

### **1.2.3. REDACCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL**

Fue la primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, celebrada en Ginebra en 1978, la que recomendó que se elaborase una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios.

En 1980 se estableció un Grupo de Trabajo Abierto a la participación de todos los Estados Miembros para elaborar una convención. Los órganos y las organizaciones internacionales interesados -Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Desarrollo Social, Organización Internacional del Trabajo, Organización de las Naciones Unidas para

la Educación la Ciencia y la Cultura y Organización Mundial de la Salud- fueron invitados a contribuir a esa tarea.

En 1990, el Grupo de Trabajo, reconstituido en períodos de sesiones sucesivos de la Asamblea General, terminó la redacción de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en 1990.

El 18 de diciembre de 1990 la Asamblea General aprobó la Convención, que quedó abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Los distintos Estados podían ratificarla después. La ratificación exige la aprobación de la autoridad nacional competente - generalmente el Parlamento. Los Estados pueden también adherirse a la Convención firmándola y ratificándola en un solo acto. La Convención entró en vigor tras la ratificación o la adhesión de 20 Estados. En ese momento en que un Estado ratifica la Convención o se adhiere a ella, pasa a ser Estado Parte.

#### **1.2.4. TRABAJADORES MIGRATORIOS Y CONFERENCIAS DE LAS NACIONES UNIDAS**

##### **Conferencia Mundial de Derechos Humanos**

En junio de 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena invitó a los Estados a que ratificasen lo antes posible la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En la Declaración y Programa de Acción de Viena que adoptó (parte II, párrs. 33 a 35), la Conferencia instó también a los Estados a que garantizaran la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La Conferencia afirmó que asignaba particular importancia a la creación de condiciones que promovieran una mayor armonía y tolerancia entre los trabajadores migratorios y el resto de la sociedad del Estado receptor.

##### **Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo**

En Septiembre de 1994, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, abordó los problemas de la migración y, en especial, la cuestión de la migración mundial. En el capítulo X del Programa de Acción que aprobó, la Conferencia hizo un llamamiento en pro de asumir un enfoque internacional global para hacer frente a la migración internacional. Entre los sectores en que urgía tomar medidas, la Conferencia identificó las causas subyacentes de la migración y solicitó que se adoptaran disposiciones para afrontar el problema de los trabajadores migratorios documentados e indocumentados.

##### **Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social**

En marzo de 1995, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en, los Estados se comprometieron, a nivel internacional, a garantizar que los trabajadores migratorios se beneficiaran de la protección ofrecida por los correspondientes instrumentos nacionales e internacionales, a tomar medidas concretas y eficaces contra la explotación de los trabajadores migratorios y a alentar a todos los Estados a que estudiaran

la posibilidad de ratificar y aplicar plenamente los instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migratorios.

En el capítulo III del Programa de Acción que aprobó, en el que aborda la creación de empleo productivo y la reducción del desempleo, la Cumbre reconoció la necesidad de intensificar la cooperación internacional y prestar mayor atención a nivel nacional a la situación de los trabajadores migratorios y sus familiares.

### **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer**

En septiembre de 1995, a las Naciones Unidas le inquietaba también la difícil situación de las trabajadoras migratorias, ya que han sido víctimas de la violencia y explotación sexual. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en esa fecha, prestó una considerable atención a la situación de las migrantes. En la Plataforma de Acción que adoptó (cap. IV.D), la Conferencia hizo un llamamiento a los Estados para que reconocieran la vulnerabilidad ante la violencia y otras formas de malos tratos a las migrantes, incluidas las trabajadoras migratorias, cuya situación jurídica en el Estado huésped depende de los empleadores, que pueden abusar de su situación. Encareció también a los gobiernos a que establecieran servicios lingüística y culturalmente asequibles para las migrantes jóvenes y adultas, incluidas las trabajadoras migratorias, que son víctimas de la violencia en razón de su sexo.

## **1.2.5 IMPORTANCIA Y CONTENIDO**

La Convención es un tratado internacional de carácter global, inspirado en los acuerdos jurídicamente vinculantes existentes, en estudios de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, en conclusiones y recomendaciones de reuniones de expertos y en los debates celebrados y las resoluciones aprobadas en los órganos de las Naciones Unidas en los dos últimos decenios sobre la cuestión de los trabajadores migratorios.

Como los demás acuerdos internacionales sobre derechos humanos, la Convención establece unas normas que sirven de modelo para las leyes y los procedimientos judiciales y administrativos de los distintos Estados. Los gobiernos de los Estados que ratifican la Convención o se adhieren a ella se comprometen a aplicar sus disposiciones adoptando las medidas necesarias, así como a garantizar que los trabajadores migratorios cuyos derechos hayan sido violados puedan presentar un recurso judicial.

### **1.2.5.1 IMPORTANCIA**

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares abre nuevos horizontes al extender la protección de los trabajadores migratorios y de sus familiares al plano mundial. También va más allá de simplemente aplicar a una categoría específica de individuos la legislación que sobre derechos humanos existe. La Convención revela cómo la comunidad internacional percibe la aplicación de los derechos humanos en sus disposiciones de "igualdad de trato" entre mujeres y hombres trabajadores migratorios, entre trabajadores legales e indocumentados. Los siguientes 10 puntos subrayan su importancia:

1. La Convención reconoce el papel decisivo que desempeña el trabajador migratorio en la economía global. Ello implica una serie de asuntos políticos, sociales, económicos, éticos y legales para millones de individuos y numerosos Estados que no pueden ser ignorados. Aun así, los trabajadores migratorios siguen siendo un grupo muy desprotegido en la comunidad internacional.
2. Hoy en día, los trabajadores migratorios y sus familiares a menudo son desatendidos por sus países de origen, explotados por individuos y tienen derechos limitados en los Estados de empleo donde no son nacionales. La Convención identifica a los trabajadores migratorios y a sus familiares como personas vulnerables en una situación global, los cuales tienen necesidad de protección de sus derechos humanos y derecho al goce de éstos independientemente de su estatuto legal. Amplía la aplicación de los derechos humanos a una categoría específica de individuos que en la actualidad carece de protección. Sus disposiciones también extienden, en cierto grado, la protección de los derechos humanos a otras categorías de migrantes vulnerables.
3. A la fecha, la Convención es el instrumento internacional más integral sobre trabajadores migratorios. Ofrece una serie de normas internacionales para enfocar: (a) el trato, el bienestar y los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, y (b) las obligaciones y responsabilidades de los Estados involucrados. Éstos incluyen los Estados de origen, de tránsito y de destino, todos los cuales se benefician de la migración internacional de trabajadores. Aunque los acuerdos bilaterales y regionales son importantes, son insuficientes para encauzar este asunto global,
4. La comunidad entera tiene por primera vez una definición internacional de trabajador migratorio, la cual reconoce como migrante tanto a hombres como a mujeres. La Convención también define ciertas categorías de trabajadores migratorios, aplicables a todas las regiones del mundo.
5. Los trabajadores migratorios son más que simples jornaleros o entidades económicas. Son entidades sociales con familias. La Convención reconoce que tienen derechos y, en consecuencia, incluye el derecho a la reunificación familiar.
6. La Convención hace hincapié en que todos los trabajadores migratorios, ya sea que estén en condición legal o indocumentada, o no autorizada deben gozar de sus derechos humanos fundamentales. Incluye a todos los trabajadores migratorios, independientemente de su condición legal, pero los alienta a documentar o regularizar su situación. Exhorta a todos los trabajadores y a los patrones a respetar y cumplir las leyes y procedimientos de los Estados involucrados.
7. La Convención también amplía el concepto de "igualdad de trato" al pedir que los trabajadores migratorios y sus familiares, que no son nacionales de los Estados del empleo, sean tratados igual que los nacionales en ciertas situaciones. Así, refuerza la indivisibilidad de los derechos humanos independientemente de la nacionalidad y las fronteras nacionales. Los no nacionales, sin embargo, no deben tener más derechos que los nacionales.

8. Busca establecer normas mínimas de protección de los derechos legales, políticos, económicos, civiles, sociales y culturales universalmente aceptados para los trabajadores migratorios y sus familiares, a la vez que permite que los Estados que así lo deseen brinden protección adicional en áreas específicas. Por consiguiente, también busca dirigirse a los Estados que carecen de normas nacionales de protección de derechos humanos y los alienta a adecuar su legislación con las normas universales establecidas en la Convención. Los Estados se reservan el derecho de determinar quién será aceptado en su país, los términos de residencia, y quién será autorizado para trabajar.
9. En general, la Convención tiene como objetivo impedir y eliminar la explotación de los trabajadores migratorios y de sus familiares durante todo el proceso de migración. En especial, busca acabar con el reclutamiento ilegal o clandestino y con el tráfico de trabajadores migratorios, así como disuadir el empleo de éstos en situaciones irregulares o indocumentadas.
10. Por último, la Convención establece mecanismos para su implementación, brindando nuevas oportunidades para una mayor participación de la comunidad mundial en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, sobre todo por parte de las ONG's y los individuos.

Debemos recalcar que la Convención se aplica a todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y de sus familiares. Les confiere derechos y protección en todas las fases: preparación, reclutamiento, salida y tránsito; estancia en los Estados del empleo, y retorno a o restablecimiento en su patria o Estado de residencia. A su vez, como ya lo mencionamos, se establece que no todos los migrantes son trabajadores migratorios. Por primera vez en un instrumento internacional, la Convención ofrece una definición del trabajador migratorio centrada en la contratación para una “actividad remunerada”. La definición es amplia e incluye la protección de aquéllos que planean emigrar como trabajadores migratorios, de los que ya trabajan fuera de su país, o de quienes concluyen su trabajo afuera y vuelven a su patria. Establece que “El término ‘trabajador migratorio’ se refiere a la persona que será contratada, está contratada o ha sido contratada para una actividad remunerada en un Estado del cual él o ella no es un nacional”. Dado que cada migrante tiene características precisas, los que migran como refugiados políticos, empleados de un gobierno, estudiantes, inversionistas, etcétera, no deben confundirse con los trabajadores migratorios y sus necesidades y preocupaciones específicas. La Convención también reconoce en la definición del trabajador migratorio la importancia de las mujeres como trabajadoras migratorias con sus propios derechos. A lo largo de la Convención se hace hincapié en asegurar la plena aplicación de la legislación de derechos humanos a mujeres, hombres y familias de los trabajadores migratorios.

Además de la definición general de estatus de trabajador migratorio, la Convención reconoce la complejidad de la situación del trabajador migratorio en el mundo contemporáneo. También define categorías específicas de trabajadores migratorios, tales como “trabajador fronterizo”, “trabajador temporal”, “trabajador de proyecto” y “trabajador por cuenta propia” (Art. 2). Esta última abarca la gran cantidad de trabajadores migratorios que operan

un pequeño negocio familiar solos o con otros miembros de su familia. La Parte V de la Convención desarrolla qué derechos deben aplicarse a qué categorías de trabajadores migratorios.

Como un avance en la legislación de los derechos humanos, la Convención considera a los trabajadores migratorios como entidades sociales además de entidades económicas y favorece la reunificación de las familias de los trabajadores migratorios. Define “sus familiares” como a las “personas casadas con los trabajadores migratorios o con una relación que, de acuerdo con la ley aplicable, produce efectos equivalentes al casamiento”, y sus dependientes se reconocen por la legislación de los Estados involucrados. Esta terminología respeta las distintas formas de relaciones familiares que hay en el mundo. Además detalla derechos y protección a los miembros de la familia para una serie de situaciones que llegaran a darse en el país anfitrión.

Para aquéllos que cumplen la definición de trabajador migratorio y de sus familiares, la Convención tiene un artículo de no discriminación y rechaza las distinciones de cualquier tipo tales como sexo, raza, color, idioma, religión, convicción política, nacionalidad, edad, posición económica, propiedad, estado civil, nacimiento u otra condición.

### 1.2.5.2 CONTENIDO.

La Convención consiste en 93 artículos divididos en 9 partes, precedidas por un preámbulo. El preámbulo identifica la necesidad y el propósito de la Convención sobre Trabajadores Migratorios y a continuación se detallan las diferentes partes de la Convención:

- Parte I: Alcance y definiciones (Art. 1-6).
- Parte II: No discriminación con respecto a los derechos (Art. 7).
- Parte III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Arts. 8-35).
- Parte IV: Otros derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, documentados o en situación regular (Arts. 36-56).
- Parte V: Disposiciones aplicables a las categorías particulares de los trabajadores migratorios y de sus familiares (Arts. 57-63).
- Parte VI: Promoción de condiciones sanas, justas, humanas y legales en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares (Arts. 64-71).
- Parte VII: Aplicación de la Convención (Arts. 72-78).
- Parte VIII: Disposiciones generales (Arts. 79-84).
- Parte IX: Disposiciones finales (Arts. 85-93).

Para una mejor comprensión del contenido de la Convención, procederemos a explicar con mayor detalle los derechos contemplados, así como otros aspectos que rige la presente Convención.

Derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias

La Convención define los derechos de los trabajadores migratorios en dos encabezados principales: Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares (Parte III) y otros derechos de los trabajadores migratorios (Parte IV). Los derechos humanos son aplicables a todos los trabajadores migratorios independientemente de su estatus legal, en tanto que los otros derechos se aplican sólo a los trabajadores migratorios en situación regular. Sin embargo, la Convención no excluye a los trabajadores indocumentados o no autorizados. Contiene disposiciones para el trato justo a los trabajadores no autorizados.

### **Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares**

La Convención no propone derechos humanos nuevos exclusivos para los trabajadores migratorios. La Parte III de la Convención es una reiteración de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollados en los tratados internacionales de derechos humanos, hoy adoptados por muchas naciones. Entonces, ¿por qué se repiten aquí? La Convención pretende llamar la atención de la comunidad internacional sobre la deshumanización que sufren los trabajadores migratorios y sus familiares, muchos de los cuales están privados de sus derechos humanos fundamentales. De hecho, la legislación relacionada con otros tratados básicos implementados en algunos Estados utiliza terminología que protege a los ciudadanos y/o residentes, excluyendo de jure a muchos migrantes, en especial a aquellos que están en situación irregular.

### **Libertades básicas**

Al aplicar estos derechos fundamentales a los trabajadores migratorios y a sus familiares, la Convención protege el derecho de abandonar o de regresar al Estado de origen (Art. 1). Ante las condiciones inhumanas de vida y trabajo y frente al abuso físico (y sexual) que padecen muchos migrantes, la Convención los protege mediante la reafirmación de su derecho a vivir (Art. 9) y mediante la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 10), así como de la esclavitud o servidumbre y del trabajo forzoso u obligado (Art. 11). Los trabajadores migratorios también tienen derecho a las libertades básicas tales como la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 12), así como el derecho de tener y expresar sus opiniones (Art. 13). Su propiedad no debe ser confiscada arbitrariamente (Art. 15).

### **Procedimiento legal debido**

La Convención continúa con una detallada explicación sobre la necesidad de asegurar a los trabajadores migratorios y a sus familiares el procedimiento legal debido (Art. 16-20). Las investigaciones, arrestos y detenciones deben llevarse a cabo de acuerdo con las normas establecidas. Su derecho a la igualdad con los nacionales del Estado ante las Cortes y los Tribunales debe respetarse. Deben contar con asesoría legal, información e intérpretes necesarios en un idioma que entiendan. Cuando se dicta sentencia, las consideraciones humanitarias respecto a su estatus de migrantes deben ser tomadas en cuenta. Queda prohibida la expulsión arbitraria de un trabajador migratorio (Art. 22).

### **Derecho a la privacidad**

El trabajador migratorio tiene derecho a su honor y reputación, así como a la privacidad, que se extiende a su hogar, su familia y sus comunicaciones (Art. 14).

### **Igualdad con los nacionales**

Los trabajadores migratorios deben ser tratados igual que los nacionales del país anfitrión en cuanto a remuneración y condiciones laborales [horas extras, horarios, descansos, vacaciones pagadas, seguridad, salud, terminación de contrato, edad mínima, restricciones de trabajo en casa, etcétera (Art. 25)]. La igualdad con los nacionales también se extiende a los beneficios de seguridad social (Art. 27) y asistencia médica de urgencia (Art. 28).

### **Transferencia de ganancias**

Al término de su periodo de contratación, el trabajador migratorio tiene el derecho de transferir sus ganancias y ahorros, así como sus efectos personales y pertenencias (Art. 32).

### **Derecho a la información**

Tienen el derecho de ser informados por los Estados involucrados sobre los derechos que emergen de dicha Convención, tanto de las condiciones de admisión como de sus derechos y obligaciones en esos Estados. Esta información debe estar a la disposición del trabajador migratorio de manera gratuita y en un idioma que entienda. (Art. 33)

### **Otros derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, documentados o en situación regular**

Al proteger derechos adicionales para los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular, la Convención busca desalentar la migración laboral ilegal. Las mejoras en la situación de los trabajadores migratorios legales funcionarían como un incentivo para que los que buscan empleo en otros países entren legalmente al mercado laboral extranjero.

### **Derecho a ausentarse temporalmente**

Los trabajadores migratorios deben tener permiso de ausentarse temporalmente por motivos de necesidades u obligaciones familiares, ello sin efecto en su autorización de estancia o trabajo.

### **Libertad de movimiento**

Tienen el derecho de moverse libremente en el territorio del Estado del empleo y también de escoger dónde quieren residir (Art. 39).

Igualdad con los nacionales para el acceso a servicios educativos, vocacionales y sociales

Además de las áreas mencionadas en el Artículo 25, los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán de igualdad con los nacionales del Estado del empleo en las siguientes áreas: acceso a la educación; orientación vocacional y servicios de colocación; capacitación vocacional y entrenamiento; vivienda, incluyendo los programas de vivienda

social; protección contra la explotación en términos de alquiler; servicios sociales y de salud; cooperativas y empresas de manejo propio; acceso y participación en la vida cultural (Art. 43). Los familiares del trabajador migratorio también gozarán de la igualdad que gozan los nacionales del Estado del empleo en cuanto al acceso a estos servicios (Art. 45). Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto a la protección contra despido, beneficios de desempleo, acceso a programas de trabajo público para combatir el desempleo y acceso a empleo alternativo en caso de pérdida del trabajo o terminación de otra actividad remunerada (Art. 54).

### **Violaciones al contrato laboral**

Cuando los patrones violan los contratos laborales, el trabajador migratorio tiene el derecho de presentar su caso ante las autoridades laborales competentes del Estado (Art. 54 (d)). Además, tendrán el derecho de recibir un trato igual al de los nacionales así como el derecho de tener una audiencia pública en un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido conforme a la ley (Art. 18.1).

### **Derechos de los trabajadores irregulares o no autorizados (indocumentados)**

La Convención reconoce que “los problemas humanos que la migración implica son aún más serios en los casos de migración irregular” y la necesidad de promover acciones adecuadas “para prevenir y eliminar los movimientos clandestinos y el tráfico de trabajadores migratorios, y a la vez asegurar la protección de sus derechos fundamentales” (Preámbulo). Como medida para prevenir y eliminar la migración laboral ilegal, la Convención propone que los Estados involucrados colaboren con la realización de acciones adecuadas contra la diseminación de información engañosa respecto a la emigración y la inmigración, para así detectar y erradicar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios e imponer sanciones tanto a los responsables de organizar y operar tales movimientos como a los patrones de los trabajadores migratorios ilegales (Art. 68). No obstante, los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios indocumentados están protegidos por la Convención (Art. 8-35).

### **Deberes de todos los Estados Parte**

Tal como ocurre con otros instrumentos internacionales, la implementación exitosa de la Convención depende de la voluntad política de los Estados involucrados. La Organización de las Naciones Unidas no está facultada para hacerla valer en el territorio de sus Estados Miembros. El sistema de la ONU sólo puede establecer normas y órganos normativos o de monitoreo, tales como su Comisión de Derechos Humanos, además de los respectivos órganos del tratado. Una vez que un Estado ratifica la Convención, se compromete no sólo a reafirmar estos principios subyacentes, sino también a poner en práctica sus disposiciones. Primero, las disposiciones deben incorporarse a la legislación nacional para que sean legalmente vinculantes dentro del Estado. Luego, hay ciertas medidas prácticas que tanto los Estados de envío como los de recepción deben tomar, ya sea de manera individual o conjunta.

### **La no discriminación**

Tanto los Estados de envío como los de recepción están obligados a no ser discriminatorios y a permitir que los trabajadores migratorios y sus familiares gocen dentro de sus territorios o jurisdicción de los derechos establecidos en la Convención (Art. 7). La no discriminación se extiende al sexo, raza, nacionalidad, color, idioma y religión del trabajador migratorio, así como a sus convicciones, edad, posición económica, propiedad, estado civil, etcétera.

### **La promoción de condiciones sanas, justas, humanas y legales en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares**

Los Estados involucrados deben consultar y colaborar entre sí para asegurar a los trabajadores migratorios y a sus familiares mejores condiciones de vida y trabajo. También deben tomar en cuenta sus necesidades sociales, económicas, culturales y otras, así como el impacto de la migración en las comunidades en cuestión (Art. 64).

Los Estados involucrados deben mantener los servicios adecuados para:

- La formulación e implementación de las políticas de migración;
- El intercambio de información, consulta y cooperación entre las autoridades competentes de los Estados involucrados;
- La provisión de información adecuada a los patrones y trabajadores sobre las políticas y leyes respecto a la migración;
- La provisión de servicios consulares apropiados para cumplir las necesidades sociales, culturales y otras de los migrantes;
- La regulación del reclutamiento de los trabajadores migratorios al restringirlo a servicios u organismos públicos del Estado implicado, y a agencias privadas y patrones y sus agentes, sujetos a autorización, aprobación y supervisión (Arts. 65 y 66).
- Los Estados involucrados deben consultar y colaborar para prevenir y eliminar los movimientos laborales indocumentados y clandestinos al:
  - Tomar las medidas apropiadas contra la diseminación de información engañosa respecto a la emigración e inmigración;
  - Dar los pasos necesarios para detectar y erradicar la migración laboral ilegal;
  - Imponer sanciones a los particulares y entidades, incluyendo a los patrones, responsables de los movimientos ilegales de trabajadores migratorios (Art. 68).

### **Instituciones que se dirigen a las necesidades de los trabajadores migratorios**

Los Estados involucrados deben establecer instituciones con el fin de tomar en cuenta las necesidades, aspiraciones y obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y permitirles ser representados en las mismas (Art. 41).

### **Remesas y exenciones de impuestos y derechos aduanales**

Los Estados involucrados deben permitir y facilitar la transferencia de las ganancias y ahorros de los trabajadores migratorios a sus países de origen (Art. 47). A los trabajadores migratorios y a sus familiares no se les hará pagar impuestos más altos que a los nacionales. Gozarán de igualdad con otros nacionales en el Estado implicado respecto a deducciones de impuestos y concesiones. Los Estados también deben considerar la posibilidad de evitar a los trabajadores migratorios el doble cobro de impuestos (Art. 48). Los Estados involucrados deben considerar la posibilidad de conceder a los trabajadores migratorios y a sus familiares exenciones de derechos aduanales e impuestos sobre sus efectos personales y su menaje, así como sobre el equipo requerido para la actividad remunerada en el Estado del empleo (Art. 46).

### **Deberes propios de los países de envío**

#### **Emigración de trabajadores**

La personas que buscan empleo en el extranjero deben tener permiso de entrar y salir del país de origen (Art. 8).

#### **Información previa a la salida**

Antes de la salida hacia los Estados del empleo, los trabajadores y sus familiares deben ser plenamente informados sobre todas las condiciones aplicables a su admisión, estancia y empleo, así como sobre otros requisitos (Art. 37).

#### **Ejercicio de derechos políticos de los migrantes**

Los Estados de origen deben facilitar el ejercicio del derecho del trabajador migratorio y de sus familiares a participar en asuntos públicos, votar y ser elegidos en su patria (Art. 41).

#### **Provisión de servicios consulares adecuados**

Los Estados de envío deben proporcionar servicios consulares adecuados y otros requeridos para cumplir las necesidades sociales, económicas, culturales y otras de los trabajadores migratorios y sus familiares (Art. 65.2).

#### **Regulación del reclutamiento**

El reclutamiento de trabajadores para ser empleados en el extranjero debe ser regulado mediante su control por el servicio de reclutamiento o por organismos públicos del Estado de envío. El reclutamiento por agencias, patrones y sus agentes debe ser sujeto a autorización, aprobación y supervisión (Art. 66).

#### **Retorno de los trabajadores migratorios**

Los trabajadores migratorios y sus familiares, incluyendo a los migrantes indocumentados, deben ser asistidos para volver de forma ordenada a su patria. Los Estados

de origen deben tomar las medidas apropiadas para promover las condiciones económicas adecuadas para su retorno y reintegración social y cultural (Art. 67).

## **Deberes propios de los Estados de empleo**

### **Libertad y seguridad de las personas**

Los trabajadores migratorios y sus familiares, incluyendo los arrestados o detenidos, deben ser protegidos contra la violencia y otras formas de acoso provenientes de individuos particulares, funcionarios públicos, grupos o instituciones (Arts. 16 y 17).

### **Condiciones de vida y empleo**

Las condiciones de vida y empleo de los trabajadores migratorios deben mantenerse conforme a las normas de propiedad, seguridad, salud y principios de dignidad humana (Art. 70).

### **Confiscación de la propiedad**

Los trabajadores migratorios y sus familiares no deben ser privados arbitrariamente de sus pertenencias. Si sus recursos tuvieran que ser confiscados según las leyes del Estado del empleo, deberá pagarse una indemnización apropiada (Art. 15)

### **Igualdad de estatuto con los nacionales**

Los trabajadores migratorios y sus familiares deben gozar de la igualdad que tienen los nacionales del Estado que los emplea ante las Cortes y Tribunales (Art. 18). La igualdad con los nacionales también se aplicará a la remuneración y a las condiciones laborales, por ejemplo, horas extra, horario, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, terminación de contrato, etcétera (Art. 25), así como al acceso a la educación, capacitación vocacional, asesoría y colocación, vivienda, incluyendo los programas sociales de vivienda, servicios sociales y de salud (Art. 43), y a la seguridad social (Art. 27). Los hijos de los trabajadores migratorios, aun de los indocumentados, tendrán igualdad con los nacionales en su acceso a la educación, incluyendo la educación preescolar (Art. 30).

### **Actividades sindicales**

Los Estados del empleo deben permitir a los trabajadores migratorios y a sus familiares unirse o formar sindicatos y asociaciones para la protección de sus derechos económicos, sociales, culturales y otros (Art. 26).

### **Protección de sus documentos personales**

Los Estados del empleo deben asegurar que los documentos de identidad, así como los permisos de trabajo y residencia de los trabajadores migratorios no sean confiscados o destruidos por personas no autorizadas, y que sus pasaportes no sean destruidos por nadie (Art. 24).

### **Reunificación familiar**

Con el fin de proteger la unidad familiar, los Estados del empleo deberán considerar la posibilidad de facilitar a los familiares reunirse con el trabajador migratorio (Art. 44).

### **Aplicación de la Convención por parte de los Estados**

#### **Informes**

Los Estados involucrados deben someter un informe al Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (7) , un año después de que la Convención entre en vigor, acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y otras que hayan tomado para implementar las disposiciones de la Convención. Posteriormente, presentarán sus informes cada cinco años o cuando el Comité así lo requiera (Art. 73).

### **No debe haber ningún tipo de intimidación para con los trabajadores migratorios para que renuncien a sus derechos**

Los Estados involucrados no ejercerán presiones ni sobre los trabajadores migratorios ni sobre sus familiares para que cedan o renuncien a los derechos que surgen de la Convención (Art. 82). Además, los Estados involucrados deben asegurar el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares y proporcionar soluciones efectivas ante las violaciones de tales derechos (Art. 83).

#### **1.2.6 DEBILIDADES**

La Convención como tal presenta una serie de avances sumamente importantes tal como señaló con anterioridad, pero pese a eso adolece de un gran debilidad que es la voluntad política de los Estados miembros para cumplirla a cabalidad y de la necesidad de que los países de destino o receptores sean parte de la misma. Esta preocupación se ha visto reflejada en el Informe del 2003 de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes: Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro quien manifestó su opinión ante las vulnerabilidades a que se enfrenta la Convención:

"Uno de los principales puntos que se han destacado como débiles de la Convención, es que a pesar de su entrada en vigor todavía es muy bajo el número de las ratificaciones. Ningún país occidental receptor de migrantes la ha ratificado, y precisamente la mayoría de estos trabajadores vive en Europa y América del Norte. Otros países receptores como la India, Japón, Australia y los países del Golfo Pérsico tampoco han dispuesto la ratificación.

El texto mismo de la Convención también presenta aspectos mejorables. En primer lugar, los trabajadores migrantes siguen dependiendo del Estado receptor para la protección de sus derechos. También ha sido señalado que la Convención no considera los problemas específicos de las mujeres y los niños que se ven forzados a trabajar en un país que no es el suyo.

La Convención no es el primer instrumento internacional de protección de los derechos de los migrantes. Hay dos Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establecen normas para este tipo especial de trabajadores. A pesar de que varios

países del Norte las han ratificado, el cumplimiento de estas disposiciones ha dejado mucho que desear. También la Convención es uno de los 7 Tratados internacionales fundamentales de los derechos humanos de Naciones Unidas.

Nada indica que esto vaya a cambiar con la entrada en vigor de la convención. Constituye, sin embargo, otra herramienta que la sociedad civil tiene a su disposición para defender los derechos humanos de los migrantes.”

### **1.3 COMITÉ SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIARES**

#### **1.3.1 EL COMITÉ**

De acuerdo al artículo 72 de la Convención, se establecerá un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, integrado por diez expertos con gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención.

Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta por los Estados Partes de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Se prestará la debida consideración a la distribución geográfica equitativa, incluyendo tanto Estados de origen como Estados de empleo, y a la representación de los principales sistemas jurídicos. Cada Estado Parte podrá proponer la candidatura de una persona elegida entre sus propios nacionales.

Los miembros del Comité son elegidos por un período de cuatro años y ejercen sus funciones a título personal.

El Artículo 74, establece que el Comité examinará los informes que presente cada Estado Parte y transmitirá las observaciones que considere apropiadas al Estado Parte interesado. Ese Estado Parte podrá presentar al Comité sus comentarios sobre cualquier observación hecha por el Comité con arreglo al presente artículo. Al examinar esos informes, el Comité podrá solicitar a los Estados Partes que presenten información complementaria.

A su vez, el Comité presentará un informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la presente Convención, en el que expondrá sus propias opiniones y recomendaciones, basadas, en particular, en el examen de los informes de los Estados Partes y en las observaciones que éstos presenten.

Un punto importante es que para que el Comité conozca sobre comunicaciones entre Estados es necesario una Declaración expresa de competencia, es decir, todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, con arreglo al artículo 75, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanadas de la presente Convención. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se podrán recibir y examinar si las presenta un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho esa

declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

### **Miembros del Comité**

La elección se realizó el 11 de diciembre del 2003 en la sede de la Organización de Naciones Unidas, en New York, Estados Unidos de América, siendo los miembros del Comité los siguientes:

Francisco Alba	Mexico	2007
José S.Brillantes	Filipinas	2005
Francisco CARRION-MENA	Ecuador	2007
Ana Elizabeth Cubias Medina	El Salvador	2007
Anamaría Diéguez	Guatemala	2005
Ahmed Hassan El-Borai	Egipto	2007
Abdelhamid El Jamri	Marruecos	2007
Arthur Shatto Gakwandi	Uganda	2005
Prasad Kariyawasam	Sri Lanka	2005
Azad Taghizadet	Azerbaijan	2005

## **2 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.**

El sistema interamericano, por su parte, presenta siete instrumentos protectores específicos, algunos de ellos con mención particular al tema, y tres resoluciones recientes de la Asamblea General de la OEA. Entre ellos, destacan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador”-. El sistema interamericano, sin embargo, carece de instrumentos específicos para proteger a la población migrante.

En materia de protección de derechos humanos, tanto el sistema regional como el universal cuentan con relatorías especiales para tratar el caso de personas migrantes. En el caso del sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) creó la “Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) comenzó a prestar especial interés a la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio. Por ello, creó en 1997 la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Al crear esta Relatoría Especial la CIDH delimitó su campo de acción únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias cuando éstos se mueven más allá de sus Estados de origen.

La CIDH decidió dedicar una atención especial al fenómeno de los trabajadores migratorios y sus familias dados los graves problemas en materia de derechos humanos

que afectan a estas personas. A través de los años, la CIDH ha tenido conocimiento de dichos problemas como consecuencia de sus visitas in loco, denuncias sobre violaciones de derechos humanos y audiencias especiales para tratar el tema. La CIDH estima que los trabajadores migratorios y sus familias son sectores sociales especialmente vulnerables que, en muchas ocasiones, son objeto de abusos y de violaciones sistemáticas de sus derechos esenciales. De igual manera, la CIDH tomó en consideración la importancia que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) le han brindado al tema en la agenda hemisférica.<sup>11</sup>

Por otro lado, es indispensable hacer mención de las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una referida a los procesos penales contra personas extranjeras, en donde se agrega el derecho a la protección consular (art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, **Opinión Consultiva OC-16**). En esta opinión se establece que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor; que esta disposición está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos, y por ende, el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

La segunda opinión consultiva que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió el 25 de septiembre del 2003, fue la referida a la **"Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados (OC-18)"** la cual es sumamente importante. El 10 de mayo del 2002 el Gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se pronunciara respecto a la incompatibilidad entre decisiones y prácticas de órganos gubernamentales de un Estado, basadas en la situación migratoria irregular de las personas, y la obligación de los Países Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) de garantizar los principios de igualdad jurídica y no discriminación, consagrados en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>11</sup> En la Declaración de Monrovia llamada "Una Nueva Visión de la OEA", aprobada por la Asamblea General en Haití en 1995, se señaló que como producto de la creciente interdependencia e integración económica se obliga al tratamiento del problema de los trabajadores migratorios y de sus familias a través de enfoques basados en la solidaridad entre los Estados miembros, y con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de dichas personas.

En la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile en abril de 1998 los gobernantes y jefes de Estado de las Américas señalaron en la Declaración de Santiago que "desplegaremos especiales esfuerzos para garantizar los derechos humanos de todos los migrantes, incluidos los trabajadores migrantes y sus familias". Asimismo, en el Plan de Acción de esta Cumbre, entre otras cosas, se señala que los Estados deben velar por el pleno cumplimiento y protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios, deben tomar medidas a fin de eliminar y erradicar todas las formas de discriminación en su contra, deben impedir su abuso y maltrato por parte de los empleadores, y deben procurar de proporcionarles las mismas condiciones laborales de protección jurídica otorgadas a los trabajadores nacionales.

El Gobierno mexicano, planteó la inaceptabilidad, a la luz del derecho internacional, de la privación de derechos fundamentales de los trabajadores migratorios - incluidos los laborales- bajo el solo fundamento de su situación de indocumentados.

En la resolución presentada, la Corte Interamericana acogió la tesis sobre la obligación básica de todos los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales, como atributos inherentes a la dignidad humana y que son de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Esta opinión sienta un precedente que debiera ser retomado por los Estados a través de su incorporación en sus legislaciones y prácticas internas.

#### **D. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Por todo lo expuesto podemos concluir que se ha avanzado significativamente en el respecto de los derechos de los migrantes al entrar en vigor la Convención, siendo necesario realizar una serie de acciones para que funcione tanto en nuestro país como en otros, en especial en aquellos países en donde la presencia de nuestros connacionales es elevada, tales como es el caso de México y Guatemala.

Que debemos hacer para hacer efectivo el cumplimiento de la Convención?

- Instar en los foros internacionales en los que participa El Salvador a aquellos Estados que no hayan ratificado la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, a que lo haga, así como sensibilizar a los países sobre el principio de corresponsabilidad existente en el tema migratorio.
- Adecuar la legislación nacional al contenido de la Convención especialmente en materia de los derechos económicos, sociales y culturales, así como incluir disposiciones de carácter penal que sancionen la trata de personas y otros delitos relacionados con el tráfico ilegal de migrantes y la trata de personas.
- Modernizar la gestión migratoria, así como mejorar la atención y protección que brinda el servicio exterior a nuestros connacionales, especialmente en materia de asesoría durante las detenciones y deportaciones.
- Capacitación a los miembros de las Representaciones Consulares sobre el contenido de la Convención, con el objetivo de aplicarla en los casos que se presenten en los países sedes.
- Dar a conocer el contenido de la Convención a los funcionarios de gobierno y a la población en general para su debido cumplimiento.
- Capacitar a las autoridades migratorias y de la Policía Nacional de Fronteras respecto de las convenciones internacionales de derechos humanos, con el fin de garantizar el debido respeto de los derechos de los migrantes,
- Fomentar políticas públicas que informen responsablemente a sus nacionales sobre el riesgo que supone la inmigración indocumentada.
- Desarrollar campañas de información para prevenir la migración irregular, en las que se informe de los riesgos que se corre al enviar menores no acompañados

o mujeres, con el fin de evitar que caigan en manos de los agentes de la trata de personas.

- Desarrollar políticas regionales o bilaterales y programas de acompañamiento para el retorno digno, seguro y ordenado en un tiempo humanamente aceptable, debido a que la prolongación de situaciones de detención o incertidumbre o clandestinidad tiene consecuencias físicas y psicológicas que menoscaban los derechos fundamentales de la persona migrante.
- Crear espacios que incluyan a todos los ciudadanos y ciudadanas de la nación con el fin de contener a su población y que desarrollen programas y proyectos a nivel local y regional que fortalezcan la capacidad de arraigo de las comunidades y del país.

## PAPEL E IMPORTANCIA DEL PERITO EN JUICIO

• Rosa María Fortín Huevo

Definir el papel y la importancia del perito en juicio, podría “prima facie”, considerarse algo sin mayor relevancia, pues parecería que por su peso cae, sin embargo, la labor de administrar justicia, como un mandato constitucional conferido a los jueces mediante el Art. 172 Cn. “...Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...” no es una tarea fácil, que requiere del aplicador de justicia un amplio conocimiento, no sólo de la normativa aplicable, según la materia en la que le corresponda ejercer su jurisdicción, sino además, un bagaje cultural que le servirá de soporte al momento de tomar una decisión, pero se enfrentará ineludiblemente a dos obstáculos infranqueables:

- La imposibilidad de dominar todas las materias que puedan en un momento determinado, relacionarse con el caso en cuestión.
- La prohibición de utilizar como material probatorio su conocimiento personal.

Aun y cuando el nombramiento de peritos, procede en cualquier materia de la administración de justicia, centraremos nuestro comentario al área de la administración de justicia en materia penal, pues tal y como lo afirmamos en un inicio, no es dable al juzgador conocer de todo y siendo que mi desempeño data de más de dos décadas en esta materia, por comodidad de esta expositora y en razón de que el tema es relativo a su intervención en juicio, lo veremos desde la perspectiva penal.

Partamos de conceptos básicos:

Para Ascencio, “prueba” es toda aquella actividad procesal cuyo objetivo consiste en lograr la convicción del juez o tribunal, acerca de la exactitud de las afirmaciones de hechos, expuestas por las partes en el proceso.

La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer, o para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos objeto del debate. También se le define como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso, acerca de los hechos, circunstancias y condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba, para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artístico o prácticos.

El Tribunal Supremo Español en su Sentencia 1/1997 la definió como “una prueba de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales de los Jueces, porque en definitiva, y como medio probatorio, ayuda a constatar la realidad no captable directamente por los sentidos, en manifiesto contraste con la prueba testifical o la de inspección ocular”.

Nuestro legislador secundario, en el ordenamiento procesal penal, estableció en el Art. 195 Pr Pn, que el juez o tribunal ordenará peritajes, cuando, para descubrir o valorar

---

• Magistrada de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro

un elemento de prueba, sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

Esta disposición no pretende otra cosa que indicar, que no es dable al juzgador saberlo todo, que aún cuando lo supiera, el dato objetivo incorporado no debe provenir de su conocimiento personal, pues atacaría la imparcialidad que debe caracterizar a la administración de justicia. Esto no es una afirmación antojadiza, doctrinariamente, elemento de prueba, se define como: “todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable, acerca de los elementos externos de la imputación delictiva”, esto indica, que la información que ha de convencer al juzgador ha de venir del exterior, pues de lo contrario, sería innecesario convencerle, pues si forma parte de su conocimiento, su convencimiento sería “a priori” y no generado por la prueba aportada en el proceso.

La pericia es un acto de investigación y un medio de prueba, realizado, previo encargo judicial, por una persona ajena al proceso y especializada en alguna ciencia, arte o técnica. Recae sobre hechos y circunstancias relacionados con el delito y tiene por finalidad auxiliar al juez y a las partes en el ejercicio de sus respectivas funciones procesales.

Mucho se ha discutido respecto de si los peritos deben ser considerados como auxiliares del juez o como medio de prueba, no obstante esta dualidad respecto de su actuación judicial, este deberá ser llamado a juicio independientemente de que el juez lo considere o no conveniente, deberá de llamarlo cada vez que las partes en contienda así lo requieran, y la solicitud revista los caracteres de pertinencia y necesidad y no sean notoriamente dilatorios, innecesarios e impertinentes, pues la legalidad del acto estará siempre bajo el control del juez.

El perito reúne en una sola persona dos calidades: la de testigo en estricto sentido respecto de la actividad procesal y como auxiliar o colaborador del juez, en relación a suplir, o mejor dicho, a contribuir con su conocimiento especializado en aquellas áreas respecto de las cuales el juez no puede, aún y cuando tuviese el conocimiento suficiente, aportarlo, debido a que este último jamás debe constituirse órgano de prueba.

El perito, según afirma Don Manuel Osorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, es definido por el diccionario de la Academia con toda exactitud en estos términos: sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte.// El que en alguna materia tiene título de tal, conferido por el Estado// En sentido forense, el que, poseyendo especiales conocimientos teórico o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador, sobre puntos litigiosos en cuanto se relaciona con su especial saber o experiencia. Couture dice que es el auxiliar de la justicia que, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada, es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos.

El perito es considerado una persona ajena al proceso, en el sentido que carece de un interés en particular para intervenir en él, éste se introduce al proceso a consecuencia de un llamado que hace el juez para que comparezca en su calidad de experto a emitir un dictamen sobre uno o varios puntos que forman parte de su conocimiento especializado.

El peritaje podrá ser elaborado por una sola persona o más, lo cual dependerá precisamente del objeto de la pericia, dando lugar incluso a que la misma sea realizada por un conjunto de personas, como lo podría ser en el caso de que el peritaje sea encargado a toda una firma de especialistas, en cuyo caso, deberá de indicarse con precisión cuál ha sido la intervención de cada componente de la firma, en cualquiera de los casos, el dictamen deberá contener no sólo la firma del o de los responsables de su elaboración, sino detallar cuál ha sido el objeto de la pericia, es decir, los puntos encomendados en el análisis, el estado en que fue recibido el objeto a peritar o la fuente de información, los procedimientos realizados, los resultados concretos en los diferentes análisis efectuados, las conclusiones y el estado en el que se devuelve el objeto de análisis.

En cualquier clase de pericia, ésta en el proceso presentará una materialización bifásica, la primera cuando es encomendado el dictamen, el cual se realiza mediante la observación y práctica de los procesos necesarios para emitir una conclusión con la correspondiente elaboración del dictamen; y la segunda, cuando la pericia es incorporada en el momento del juicio, la cuál según el caso se producirá por la lectura del dictamen y su posterior ratificación de parte del perito o peritos que la elaboraron, aun cuando actualmente se está prescindiendo de llamar a los peritos a la audiencia, cuando las partes así lo consideren pertinente por no existir cuestionamientos que realizarle. Es necesario recalcar que en esta materialización bifásica de la prueba pericial, el perito será sometido también a un doble compromiso en cuanto al desempeño de su actividad, en la primera fase de la materialización, el perito cuando sea llamado por el juzgador, ya en la etapa eminentemente procesal, sea esta inicial o instructoria, independientemente que el peritaje se realice como anticipo de prueba o que se realice conforme a las disposiciones generales de los peritajes, el perito deberá prestar juramento o promesa de fiel cumplimiento en el desempeño de su actividad y luego, al momento del juicio, el juez o tribunal que ha de pronunciar la correspondiente sentencia, antes de recibir su declaración, le someterá a un nuevo juramento o promesa de decir verdad en todo lo que fuere interrogado.

Mucho se ha discutido en cuanto a quienes están facultados para encomendar una determinada pericia, lo cual estará determinado por la etapa procesal en la que nos encontremos, para el caso, si estamos en fase de investigación inicial, la pericia probablemente sea encomendada al especialista por el policía o por el fiscal asignado al caso, obviamente el primero, bajo la dirección funcional del segundo, esto debido precisamente a la premura con la que debe de conservarse la o las evidencias, sin que por ello pierda su eficacia probatoria, lo que definitivamente ha de variar, es el mecanismo mediante el cual será introducida al proceso y sobre todo el nivel de contradicción al cual será sometida la información.

En aquellos casos en los que la pericia deba de realizarse como anticipo de prueba, será indispensable el nombramiento directo del juzgador y que su realización se efectúe conforme lo dispone el Art. 270 Pr Pn., sin embargo, deberá de cumplirse con las condiciones de nombramiento que ha dispuesto el legislador secundario, una vez que el caso haya pasado de la etapa de investigación inicial y nos encontremos ya en sede judicial, en cuyo caso es incuestionable la necesidad de la intervención del juzgador en la designación del perito y en la indicación de los concretos puntos que serán objeto de la pericia, brindando a todas las

partes en conflicto la oportunidad de conocer con antelación a la realización de la misma, no sólo el nombre del perito, sino cuál será el objeto de su pronunciamiento.

Una vez que el proceso ha ingresado a la etapa judicial, la pericia, ya sea que nos encontremos en la fase inicial o en la fase de instrucción, constituye en valioso instrumento tanto para el fiscal, a quien le servirá para determinar los fundamentos de su dictamen sea de acusación o con cualquiera de las peticiones que le es dable formular; constituye además un apoyo indiscutible para el juzgador, pues en esta etapa, él podrá decidir si procede o no el pronunciamiento de un sobreseimiento en cuyo caso podrá ser provisional o definitivo, pero no es únicamente a estos actores procesales a quienes les es útil la realización de una pericia, pues la misma puede ser solicitada por el defensor o el imputado, este último en uso de su derecho material de defensa a fin de aportar en lo posible prueba de descargo; en cualquiera de los casos el juzgador evaluará la necesidad y posibilidad de realizarla y la ordenará conforme las regulaciones del código.

En este punto cabe agregar que no todos los análisis requieren de la presencia de todas las partes procesales involucradas. Dura fue precisamente la discusión en cuanto a los reconocimientos médico forenses, en donde se insistía por los litigantes que los mismos no se habían realizado con la presencia de partes; nada más absurdo que dicho alegato. Cada ciencia requiere de condiciones especiales para la realización de las diferentes pruebas, pensemos en lo que podría surgir como resultado de un análisis psicológico o psiquiátrico, si el especialista en dicha ciencia pretendiese entrevistar al paciente con ambas partes en conflicto presentes, el margen de error sería más que elevado y sus conclusiones, me atrevo a afirmar que serían erradas, perdiendo, por lo tanto, su eficacia en el auxilio que al juzgador deberá de brindar; o lo humillante que podría resultar, el pedirle a una víctima de delito sexual, que su examen médico legal, fuera realizado de la misma manera; pero no sólo los exámenes médicos presentan este tipo de inconvenientes, pensemos por ejemplo, en la posibilidad de que para realizar todo un peritaje contable se solicite la presencia de las partes en controversia, o que para un análisis grafotécnico deba estar el perito llamando al microscopio a cada una de las partes, no sólo afectaría la realización de la pericia, sino que además, volvería totalmente impráctico y sumamente lenta su elaboración, amén de que el perito podría válidamente alegar que no le ha sido posible realizar a conciencia su labor por la interferencia de las personas involucradas.

Aun y cuando pudiéramos considerar excesiva la necesidad del auxilio de peritos en el ámbito jurisdiccional, esto se vuelve necesario e indispensable para un determinado proceso judicial, lógico es que cada caso presenta sus propias particularidades y no en todos es indispensable el auxilio pericial. CARNELUTTI expresa sobre este particular, que los conocimientos jurídicos del magistrado y de los demás sujetos procesales, deberán ser integrados por la técnica del perito, ya que la técnica del derecho tiene, relacionado con las otras técnicas un campo desmesurado, pues para construir una casa no hay necesidad de saber cómo se hace un proceso (judicial), sin embargo en un proceso judicial, puede ser necesario el saber cómo se construye una casa.

El perito deberá de realizar su análisis, según lo indique la "lex artis" y serán sus conclusiones las que podrán ser controvertidas una vez que las mismas hayan sido

formuladas, es por ello, que el perito deberá ser un especialista, su acreditación como tal deberá realizarse no solo al momento de encomendar la diligencia, sino también al momento en el cual deba comparecer a la vista pública. Esta acreditación inicial, debe por lo tanto, generar confianza no sólo en el juzgador, sino también en ambas partes procesales, las que están facultadas para oponerse al nombramiento en el caso de estimar que el nombrado carece de la idoneidad para el cargo, sea por su falta de acreditación profesional o por el conocimiento que se tenga de alguna razón que pueda afectar su imparcialidad.

Debemos recordar, que si la finalidad de la pericia es precisamente el auxiliar al juzgador, proveyéndole de la información necesaria que le permita realizar una correcta valoración, en un caso concreto sometido a su conocimiento, esta información deberá ser completa y el perito designado, al igual que el juzgador, no está obligado a conocer todo, aun cuando las ciencias parezcan o sean afines, para el caso, no es igual el peritaje que se le solicitará al un psicólogo que a un psiquiatra. La ciencia médica, se ha diversificado tanto, que en un caso en particular intervinieron como peritos, un internista, dos ginecólogos, un colo-proctólogo y un neurólogo y cada uno emitió su dictamen en el área que le correspondía, el juez y las partes por lo tanto deberán estar debidamente informados respecto de los límites de la persona nombrada, pues en el caso en comento, todos los galenos nombrados eran expertos en la ciencia médica, sin embargo, cada uno era un especialista en una rama diferente y si bien se le pudo encomendar el dictamen a uno solo, éste no hubiese sido lo confiable que resultó con la intervención de todos los que fueron llamados, quienes concurren a dar su dictamen por separado y en el ámbito que les correspondía. En este orden de ideas, debemos afirmar que el perito no sólo debe de ser libre e informar cuáles son sus limitaciones, sino que está en la obligación profesional de indicarlo, a fin de que la colaboración que brinde a la administración de justicia, sea precisamente confiable.

El perito al igual que los juzgadores deberá de estar revestido de imparcialidad y en ese sentido el Art. 199 Pr Pn., les somete a los mismos impedimentos y excusas reguladas para el juzgador, las que siendo en nuestro ordenamiento de carácter taxativo y estar redactadas en forma clara en el Art. 73 Pr. Pn. no es necesario un comentario adicional. Sin embargo, la imparcialidad no se limita a estas causales y es por ello que el legislador ha previsto ciertas incompatibilidades a dicha calidad, entre ellas consideramos necesario destacar la relativa a la posibilidad de abstenerse para declarar como testigos, la cual puede ser de carácter absoluta, como lo sería el caso del secreto profesional, con lo que debe aclararse que éste podrá ser invocado siempre que el perito deba guardar reserva respecto de la información, por haber sido adquirida ésta en el ejercicio libre de su profesión, pero nunca cuando el conocimiento ha sido adquirido en razón del nombramiento como perito.

Igual posición considero que debe de adoptarse a los casos de los profesionales que en el ejercicio de un empleo han adquirido una determinada información, como en el supuesto del psicólogo de la FGR que invoque el secreto profesional, resultaría un absurdo, pues en esta hipótesis está obligado a brindar la información así adquirida; y la otra, que es de carácter potestativo, cuando nos encontremos en presencia de la facultad de abstención prevista en el Art. 186 Pr Pn., la cual si bien es poco probable que se presente, debe ser considerada, sobre todo en aquellos casos en los que el perito ha sido llamado para la

práctica de diligencias iniciales de investigación, en las cuales aun no ha sido identificado el sujeto contra quien se dirigirá la imputación delictiva, no nos referimos a la víctima, pues ésta por regla general, está totalmente identificada desde un inicio en la investigación y raro sería el caso de que la víctima sea identificada como tal hasta después de realizado el peritaje, pero igual el perito podría encontrarse en la situación de sentirse con una objeción de conciencia la momento de declarar por tratarse de una persona con quien le liga un lazo afectivo o de sangre. Este mismo comentario es totalmente válido en el caso de los ya mencionados impedimentos y excusas, pues si el impedimento o la facultad de abstención es detectada por el perito antes de que se formule el nombramiento, está en el deber no sólo legal, sino moral, de advertirlo; pero no siempre el perito conocerá la identidad del sujeto a quien se atribuye el ilícito cuando la solicitud de la experticia se realiza como diligencia de investigación, no es posible decir que la situación está prevista en nuestro ordenamiento y será cada caso en particular el que provea de la solución, pues una vez realizado el peritaje, son sus conclusiones las que están sujetas a contradicción y aunque no es lo usual, ya se han dado casos en los que el peritaje ha debido de ser explicado en audiencia por un tercero, dada la imposibilidad de comparecencia de quien lo efectuó, este experto llamado en sustitución de quién lo realizó, lógicamente no podrá ratificar el peritaje, pero si explicarlo en caso de que fuere necesario, en cuyo caso la explicación estará orientada precisamente a la aclaración de conceptos que resulten difíciles u oscuros, pero no podrá tener la opción de defender el resultado cual si lo hubiese realizado personalmente.

Esta característica es denominada en el Derecho Español como fungibilidad o sustituibilidad, lo cual es un hecho diferenciador entre la deposición de los testigos y la de los peritos, pues los primeros son insustituibles en su intervención, su declaración versa sobre lo percibido por los sentidos en torno al acaecimiento del hecho punible o circunstancias que le rodean; sin embargo los peritos, dado que su cometido consiste en suministrar conocimientos especializados que no son exclusivos de él, sino compartidos también por otras personas, si por alguna razón el perito que inicialmente dictaminó no puede comparecer personalmente, puede acudir otro perito con los mismos conocimientos a fin de que el dictamen no pierda eficacia probatoria.

Debe además recibir especial mención el hecho de que el informe pericial, como exponente que es de una actividad pura, ha sido considerado por la jurisprudencia española como una entidad estructural lógica y autosuficiente, por lo que el interrogatorio personal del técnico no resulta necesario para la contradicción del informe del juicio oral, porque toda la materia susceptible de contradicción está ya en el propio dictamen, como estructura completa que es.

Retornando a los dos momentos claramente definidos de la prueba pericial, a la que denominamos "materialización bifásica", debemos recordar que en la etapa de observación o inspección del hecho objeto de la pericia y la correspondiente elaboración del dictamen, la responsabilidad respecto del resultado, no es exclusiva del perito, en este momento tiene una especial importancia el cuidado que se haya dado al cumplimiento de la "cadena de custodia", que no es otra cosa que las medidas de aseguramiento de los elementos y piezas de convicción siendo responsabilidad de quienes intervienen en la inspección ocular,

llámese policía o fiscalía, los cuales deberán al momento de recolectar la evidencia, tomar las medidas precautorias indicadas por las ciencias forenses para conservar y custodiar todos los elementos que han de ser objeto de análisis. Esto implica un estricto cuidado y diligencia en la recolección, embalaje, identificación, custodia, transporte y entrega de los objetos y evidencias que tengan una virtualidad probatoria, sobre todo en aquellos casos en los que la evidencia sea fácilmente contaminable, ya sea por que pueda ser sustituida, alterada y destruida, o que en razón de la naturaleza misma de la evidencia, sufra por los efectos del tiempo o del medio ambiente su propia destrucción o alteración.

Esta afirmación se realiza, debido a que es necesario el obtener una exacta concordancia entre los elementos de prueba que se recolectan como evidencia y los que son presentados como prueba propiamente dicha al momento de la vista pública, debiéndose dejar constancia de las personas que han entrado en contacto con las evidencias, con qué motivo entran en contacto y el estado en que es recibida por cada uno de ellos, pues toda esta información será determinante, para acreditar la fiabilidad del resultado de la pericia y su posterior valoración por el juez o tribunal sentenciador.

Respecto del segundo momento de la materialización de la prueba pericial, es necesario afirmar, que al igual que para la realización de la pericia, es necesario que haya mediado la solicitud de alguna de las partes en conflicto, aún cuando debemos aceptar que nuestra legislación permite que la misma sea ordenada oficiosamente por el juez de paz o el de instrucción. Asimismo, es necesario que para que una pericia sea admitida como medio de prueba, deberá ser propuesta por las partes procesales en la etapa crítica del proceso, con la salvedad de que nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que sea ordenada de oficio por el juez instructor, al momento de pronunciar el correspondiente auto de apertura a juicio.

Existe en nuestro medio, una errónea interpretación con relación a que la prueba sólo deberá verterse al momento de la vista pública, esto es sin duda la regla general, lo cual no es óbice para que las partes procesales puedan proponer la práctica de prueba en las fases anteriores, para resolver cuestiones propias de cada audiencia, lo cual incluye la posibilidad de proponer la presentación de prueba pericial, en fases previas a la vista pública, sólo como ejemplo se cita el caso de la audiencia de revisión de medidas cautelares, si la parte defensora pretende acreditar que el procesado requiere de un tratamiento especializado que no es posible atender dentro de un centro de reclusión o en el caso de una solicitud de sobreseimiento definitivo, sobre la base de que el peritaje grafotécnico ha establecido que una determinada firma no proviene del puño gráfico del encartado. Esto se menciona como ejemplo a fin de afirmar que sí es posible presentar pruebas en etapas anteriores a la de juicio, en cuyo caso la prueba se introducirá siguiendo las reglas y disposiciones legales de la presentación de la misma en juicio, garantizando los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción, a efecto de que adquiera la calidad de prueba y pueda ser sometida a un juicio de valor por parte del juez que habrá de resolver la solicitud.

La prueba pericial recae, indiscutiblemente, sobre datos procesales, con lo que se diferencia en forma absoluta de la prueba testifical, la cual recae sobre datos extraprocesales, aunque lo anterior parezca un juego de palabras, esta determinado por el momento en que

cada uno adquiere el conocimiento sobre los hechos respecto de los cuales ha de verter su declaración, la que si bien al momento de rendirse, se efectúa con sorprendente similitud, el origen de la información que han de aportar es totalmente diferente. CARNELUTTI afirma: “el testigo narra juicios formados fuera del proceso y el perito juicios formados en el proceso”, es por ello que al rendir su declaración, los testigos lo harán respecto de los hechos que les constan, según los hayan percibido a través de sus sentidos, en cambio el perito dará su testimonio en forma de opinión, según sean las conclusiones a las que hayan llegado después de practicar las operaciones técnicas del peritaje, pues su conocimiento sobre los hechos, no deviene de su percepción personal al momento de la ocurrencia del evento, sino por habersele encomendado la práctica de una determinada diligencia, en razón de su especialización, para contribuir con el esclarecimiento de los hechos objeto de juicio.

El perito, al momento del juicio, deberá haber sido previamente preparado al igual que el testigo, esto no implica que deberá haber sido condicionado a brindar una u otra información, pues en uno y otro caso (testigo y perito) están obligados a declarar únicamente la verdad de los hechos según estos les constan, la preparación a la que nos referimos, está relacionada con su papel dentro de la vista pública, la forma en que ha de desarrollarse el interrogatorio, cuáles son los puntos claves del peritaje (esto en razón de que él es el especialista y no el interrogador), cuáles son los diferentes métodos para la realización de este tipo de pericias, cuál es el apoyo que brinda a la teoría del caso, etc.

Aun y cuando el perito es considerado dentro del proceso como un tercero imparcial, que acude al llamado judicial, generalmente a solicitud de una de las partes en conflicto, en auxilio de la administración de justicia, para que con sus conocimientos especializados emita un dictamen, la presentación del perito a la audiencia de vista pública, requiere como ya lo afirmamos de una preparación previa y en ese orden de ideas, deberá la parte que lo presenta haber indagado previamente sobre sus cualificaciones personales que lo acreditan como un perito idóneo, las que le servirán en la parte introductoria de su interrogatorio; cuando el perito forma parte del sistema, éstas son por lo general conocidas por la mayoría de los actores del proceso, pero no por los denominados partes materiales: de acá que siempre sea necesario realizar al menos un breve interrogatorio al respecto.

La preparación del perito debe de cubrir básicamente las siguientes áreas:

- Deberá proporcionársele una información general sobre el caso, tanto de la teoría del caso de quien lo presenta como de la tesis del adversario. Esta información en algunos casos deberá habersele dado al momento de emitir el dictamen, con la finalidad de que el mismo sea lo más acertado posible; aunado a lo anterior, se le informará sobre los preceptos legales aplicables, no con el objeto de que él sesgue el dictamen, sino para que de acuerdo a las diferentes teorías posibles, dado que su dictamen será en forma de opinión, cuente con un espectro amplio de información.
- Es conveniente que se le explique, sobre todo si no es un perito habitual, que el lenguaje que debe de emplear deberá ser el más sencillo posible, con el objeto de que la información sea asequible a todas las personas que se encuentren en la audiencia, que en el caso que él deba de utilizar lenguaje eminentemente

técnico, se le harán las preguntas necesarias para que lo traduzca a un lenguaje más asimilable y la información cumpla su cometido de aclarar puntos oscuros o ininteligibles.

- Como ya se afirmó, es necesario que la parte que presenta al testigo, discuta con él los puntos en controversia o que deban ser resaltados mediante el interrogatorio, por considerarse determinantes en la emisión del dictamen, esto a fin de que quién va a realizar el interrogatorio, conozca con anticipación la información que ha de introducir preferentemente y cuál es el efecto de esta información en el apoyo o distanciamiento de su hipótesis. En este punto deberá indagarse sobre las conclusiones resultantes, si es la única opción posible como resultado o si hay alguna posibilidad de arribar a conclusiones diferentes con la variación de los procedimientos o de las circunstancias, si ha existido la posibilidad de viciar los resultados y si esto ha sido consecuencia de factores externos o propios de los objetos o evidencias sometidas a peritaje. El nivel de confiabilidad que presenta la pericia y el límite de las conclusiones será también objeto de preparación, el indagar si éstas son pruebas de certeza o de orientación, en el primero de los casos, cuál es el margen de error que puedan presentar, asimismo la indicación de si son absolutamente objetivas o tienen en razón de la ciencia, arte o técnica, algún componente especulativo.
- Deberá advertirse al perito, la necesidad de que él se ciña en sus repuestas, única y exclusivamente a las áreas objeto de su especialización, ésta es una afirmación ya apuntada, el hecho de que el perito, aún cuando se trate de ciencias afines, no está en la obligación de emitir pronunciamiento respecto de puntos que exceden el área de su especialización, pues si se incursiona en información que evidentemente no domina íntegramente, será fácilmente desacreditado en un efectivo contrainterrogatorio.
- Precisamente en razón de que los peritos, al igual que los testigos, pueden ser sometidos a un contrainterrogatorio, la parte que lo presenta en juicio, deberá prepararlos con el objeto de anticipar en su ánimo, el posible contenido de un contrainterrogatorio, preparación que se recomienda en la práctica forense, la realice una persona distinta de quien lo prepara en el interrogatorio directo.

Los informes periciales emitidos por organismos oficiales gozan del Principio de Confiabilidad, esto quiere decir, para el juez, por regla general, tienen una fuerza probatoria superior a la de los demás medios probatorios, lo que se traduce en una presunción iuris tantum de credibilidad, basada en la condición de los peritos, quienes actúan movidos únicamente por un afán de descubrir la verdad, con absoluta imparcialidad. Esta presunción es aplicable a cualquier otro informe pericial elaborado por peritos designados judicialmente. Sin embargo, debemos tener presente, que la prueba denominada pericial, no obstante su calidad de prueba técnica y representar por ello un nivel superior de confiabilidad, no adquiere en forma automática efectividad probatoria, pues al igual que toda la otra prueba que se incorpore al juicio, deberá ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica. A pesar de lo anterior, no puede obviarse el hecho de que el nivel de confiabilidad o certeza

que la pericia implica, ejercerá influencia en la conciencia del juzgador, de acá que resulte especialmente importante, el que se realice con todo el profesionalismo y cuidado que la ciencia, arte o técnica aconseje para cada caso en particular.

Cada pericia que se introduzca como prueba al momento del juicio, deberá ser analizada por el juzgador conforme las reglas de valoración que nuestro sistema procesal ha dispuesto, los tribunales de sentencia al momento de constituirse lo podrán hacer de tres maneras diferentes, lo cuál dependerá del delito que sea objeto de juzgamiento, a saber: colegiado: conformado por tres jueces técnicos; unipersonal: presidido por uno solo de los jueces de sentencia y; unipersonal con jurado: presidido por uno solo de los jueces de sentencia, pero la decisión respecto de la culpabilidad será responsabilidad de los miembros del tribunal de jurado, integrado por cinco miembros legos de nuestra sociedad que reúnan los requisitos para serlo; en este último caso, la valoración de los elementos aportados como prueba se realizará mediante el sistema de íntima convicción, es decir, no darán explicación del proceso de valoración efectuado para llegar a una decisión; sin embargo en los dos primeros casos, los jueces técnicos están en la obligación de motivar su fallo, lo cual implica que deben de dejar constancia del proceso de valoración que han efectuado para arribar a una determinada decisión, pues les rige el sistema de la Sana Crítica Racional.

La Sana Crítica Racional, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, que las conclusiones a las que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoye. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el juzgador logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

Tal y como lo afirma LEONE, el principio de libre convicción “no puede ni debe significar más, y, sobre todo, no debe significar libertad en el juez para sustituir a la prueba (y, consiguientemente, a la crítica de la prueba) por conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión”.

La motivación de la sentencia implica, no sólo el detalle de cada elemento de prueba, sino un concienzudo análisis de cada elemento en particular y su interrelación con todos los otros elementos aportados, y todo esto a su vez deberá contrastarse con los hechos objeto de juzgamiento, de manera que si se acepta o desecha un determinado elemento para lograr la decisión, deberá ser el producto de un análisis serio y motivado racionalmente, esto quiere decir, que no basta que se expongan las razones de la decisión, sino que las mismas deben ser razonables y deberán ser expuestas de manera tal, que cualquier persona, con una cultura o educación promedio esté en la posibilidad de asimilarlas y entenderlas, aunque no necesariamente compartirlas, pues como es de esperarse, al momento de realizarse la vista pública encontraremos, por lo menos dos hipótesis opuestas, la de cargo y la de descargo, por lo tanto el juzgador, deberá pronunciarse por una de ellas o formular su propia hipótesis, la que deberá exponer en su sentencia con absoluta claridad. En la mente del juzgador podrá afincarse la absoluta certeza de su culpabilidad o de su inocencia, sin embargo no debemos descartar, que estos estados de la conciencia, al momento de decidir no necesariamente revestirán el carácter de absolutos, pudiendo encontrarse el juzgador en

un nivel de incertidumbre tal, que le lleve a la absolución en virtud del principio de “indubio pro reo”, en plena vigencia del principio de inocencia consagrado en nuestra Constitución.

Al final de esta intervención vale la pena hacer una mención especial respecto de dos tipos de especialistas que eventualmente podrían comparecer en el juicio:

- Los consultores técnicos y,
- Los intérpretes

Los consultores técnicos son una modalidad de asistentes de las partes que introdujo la nueva normativa, cuya finalidad es la de auxiliar a una determinada parte procesal, que es la que lo solicita, a efecto de que le provea de la información especializada, pero sin la característica de imparcialidad que particularmente debe de presentar el perito, este último deberá rendir su dictamen sin pretender favorecer a una u otra parte, lo más objetivamente posible; sin embargo el consultor técnico, en primer lugar no emite dictamen alguno y sus observaciones estarán orientadas a resaltar aquellos puntos que favorezcan la tesis de la parte procesal a la que asiste, indicando precisamente aquellos puntos débiles del dictamen que podrían ser atacados en un determinado momento del juicio, a fin de generar en el juzgador la convicción que le incline hacia una posición más cercana a la teoría del caso de la parte procesal a la que asiste.

Es necesario recalcar que el consultor técnico, aun y cuando no lo precise el legislador en el texto legal, deberá de reunir las calificaciones propias de un perito, es decir que deberá demostrar su idoneidad en los conocimientos respecto de los cuales se le considera experto, lo cual se deberá efectuar a través de la presentación de sus acreditaciones como tal, a fin de que pueda tenersele como un experto y en tal calidad aceptársele, lo que sí reguló el legislador es el número de expertos que podrían en un determinado momento intervenir e indicó “un” consultor técnico, lo cual debe entenderse que podrá ser un consultor técnico respecto de cada ciencia, arte o técnica, que puedan ser necesarios en un proceso.

El consultor técnico, no se diferencia del perito únicamente en el hecho de que no emite dictamen y en la exclusión de la imparcialidad en el ejercicio de su función, además éste no presta juramento ni promesa respecto del ejercicio de su función, sin embargo debemos asumir, que su calidad de consultor técnico no le faculta para tratar de confundir, pues aun y cuando responde a los intereses de una de las partes procesales en conflicto, él ejerce su ciencia, arte o técnica de acuerdo a los valores éticos que informan no sólo su actividad especializada, sino a todo ser humano.

Aun cuando existan diferencias evidentes entre ambos, se observa la similitud en cuanto a que debe ser nombrado dentro del proceso por un juez o tribunal, para que pueda válidamente intervenir y ejercer su función y que debe en ambos casos de acreditarse su calidad de especialista para que se proceda a su nombramiento.

El consultor técnico no está limitado en su actividad únicamente al momento de la vista pública, ya que si su nombramiento se produce antes de que se hayan realizado las correspondientes pericias, el podrá presenciar las operaciones periciales y sin intervenir en la realización de la pericia, podrá hacer las observaciones que considere oportunas, de las cuales, el perito que ejecuta la experticia, deberá dejar constancia en su dictamen.

Durante el desarrollo de la vista pública, el consultor técnico podrá acompañar a la parte que lo ha solicitado, con el objeto de asistirle en la materia propia de su función, inicialmente el legislador había previsto la posibilidad de que el consultor técnico interrogara directamente en los puntos relativos a su especialidad y emitir conclusiones relativas al dictamen, lo cual fue eliminado por el legislador durante el primer año de la vigencia de la normativa, esto si bien tiene su fundamento en el hecho de que sólo las partes procesales deban intervenir en los interrogatorios y en las conclusiones, no puede negarse que de haberse conservado la disposición en su redacción original, hubiese dado mayor fluidez al menos a los interrogatorios, los que al ser guiados por el consultor técnico a través de la parte procesal, hacen que pierdan la espontaneidad que debe caracterizarle.

Si bien la función del perito es auxiliar al juez supliendo las deficiencias que en el conocimiento especializado éste pueda tener, función que a su vez puede servir de auxilio a cualquiera de las partes procesales, el consultor técnico realiza esta misma labor respecto de una sola de las partes.

Es conveniente afirmar que en nuestro medio los abogados, sean estos fiscales, procuradores o en el ejercicio particular no tienen la costumbre de acudir o solicitar la asistencia de consultores técnicos, esto puede tener múltiples razones, sin embargo, me atreveré a especular un poco respecto de cuáles podrían ser las causas más frecuentes:

- La primera, el hecho de que las partes materiales que más frecuentemente se ven involucradas en los procesos penales, son de escasos recursos económicos y por lo tanto no están en condiciones de sufragar los gastos que esta práctica implica.
- La segunda, referida especialmente a los miembros del Ministerio Público, su carga laboral es tal envergadura, que no tienen en la mayoría de los casos el tiempo suficiente como para recurrir a este tipo de asistencia y si bien cuentan dentro de las respectivas instituciones con personal especializado en alguna de las ciencias que puedan ser objeto de peritaje, no alcanzan a cubrir todo el trabajo ni todas las especialidades.
- Finalmente, pero no por ello menos importante, el hecho que no tenemos la costumbre judicial de hacerlo, poco se rebate en la vista pública lo relativo a la existencia del ilícito, centrando su discusión en la falta del nexo causal entre el ilícito y el procesado.

En cuanto a los intérpretes, son una figura especial de auxiliares de la Administración de Justicia, cuya intervención podrá tener lugar en calidad de perito, cuando se requiera una traducción de algún documento que hubiere sido ofertado como prueba y deba introducirse en idioma castellano, en cuyo caso se realizará con todas las formalidades que la ley establece para los peritajes; o bien podría realizarse su intervención en juicio como interprete o traductor en alguna de las audiencias dentro del proceso, cuando alguno de los intervinientes, sean estos imputados, testigos o víctimas, no pudieran darse a entender en idioma castellano, esto nos lleva a varias posibilidades, pues puede tratarse de una persona que no hable nuestro idioma, sino una lengua extranjera; podría igualmente tratarse de un sordo mudo que no pueda darse a entender por escrito, en cualquiera de los casos,

deberá asistírsele por un traductor o intérprete, a fin de que pueda transmitir la información que posee sobre el caso al juzgador, o en el caso del imputado, para que sea informado de cada uno de los pasos y acontecimientos durante el desarrollo de la vista pública o cualquiera de las audiencias o diligencias de prueba en las que participe. Esto no es otra cosa, que darle plena vigencia a la garantía constitucional de defensa, la cual trasciende el simple nombramiento, debido a que deberá tratarse un intérprete de su confianza, el que preferentemente, deberá ser de la elección del asistido y sólo cuando éste no concurra a nombrarlo, el juez o tribunal procederá a hacerlo de oficio.

En cualquiera de los casos, el traductor o intérprete, deberá ser un experto, que deberá acreditar su calidad y deberá de prestar juramento o promesa de cumplir su función diligentemente, sin embargo en el caso de quien asistirá a quien no puede expresarse en nuestro idioma, no ha de presentar dictamen alguno y su función la realizará en forma simultánea al desarrollo de la diligencia para la cual ha sido llamado. Al respecto, debe recordarse que la labor de traducción e interpretación puede permitir una excepción en relación a su preparación especializada, pues no obstante, que nuestra normativa indica que deberá reunir los requisitos de los peritos, podemos encontrarnos en un momento determinado, frente a un testigo que no ha recibido una educación formal, en cuyo caso de nada nos servirá el especial estudio del perito y el mas idóneo, será precisamente, aquél que nos garantice un mejor entendimiento de la persona cuya declaración debe recibirse, que podrá ser un familiar cercano, cuya convivencia con la persona que requiere de intérprete, asegure una traducción o interpretación mucho más fiel.

Finalmente, creo conveniente recalcar, que uno de los objetivos que persigue nuestro aún joven sistema de administración de justicia penal, es precisamente un cambio de mentalidad en cuanto a la actividad probatoria, de manera que, sin desmerecer el crédito que debe otorgársele a las declaraciones testificales, no descansa la decisión de los juzgadores exclusivamente en ellas y que cada vez nos apoyemos más en la prueba científica, precisamente por la confiabilidad que la misma conlleva. Estamos conscientes de las limitaciones que enfrentan los expertos en nuestros países, la mayoría relacionada a la escasez de recursos, limitaciones que sólo pueden ser superadas con la certeza que es nuestro trabajo y esmero lo único que puede suplir las falencias, que todo principio es duro, que hemos dado muchos pasos y grandes hacia una mejor administración de justicia, la cual no es responsabilidad exclusiva de los operadores del sistema, sino de todos y cada uno, cualquiera que sea la actividad que nos corresponda realizar, la que deberá ejercerse con la visión de heredar un mejor país, a las generaciones más jóvenes.

**BIBLIOGRAFÍA**

- CAFFERATA NORES, José I. La Prueba en el Proceso Penal; Depalma 1994; Buenos Aires, Argentina.
- CASADO PÉREZ, José María. La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño; AEI-CSJ 2000, Editorial LIS; San Salvador, El Salvador.
- CASADO PÉREZ, José María; DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; DURO VENTURA, Cesáreo; LÓPEZ ORTEGA, Juan José; MARCO COS, José Manuel; SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís. Código Procesal Penal Comentado; AEI-CSJ-PNUD 2001, San Salvador, El Salvador.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Valoración de la Prueba en el Proceso Penal; AEI-CNJ 2003; San Salvador, El Salvador.
- JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la Prueba en Materia Penal; Rubinzal-Culzoni Editores 2002; Buenos Aires, Argentina.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal; J.M.Bosch Editor 1997; Barcelona, España.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Concepto de la Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal; J.M.Bosch Editor 1999; Barcelona, España.
- TURCIOS, Luis Alfredo. El Psicólogo Forense y su Participación en el Tribunal; Editorial LIS 2002; San Salvador, El Salvador.
- TURCIOS, Luis Alfredo. La Actividad Psicológica en el Ámbito Forense; Editorial LIS 2002; San Salvador, El Salvador.

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Instrumento del Derecho de Infancia para la Tutela de los Derechos Fundamentales del Niño

• Mario Francisco Mena Méndez

Regalo para el niño.  
Te regalo la paz y su flor pura.  
Te regalo un clavel mediatibundo  
para tu blanca mano de criatura.  
Y en tu sueño que tiembla estremecido  
hoy te dejo la paz sobre tu mundo  
de niño, por la muerte sorprendido.  
Oswaldo Escobar Velado.

**SUMARIO:** 1. El interés superior del niño en el ordenamiento salvadoreño. 2. El interés del niño en el derecho de infancia. 3. El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado. 4. Las funciones del ISN en sede judicial. 5. El interés superior del niño y su vinculación al derecho internacional de los derechos humanos. 6. Conclusión. 7. Bibliografía e instrumentos del DIDH.

### INTRODUCCIÓN

En El Salvador según datos oficiales recientes el 42.5% de la población son personas menores de 18 años de edad, de esta cantidad el 59.21% vive en pobreza extrema y otro 16.86% se dedica a trabajar.<sup>1</sup> Las cifras sobre la situación de la niñez en El Salvador son alarmantes y deberían movilizar a la opinión pública y especialmente a los que trabajamos con las leyes a debatir que está pasando en nuestra sociedad y con nuestro sistema normativo que a pesar que reconoce la importancia de los derechos del niño es tolerante

---

• El autor tiene título de Estudios Avanzados en Derecho de Infancia por la Universidad Internacional de Andalucía, es candidato a Dr. por la Universidad Pablo de Olavide, España, Becario de la Universidad de El Salvador, Docente de su Facultad Multidisciplinaria de Occidente y Agente Auxiliar del Procurador General de la República.

<sup>1</sup> En alusión a la difícil situación de la niñez salvadoreña el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales al segundo informe periódico del Estado salvadoreño, recomendó: "El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para incrementar significativamente el presupuesto para poner en efecto los derechos del niño "hasta el máximo de los recursos de que dispongan", incluso en el marco de la cooperación internacional, teniendo en cuenta particularmente a los niños de los grupos desprotegidos. En particular, lo insta a que en el proceso de descentralización y prestación de servicios técnicos y administrativos localmente se resuelvan las disparidades socioeconómicas entre el campo y la ciudad." (párrafo 18). Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño al segundo informe de El Salvador de 4 de junio de 2004. (CRC/C/15/Add. 232).

con la vejación estructural de sus derechos fundamentales. Este binomio reconocimiento de derechos - tolerancia de vejaciones, con relación a la cláusula del interés superior del niño (ISN) produce el escenario: el sistema jurídico instituye como uno de sus principios rectores el interés superior del niño, pero por parte de los operadores del sistema jurídico se actúa con desidia en la toma de medidas eficaces contra la exclusión del niño de los bienes necesarios para propiciar su desarrollo.

Sin embargo, que los beneficios de la cláusula del ISN no se hubiesen aprovechado aún no significa que ella no sea útil para la empresa de ofrecer una mejor vida al niño. El ISN es una cláusula multifacética y entre los diversos recursos que ofrece al sistema jurídico cabe mencionar: es utilizable en el derecho sustantivo y adjetivo, en el ámbito penal juvenil y en el campo de las medidas de promoción de los derechos fundamentales del niño (infancia, familia, laboral, etc.); como cláusula adjetiva su utilización cabe en el proceso judicial y administrativo y en el ámbito de las políticas públicas sirve de guía para el desarrollo de los derechos sociales; cuando se le utiliza como técnica procesal puede adoptar la modalidad de principio o regla de acuerdo al mandato que prescribe; finalmente es una directriz en el marco del modelo social y constitucional de derecho del que se deducen funciones de promoción y tutela de los derechos fundamentales del niño responsabilidad de la familia, la comunidad y el Estado. Sobre este último contenido del ISN trata este artículo enfocado desde la perspectiva constitucional y de los Derechos Humanos. Su propósito es contribuir a dilucidar el compromiso de la sociedad salvadoreña en la atención de nuestros niños que malviven. El debate del tema es urgente y para incitarlo ofrezco a todos estas líneas.

## **1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO SALVADOREÑO**

El Art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CSDN) como el instrumento de máxima jerarquía en el ámbito normativo de la infancia sirve de principal fundamento a esta institución:<sup>2</sup>

- “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan

<sup>2</sup> La Convención Sobre los Derechos del Niño fue ratificada por El Salvador el 27/04/90 y se publicó en el Diario Oficial el 09/05/90.

las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

El Código de Familia de El Salvador en el Art. 350 contiene esta disposición de la siguiente manera:

“En la interpretación y aplicación de este régimen prevalecerá el interés superior del menor... Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad... Con base en ese interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia.”<sup>3</sup>

## 2. EL INTERÉS DEL NIÑO EN EL DERECHO DE INFANCIA<sup>4</sup>

En el ámbito del derecho de infancia se utilizan dos acepciones del concepto interés: El sentido clásico o procesal y el interés en su sentido material como garantía que la CSDN retoma del modelo del Estado Social y Constitucional de Derecho para la efectividad de los derechos de las personas. La utilidad de adoptar esta segunda acepción estriba en que da lugar a una mayor cobertura de la tutela de los derechos fundamentales del niño y un compromiso más vigoroso del Estado en esta tutela al no circunscribirse a los confines del proceso - que es donde la noción de interés tiene su reconocimiento más difundido en el ámbito jurisdiccional – sino que expande su ámbito de protección al vincularse a la estructura del modelo del Estado Constitucional de Derecho como se dirá a continuación.

### 2.1 INTERÉS EN SENTIDO PROCESAL

El jurista Uruguayo Véscovi, define el interés procesal como elemento constitutivo del derecho de acción: junto con la posibilidad jurídica y la legitimación son las tres condiciones para ejercer la acción que da inicio al proceso judicial.<sup>5</sup> A su vez el interés se

<sup>3</sup> Es verdad que el interés superior del niño se regula en otras disposiciones como la Ley Penal Juvenil, sin embargo, en la disposición transcrita del Código de Familia es donde esta técnica tiene su desarrollo prolijo.

<sup>4</sup> En El Salvador semejante a la situación del común de los Estados no existe un derecho de infancia debidamente estructurado que permita referirse a un estatuto local del niño. El estatuto del niño por antonomasia en el continente americano es el estatuto brasileño que en un mismo instrumento normativo reúne los distintos institutos jurídicos que convergen en el niño como sujeto de protección: lo relativo a los derechos fundamentales del niño, la protección escolar, las instituciones del ámbito familiar (adopción, tutela, autoridad parental, etc.), los delitos contra el niño, la prevención del desamparo, lo pertinente a las políticas públicas y de participación de la comunidad, el financiamiento del sistema de protección y las disposiciones procesales y de fondo para el menor infractor.

<sup>5</sup> En el derecho procesal la importancia del concepto “interés” se debe a que es un elemento decisivo para distinguir la “acción” de los conceptos de pretensión y la demanda. De la distinción adecuada entre estos tres conceptos jurídico procesales dependerá que el Juez reconozca en el proceso los efectos procesales pertinentes a cada uno de los mismos.

compone también de tres elementos: se requiere que sea directo, legítimo y actual.<sup>6</sup> La acepción procesal del interés es retomada del ámbito del derecho privado que considera la incitación de los medios de heteroprotección del bien jurídico subordinada a la liberalidad del sujeto titular del interés.

Esta acepción es insuficiente para desentrañar el alcance del “interés” en la cláusula “interés superior del niño” puesto que su conexión al ámbito procesal exigiría que el niño comparezca a iniciar un proceso para estimar su aplicabilidad, situación que como veremos en este artículo es inviable e inconveniente para asegurar eficazmente al niño el goce de sus derechos. En el marco de la CSDN el sistema jurídico debe buscar expandir el alcance de la intervención estatal en la protección del derecho del niño; de allí la necesidad de vincular el ámbito de sus derechos subjetivos a la noción de interés en su acepción material o constitucional.

## 2.2 INTERÉS EN SENTIDO MATERIAL

En esta acepción el “interés” se refiere al bien tangible o intangible de la realidad que por su relevancia para ofrecer un bienestar material o espiritual goza de tutela jurídica para impetrar su protección, goce o efectividad frente a terceros ante las instancias de tutela sociales y/o estatales.<sup>7</sup>

El interés en su acepción material es una de las garantías que el modelo del Estado Constitucional y Social de Derecho establece a efectos de viabilizar el desarrollo social, económico, político, etc. de las personas, pero que en especial se dirige hacia aquellos sujetos que por su situación de desventaja frente a la diversidad social - como resultado de sus precarios recursos - no podrían alcanzar por sí mismos el pleno desarrollo de su persona. Para compensar semejante carencia el modelo constitucional prevé la promoción especial del Estado por medio de leyes, políticas públicas, etc.<sup>8</sup>

La perspectiva constitucional del interés supera la anterior noción del interés procesal y por ello es importante para el derecho de infancia y en particular para la interpretación del concepto “interés superior del niño”, ya que sienta la responsabilidad de la tutela del

<sup>6</sup> Vid. Véscovi, Enrique. “Teoría General del Proceso”. Edit. Temis, Bogotá, 1984. p. 80. Otro autor latinoamericano que se refiere al tema es Nino, Carlos Santiago. “Introducción al Análisis del Derecho”. Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1994. p. 197.

<sup>7</sup> Un sector de la doctrina propugna recuperar y/o fortalecer el rol regulador de las instancias sociales en la vida colectiva. El recurso a esta doctrina requiere prudencia por el riesgo de legitimar la despublificación de la solución del conflicto que promueven las corrientes adeptas al modelo de Estado neoliberal. Sin embargo, para el caso del derecho de infancia, dicha recuperación o fortalecimiento resulta imprescindible por que la familia y la comunidad son actores precedentes al Estado en el resguardo de los derechos fundamentales del niño.

<sup>8</sup> Esta estrategia del Estado Constitucional de Derecho de “recogida” de las necesidades humanas para traducirlas en derecho positivo tiene sus críticos. Peña Freire dice: “Con razón ha afirmado Capella... que la formalización supone un <despojamiento> de la personalidad a través de las que el individuo es privado de toda diferencia natural, cultural, comunitaria, etc. Este acceso de lo jurídico tiene dos consecuencias: por un lado, duplicación jurídica de los intereses reales que genera

interés del niño a cargo de la familia, la comunidad y el Estado, por supuesto conservando un rol para el niño ya no en términos absolutos sino en la medida del desarrollo de su personalidad.<sup>9</sup>

### 3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Por su referencia a la realidad, los conceptos normativos pueden ser determinados o indeterminados. La inclusión de los conceptos indeterminados en el sistema jurídico es una estrategia política del modelo constitucional de derecho para determinar al intérprete el contenido mínimo de su decisión y autorizarle cierto margen de flexibilidad para adecuar la norma jurídica a la realidad a efectos de viabilizar la optimización de los valores que sustentan el modelo social y constitucional de derecho.

La autora Grossman considera que el interés superior del niño es una "noción marco" para el desarrollo de la actuación estatal.<sup>10</sup> Dice esta autora que este tipo de definiciones son típicas del modelo constitucional de Estado Social de Derecho cuya fórmula concilia el rol activo del Estado de respuesta a las necesidades humanas y por contrapartida la libertad y responsabilidad personal para la autosatisfacción de estas necesidades. La vocación de la "noción marco" es viabilizar que la participación del sujeto en la vida social (en forma individual o colectiva) sirva de instrumento de realización de los fines y valores constitucionalmente garantizados.<sup>11</sup> La interpretación y aplicación del ISN debe tener como telón de fondo su vinculación intrínseca al modelo constitucional - que le deviene por su carácter de concepto jurídico indeterminado - para que en cada situación de la vida del

---

una sensación de virtual de satisfacción del interés; por otro, en consecuencia, su neutralización social. Ambas se verifican a partir del revestimiento de derechos por el que el sujeto o ciudadano queda cubierto de derechos de libertad, propiedad, para la participación política, sociales, etc. Todas las sustracciones y revestimientos determinan una estrategia global denominada estrategia de los derechos o institucionalización de las necesidades humanas (Barcelona...)... De este modo la duplicación de lo real en el mundo de lo jurídico, constitutiva del derecho moderno, concluirá con la subordinación de lo material a la norma y no al contrario": Vid. Peña Freire, Manuel. "La garantía en el Estado Constitucional de Derecho". Edit. Trotta, Madrid, 1997. p. 140.

<sup>9</sup> Que el niño tiene autorización legal para realizar ciertos actos jurídicos de acuerdo a su desarrollo es una cláusula que ya es parte del sistema jurídico salvadoreño. El Art. 223 del Código de Familia, en lo pertinente, dice: "El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y velarán por la conservación o defensa de los que hubieren concebido... Se exceptúan de tal representación: 1º) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo."

<sup>10</sup> Vid. Grossman Cecilia, et al. "Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996. P.23.

<sup>11</sup> El eminente jurista español García Pelayo cita el pensamiento de Forsthoff sobre el papel del Estado en el modelo del Estado constitucional de derecho, dice: "Le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de su pueblo, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que según Forsthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como

niño los responsables de velar por la satisfacción del interés del niño –familia, comunidad y Estado - logren estos dos resultados:

- a) El efecto de servir de cauce por donde se viertan los fines y valores del <Estado Social de Derecho> en las condiciones de vida del niño y,
- b) La infaltable participación del niño en esta empresa.<sup>12</sup>

Esto explica la singularidad técnica del concepto jurídico indeterminado que se limita a señalar los fines constitucionales y los sujetos sociales involucrados primariamente en el alcance de tales fines, que en el caso de los derechos del niño como ha quedado dicho antes son la familia, la comunidad y el Estado.<sup>13</sup> La tensión entre estos tres sujetos sociales es imposible de precisar tout court en el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho; sin embargo, a la luz de la CSDN es posible deducir para cada uno – a manera de directriz - las siguientes funciones:

- a) La familia:  
Es el microsistema del niño. Su deber es propiciar el espacio doméstico idóneo que posibilite al niño el ejercicio de sus derechos. En términos más específicos el niño tiene derecho a recibir de su familia el entorno, los cuidados y la protección adecuada que le permitan ejercer las libertades civiles.
- b) El Estado:  
Con relación al microsistema familiar le corresponde al Estado coadyuvar con la familia en el ejercicio de sus funciones y en la cualificación de éstas.<sup>14</sup> El Estado es el encargado de prever el adecuado funcionamiento de las instituciones que

de la política social sensu stricto. La política estatal debe ser garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad moderna y no anularla mediante un sistema perfecto de protección estatal. La procura para la existencia rectamente entendida significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre." Víd. Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL. "Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia". Ediciones de la Unidad Técnica Ejecutiva, 2ª Edic. San Salvador. 1994. P 103.

<sup>12</sup> Sobre la función participativa de la persona – que indiscutiblemente incluye al niño- en el modelo del Estado Social de Derecho García Pelayo en el mismo texto antes citado dice: "Si por Estado Social hemos de entender no sólo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como beneficiaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y otras prestaciones estatales. Dicho de otro modo, cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones." *Ibíd.* P 107.

<sup>13</sup> Grossman dice que el principio está dirigido al Juez opinión que no comparte el que escribe ya que este principio debe adecuarse a la CSDN instrumento jurídico de naturaleza eminentemente participativa de la familia, el Estado y la comunidad.

<sup>14</sup> Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, en las reglas

participan en el exosistema del niño.<sup>15</sup> Sus funciones son velar por el goce de los derechos públicos subjetivos que trascienden el marco del microsistema familiar (salud y bienestar básicos por ejemplo); velar por los derechos necesarios para el crecimiento espiritual que propicien el desarrollo del respeto y la lealtad a la humanidad (derecho a la educación, esparcimiento y actividades culturales) y facilitar al niño los medios para reclamar la heteroprotección de sus derechos.<sup>16</sup>

c) La comunidad:

Es un actor subsidiario a la familia si el niño no la tuviere o cuando ella no ha satisfecho las prestaciones necesarias para su desarrollo. Para que el rol de la comunidad tenga éxito es imperiosamente necesario que el Estado asuma la responsabilidad de brindarle el soporte legal, político y material.

---

11, 12, 13, 16 y 17, disponen sobre esta materia: "11. Toda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros. 12. Dado que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías. 13. Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto. 16. Se deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres en relación con el desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes y se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias. 17. Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable".

<sup>15</sup> En especial lo relacionado a la escuela. La autora Elías Méndez, dice al respecto: "La relación de un menor con el Estado se desarrolla principalmente en el marco de la escuela, pero aquella también se hace patente cuando el niño participa, por ejemplo, en una manifestación." Vid, Elías Méndez, Cristina. La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional. "Revista de estudios políticos". Número 111, ene, 2001. Edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. P 107.

<sup>16</sup> En consonancia con esta posibilidad de presentar reclamaciones el Comité de los derechos del niño, en su Observación General N° 5 se ha pronunciado respecto a la necesidad de que el niño goce efectivamente del derecho de reclamar la aplicación de la Convención de forma directa ante los tribunales sin el auxilio obligatorio de un adulto como medida preventiva para que el eventual disenso del adulto con el reclamo del niño no produzca la ineficacia de las disposiciones que regulan derechos a favor del niño. El Comité dice: "Algunos Estados han indicado al Comité que la inclusión en su Constitución de garantías de los derechos para "todos" es suficiente para garantizar el respeto de esos derechos en el caso de los niños. El criterio para saber si es así consiste en determinar si, en el caso de los niños, los derechos aplicables tienen efectividad realmente y se pueden invocar

## 4. LAS FUNCIONES DEL ISN EN SEDE JUDICIAL

Ahora corresponde establecer como la calidad de concepto jurídico indeterminado del ISN impone sus secuelas en el ámbito de la promoción de los derechos fundamentales del niño en sede judicial que mientras en el país no se desarrolle la jurisdicción infanto juvenil es función del juez de familia, sin excluir a los jueces de otras especialidades.

### 4.1 SOBRE LA FUNCIÓN DE ARBITRIO

El ISN actúa en esta función como una directriz conciliadora entre las normas y los derechos potencialmente aplicables en la situación concreta. El ISN se constituye en una especie de “bisagra” del sistema jurídico que le permite abrirse y abarcar los intereses latentes de todos los sujetos involucrados en el asunto.

El intérprete al esgrimir el ISN en esta función deberá justificar el porqué ha priorizado un derecho en relación a otros semejantes que cabrían aplicar en la situación concreta. Debe relacionarse el contexto y las condiciones legales y fácticas que determinaron la prioridad del derecho favorecido. Fundamentar este ejercicio de ponderación de intereses y la restricción razonable de los derechos del conjunto de los sujetos participantes es una expresión incontrastable del respeto a la obligación de protección integral que dicta la CSDN.<sup>17</sup> Por ello si el intérprete en su decisión opta por que prevalezca el interés del niño, sustituir esta fundamentación por la simple cita del estribillo “Atendiendo al Interés Superior del Niño” es un sofisma de mal gusto para eludir demostrar con argumentos sólidos que el derecho escogido es el que mejor viabiliza el bienestar del niño y que la decisión adoptada cumple con la nota de “razonabilidad” en la restricción de los derechos de los otros sujetos involucrados en el hecho. Retomamos del autor Rivero Hernández, una muestra de interpretación y aplicación del ISN basándose en esta función:

---

directamente ante los tribunales. El Comité acoge con satisfacción la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, reflejando así los principios clave de la Convención, lo que contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos. Sin embargo, esa inclusión no garantiza automáticamente que se respeten los derechos de los niños. A fin de promover la plena aplicación de esos derechos, incluido, cuando proceda, el ejercicio de los derechos por los propios niños, puede ser necesario adoptar disposiciones adicionales, legislativas o de otra índole.” Vid. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003) “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. (párrafo 21). 34º período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003; CRC/GC/2003/5 de 27 de noviembre de 2003.

<sup>17</sup> Es obvio que las otras opciones descartadas por lo menos deberían bosquejarse en la motivación de la decisión para que a vistas del niño, la comunidad y los sujetos involucrados en el caso singular no se abraza la duda si otra opción más conveniente pudo ser admisible sobre la que finalmente fue escogida.

“Citase en la literatura jurídica británica el razonamiento del Juez CUMMING-BRUCE en el asunto Clarke-hunt v. Newcombe... no había realmente una solución buena; había dos soluciones alternativas malas (peores). El problema para el Juez era apreciar los factores en cada dirección y decidir cuál de las dos malas soluciones era la menos peligrosa, teniendo en cuenta los intereses a largo plazo de los niños.”<sup>18</sup>

## 4.2 SOBRE LA FUNCIÓN DE LEGALIDAD

Es un prejuicio socialmente arraigado que a los funcionarios encargados de velar por la tutela de los derechos fundamentales del niño, sobre todo en materia de medidas de protección, debería autorizárseles discrecionalidad amplia e ilimitada para decidir y aplicar tales medidas a semejanza de un “padre de familia”. Para atajar este prejuicio la CSDN limita la discrecionalidad de los funcionarios públicos (esta regla es extensiva a la familia y la comunidad) si no está prescrita en la ley ya que la realidad es copiosa en experiencias traumáticas para el niño en la perspectiva de tal paradigma de “protección”.<sup>19</sup> De allí la necesidad de que toda decisión sobre la vida del niño responda al principio de legalidad: Sólo se estará en presencia de una decisión legal si se ajusta a la vinculación del ISN al modelo constitucional en el marco de unos delimitados derechos a que ha lugar restringir o proteger en el asunto sublite.<sup>20</sup> La gran “novedad” del ISN es la inclusión del niño en el principio de legalidad: El niño es un ciudadano titular de los derechos y las garantías establecidas para el conjunto de los sujetos de la sociedad.<sup>21</sup> Frente al temor de que la textura abierta del ISN sería susceptible de degenerar en arbitrariedades su atenuamiento a las coordenadas de la CSDN – especialmente la nota de legalidad – permitiría controlar este riesgo.

<sup>18</sup> Vid. Rivero Hernandez, Francisco. “El Interés del Menor”. Edit. Dykinson, Madrid. 2000. P. 98.

<sup>19</sup> Al respecto el jurista de derecho de infancia García Méndez cuestiona como la opinión jurídica exige que al sujeto imputado de un delito se le trate con la más estricta legalidad para la salvaguarda de sus derechos, sin embargo, al niño se le abandona al arbitrio de la autoridad pública sin las garantías del respeto a sus derechos mientras se encuentre bajo sus órdenes.

<sup>20</sup> Aunque orientada al ámbito penal juvenil la regla 3.3 de las Reglas de Tokio me parece adecuada para este fin en sede de protección de los derechos del niño: “La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley.” Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, de 14 de diciembre de 1990. (Reglas de Tokio).

<sup>21</sup> En este sentido se pronuncia el Comité de los Derechos del Niño: “El Comité subraya que, en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños.” Vid. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003) “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. (párrafo 11). 34º período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de

### 4.3 SOBRE LA FUNCIÓN DELIMITADORA DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS PADRES

Con el ISN se establece un límite genérico a las responsabilidades de los padres sin necesidad de su reiteración en cada norma continente de un derecho del niño. El ejercicio de la autoridad parental además de sus límites intrínsecos tendría en el ISN otro límite general a su contenido y ejercicio. Las limitaciones que el ISN impone sobre el funcionamiento de la autoridad parental son expuestas por el autor español Aláez:

“La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a los derechos fundamentales que éste posea.

Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar, o por lo menos bajo dependencia personal y patrimonial de la familia, es de especial relevancia la recepción legal de este concepto en las disposiciones sobre patria potestad del Código Civil que, sin referirse expresamente al mismo, dispone en su Art. 154.2 (ley española N. de A.) que aquélla ha de ejercerse siempre en “beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad” a consecuencia de lo cual les obliga a oírlos en las decisiones que les afecten a partir de los 12 años.

En lo que se refiere a la incidencia de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor, el legislador únicamente puede utilizar como criterio para delimitar el autoejercicio y heteroejercicio de los derechos, el del interés del menor en los términos expuestos, sin perjuicio de que otros elementos, como la protección de otros bienes o valores constitucionales o los derechos y libertades fundamentales de terceros, puedan ser la causa de una delimitación o limitación ulterior, como lo podrían ser también respecto del mayor de edad.<sup>22</sup>

### 4.4 SOBRE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA TUTELA DEL INTERÉS DEL NIÑO ANTE ANOMIAS<sup>23</sup>

El niño goza de la tutela del desarrollo de su personalidad por los medios y los responsables que prevé la norma (desarrollo del principio de legalidad). Sin embargo, su condición de sujeto en evolución progresiva exige un talento de jurista para conciliar el

<sup>22</sup> Vid. Aláez Corral, Benito. “Minoría de Edad y Derechos Fundamentales”. Editorial Tecnos, Madrid. 2003. P. 86

<sup>23</sup> Las lagunas del sistema jurídico constituyen un defecto estructural del modelo constitucional de derecho que encuentran una alternativa de solución en el método de interpretación sistemático. Sobre el rol judicial en la creación del derecho son aplicables las palabras del autor Gimeno Sendra al referirse a la interpretación de los conceptos jurídicos de textura abierta. Este autor dice: “La integración de los estándares y de las cláusulas generales abiertas permiten un amplio campo de actividad al Juez desde donde se hace posible la creación judicial del derecho. Entre las primeras merece citarse los conceptos de <moral y buenas costumbres>...entre las segundas se puede destacar... la diligencia del buen padre de familia, la buena o mala fe, etc.” Vid. Gimeno Sendra, José Vicente. “Fundamentos del derecho procesal”. Edit Civitas. Madrid. 1981. P. 116.

principio de legalidad con la regulación de mecanismos eficaces de acogida de sus necesidades vitales en el instante que intervinieren en su vida los sujetos encargados de velar por el respeto de sus derechos (mandato de la CSDN de tomar en cuenta la evolución y desarrollo de su personalidad). El ISN es esta herramienta que faculta al intérprete amparar el interés del niño, no obstante la carencia en el sistema jurídico de estipulación específica aplicable a la situación concreta. La interpretación del ISN en esta función es semejante a lo que ocurre con la cláusula del “interés familiar” que por su contenido dinámico y multifacético impide al ordenamiento jurídico anticipar *tout court* todas las formas posibles de protección.

#### 4.5 CONSECUENCIAS DEL ISN SOBRE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

- a) Asegura al niño la titularidad y goce de sus derechos con la misma intensidad exigible a la tutela de los derechos del adulto; la referencia a la dimensión del niño como persona, sujeto actual de derechos impone al intérprete ponderar los efectos inmediatos o actuales de sus decisiones sobre la esfera de los derechos del niño (exige que las decisiones judiciales sean eficaces con relación a los derechos subjetivos del niño);<sup>24</sup>
- b) La eficacia que se requiere de las decisiones judiciales con relación a la situación vital del niño permite relativizar el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales. Esta singularidad abre el espacio para las pautas de adecuación del derecho tutelado a los futuros cambios del niño, así como legitima la “revisabilidad” *ex officio* de las decisiones judiciales a efectos de asegurar también la protección del niño en su dimensión de sujeto en evolución. Estas consecuencias serán más notorias y útiles en las decisiones judiciales que afectan a niños con sus facultades de discernimiento desarrolladas y en los adolescentes.
- c) El ISN como concepto jurídico indeterminado es una cláusula que intencionalmente el Estado la presenta con textura abierta con fines de promoción social.<sup>25</sup> La estrategia promocional no se agota en un sujeto aislado, sino que es un acicate

<sup>24</sup> El ISN dimana efectos más trascendentales sobre el derecho subjetivo del niño al conjugarse con otros principios. Por su incumbencia con la promoción de la autonomía del niño valen aquí las palabras de Nino quien al referirse a la dignidad como principio de la fundamentación de los derechos liberales básicos, dice: “Otra implicación del principio de dignidad de la persona es el de precisar los alcances de los otros principios liberales que se han considerado: no se usa a una persona como mero medio en beneficio de otros, ni se interfiere ilegítimamente con sus planes de vida cuando una restricción, carga u obligación que se le impone tiene como base su <consentimiento>. Como diría Kant, tratamos a las personas como fines en sí mismas cuando las tratamos de acuerdo a sus propios fines.” *Vid*, Nino, Carlos Santiago. “Introducción al Análisis del derecho”. Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1994. P. 422.

<sup>25</sup> Sobre el particular el maestro Lopez y Lopez dice: “Consecuentemente con su origen político básico, la neutralización de las desigualdades sociales, la primera norma jurídica que contraseña al

jurídico para que dicha acción expanda sus beneficios en el mejoramiento de las condiciones sociales y materiales de los grupos sociales en que el sujeto destinatario de la norma desarrolla su vida: familia, grupo social, grupos por nivel socio económico, etc.

## 5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU VINCULACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la jurisprudencia de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Antimaras la Sala de lo Constitucional expresó la inordinación de la CSDN en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

“En ese sentido, al establecer que los menores de edad sean procesados en iguales circunstancias –procesales– que los adultos, se verifica la violación tanto al art. 35 inc. 2° Cn. como al art. 40 CSDN, que de manera refleja ignora el art. 144 inc. 2° Cn., el cual determina el valor y posición de los tratados que confluyen en los objetivos constitucionales o amplían el ámbito de protección y garantía conferido por la Ley Suprema – como es el caso de los tratados que pertenecen al DIDH –,”<sup>26</sup>

La naturaleza eminentemente promocional del derecho de infancia vuelve imprescindible que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sirva de concepto refractario sobre el corpus iuris de los derechos del niño en especial por las implicaciones fiscalizadoras de

---

Estado social es la formulación jurídica del principio de igualdad en sentido sustancial, es decir en su dimensión promocional.” Es verdad que la cita sobre la función promocional del Estado social pudo retomarse de cualquier autor de ralea en el derecho constitucional, pero la opción de citar este texto de Lopez y Lopez es por que en el mismo reflexiona sobre las aporías de la función promocional en su desarrollo en el contexto normativo y jurisprudencial del sistema liberal que le sirve de base. Vid. Lopez y Lopez, Angel M. <Estado Social y Sujeto Privado: una reflexión Finisecular> En la Revista número 25 (1996) “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”. Universita di fiorenze. Italia. P. 432.

<sup>26</sup> Sobre este mismo tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de la Opinión Consultiva OC-17/2002 destacó la importancia de los Derechos Humanos con relación al goce efectivo de los derechos del niño en estos términos: “... el Tribunal destacó la existencia de un “muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto. (párrafo 24). “Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.” (párrafo 25).

los organismos de vigilancia ad-hoc establecidos en los tratados de derechos humanos y por la posibilidad de la tutela subsidiaria que ofrece el sistema internacional de protección.

La apatía crónica de los Estados latinoamericanos para asumir con seriedad el desarrollo progresivo de los derechos sociales y el perfeccionamiento de las garantías del Estado Social de Derecho<sup>27</sup> son el flanco débil del ordenamiento nacional de protección de los derechos del niño. De allí que con su enlace al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la normativa nacional cobra una fuerza inusitada. A continuación se señalan algunos de estos beneficios con base en la jurisprudencia de la Opinión Consultiva OC/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>28</sup>

### 5.1 SE RELATIVIZA EL MODELO POSITIVISTA EXACERBADO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice a los Estados que deben promover la erradicación de las posiciones obtusas de interpretación de la ley y que deben adoptar el desarrollo pleno de los derechos del niño como referente interpretativo. En el fallo, la sentencia de la Corte Interamericana dispuso:

“LA CORTE, por seis votos contra uno... ES DE OPINION...

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño....

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.”

<sup>27</sup> El Comité de Derechos Humanos de NNUU en su Observación General 17 referente al artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sobre la protección del niño), resiente la desidia de los Estados para informar sobre el cumplimiento de sus obligaciones que nacen de este pacto. Si esta es la situación con respecto a los derechos individuales con mayor razón habría que esperar una apatía del Estado en materia de derechos sociales que requieren una intervención de mayor compromiso económico del Estado. El Comité dice en su observación: “La aplicación de esta disposición (se refiere al art 24 del pacto, N de A.) entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. A menudo, los informes presentados por los Estados Partes parecen subestimar esta obligación y proporcionan datos insuficientes sobre la manera en que se garantiza a los niños el disfrute de su derecho a recibir protección especial.”

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia OC- 17/02 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

## 5.2 LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NIÑO SE CONSOLIDA POR LA VÍA DE REFORZAR SU STATUS DE TITULAR DE DERECHOS HUMANOS

La incardinación del derecho de infancia en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite exigir la adopción de medidas acordes con los compromisos adquiridos por el Estado al suscribir los instrumentos internacionales en esta materia. La jurisprudencia de la Corte dice:

“Obligaciones positivas de protección. Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.” (Párrafo 87).

“En su Observación General 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. El Comité acotó que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos aplicables a los niños: éstos “gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él”. (Párrafo 51).

## 5.3 EL REFORZAMIENTO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL NIÑO

En el camino de propiciar la emancipación del niño el derecho de infancia se apoya en paradigmas tendientes a la inviolabilidad de la condición del niño en toda circunstancia y frente a cualquier riesgo. En la relación entre el modelo de Estado social y constitucional

de derecho y la construcción de una sociedad democrática se asienta el vertedero de tales nociones:

“Como se ha dicho anteriormente (supra 87), los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta <los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros>”. (Párrafo 91).

#### **5.4 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO**

La titularidad de singulares derechos inscritos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce al niño la factibilidad de incoar acciones contra el Estado en el sistema internacional. La más importante ventaja de esta protección no reside en la expectativa de prolongar el litigio de un caso particular en el sistema internacional sino en el efecto disuasivo que supone para el Estado la posibilidad de someterse al escrutinio público internacional. Al respecto la sentencia de la Corte Interamericana dice:

“De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso Castillo Petruzzi y Otros versus Perú (Excepciones Preliminares, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al locus standi, y hay toda una jurisprudencia constante en claro apoyo a la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional vis-à-vis conceptos y disposiciones del derecho interno (párrs. 21-22).” (párrafo 57 del voto concurrente del magistrado Cançado Trindade).

### **6. CONCLUSIÓN**

Los operadores del sistema normativo salvadoreño tenemos una deuda pendiente con el niño al no haber reflexionado todavía lo suficiente – en las universidades y en los tribunales – sobre el desarrollo de la cláusula del interés superior del niño como directriz rectora del sistema normativo de la familia, la comunidad y especialmente del Estado. El auxilio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es imprescindible en esta reflexión jurídico dogmática por el aporte enriquecedor de sus nuevos paradigmas y modelos de protección de la persona humana. La meta de dignificar y emancipar la condición jurídica

del niño salvadoreño pasa por construir un derecho de infancia en el que los derechos fundamentales del niño – su promoción y tutela – sean la piedra angular.

## **BIBLIOGRAFÍA E INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **I. BIBLIOGRAFÍA**

1. Aláez Corral, Benito. “Minoría de Edad y Derechos Fundamentales”. Editorial Tecnos, Madrid. 2003.
2. Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL. “Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia”. Ediciones de la Unidad Técnica Ejecutiva, 2ª Edic. San Salvador. 1994.
3. Gimeno Sendra, José Vicente. “Fundamentos del Derecho Procesal”. Edit Civitas. Madrid. 1981.
4. Grossman Cecilia, et al. “Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad”. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.
5. Elías Méndez, Cristina. “La Protección de los Menores de Edad en Alemania desde una Perspectiva Constitucional”. Revista de Estudios Políticos. Número 111, ene, 2001. Edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
6. López y López, Ángel M. “Estado Social y Sujeto Privado: una reflexión finisecular.” Revista “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”. Nº 25. Universita di Firenze. Italia. 1996.
7. Nino, Carlos Santiago. “Introducción al Análisis del Derecho”. Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
8. Peña Freire, Manuel. “La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho”. Edit. Trotta, Madrid, 1997.
9. Rivero Hernández, Francisco. “El Interés del Menor”. Edit. Dykinson, Madrid. 2000.
10. Vescovi, Enrique. “Teoría General del Proceso”. Edit. Temis, Bogotá, 1984.

### **II. INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

1. Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales al segundo informe de El Salvador de 4 de junio de 2004. (CRC/C/15/Add. 232).
2. Comité de los Derechos del Niño. Observación General Nº 5 (2003) “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, 34º período de sesiones, del 19 de septiembre al 3 de octubre de 2003. CRC/GC/2003/5.

3. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General 17 sobre el Art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos del niño. 35º período de sesiones, 1989.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia OC- 17/02 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
5. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, de 14 de diciembre de 1990 (Directrices de Riyadh).
6. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, de 14 de diciembre de 1990. (Reglas de Tokio).

## **CONDUCCIÓN TEMERARIA DE VEHÍCULO DE MOTOR (Art. 147-E CP)**

### **Algunos Problemas de Carácter Procesal**

• Wilson Edgardo Sagastume Galán

#### **SUMARIO:**

#### **I. PROBLEMAS DE COMPETENCIA**

#### **II. PROBLEMAS PROBATORIOS**

II.A. ESTADO DE EBRIEDAD, II.A.1. Estado de ebriedad y psicomotricidad, II.A.2. Estado de ebriedad y peritajes médicos

II.B. PRUEBA ALCOHOLOMÉTRICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES, II.B.1 El alcoholtest es una intervención corporal, II.B.1.(a). Opiniones adversas para su práctica en la etapa pre-judicial, II.B.1.(b). Opiniones favorables para su práctica en la etapa pre-judicial, II.B.1.(c). Especial mención de la cláusula “aún sin el consentimiento”

II.C. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

II.D. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

II.E. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

#### **III. CIERRE**

Artículo 147-E del Código Penal: “El que mediante la conducción temeraria de vehículo de motor transgrediere las normas de seguridad vial, poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, e inhabilitación al derecho de conducir vehículos por igual tiempo.

Para los efectos del inciso anterior, se considerará conducción temeraria: manejar en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas que limiten la capacidad de conducir; disputar la vía entre vehículos; realizar competencias de velocidad en la vía pública, sin previo permiso de la autoridad competente.

Esta sanción se agravará hasta una tercera parte del máximo establecido, cuando se realizare mediante la conducción de vehículos de transporte colectivo o de carga pesada”.

#### **I. PROBLEMAS DE COMPETENCIA.**

En distintas resoluciones pronunciadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia (CSJ) –ejemplos: 24-2204, 39-2004 y 48-2004- en conflictos de competencia suscitados entre jueces de la jurisdicción común y los de tránsito, para elucidar sobre el trámite de la instrucción del delito de conducción temeraria de vehículo de motor (CTVM), la referida

---

• Juez de Sentencia, Primer Vocal del Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana; Capacitador del área de Derecho Penal en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura;

Corte casi indefectiblemente se ha manifestado en los siguientes términos: “(...) observamos que la Fiscalía General de la República, presentó (...) requerimiento (...) por el delito de Conducción Temeraria de Vehículo Automotor (...). En ese sentido, se vuelve necesario recalcar lo que en anteriores resoluciones se ha dicho, que cuando la representación fiscal, requiera por el citado delito, son competentes para desarrollar la fase de instrucción los jueces de la jurisdicción común, ya que se trata de una conducta anterior a la producción de los resultados, pues no hay que perder de vista que, el legislador al tipificar el delito en comento, lo que pretendió fue sancionar una conducta dolosa de peligro concreto; es decir, una acción que pone en riesgo los bienes jurídicos vida e integridad física de las personas, mediante la acción de conducir temerariamente un vehículo automotor, a través de las modalidades que al efecto describió el legislador en la citada disposición legal (...)”<sup>1</sup>. De esta manera, la CSJ ha aclarado esta problemática al declarar que la competencia funcional de la instrucción corresponde a los funcionarios con jurisdicción ordinaria –léase jueces de instrucción-.

Llama la atención que en la resolución dictada a las diez horas cuarenta y cuatro minutos del trece de enero del dos mil cinco, en uno de los conflictos de competencia sometidos a su decisión, la CSJ hace la valoración siguiente: “(...) el Juez de Tránsito (...) separó indebidamente los procesos, pues si bien es cierto existieron lesiones (...), las mismas fueron a consecuencia de que el ahora imputado conducía en supuesto estado de ebriedad, siendo esta la razón por la cual se le atribuyó el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor (...) por lo tanto, tales lesiones no pueden considerarse culposas, pues se ocasionaron a raíz de una acción dolosa como lo es el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor, por lo que el competente para conocer de tales delitos en un solo proceso debió ser el Juez (...) de Instrucción (...)”.

La somera lectura de la valoración apuntada puede generar confusión y acres discusiones; pues, para algún sector doctrinal, pudiera parecer que con el referido llamado de atención nuestro máximo tribunal se esté decantando por calificar automáticamente de “dolosas” las lesiones, por el simple hecho de provenir como resultado de la comisión de un delito doloso –CTVM-, lo que sería equivalente a avalar la vigencia de la responsabilidad objetiva y conculcar el principio de culpabilidad. Esta línea de pensamiento sólo encuentra viabilidad y congruencia, cuando se puede establecer de manera certera que en el comportamiento del sujeto que conduce temerariamente ha existido el dolo –al menos eventual- de producir un detrimento físico en una o más personas determinadas; sin embargo, es fácil replicar que tal solución dogmática deja de ser oportuna cuando el sujeto activo maneja su vehículo bajo los presupuestos de la conducción temeraria y las lesiones que perpetra son producto de la imprudencia –culpa consciente-, con lo cual estamos penetrando ineludiblemente en el terreno de los problemas concursales –ideal o real- que pueden generarse entre ambos delitos: conducción temeraria de vehículo de motor –doloso-

---

Docente de la Asignatura Derecho Penal en la Universidad Católica de Occidente (UNICO) de la ciudad de Santa Ana.

<sup>1</sup> Conflicto de Competencia número 39-2004, resolución pronunciada a las once horas nueve minutos del dieciséis de diciembre de dos mil cuatro.

y lesiones –imprudente-; que, no obstante lo sustantivo de su tratamiento, la solución tiene incidencia en el área adjetiva.

Ante la situación planteada es fácil sucumbir a la tentación procesal de escindir las conductas en sendos procesos para sus respectivas investigaciones –ordinaria y tránsito-; empero, por razones de economía procesal, así como por la relación de causalidad entre ambos delitos, por lo pragmático de la disponibilidad de los medios de prueba y por no ser un dislate jurídico, estimo que debe ser el funcionario de la jurisdicción ordinaria –juez instructor- quien debe dar el trámite a la fase de investigación de ambos hechos punibles en un solo expediente, con lo cual se evita la diversificación del juzgamiento y de decisiones judiciales al converger ambos casos, después de la instrucción, en un mismo tribunal de sentencia. Esto es coincidente con lo planteado por la Honorable CSJ, en la parte postrer de la resolución últimamente apuntada, al criticar la división de las causas penales por los delitos de CTVM y lesiones culposas para su individual instrucción, en vista “(...) que tal situación podría dar lugar a que los tribunales que conocen en forma separada, pronuncien sentencias incongruentes, es decir, absolviendo por la causa (Conducción Temeraria de Vehículo de Motor) y condenando por el efecto (Lesiones Culposas), o viceversa, lo cual iría en contra del Debido Proceso, generando con ello vulneración a una eficaz Administración de Justicia”<sup>2</sup>.

## II. PROBLEMAS PROBATORIOS.

La CSJ ha establecido –de una manera sucinta para mi gusto- que la parte objetiva del tipo penal de CTVM está compuesta por los siguientes elementos descriptivos y normativos: “(...) **La conducción temeraria de vehículo de motor**, que no es más que desatender las normas elementales de cuidado y seguridad vial al momento de conducir un vehículo automotor; **Transgredir las normas de seguridad vial**, es decir, quebrantar las disposiciones legales comprendidas en el Ley General de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Reglamento General de Tránsito y otras que regulan la forma de conducir los vehículos; y, **poner en peligro la vida y la integridad física de las personas**, mediante el cual el legislador ha querido proteger la vida y la integridad física de las personas que transitan por la red vial, llámese estos conductores, pasajeros o peatones”. Es el inciso segundo del art. 147-E CP el que nos aclara, bajo un catálogo cerrado de conductas típicamente relevantes, lo que debemos entender por manejar de manera osada para efectos penales, al explicarnos que “(...) se considerará conducción temeraria: manejar en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas que limiten la capacidad de conducir; disputar la vía entre vehículos; realizar competencias de velocidad en la vía pública, sin previo permiso de la autoridad competente”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Resolución dictada por la CSJ, a las diez horas cuarenta y cuatro minutos del trece de enero del dos mil cinco, en Conflicto de Competencia.

<sup>3</sup> Resolución de Incidente de competencia negativa N° 24-2004, pronunciada a las diez horas y seis minutos del día siete de octubre de dos mil cuatro.

De la congerie de conductas que se han señalado, la que ocasiona mayor fricción y genera dificultades cognitivas y, por supuesto, también de carácter probatorio, es la que tiene que ver con **“manejar en estado de ebriedad”**; pues, las deficiencias en la comprensión del contenido de tal comportamiento tienen sus efectos negativos en el área de las probanzas, ya que en el afán por acreditar la existencia de la referida conducta y por lograr la eficiencia acusatoria se pueden practicar actos de investigación y/o de prueba que rebasen la frontera de la licitud.

El primer asunto que debe de destacarse es que, en razón del principio de legalidad, ha de entenderse que el juicio de tipicidad conmina al investigador a establecer primariamente que el sujeto activo ha manejado “ebrio”; y, posteriormente, ha de probar que –al igual que en los casos de ingestión de drogas- el estado de ebriedad le ha limitado la capacidad de conducir.

## II. A. ESTADO DE EBRIEDAD.

Finquemos la atención en el “estado de ebriedad”. El comprobar que un sujeto se encuentra en ebriedad parece una tarea sencilla; pues, formalmente y para efectos administrativos, el art. 171 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial (RGTSV) ha establecido que un individuo se encuentra ebrio en la medida que rebase el 10% de la concentración de alcohol en la sangre, para lo cual bastará con realizar una prueba de alcoholemia<sup>4</sup>; empero, para efectos penales y específicamente del ilícito en cuestión, tal dosimetría resulta insuficiente –igualmente debería de serlo para efectos administrativo sancionatorio-. Las razones que expongo para tal afirmación, son las siguientes:

1. Que esta norma reglamentaria vulnera el principio de culpabilidad al imponer una presunción legal -“iuris tantum”- estableciendo una “verdad formal” y, por ende, trasladando la carga de la prueba a quien no le corresponde.
2. El nivel de tolerancia de la homoconcentración etílica que nuestro reglamento prescribe no es uniforme con los de legislaciones de otros países, en los que los límites están por encima de los nuestros, citando a guisa de ejemplo: 0.5 % en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Holanda, Noruega; 0.8 % en Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Suiza; y, 0.2 en Portugal y Suecia.
3. La “ebriedad”, es decir, el efecto del alcohol sobre el cerebro no es un estado que pueda conceptualizarse de manera concreta, determinada o exacta, porque tiene varios grados o etapas y en cada una de ellas se dice que hay ebriedad. Al respecto, la doctrina especializada en toxicología forense destaca que se pueden considerar cinco períodos en la intoxicación alcohólica:

---

<sup>4</sup> Art. 171 RGTSV “Para determinar si una persona conduce bajo los efectos del alcohol se presume lo siguiente: (...) 3. Si la concentración de alcohol en la sangre es mayor que cien miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre (0.10%), se está en presencia de un estado de haber ingerido licor o ebriedad”

- a) preebriedad, en la que los reflejos disminuyen, así como la visión y la audición; suele haber euforia, agresividad y verborrea.
  - b) Ebriedad crepuscular. La visión y los reflejos están afectados en grado mayor; la atención y la memoria están disminuidos y hay trastornos de conducta.
  - c) Ebriedad psicótica o completa, cuando hay compromiso severo de las funciones mentales superiores, especialmente del juicio crítico. Los trastornos de conducta son más acentuados.
  - d) Ebriedad sómnica. En este período la actividad que puede persistir es automática; y, el individuo suele caer en un profundo sueño.
  - e) Ebriedad comatosa. Hay ausencia de reflejos; inconsciencia que va del estupor al coma y el individuo puede morir.
4. Es de reconocer que los efectos del alcohol en el cerebro –y, por tanto, de la ebriedad- varían según sea la mayor o menor receptividad del sujeto. Es evidente que el alcohol no produce los mismos resultados en un hombre que en una mujer, en una persona gruesa que en una delgada, en un adulto que en un menor, en un abstemio que en un alcohólico, etc.

Bastan estas razones para dejar evidenciado, que la simple comprobación del exceso en el porcentaje de tolerancia etílica –ebriedad- exigido en el art. 171 RGTSV no es más que un parámetro, cuya utilidad puede ser de “indicio probatorio”; el que concatenado a otros indicios aportados por distintos medios de prueba pueden llevar a concluir la ebriedad de un sujeto.

## II.A.1. ESTADO DE EBRIEDAD Y PSICOMOTRICIDAD.

La CTVM no es un delito formal cuya condena se fundamente en la constatación de un determinado índice de homoconcentración de alcohol en la sangre, pues la conducta jurídicamente relevante exige además la comprobación objetiva de que el alcohol ingerido afecte a las condiciones psico-físicas del acusado y, por ello, también sea un peligro evidente para la vida e integridad física de los demás. “(...) El mismo inciso segundo requiere en este supuesto –y en el de manejar bajo los efectos de drogas-, que tal situación limite la capacidad de conducir, es decir que altere en el conductor la capacidad de percibir la realidad externa (por ejemplo: colores, distancias, formas, etc.), de comportarse con respecto a la norma de seguridad vial, o de gobernar sus movimientos corporales; y, en segundo lugar, porque aún sufriendo por la ingesta de tales bebidas algún límite a la capacidad de conducir, es necesario que concurren en la conducta enjuiciada los otros dos elementos del tipo mencionados (...) es decir, que se transgredan las normas de seguridad vial y se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas”<sup>5</sup>. Para apreciar la receptividad subjetiva

---

<sup>5</sup> Conferencia “DELITOS DE PELIGRO Y CONDUCCIÓN TEMERARIA”. Lic. Víctor Manuel Rodríguez Luna; ex-agente auxiliar del Fiscal General de la República y actual Coordinador del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI) del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ).

y la influencia en el modo de conducir será imprescindible analizar los síntomas del acusado, de los que pueden mencionarse los siguientes:

A) Signos somáticos externos: halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, pastosa o embrollada, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso, lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante y padecimiento de vómitos. A veces también el comportamiento eufórico, rudo, ofensivo, despectivo, impertinente o arrogante con los agentes que practican las debidas diligencias; y,

B) Características de la conducción: en muchísimos supuestos se evidencia una circulación zigzageante, velocidad inadecuada (excesiva o muy lenta), invasión del carril contrario, circulación en sentido contrario, conducción por el arcén, elusión de señales de tránsito verticales como cedas de paso, stops, semáforos, etc., colisión con objetos móviles (vehículos, motos, peatones) o fijos (muros, señales de tráfico, vehículos estacionados) que le involucran en un accidente, conducción sin una iluminación adecuada, giros o maniobras bruscas, caso omiso a las señales luminosas o acústicas de los agentes para la detención del vehículo, intento de dar la vuelta al observar el control policial, entre otras<sup>6</sup>.

## II.A.2. ALCOSENSORES Y PERITAJES MÉDICOS

Sin duda, el médico forense es el profesional mejor facultado para efectos de examinar y establecer el grado de impregnación etílica –ebriedad- de un sujeto y la influencia del alcohol en las facultades mentales de éste; pues es un principio fundamental de toxicología forense, que el diagnóstico certero de intoxicación se obtiene de un análisis minucioso de laboratorio, del cual al perito le será posible comprobar: la concentración de alcohol en la sangre, la condición de la conciencia del evaluado (pensar) y sus condiciones volitivas (obrar).

En muchos casos delictivos relacionados con la CTVM, parece que el ente investigador se ha limitado y conformado con el informe obtenido en la práctica de los llamados alcoholímetros, etilómetros, alcoholtest, test de alcoholemia o alcosensores<sup>7</sup>, los que –para muchos funcionarios judiciales- no siendo pericias –por incumplir los requisitos del art. 195 y ss. CPP- no pueden tener mayor cobertura procesal que el de una prueba de campo (examen “in situ” o prueba “orientadora”), cuya utilidad finaliza al llenar de sustento el requerimiento fiscal<sup>8</sup>; razón por la cual, entre más inmediato a este examen inicial se

<sup>6</sup> “ASPECTOS PRÁCTICOS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE TRÁFICO”. Miguel Olmedo Cardenote. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Pag. 3.

<sup>7</sup> Art. 170 inc. 4º RGTSV “(...) En el caso de prueba de aliento, esta será administrada a través de alcosensores y otros dispositivos debidamente calibrados por las autoridades de tránsito adiestrados en su uso”.

<sup>8</sup> Todo esto sin adicionar la crítica de validez probatoria, por la falta de reglas claras de homologación, revisión periódica y control metrológico que el Estado debe tener sobre los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado.

practique una pericia forense, a efecto de establecer el grado de ebriedad y la influencia del alcohol en el conductor acusado, mejor serán los resultados. Así se logra deducir de la resolución pronunciada a las quince horas del veintiuno de octubre de dos mil cuatro, por la Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, al sostener que "(...) se observa la contradicción manifiesta existente entre un acto de investigación y un medio de prueba científica, por cuanto el primero, es decir, el alcoholtest realizado por agentes desconocidos pertenecientes a la División de Tránsito Terrestre, arrojó como resultado que el encausado había ingerido ciento un grados de alcohol, mientras que la prueba pericial realizada por (...) la Sección de Toxicología del Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal "Doctor Roberto Masferrer" de San Salvador, dio como resultado que no se detectaba alcohol en la orina; si bien dicha prueba se realizó veinticuatro horas después de la detención del justiciable. (...) Entonces se tienen contrapuestas dos pruebas de carácter científico, una de ellas tomada por la perito permanente adscrita al Instituto de Medicina Legal "Dr. Roberto Masferrer", la que por ello cumple con todos los requisitos para ser incorporada por su lectura y cuyo resultado es negativo a la presencia de alcohol, y por otro, la prueba de alcoholtest realizada por agentes desconocidos de la Policía Nacional Civil, quienes al no poder determinarse su identidad, tampoco es posible que se acredite la calidad idónea para la realización de dicho alcoholtest (...)".

## II.B PRUEBA ALCOHOLOMÉTRICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La práctica de las pruebas de alcoholimetría por parte de los agentes policiales de tránsito, ha generado una serie de discusiones y ásperas críticas al ser consideradas por muchos como auténticas "intervenciones corporales" y, por ende, -especialmente al ser tomadas sin la voluntad del conductor- degeneran en actos ilícitos y hasta prohibidos por ser violatorios de derechos fundamentales, específicamente **el de no declarar contra sí mismo, el de la intimidad personal y el de presunción de inocencia**, con los que a su vez se vulnera la garantía constitucional del debido proceso.

Antes de continuar con el desarrollo de estos breves comentarios he de aclarar, que en el somero estudio que haré sobre las intervenciones corporales y sobre la violación o no de los referidos derechos y del debido proceso, me limitaré a exponer la problemática doctrinaria y jurisprudencial que al respecto se ha suscitado y a describir los modelos contrarios que plantean los defensores de las distintas tendencias doctrinarias; empero, no haré toma de postura, dejando que sea la convicción la que decante la preferencia doctrinaria y/o legal del lector. También es necesario explicar que el uso, quizá, extremo de la doctrina y jurisprudencia foránea no obedece a sentimientos "malinchistas", ni a intenciones efectistas, ni tampoco a la pretensión de querer decantar la opinión del lector hacia una forma específica de interpretación; sino que, lamentablemente, el tipo penal de "conducción temeraria de vehículo de motor" es de reciente data en nuestra legislación, cuyo natalicio no rebasa los dos años, por tanto las líneas jurisprudenciales domésticas no son opimas; razón por la que, para abundar en el estudio del ilícito "sub examine" es menester acudir a la doctrina y a la jurisprudencia allende a nuestras fronteras, especialmente de lugares en los que es más adulta la cultura jurídica y hay más experiencia en el estudio, examen y solución

de esta clase de delitos. En todo caso, siempre es un ejercicio saludable el análisis de la legislación y la jurisprudencia comparada, y mostrar apertura a otras ideas, pensamientos o tendencias de vanguardia que en un juego dialéctico nos permitan evolucionar.

## II.B.1. INTERVENCIONES CORPORALES

La opinión generalizada y casi unánime es que los exámenes de alcoholimetría son intervenciones corporales. Al parecer la Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, sostiene que en estos casos estamos ante inspecciones corporales al expresar que "(...) La prueba con alcoholímetro (...) no equivale a una pesquisa o registro superficial (...) sino que en realidad se trata de un acto de investigación contemplado entre las inspecciones y pericias corporales (...) En el caso de la prueba de alcoholímetro, debido a su condición de inspección corporal (...)"; no obstante, la divergencia resulta ser intrascendente por cuanto la doctrina especializada utiliza sendas frases indistintamente para referirse a esta clase de exámenes técnicos.

**CONCEPTO:** "Las intervenciones corporales son actos de investigación delictiva de carácter definitivo e irreproducible que recaen sobre el cuerpo de una persona y tienen por finalidad inmediata la búsqueda de elementos necesarios para la averiguación y prueba de un hecho delictivo"<sup>10</sup>.

**FUNDAMENTO LEGAL:** "En el caso del ordenamiento jurídico salvadoreño, la inmediata justificación constitucional de las intervenciones corporales se encuentra en el art. 19 Cn., de cuya literalidad se infiere la existencia de dos clases de intervenciones corporales: la inspección corporal y la pesquisa o registro superficial de una persona"<sup>11</sup>

**CLASIFICACIÓN:** "Las intervenciones corporales se clasifican en: a) Inspecciones o registros corporales, que se caracterizan por la búsqueda, mediante la observación directa o facilitada por medios técnicos, de objetos ajenos al cuerpo inspeccionado; pero que están en o sobre el mismo (ejemplo: radiografía, inspecciones en las aberturas naturales del cuerpo tales como la boca, la vagina, el ano, etcétera); y b) Intervenciones corporales propiamente dichas, las cuales consisten en la extracción u obtención de elementos internos o externos del cuerpo intervenido (extracción de sangre, tejidos, cabellos, uñas, orina, etcétera), para realizar con ellos un examen pericial"<sup>12</sup>.

### **OPINIONES ADVERSAS PARA SU PRÁCTICA EN LA ETAPA PRE - JUDICIAL:**

1. "(...) quedan excluidas, por falta de motivos suficientes, las intervenciones corporales aleatorias. Éstas serían "aquellas diligencias de investigación corporal que no se

<sup>9</sup> Resolución pronunciada a las quince horas del veintiuno de octubre de dos mil cuatro, por la Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

<sup>10</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO. tomo 1, arts. 1 al 252. José María Casado Pérez y otros. Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ. Pag. 585.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid. Pags. 594-595.

llevan a cabo como consecuencia de una previa imputación por la existencia de sospechas o indicios suficientes, sino que se desarrollan indiscriminada o aleatoriamente”.

“Entre las intervenciones corporales aleatorias se encontrarían las pruebas de alcoholemia y la detección de drogas, autorizadas por el Art. 66 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LTTTSV), cuando son desarrolladas por la policía sin que tengan una justificación razonable para proceder a los mismos”<sup>13</sup>.

“(…) si en relación a la persona sobre la cual pretende ejecutarse una intervención corporal no se tienen motivos suficientes que mínimamente acrediten la existencia del delito y su participación en el mismo la medida será desproporcionada. Las intervenciones corporales “predelictuales o de prospección”, (…) resultan desde esta perspectiva contrarias al principio de proporcionalidad”<sup>14</sup>.

2. “La Fiscalía General de la República (FGR), por mandato del art. 193. 3 Cn. debe dirigir la investigación del delito “en la forma que determine la ley”. La vinculación, pues, de la FGR al principio de legalidad, en la investigación del delito, es una exigencia constitucional ineludible. (...) la FGR carece de facultad legal de ordenar una intervención corporal aunque de actos urgentes se trate. En primer lugar, por tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales que debe estar especificada en la ley, no le ha sido otorgada la facultad legal para realizarla en los actos urgentes. (...) Esta exigencia, que podría llamarse de control judicial “para todo caso”, demanda que aún tratándose de actos urgentes la FGR debe someterse al control previo del juez. (...) Si la FGR carece de facultades legales para proceder a la realización de intervenciones corporales sin autorización judicial con mucha más razón la policía. En primer lugar porque la policía, por mandato constitucional (...) debe actuar bajo la dirección funcional de la FGR (...) En segundo lugar, -porque si tiene la facultad para hacer inspecciones- se está refiriendo a la realización de la inspección en el lugar del hecho y a las medidas técnicas que debe adoptar para proteger el escenario del delito (...) no así la posibilidad de proceder a realizar intervenciones corporales al imputado”<sup>15</sup>.

### **OPINION FAVORABLE PARA SU PRÁCTICA EN LA ETAPA PRE-JUDICIAL:**

“(…) aunque ciertamente en estos supuestos la autoridad judicial no interviene siempre (...) (las pruebas de detección de las posibles intoxicaciones por alcohol las llevan a cabo los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico), este Tribunal ha admitido la posibilidad de que «la Ley pueda autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad»

<sup>13</sup> “Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal”. Lic. Samuel Aliven Lizama. Revista Ventana Jurídica N° 3, Año II-Vol. 1 Enero-Junio 2004. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ). Pag. 78.

<sup>14</sup> Ibid. Pag. 82.

<sup>15</sup> Ibid. Pags. 86-87.

[STC 207/1996, fundamento jurídico 4, C)]. En los supuestos que ahora se analizan existe la habilitación (...) y también se dan las circunstancias de urgencia y necesidad, pues se trata de averiguar si el conductor está conduciendo bajo la influencia de estas sustancias y ello sólo puede apreciarse si la prueba se practica en el momento en que es requerido para ello; pues si se practicase esta prueba en un momento posterior podría suceder que el efecto de estas sustancias hubiera ya desaparecido, con lo cual su práctica carecería de sentido. Conviene señalar, de otra parte, que el que sean los Agentes encargados del control del tráfico quienes tienen encomendada por la Ley la realización de estas pruebas, (...) es una cuestión que carece de relevancia ya que no es constitucionalmente exigible que sea el Juez quien tenga que autorizar esta medida limitativa, pudiéndola adoptar, siempre que una Ley expresamente la habilite, la autoridad que, por razón de la materia de que se trate, sea la competente. Pues, como ha señalado la STC 207/1996, «no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (...) y a la integridad física (...), reserva absoluta alguna de resolución judicial»<sup>16</sup>.

### **ESPECIAL MENCIÓN DE LA CLÁUSULA "AÚN SIN EL CONSENTIMIENTO" DEL ART. 167 INC. 2º CPP.**

Hay quienes se manifiestan reacios a que la medida de intervención corporal se pueda realizar de forma coactiva, prueba de ello son los argumentos siguientes:

“Consideramos que la posibilidad de realizar intervenciones corporales “*manu military*”, prevista por la cláusula del Art. 167 inc. 2º CPP, no puede ser aplicada en el marco de la investigación penal. En primer lugar, (...) el uso de la coacción, podría en determinados supuestos de aplicación resultar contraria a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes -que protegen los tratados internacionales-. Las intervenciones corporales, mediando el uso de la fuerza, suponen la afectación de la dignidad de las personas que las padece (...) el uso de la vis física para ejecutar una intervención corporal implica un nivel de injerencia mayor en el ámbito de los derechos”<sup>17</sup>.

“(...) las inspecciones corporales se ven limitadas por la necesidad de salvaguardar la dignidad humana, la intimidad personal, el derecho a la salud y la integridad personal, no solo física, si no también psíquica y moral, y debe evitarse la coacción como medio de obtención del consentimiento del investigado. Esta última cuestión, es decir la legalidad de la coacción tiene dos niveles importantes en el presente caso, por un lado, la coacción indirecta que conlleva la sanción administrativa en caso de una negativa es válida, por el

<sup>16</sup> RTC 1997\234. Sentencia Tribunal Constitucional núm. 234/1997 (Pleno), de 18 diciembre. Jurisdicción: Constitucional. BOE 21 enero 1998, núm. 18 (suplemento). Ponente: D. Julio Diego González Campos.

<sup>17</sup> “Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal”. Lic. Samuel Aliven Lizama. Revista Ventana Jurídica N° 3, Año II-Vol. 1 Enero-Junio 2004. Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura (CNUJ). Pags. 102-103.

otro, la incidencia que esa negativa pueda tener sobre su derecho a no declararse culpable, por cuanto equivalga a la presunción de su culpabilidad volviéndose esta última ilegítima y violatoria de los límites constitucionalmente establecidos para la destrucción de la presunción de inocencia”<sup>18</sup>.

No son pocos los doctrinarios que apoyan la idea de que todo sujeto está en la obligación de someterse a los exámenes de control alcoholométrico; sin embargo, la generalidad matiza la medida en el sentido de vedar el uso de la coacción física o directa. Los argumentos al respecto se pueden comprimir en estos párrafos.

“Sobre el particular, se suscitan dos cuestiones: una, la referida a la legalidad de establecer alguna forma de coacción directa o indirecta para obligar al imputado a que se someta a una inspección corporal; otra, la incidencia de ese proceder coactivo sobre el derecho del imputado a no declararse culpable (art. 12 Cn) (...) Sobre la primera cuestión, habrá que distinguir entre la actividad preventiva de la policía y la inspección corporal como diligencia de investigación que tenga por objeto el cuerpo del imputado. En el primer caso, la coacción indirecta, mediante, por ejemplo, la amenaza de una sanción administrativa o de incurrir en un delito de desobediencia, resulta legítima. En el segundo caso, en el que ya existe imputación y se está en el curso de una determinada investigación, puede utilizarse de forma proporcionada la coacción física que sea necesaria para vencer la negativa del imputado a obedecer el mandato judicial que ordena la inspección corporal”<sup>19</sup>.

“(...) en el proceso penal salvadoreño (...) se le puede obligar –al imputado- a soportar, tolerar o permitir actos en los que se requiera su participación activa o una conducta positiva; tales como un reconocimiento, una extracción de sangre o de cabello, una frotación de piel, una inspección corporal, una radiografía, etc. En estos casos (...) el imputado es “objeto” (...) de prueba, pues lo que se pretende comprobar no es lo que él sabe o conoce, sino él mismo, su estado, condición y características, los de alguna parte de su cuerpo o de alguna cosa contenida en éste, en cuyo caso la información proviene de otra fuente (testigo o perito), pero no del imputado. (...) Cuando dicha obligación existe, el imputado no puede evadirla invocando su derecho “a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad”, en base al Art. 87 N° 7 Pr.Pn.; ya que lógicamente este derecho sólo puede entenderse como el reconocimiento genérico o abstracto de las prohibiciones ya concretas que regulan los Arts. 262 y 263 Pr.Pn. Si se interpretara con más amplitud la prohibición de “alterar la libre voluntad” del imputado, ese derecho vaciaría de contenido normas como las relativas a la detención, pues los detenidos en centros penitenciarios no están ahí por su “libre voluntad”; al registro personal y de lugares; a la identificación del imputado, no pudiéndose tomar fotografías o huellas digitales sin su “libre voluntad” etc. Sin embargo, en ningún supuesto “someter” al imputado cuando éste se oponga absoluta y violentamente, puede implicar reducirlo por la fuerza a un mero objeto o convertirlo en

<sup>18</sup> Resolución pronunciada a las quince horas del veintiuno de octubre de dos mil cuatro, por la Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

<sup>19</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO. tomo 1, arts. 1 al 252. José María Casado Pérez y otros. Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ. Pag. 587.

centro de ataques físicos para posibilitar el acto. La negativa absoluta a ser “objeto” de prueba puede traer consecuencias jurídicas y procesales nocivas al procesado”<sup>20</sup>.

“(…) tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia constitucional de los países con mayor grado de desarrollo, se está imponiendo la opinión que expresan las siguientes conclusiones: (...) Existe obligación legal de someterse a tales pruebas, aunque sólo cabe una compulsión indirecta (sanciones administrativas o penales) sobre quien se niega a realizarlas.-----Dicha obligación encuentra su legitimidad en las funciones de investigación de la policía en caso de comisión de delitos y en la “función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco del riesgo permitido por el ordenamiento”. El ciudadano, como contrapartida de la creación con su actuar de un riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar y colaborar en las actividades policiales tendentes a comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico”<sup>21</sup>.

## II.C. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.

Realmente el contenido de este derecho está conformado por: el derecho a no declarar, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable. Estas son verdaderas garantías o derechos instrumentales que dimanar del genérico derecho a la defensa. De igual manera “el derecho a no autoincriminarse concuerda con uno de los efectos que tiene el derecho al estado de inocencia, el cual implica que es el acusador el que debe probar la culpabilidad del imputado (...) –éste- no debe probar su inocencia y, menos, cooperar en la determinación de su culpabilidad. (...) en el proceso penal salvadoreño no se puede obligar al imputado a que declare, pero tampoco a que efectúe conductas positivas o activas, es decir, hacer algo directamente, como parte de los actos con finalidad investigadora o probatoria”<sup>22</sup>.

Para cierto sector de los intérpretes del Derecho, con la práctica obligada de las pruebas de alcoholemia se transgrede el derecho del examinado a no declarar contra sí mismo, al estimarse que del cuerpo de éste involuntariamente sale una información que puede ser usado en su contra; así lo sostiene la Honorable Cámara de lo Penal tantas veces mencionada al afirmar que “En el caso de mérito, la obtención de prueba que emana del procesado lo convierte en órgano probatorio, y no puede obligársele a prestar su colaboración para la obtención de dicha prueba, si no que debe aportarla por su propia voluntad, asistido por un defensor que le asesore y en pleno conocimiento de sus derechos, (...) La prueba con alcoholímetro (...) recae sobre el cuerpo del investigado, y por ello invade la esfera de su intimidad (...)”<sup>23</sup>. En la jurisprudencia foránea también encontramos argumentos que

<sup>20</sup> Ibid. Pag. 597.

<sup>21</sup> “LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO”. José María Casado Pérez. Corte Suprema de Justicia. Primera Edición. Pags. 319-320.

<sup>22</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO. tomo 1, arts. 1 al 252. José María Casado Pérez y otros. Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ. Pag. 597.

<sup>23</sup> Resolución pronunciada a las quince horas del veintiuno de octubre de dos mil cuatro, por la

apoyan esta opinión, a guisa de ejemplo reproduzco el siguiente: “Interesante razonamiento suministra, por ejemplo la SAP de Granada de 25-1-1999 (ARP 2) en la que, tras reconocer que la simple negativa puede dar lugar a la responsabilidad por el delito (...), también sostiene que si tal negativa está destinada a evitar que se obtengan pruebas incriminatorias del delito (...) cuya existencia queda acreditada, el rechazo al sometimiento a las pruebas estaría constitucionalmente fundado al estar precisamente destinado a no suministrar indicios autoinculpatorios de la infracción penal ya cometida (...)”<sup>24</sup>

Hay otro sector –quizá mayoritario, pero con fundamento en jurisprudencia europea- cuya opinión es contraria a la antes expuesta, y defienden su posición bajo estos argumentos:

“En relación con la incompatibilidad entre la inspección corporal y el derecho a no ser obligado a declarar, el Tribunal Constitucional español considera que es lícita y utilizable en el proceso la información obtenida mediante aquella (...) y que la “prueba biológica no supone declarar contra sí mismo, (sino que) estamos ante una prueba pericial y ante un análisis de datos biológicos que escapan al conocimiento del interesado (...) Se sostiene, pues, el criterio de que las inspecciones corporales no vulneran el derecho a no declararse culpable (test de alcoholemia, por ejemplo), “porque no se obliga al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia que tanto puede dar un resultado favorable como desfavorable, exigiéndose una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 12.3 y 24 de la Constitución de El Salvador y al art. 87.6 CPP.

Como manifestación de la doctrina científica más generalizada, Ascencio Mellado sostiene que el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo implica la no colaboración “en la investigación de hechos propios, en virtud de lo cual no se puede en ningún caso exigir al imputado la realización de una conducta positiva, ni aún incluso la relativa a un ofrecimiento veraz de los datos personales tendentes a su identificación (...) pero sí se puede “imponer al imputado el deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervenciones corporales (...), siempre y cuando su comportamiento en tales casos lo fuera únicamente negativo, esto es, que no se le requiriera colaboración activa de ninguna clase”<sup>25</sup>.

“(...) el Tribunal Constitucional español ha declarado en sucesivas ocasiones (...) que la realización obligatoria de prueba de detección de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y bebidas alcohólicas no vulnera el derecho a no declarar contra sí

---

Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

<sup>24</sup> “ASPECTOS PRÁCTICOS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE TRÁFICO”. Miguel Olmedo Cardenote. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Pag. 9.

<sup>25</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO. tomo 1, arts. 1 al 252. José María Casado Pérez y otros. Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ. Pag. 589.

mismo y a no confesarse culpable ni, en sentido más amplio, los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, afirmando que el sometimiento a tales pruebas no equivale a una compulsión al imputado para la aportación de elementos de prueba incriminatoria y que es legítima la compulsión “mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa y de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes (...) Se sigue la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (...) afirmándose reiteradas veces (...) que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración (...)”<sup>26</sup>.

En la SAP de Sevilla del 14-12-1999, ARP 5611, se dijo: “(...) el verdadero sentido y alcance del privilegio constitucional contra la autoincriminación; derecho que, dado su origen histórico y su función primordial de garantía frente al proceso inquisitivo, sólo protege al acusado de verse obligado a ofrecer evidencia autoinculpatorio de naturaleza testimonial, y no de prestarse a ser objeto, con las debidas garantías, de otro tipo de pruebas o diligencias de investigación de distinta naturaleza, como exámenes periciales, identificaciones visuales o vocales, toma de muestras caligráficas o determinadas intervenciones corporales. Esta delimitación del ámbito del derecho a la no autoincriminación es precisamente lo que explica la constitucionalidad de las pruebas de detección alcohólica (...); hasta el punto de que la ilegitimidad de emplear la coerción física para obtener la colaboración del imputado en ellas no se fundamenta ni en la presunción de inocencia ni en el derecho a la no autoincriminación, sino en otros derechos fundamentales que puedan entrar en juego en cada caso, tales como la intimidad, la integridad física y moral, la interdicción de tratos inhumanos o degradantes o, en último término el principio de proporcionalidad”<sup>27</sup>.

## II.C. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL.

En el Manual de Derecho Constitucional –Pag. 739- se lee “Consecuencia de la libertad personal es el principio de no permitir injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas, ya que éstas deben contar con una esfera de intimidad que les permita desenvolver su autonomía, sin que se dé en tal esfera, coacciones públicas y sin sufrir perturbaciones de otras personas”. Posteriormente –Pag. 742- citando a César Sempere Rodríguez, dice “En realidad lo que el legislador ha querido garantizar es el núcleo íntimo de la vida privada de las personas en su esfera personal y familiar”.

Sabemos que el derecho fundamental a la libertad contiene al derecho de privacidad; y, que dentro de los componentes de este último están: el derecho al honor y a la intimidad

<sup>26</sup> “LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO”. José María Casado Pérez. Corte Suprema de Justicia. Primera Edición. Pags. 318-319.

<sup>27</sup> “ASPECTOS PRÁCTICOS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE TRÁFICO”. Miguel Olmedo Cardenote. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Nota N° 42.

personal y familiar. Por supuesto, fijaremos nuestra atención en el derecho a la intimidad personal.

Haré acopio nuevamente a la resolución pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, pues ella claramente se advierte que para los magistrados de ese Tribunal "(...) La prueba con alcoholímetro, o alcohótest, (...) en realidad se trata de un acto de investigación contemplado entre las inspecciones y pericias corporales del Art. 167 Pr. Pn. por cuanto recaen sobre el cuerpo del investigado, y por ello se invade la esfera de su intimidad, (...) por ello las inspecciones corporales se ven limitadas por la necesidad de salvaguardar la dignidad humana, la intimidad personal, (...)”<sup>28</sup>.

El siguiente, es un punto de vista jurisprudencial bastante parecido al de la referida Cámara, pero con cierto grado de flexibilidad y conciliación entre la posible vulneración indirecta del derecho en cuestión y la necesidad de la práctica del examen alcoholémico: "(...) si la prueba sólo consiste en la espiración de aire, tampoco es contraria a la Constitución, pues es claro que, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad corporal (...) No obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Ciertamente, cuando se obliga a un sujeto a someterse a una prueba con el fin de averiguar una determinada información se está afectando su derecho a la intimidad, ya que a través de la práctica de esa prueba si puede obtener una información que ese sujeto puede no querer desvelar. Ahora bien, para que tal afectación sea constitucionalmente relevante, y, por tanto, pueda considerarse lesiva del -derecho a la intimidad personal-, es preciso (...) que la misma carezca de una justificación objetiva y razonable (...). Dado el peligro que entraña la conducción bajo el efecto de este tipo de sustancias es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones”<sup>29</sup>.

## II.E. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Sobre este apartado o punto en especial, la discusión ha sido más pacífica porque la mayor parte de las críticas han versado sobre la autoincriminación que conlleva la conminación a soportar el examen alcoholométrico, pero circunscribiéndolo al ámbito de tutela de este

<sup>28</sup> Resolución pronunciada a las quince horas del veintiuno de octubre de dos mil cuatro, por la Honorable Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

<sup>29</sup> RTC 1997\234. Sentencia Tribunal Constitucional núm. 234/1997 (Pleno), de 18 diciembre. Jurisdicción: Constitucional. BOE 21 enero 1998, núm. 18 (suplemento). Ponente: Dr. Julio Diego González Campos.

derecho y no al de aquél. Sin embargo, puedo destacar que las líneas jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en materia de hábeas corpus, ha sido reiterada en el sentido que la presunción de inocencia es un derecho que acompaña al imputado durante todo el proceso, y que solamente se destruye por una sentencia definitiva firme de carácter condenatoria, independientemente de las medidas cautelares –aun personales- que se adopten en su contra en el decurso procesal.

No puedo soslayar, que “en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuman en contra del acusado sea con una presunción “iuris tantum” sea con una presunción “iuris et de iure”. –Debiendo entenderse que- la inocencia de la que habla el art. 12 Cn –abarca los ámbitos de- no autoría, no producción del daño o no participación en él”<sup>30</sup>. Por tanto, si el art. 66 del RTTTSV establece una presunción legal y esta tiene que ver con la “ebriedad”, que es el estado psicomotriz del autor del delito de CTVM; entonces, no cabe la duda de que esta disposición legal transgrede el derecho a la presunción de inocencia.

Hago el cierre de este asunto transcribiendo este interesante párrafo: “El principio de exclusión de la prueba ilícita nos descubre la íntima relación existente entre la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso o a un proceso con todas las garantías, por cuanto la primera sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de “pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”. Y no las reúnen aquéllas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Integrada la presunción de inocencia en el seno del derecho al debido proceso, transgredida la primera lo será en igual medida el segundo”<sup>31</sup>.

## **CIERRE.**

Quiero finalizar haciendo esta brevísima acotación. Como lo expuse, la exigencia del principio de legalidad torna necesario que para el establecimiento de los elementos objetivos del tipo penal de CTVM no baste con probar que un sujeto ha manejado en estado de ebriedad –transgrediendo el deber objetivo de cuidado-, y que el grado de impregnación alcohólica ha influido en las facultades psicomotrices del que maneja, sino que, además, -por ser un tipo penal de resultado- debe comprobarse a través de prueba idónea y suficientes que dicha conducta produjo un peligro “concreto” sobre la vida o la integridad personal de los conductores, pasajeros o peatones. Los problemas cognitivos y probatorios que este elemento objetivo ha generado y genera escapa al espacio y pretensiones de este minúsculo trabajo, por lo que puede ser materia prima para la confección de otro ensayo gráfico.

---

<sup>30</sup> “COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL” (Tomo 1). Dr. Ernesto Pedraz Penalva y otros. Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ). Pag. 109.

<sup>31</sup> Ibid. Pag. 110.

## INTRODUCCIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA.

• José Norberto Nerio Martínez

### INTRODUCCIÓN

En el derecho moderno como hemos visto, y dado que existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, la amenaza y la sanción, en otras palabras la aplicación del derecho penal queda en manos del Estado. Su utilización constituye el mecanismo de control social legítimo más duro posible.

La pena es la culminación de ese instrumento de control social mediante el cual el Estado se arroga el derecho de enjaular a seres humanos.

Por tal razón hoy haremos un recorrido si se quiere genérico sobre la Justificación de la pena, de sus fines y de las Teorías que fundamentan, para terminar haciendo una reflexión a manera de conclusión.

### JUSTIFICACION DE LA PENA

En un Estado democrático de derecho es fundamental, que dentro de su ordenamiento jurídico se contemple la imposición de penas, como respuesta a todas aquellas conductas típicamente antijurídicas, que afecten o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley.

En ese orden de ideas se considera como una justificación político estatal, que la pena sea necesaria para mantener el orden jurídico, pero además su imposición no debe ser antojadiza, sino organizado dentro de los rubros políticos que todo Estado de Derecho diseña, para enfrentarlos diferentes problemas de una nación determinada, esto significa que el Estado deberá construir una Política Criminal para enfrentar los problemas jurídicos, y en el caso particular los problemas jurídico penales, dicha política deberá ser coherente y bien definida ya que de ella dependerán el cumplimiento de los derechos más elementales que nuestra Carta Magna tutela.

La Política Criminal es además el termómetro que sirve para que todo un pueblo distinga la vocación política que un Estado profesa, sea ésta la de un Estado Autoritario o la de un Estado Democrático de Derecho, y por consecuencia lógica dependiendo del diseño político criminal, así será la fundamentación del derecho penal y por ende la concepción de la función de la pena.

Podemos afirmar que el reflejo de un Estado Autoritario es aquél que convierte en un arma contra la sociedad la imposición de una pena y la vuelve un mecanismo de terror penal. "Este es el peligro que encierra un Derecho Penal concebido para ser eficaz."<sup>1</sup> A contrario sensu la vocación de un Estado Democrático de Derecho que evita que la pena se convierta en un fin en sí misma o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de

---

• Abogado de la República

<sup>1</sup> MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. BOSCH, Casa Edit., S. A. BARCELONA, 1982, P. 29.

los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo, sin olvidarse de las garantías, propias de un Estado de Derecho las cuales giran en torno del principio de legalidad.

## FIN DE LA PENA

Independientemente de la concepción que tenga un Estado, la pena siempre ha de ser una reacción de éste, hacia el responsable de un hecho punible que con su acción dañe un bien jurídico protegido por la norma.

Pero la colectividad demanda del Estado el cumplimiento de unas garantías para todos y unas respuestas satisfactorias, así como efectivas, a esas demandas que han llevado a debates teóricos respecto al principio de mínima intervención del derecho penal, que contempla no sólo la protección de bienes jurídicos contenidos en la norma penal, sino que también de la norma moral, pese a dicho debate, los doctrinarios comparten la idea que la pena es un mal necesario dentro de un ordenamiento jurídico, es decir un "remedio socialmente dañino"<sup>2</sup>, que además debe establecerse su necesidad de cara a sostener el orden jurídico, en ese orden de ideas debe entenderse que puede y debe dársele cabida a otras medidas que respondan a políticas sociales o administrativas, aplicando la norma penal sólo en casos extremos.

Debo decir, que la pena no es la única consecuencia jurídica que se deriva de un hecho delictivo, pero sí la más importante, que se impone en atención a la violación de unos intereses considerados vitales para la comunidad, y previstos en la norma como bienes jurídicos que el Estado de derecho debe proteger sin descuidar las garantías constitucionales.

De ahí, que al reflexionar acerca de los fines de la pena, supone abordar uno de los temas centrales en la justicia penal, y que la pena no puede ser una respuesta automática e irreflexiva del Estado ante determinadas conductas realizada por los seres humanos, y que éste ha definido como delito.

En consecuencia determinar el fin de la pena es un tema de principal importancia entre los estudiosos de la teoría de la pena, por lo que se vuelve de vital interés aclarar que nuestro Código Penal Salvadoreño en el Título III relativo a las penas, Capítulo I se refiere a las penas sus clases y efectos, mas no encontramos reflejados los fines de las clases de penas que se enumeran, en los Art.44 al 92 del Código Penal, así como tampoco en el Art. 27 de la Constitución de la República se da un fundamento explícito para la aplicación de la pena.

Esta situación nos lleva al estudio de las diversas teorías respecto al tema, no obstante que son diferentes concepciones o posiciones que intentan explicar la legitimidad que lleva intrínseca la imposición de una pena.

Generalmente estas teorías se reflejan en tres grupos:

---

<sup>2</sup> CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. "Culpabilidad y Pena, su medición en el sistema penal salvadoreño." El Salvador 1999. Pag. 42

## A).- TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

De las teorías penales absolutas o consideradas retribucionistas, sus máximos expositores son Kant y Hegel, quienes definen la pena como un fin en sí misma, es decir, le otorgan un sentido de retribución por la acción antijurídica, esto significa que con ello se busca ocasionar al infractor de la norma penal un mal determinado. Para Kant la pena justa a un homicida es la muerte, ya que el hombre es moralmente libre para optar por la realización o no de un injusto penal, esto lo fundamenta en la idea que tiene del ciudadano ilustrado, con capacidad de debatir públicamente y de promover ese debate al interior de la sociedad amparada en el uso de la razón.

“Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento. Es por ello que señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella y recaería tal culpabilidad también sobre éste.”<sup>3</sup>

Hegel por su parte intenta superar la ecuación de males planteado por Kant, siguiendo el camino trazado por éste, manteniendo los postulados retribucionistas en forma más depurada, busca legitimar la pena en el plano individual y que ésta tenga validez en el plano general que justifique, su imposición por el Estado. Sostiene que, “al igual que en el delito ve una actuación individual que afecta no sólo al individuo, sino también al Estado, así, la pena al restablecer el derecho abarca estos dos aspectos. El delito vulnera el derecho y por él no sólo se niega lo particular, la subsunción de una cosa bajo mi voluntad, sino a la vez lo universal”<sup>4</sup>.

En tal sentido Hegel sostiene que la pena es una consecuencia lógica: ya que para él la pena es la negación del delito, y éste, es a su vez, la negación del derecho, la pena viene a hacer la confirmación del derecho. En consecuencia las teorías absolutas pretenden dar una explicación de la pena desde un punto de vista retributivo, sin perseguir ninguna utilidad, ya que ésta se agota en sí misma, y ante un mal causado por el delito deberá retribuirse con otro mal, así, desde esta perspectiva de justicia la pena es compensación y por lo tanto no puede perseguir ninguna finalidad.

## B).- TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

A diferencia del sentido de justicia que Kant daba a la pena, para esta teoría, la pena no significa la concreción de la justicia, sino que el sentido de la pena reside en ella, encaminándose a la protección de la sociedad, en tanto que busca evitar acciones delictivas, en tal sentido Beccaria sostuvo que el fin de la pena no va dirigida a castigar al infractor por su actuar injusto, sino que motiva al que ha delinquido y a otros a no cometer delitos en el futuro, por lo que la pena no debe entenderse como retribución, sino más bien como una prevención.

Estas teorías preventivas se clasifican en dos grupos:

<sup>3</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Lecciones de Derecho Penal” 4ta.Ed., Barcelona, 1999. Pag. 69.

<sup>4</sup> REVISTA DEL PODER JUDICIAL, No.46; Madrid, España, Segundo Trimestre 1997, pag. 6.4

## 1).- TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

### A) PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

### B)-PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general fue defendida por Feuerbach, Filangieri y Bentham. Para esta teoría la pena debe actuar sobre el colectivo social evitando la comisión de delitos mediante la amenaza de la pena, teniendo como base fundamental para lograr este objetivo la intimidación de los miembros del grupo social. Esta intimidación operará como una coacción psicológica sobre todos los componentes de la sociedad.

Sobre la prevención general negativa o intimidatorio se entiende la pena como aquella que se dirige a todos los ciudadanos como un disuasorio para evitar que delincan. Dado que su esencia es la amenaza, ésta recibe críticas drásticas por tratar al hombre como un animal, ya que a la falta de límites puede llegar a provocar el llamado terror penal.<sup>5</sup>

Esta teoría convierte al ser humano en un objeto para intimidar a las demás personas.

Por otra parte, para superar la caracterización de la prevención general como una simple amenaza, aparece en el tapete de la discusión los que fundamentan la Teoría de la Prevención General Positiva o integradora, sosteniendo que la prevención general no se limita únicamente a la intimidación, ya que parte de la doctrina entiende entre las otras consecuencias, posee un efecto moralizante, ya Antón Oneca, sostiene que la prevención general no sólo es intimidación, si no que además su misión es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad, siendo además en primer término función pedagógica y reafirmación de la moral colectiva y actuación ejemplar conforme a sus principios<sup>6</sup>.

La discusión más reciente sobre esta teoría la encontramos en la obra Jakobs, sus raíces parecen venir del planteamiento retributivo y, en buena medida entiende que la prevención general tiene dos significados: uno como intimidación y el otro como conformación del Derecho como orden ético".<sup>7</sup>

Se puede afirmar que los partidarios de la prevención general positiva se pueden agrupar en dos direcciones; por un lado los que sostienen una prevención general fundamentadora, tesis sostenida por WELZEL, JAKOBS y ARMIN KAUFMAN siendo su posición en términos generales, que se puede ir mas allá de la intimidación por razones de integración social. La otra corriente propugna por una prevención general positiva limitadora para frenar a la prevención general positiva intimidatorio y a la prevención especial, siendo

---

<sup>5</sup> CIENCIAS PENALES, Monografías, Escuela de Capacitación Judicial, 2000, pag.169.

<sup>6</sup> Ob. cit pag.172.

<sup>7</sup> Ob. cit pag.172

sus representantes ROXIN HASSEMER y MIR PUIG. Éstos buscan limitar los excesos de pena debidos a la intimidación, abogando por penas que se correspondan con la conciencia social.

En otras palabras la teoría de la prevención general cae en la utilización del miedo como forma de control social, entrando en el Estado del terror y transformando a los individuos en animales.

En palabras más simples esta prevención general negativa y positiva podemos diferenciarlas entendiendo la primera en el sentido que la pena lleva un fin intimidatorio dirigido, más que al delincuente a la comunidad y la segunda encaminada a la protección del orden jurídico aplicado específicamente al infractor de la norma, pero con el fin de imponer una pena que sea proporcional a la gravedad del hecho cometido y de esta manera obtener el respeto y la conciencia jurídica en la sociedad.-

## **2) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL**

La prevención especial data desde el siglo XIX, con la Escuela Positiva Italiana, alcanzando su florecimiento a partir de la obra de V. Liszt, concretamente con el Programa de Marburgo. Esta teoría persigue la corrección, intimidación o neutralización del delincuente, siendo estos los posibles efectos de la pena, y con ello estas serán las posibles formas de protección de bienes jurídicos mediante la pena, significa entonces que estos tres tipos de penas deberán corresponderle a tres clases diferentes de delincuentes: A) corrección de los delincuentes que lo necesiten y sean capaces de ello, B) intimidación de los delincuentes que no necesitan corrección y C) neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección.

En la teoría de la prevención especial se distinguen dos aspectos: por una parte una prevención especial negativa que es la que propone la inocuidad del delincuente, pero que es insostenible en el marco de un Estado de Derecho, ya que sólo sería un instrumento dirigido al aniquilamiento del enemigo social, y las cárceles funcionarían únicamente como lugares de destrucción psíquica, físicas de internamiento; y por otra parte una prevención especial positiva que es la que se pretende potenciar desde los años 60, en la que se sostiene que las penas privativas de libertad deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social.

Se puede decir, que la prevención especial tiene además una doble función; la primera encaminada a la capacitación efectiva del recluso con el fin de prepararlo con responsabilidad, o dicho en otras palabras, el compromiso del Estado de ingresar en un centro penitenciario al infractor de la norma jurídica y regresarlo a la sociedad como un nuevo ciudadano capaz de convivir en comunidad; y la segunda será la de proteger a la sociedad frente a futuros delitos. Ambos aspectos están interrelacionados, ya que al lograr la reinserción del recluso en la sociedad, y al apego a las normas jurídicas mayor seguridad tendrá el colectivo social, así como también se asume como una respuesta desde la comunidad al infractor, en tal sentido que éste, sea abordado como un producto social y como tal la sociedad está en deuda por la mínima o nula oportunidad que ha tenido al interior de la misma.

### C)- TEORÍAS DE LA UNIÓN

Estas teorías toman una postura ecléctica conformándose con aceptar de las otras teorías sus postulados. Así de las teorías absolutas toman la idea de la pena justa y de las teorías relativas toman la idea de que la pena debe tener una utilidad, combinando pena justa y pena útil.

Esta combinación es complicada, puesto que por una parte la pena justa puede no ser útil y a contrario sensu, la pena útil puede no ser adecuada, desde el punto de vista de la justicia como valor absoluto. "Bacigalupo, sostiene que la pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente, con respecto al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad."<sup>8</sup>

Las teorías de la unión busca dar respuesta a la problemática del fin de la pena dado que cada una de las teorías en forma separada no son suficientes, en tal sentido la concepción dialéctica es un aporte de Roxin que une a todas las teorías relativas al fin de la pena y hace una diferenciación de los distintos momentos encontrados en la dinámica de la pena de la siguiente manera:

- a) En el momento de la amenaza el fin de la pena es la prevención general.
- b) En el momento de la determinación de la pena los fines preventivos son limitados, respondiendo a la medida de la gravedad o culpabilidad.
- c) En el momento de la ejecución de la pena el fin es la resocialización del infractor.

Según Roxin las consecuencias del principio de culpabilidad en la individualización de la pena son de suma importancia como resultado de la diferenciación antes hecha, lo que significa que:

- 1) La pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad.
- 2) Las necesidades de prevención no pueden legitimar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad.

### CONCLUSIONES.

Debo concluir diciendo que los fines de la pena, en nuestro Código Penal no se logran identificar, no obstante el cambio de un proceso penal inquisidor y despersonalizado, por un proceso de corte acusatorio propio para la construcción de un Estado Democrático de Derecho. Y, es que tales fines tampoco son claros en nuestra Constitución de la República, pero que al hacer un análisis de la lectura del Art. 27 inciso 3ro. se logra deducir su finalidad al imponer una sanción tan severa como la pena de prisión, con la que se buscará través de la prevención especial su reinserción social.

Por otra parte he de afirmar que un Estado no puede llamarse Democrático y de Derecho, sólo por haber reformado sus normas penales, ya que las teorías que fundamentan los fines de la pena, serían el instrumento para determinar la vocación democrática o no del Estado de que se trate.

<sup>8</sup> - Ob. Cit. pag. 17

Esto significaría que un Estado que utilice la pena para aniquilar al enemigo social, por mucho que haya reformado sus leyes, eso no lo hace democrático, y además si éstas no se aplican, no dejarán de ser nada más y nada menos que un ejercicio de buenas intenciones.

Ya que en un Estado Democrático y de Derecho la pena debe tener como estructura fundamental la medida de la dignidad de la persona humana que implica necesariamente que el hombre es un fin en sí mismo y por tanto no puede ser instrumento del Estado para la consecución de sus fines.