



DIÁLOGOS JURÍDICOS ENTRE ESPAÑA Y MÉXICO

9

Martha Elba Izquierdo Muciño

Coordinadora



Universidad Autónoma
del Estado de México

**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**

— 9 —



Universidad Autónoma
del Estado de México

Doctor en Ciencias e Ingeniería Ambientales
Carlos Eduardo Barrera Díaz
Rector

Doctora en Ciencias Sociales
Martha Patricia Zarza Delgado
Secretaria de Investigación y Estudios Avanzados

Doctor en Derecho
José Dolores Alanís Tavira
Director de la Facultad de Derecho

Maestra en Administración
Susana García Hernández
*Directora de Difusión y Promoción
de la Investigación y los Estudios Avanzados*

**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**

9

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Universidad Autónoma del Estado de México
Toluca, 2022

Diálogos Jurídicos entre España y México 9 / Martha Elba Izquierdo Muciño,
coordinadora.

1ª ed.

Toluca, Estado de México : Universidad Autónoma del Estado de México, 2022.
176 p. ; 27 cm

ISBN 978-607-633-551-2 (impreso)

ISBN 978-607-633-549-9 (PDF)

Incluye referencias bibliográficas.

1. México -- Relaciones jurídicas -- España.
2. España -- Relaciones jurídicas -- México.

I. Izquierdo Muciño, Martha Elba, coord.

KGf330 .D53 2022

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
— 9 —

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Libro sometido a sistema antiplagio y publicado con la previa revisión y aprobación de pares doble ciego externos que forman parte del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Expediente 305/2021. Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados, adcrita a la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Primera edición: octubre de 2022

ISBN 978-607-633-551-2 (impreso)

ISBN 978-607-633-549-9 (PDF)

D. R. © Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto Literario núm. 100 Ote.
C. P. 50000, Toluca, Estado de México
www.uaemex.mx

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Autónoma del Estado de México.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.



Esta obra queda sujeta a una licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Sin Derivadas 4.0 Internacional. Puede ser utilizada con fines educativos, informativos o culturales, ya que permite sólo descargar sus obras y compartirlas, siempre y cuando den crédito, pero no pueden cambiarlas de forma alguna ni usarlas de manera comercial. Disponible para su descarga en acceso abierto: ri.uaemex.mx

Hecho e impreso en México

Índice

Presentación	11
<i>Martha Elba Izquierdo Muciño</i>	
I. El principio de presunción de inocencia en materia penal en México, frente a la realidad actual del ciberespacio	15
<i>Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda</i>	
Introducción	15
Aspectos conceptuales	17
Principio de presunción de inocencia	17
Debido proceso	20
Sistema penal acusatorio y adversarial	22
Ciberespacio	24
Lógica del derecho	25
El principio de presunción de inocencia en materia penal en México, frente a la realidad actual del ciberespacio	27
La delincuencia en el ciberespacio	29
Causas y consecuencias	31
Conclusiones	36
Fuentes de consulta	37
II. Fake news en tiempos pandémicos: la orden ministerial del gobierno de España contra la desinformación	45
<i>Lola Cubells Aguilar</i>	
Introducción	45
<i>Fake news</i> o desinformación: aclaración conceptual	47
La veracidad: requisito constitucional del derecho a la información	48
Procedimiento de actuación contra la desinformación del gobierno español	53
Críticas a la orden ministerial contra la desinformación: ¿Ministerio de la Verdad?	56
Conclusiones	58
Fuentes de consulta	59

III. La protección internacional de refugiados y migrantes en México: una visión desde datos, acciones y retos	63
<i>Adriana Guadarrama Chaparro</i>	
Introducción	63
Antecedentes de la protección internacional en México	64
Marco normativo del derecho de asilo y migración	68
Marco normativo internacional	69
Marco normativo nacional	73
Revisión en datos sobre el derecho de asilo y refugiados en México	76
Migrantes centroamericanos y su paso por fronteras mexicanas	84
Necesidades y retos para la protección internacional en México	87
Conclusiones	89
Fuentes de consulta	90
IV. La protección internacional de refugiados y migrantes en España: una perspectiva desde los territorios nacionales extrapeninsulares	95
<i>Jorge Agustín Viguri Cordero</i>	
Introducción	95
Los puestos fronterizos terrestres más afectados en España: las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla	100
Los puestos fronterizos marítimos recientes afectados: la crítica situación de las Islas Canarias	110
Conclusiones	115
Fuentes de consulta	116
V. La protección del patrimonio cultural en el sistema de justicia penal español	119
<i>Juan José Periago Morant</i>	
Introducción	119
La <i>Constitución Española</i> y la protección del patrimonio histórico	121
La acción protectora de la administración: la ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español	125
Bienes culturales y sistema de justicia penal: la intervención penal	128

La calificación del bien como bien con relevancia histórica, cultural o científica	132
Los delitos sobre el patrimonio histórico.	134
Un breve recorrido sobre ellos	
El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 321)	135
El delito de prevaricación específica en patrimonio histórico (artículo 322)	138
Los daños dolosos a bienes del patrimonio histórico (artículo 323)	139
Los daños por imprudencia grave en bienes integrales del patrimonio histórico (artículo 324)	141
Conclusiones	142
Fuentes de consulta	143
VI. La especial situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en México	147
<i>Patricia Ordóñez León</i>	
<i>María Chiara Marullo</i>	
Introducción	147
La situación en México	152
Marco jurídico nacional	154
Vulnerabilidad de las comunidades indígenas	157
Trata de personas en grupos indígenas	159
Conclusiones	164
Fuentes de consulta	165

Presentación

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón, España, y la Universidad Autónoma del Estado de México, así como la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones, ha traído como resultado la publicación del noveno número de *Diálogos Jurídicos entre España y México*.

El intercambio de alumnos y maestros de ambas universidades y la participación en colaboraciones docentes, por una parte, ha logrado ser una realidad, pues los diálogos jurídicos han sido un acercamiento que nos ha llevado a considerar temas de gran trascendencia para el derecho que responden a las necesidades sociales.

Los operadores jurídicos de ambos países, por otra parte, han adquirido un conocimiento directo de la realidad, toda vez que han venido algunos profesores españoles a visitar nuestro país, así como varios maestros mexicanos hemos estado en tierras valencianas, pero también ha sido benéfico para los estudiantes, ya que van descubriendo las ventajas que puede tener en su formación participar en los programas de intercambio con universidades de ambos países; con ello, se está logrando hacer derecho comparado.

La selección de los temas estudiados se produjo a partir de las distintas propuestas formuladas por los profesores de disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, no cerradas a materias de derecho positivo y coincidentes con el tema objeto del análisis, sin perjuicio de haber perfilado la concreción del tema en los términos que mejor resultados aportase, cumpliendo así lo dispuesto en el Convenio Operativo que en su cláusula 5 menciona:

Que es de interés para los suscribientes promover la publicación de libros jurídicos que aborden desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y mexicano temas relevantes, objeto de estudio por personal docente de ambas instituciones, para así tener y difundir un conocimiento más próximo de realidades jurídicas comparadas, potenciando así estos estudios, por lo que es su intención crear una colección de libros sobre diálogos jurídicos entre España y México.

Así, el Dr. Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda analiza las medidas de investigación tecnológicas dentro del proceso penal, así como la utilización de los dispositivos técnicos para la captación, seguimiento y localización de los delincuentes.

Por su parte, la Dra. Lola Cubells Aguilar nos habla de las nuevas tecnologías en materia de información como las *fake news*, los problemas y las consecuencias surgidos durante la pandemia.

La Mtra. Adriana Guadarrama Chaparro y el Dr. Jorge Agustín Viguri Cordero nos hablan de la protección internacional que existe para el derecho de asilo y la migración, así como la grave crisis de los refugiados tanto en México como en España.

El Dr. Juan José Periago Morant analiza la importancia que tiene la cultura de la legalidad y el respeto por el patrimonio cultural de los países, proponiendo una mejor conservación mediante la tutela penal en México.

Las Dras. Patricia Ordóñez León y María Chiara Marullo nos presentan la difícil situación de los pueblos indígenas en México ante la intensa actividad del desarrollo industrial y ante el acaparamiento de sus tierras y aguas que día a día van acabando con sus comunidades, violándose con ello sus derechos humanos.

En consecuencia y como se ha mencionado, esta novena publicación es fruto de la colaboración en la que ha tenido un papel especialmente importante el Dr. José Luis Blasco Díaz, decano de la Universitat Jaume I de Castellón, España, quien se hizo cargo de la coordinación de los docentes españoles y a quien expresamente manifiesto mi reconocimiento, esperando que vaya seguida de otros textos más, dado que ya se está trabajando en la elaboración de una siguiente publicación que será el último número (de una serie de 10), deseando que con el tiempo estas publicaciones se conviertan en el foro de participación de investigadores de otros centros universitarios, siendo especialmente gratificante que

entre ellos también lleguen a estar quienes en su momento hayan sido alumnos que disfrutaron el intercambio que hizo nacer esta idea.

Por último, quiero expresar mi reconocimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, en especial al Dr. José Dolores Alanís Tavira por todo el apoyo brindado, pues la firma de un acuerdo de colaboración entre ambas facultades, y una gran disposición por parte de muchas personas para seguir estrechando nuestros lazos de amistad, ha hecho posible continuar con este noble proyecto.

Martha Elba Izquierdo Muciño
*Catedrática e investigadora de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México
Verano de 2022*

I

El principio de presunción de inocencia en materia penal en México, frente a la realidad actual del ciberespacio

Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es investigar y analizar las causas y consecuencias que conllevan al sistema de justicia penal acusatorio adversarial a tener como “presunto inocente” a una persona que delinque literalmente ante los “ojos” y “oídos” de todo el mundo (ciberespacio), y que, además, le otorga todas las facilidades a través de la llamada “puerta giratoria” y se aprovecha de todos los errores cometidos por la propia autoridad tanto en la etapa de investigación como durante el proceso y la sentencia misma, para argumentar la violación, entre otros, del derecho humano al debido proceso y, finalmente, otorgarle su libertad. Esto, con el fin de encontrar respuestas que permitan a la sociedad tratar de “comprender lo incomprensible” y de “entender lo inexplicable”.

La sociedad influida por las redes sociales del ciberespacio, las 24 horas del día, en muchas ocasiones, observa en transmisión directa los hechos en tiempo real, a la misma hora en que se está cometiendo un delito, grabación que posteriormente será repetida con frecuencia. Ante

¹ Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

ello, la sociedad difícilmente entiende cómo a una persona que participa en este tipo de delitos, se le puede tener como “presunto inocente” de haber participado en la comisión de un delito o delitos, cuando todo “mundo” es testigo de los hechos. Esto, para la mayor parte de la sociedad, es incomprensible, inexplicable, irracional e ilógico.

Todo esto, para el común de las personas, como se verá más adelante, sólo tiene una explicación, la corrupción y la impunidad del sistema de justicia penal acusatorio y adversarial.

El tema elegido en el presente capítulo tiene una gran relevancia y trascendencia actual, social y jurídica, pues debido al ciberespacio, la mayor parte de la sociedad se entera de la comisión de todo tipo de delitos que a diario y a cada minuto se cometen en México, muchos de los cuales se están transmitiendo en el ciberespacio en tiempo real, o sea, en el mismo momento de estarse cometiendo. Igualmente, por esos mismos medios, la sociedad se entera que tales o cuales personas que fueron detenidas mientras estaban delinquiriendo, al poco rato, gozan de su libertad. La mayoría de las personas atribuyen este actuar a la corrupción e impunidad que imperan como consecuencia del modelo de justicia penal y adversarial.

¿Cuáles son las causas y consecuencias de que el sistema de justicia penal acusatorio considere como “presunto inocente” a la persona que delinque literalmente ante los “ojos” y “oídos” de todo el mundo? ¿Tomando en cuenta que el sistema de justicia penal acusatorio y adversarial considera “presunto inocente” a las personas que delinquen literalmente ante los ojos y oídos de todo el mundo (ciberespacio), se puede decir que es un modelo lógico o ilógico?²

El modelo de justicia penal acusatorio en México al considerar, primero, como “presuntamente inocentes” a las personas que participan en la comisión de los delitos y cuyas imágenes son transmitidas en tiempo real (en el momento de estarlo cometiendo) en el ciberespacio y, segundo, que al darles facilidades para que esas mismas personas obtengan su libertad

² Según el *Diccionario de la lengua española*, la palabra *lógica* es la “ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico, o sea, de una forma ordenada, correcta, objetiva y apegada a la realidad”. Mientras que la palabra *ilógica*, es totalmente lo contrario, o sea, “que es contrario a la lógica, o va contra sus reglas”, lo absurdo, lo confuso, lo incongruente, lo falso. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/1%C3%B3gica>, consultado el 10 de mayo de 2020.

(puerta giratoria y violación al debido proceso), provocan que la sociedad y, sobre todo, las víctimas se formen la idea de que las causas y consecuencias de esa actuación sea la corrupción y la impunidad.

La base metodológica de esta investigación será la dogmática de justicia constitucional, penal y procesal penal vigente en México, así como la doctrina y la jurisprudencia emitida tanto por los tribunales federales mexicanos como por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; también analizaremos las redes sociales y los resultados de las investigaciones de algunos Organismos No Gubernamentales (ONGS), así como del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI).

ASPECTOS CONCEPTUALES

En palabras de Manuel Luján Túpez, en el argot forense, “la carga de la prueba es la regla de derecho que exige a todo aquel que postula una cuestión judicial que acredite o pruebe lo que postula si pretende se le dé la razón en el derecho.”³ Mientras que en el proceso penal “se invierte la carga de la prueba, teniendo la obligación la fiscalía de probar la responsabilidad penal, no teniendo obligación del (*sic*) acusado de probar su inocencia”.⁴ Ahora bien, desde esta perspectiva en el proceso punitivo, la obligación de probar la responsabilidad del ilícito le corresponde probar los hechos que afirma, porque de ahí se desprende la acusación. Por el contrario, si la defensa del imputado argumenta una tesis defensiva contraria para destruir la acusación, tiene la obligación de probar su coartada, pues de no hacerlo sólo quedaría en una hipótesis que no podría contradecir la prueba incriminatoria.

Principio de presunción de inocencia

Uno de los antecedentes de este principio lo encontramos en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789), en su artículo 9, que a la letra dice: “Al presumirse que todo hombre es inocente en tanto no

³ Manuel Luján Túpez, *Diccionario penal y procesal penal*, p. 71.

⁴ *Ibidem*, p. 71.

haya sido declarado culpable, si se estimara indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.”⁵ Mientras que Isidro Mendoza García aborda este tema desde la postura de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y refiere lo siguiente:

El principio de “presunción de inocencia”, como derecho humano, es analizado a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio; donde toda persona a quien se impute un delito tiene derecho a considerarse inocente, en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en la ley, en el que se resuelvan con pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el principio fundamental en el numeral 8.2, donde establece que: “ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad ”.⁶

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en varias ocasiones a través de sus sentencias en el sentido de considerar al principio de presunción de inocencia como la principal garantía judicial, ejemplo de esto son las siguientes sentencias: caso Herrera Espinoza y otros *vs.* Ecuador,⁷ sentencia de 4 marzo de 2019; caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997;⁸ caso Zegarra Marín *vs.* Perú, sentencia de 15 de febrero de 2017,⁹ donde se estableció en el artículo 8.2 de la Convención, el cual dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia

⁵ Georg Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 168.

⁶ Isidro Mendoza García, “Presunción de inocencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, p. 1019.

⁷ Caso Herrera Espinoza y otros *vs.* Ecuador, párr. 1. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/herreraespinoza_04_03_19.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.

⁸ Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Núm. 35., párr. 77. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.

⁹ Caso Zegarra Marín *vs.* Perú, sentencia de 15 de febrero de 2017, p. 138, párr. 1º y 121. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.

mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; caso Maldonado Ordóñez *vs.* Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas:

[...] de acuerdo con el principio de presunción de inocencia, aplicable a los procedimientos sancionatorios no penales, era obligación del Procurador de los Derechos Humanos verificar que la señora Maldonado hubiera efectivamente incurrido en alguna de las causales referidas, y que el análisis fáctico y jurídico quedara reflejado en su motivación.¹⁰

Asimismo, en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, se estableció:¹¹

La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado.

Por su parte, Miguel López Aguilar, coincidiendo con la postura de la CIDH en relación con la presunción de inocencia, refiere también que se trata de un derecho humano que constituye la piedra angular del nuevo sistema penal y que, por consiguiente, como lo refiere el propio Ferrajoli,¹² se necesita una nueva forma de pensar:

[...] más allá del texto constitucional u otros ordenamientos procesales, se requiere una nueva forma de pensar, decir y hacer en el proceso penal, con la observancia a su piedra angular que constituye la presunción de inocencia, derecho humano que se erige como el desafío más importante y el derrotero que marca

¹⁰ Caso Maldonado Ordóñez *vs.* Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016, VII, párr. 57. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.

¹¹ Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, Núm. 220, párr. 182. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, número 24: Jurisprudencia sobre México.

¹² Luigi Ferrajoli (a), *Garantismo penal*, p. 2.

una visión diferente con análisis crítico de su aplicación en la búsqueda de un proceso justo, en el que se le debe pensar con una mayor apertura a la sociedad civil, sobre la base del respeto a la dignidad humana.¹³

Mientras que Constanancio Carrasco López, siguiendo esa misma línea de pensamiento, nos dice:

Una de las expresiones más depuradas de dicho anhelo es el *principio de presunción de inocencia*, según el cual, en cualquier proceso punitivo, todo imputado debe gozar de la misma situación jurídica que un inocente, hasta que una sentencia firme declare lo contrario. Se parte de la consideración de que toda persona sometida a un proceso penal está libre de responsabilidad respecto de los actos de que se le acusa, en tanto no se define la situación jurídica.¹⁴

Debido proceso

Oswaldo A. Gozaíni nos dice que el debido proceso es un término confuso, algunas veces se trata del derecho de defensa, otras de las garantías judiciales, y ahora con eso de los tratados y convenciones se habla del derecho al recurso y al plazo razonable, etc.¹⁵ Pero, agrega, dicho autor, que al consignarse ese derecho en las Constituciones de los Estados surgió el debido proceso constitucional que responde a cómo debe substanciarse un procedimiento.¹⁶ En palabras de Miguel Alejandro López Olvera, el debido proceso es “uno de los mecanismos más importantes para garantizar muchos de los derechos humanos reconocidos por nuestro sistema

¹³ Miguel Ángel Aguilar López, “Evolución del principio de presunción de inocencia en el proceso penal mexicano”, en Arely Gómez González (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, p. 1.

¹⁴ Constanancio Carrasco Daza, “La presunción de inocencia en México”, en Arely Gómez González, (coord.). *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, p. 209; véase además, Ana Dulce Aguilar García, *Presunción de inocencia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015.

¹⁵ Alfredo Gozaíni A., “Debido proceso”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, pp. 297-298.

¹⁶ *Ibidem*, p. 298.

jurídico”.¹⁷ A este respecto, refiere el *Código Nacional de Procedimiento Penales (CNPP)*, en su artículo 12, Principio de juicio previo y debido proceso:

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las Leyes que de ellos emanen.¹⁸

Por lo que se refiere al trámite de apelación, el propio *CNPP* refiere en su artículo 480.

Cuando el recurso de apelación se interponga por violaciones graves al debido proceso, su finalidad será examinar que la sentencia se haya emitido sobre la base de un proceso sin violaciones a derechos de las partes y determinar, si corresponde, cuando resulte estrictamente necesario, ordenar la reposición de actos procesales en los que se hayan violado derechos fundamentales.

Mientras que el artículo 481 del mismo ordenamiento contempla:

Interpuesto el recurso de apelación por violaciones graves al debido proceso, no podrán invocarse nuevas causales de reposición del procedimiento; sin embargo, el Tribunal de alzada podrá hacer valer y reparar de oficio, a favor del sentenciado, las violaciones a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, como se ha visto, los preceptos transcritos se refieren a los alcances cuando se viola el debido proceso; sin embargo, son los continuos errores en que incurrir las autoridades (ministerios públicos, policías, jueces), a la hora de integrar la carpeta de investigación, ejercitar acción penal y seguir el procedimiento por sus diferentes etapas judiciales hasta la

¹⁷ Miguel Alejandro López Olvera, “El debido proceso en el siglo XXI”, en *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, p. 313.

¹⁸ *Código Nacional de Procedimientos Penales* (artículo 12), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*) el 5 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultado el 10 de mayo de 2020.

resolución del asunto, lo que se conoce como violación al debido proceso; esto aumenta aún más la “incomprensión” de la sociedad en ese tipo de actuaciones. Pues como entender que, si los operadores jurídicos fueron capacitados profesionalmente para participar, orientar, ordenar integrar y dirigir dichos procesos, cometan tantos errores que provoquen que los indiciados, inculpados, procesados o sentenciados obtengan su libertad porque se les violó su debido proceso.

Sistema penal acusatorio y adversarial

Es cierto, bajo este nuevo modelo, las garantías constitucionales de todo ciudadano cobran sentido y se hacen realidad cuando al participar en un juicio es protegido tanto por los derechos humanos contemplados en la *Constitución* como en los Tratados Internacionales.¹⁹ Por su parte, Luigi Ferrajoli nos dice que la reflexión teórica e histórica sobre los fundamentos del garantismo penal se ha construido sobre el “pensamiento ilustrado y las batallas civiles de su comportamiento contra las arbitrariedades y los abusos del *antiguo régimen* [...]”.²⁰ En esta base, el filósofo agrega, descansan en buena medida:

[...] las principales garantías de los derechos de libertad: el respeto de la persona, el principio de la estricta legalidad penal, la rígida sujeción del juez a la ley y su separación de la parte acusadora, los principios de ofensividad y materialidad de los delitos, el carácter personal de la responsabilidad penal, la tutela de la libertad de conciencia y de pensamiento, la presunción de inocencia salvo prueba en contrario, la inmunidad de los arrestos arbitrarios y de los tratamientos contrarios a la dignidad de la persona, el valor de la confrontación de las partes y de los derechos de la defensa.²¹

¹⁹ Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (artículo 1º), publicada en el DOF, el 5 de febrero de 1917. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultado el 10 de mayo de 2020.

²⁰ Luigi Ferrajoli (b), “Garantismo Penal”, *Revista Isonomía*, p. 1. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011, consultado el 10 de mayo de 2020.

²¹ *Ibidem*, p. 1.

Para Ferrajoli, “es en este campo del derecho donde se juega su legitimación el Estado constitucional de nuestros días, pues es ahí donde se enfrentan en toda su crudeza y toda su violencia el Estado y el individuo.”²² El propósito, sostiene el filósofo italiano, es único, “disminuir la violencia, tanto la perpetrada de los particulares hacia otros particulares, como del Estado hacia los particulares.”²³

Por su parte, Luis María Aguilar Morales ministro presidente de la SCJN durante la reforma constitucional penal de 2008, opinaba que “la reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal representa uno de los más grandes cambios legislativos e institucionales en toda la historia de México.”²⁴ Este mismo autor agrega:

Bien sabemos que por más que se esfuerce y se trate de estar a la vanguardia, el derecho siempre está un paso por detrás de la realidad y, por ello, tiene que estar atento a su devenir; serle permeable, escucharla con el fin de llevar a cabo los ajustes legislativos necesarios; de lo contrario, dejará de ser un instrumento útil, se verá desbordado y la sociedad pagará el precio.²⁵

Nuestro autor continúa afirmando: “Lamentablemente, eso es lo que sucedió con nuestro derecho penal [...] el precio que como sociedad pagamos por ello fue muy alto: una creciente impunidad”.²⁶ Evidentemente, hasta aquí el ministro Aguilar Talamantes se refería en todo momento al sistema de justicia inquisitivo que estuvo vigente en México desde el inicio de nuestra independencia. Todo esto nos llevó necesariamente a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 y, al establecimiento del nuevo modelo de justicia penal acusatorio y adversarial.²⁷ En la necesidad

²² Luigi Ferrajoli (a), *op. cit.*, p. 1.

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ Luis María Aguilar Morales, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en Arely Gómez González (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, p. 27.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

²⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁷ *Cfr.* Reforma constitucional publicada en el DOF el 18 de junio de 2008. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008, consultado el 10 de mayo de 2020; Miguel Carbonell, *Bases constitucionales de la reforma penal*, México,

y urgencia de dicha reforma coincidían el propio Aguilar Talamantes,²⁸ Sergio García Ramírez,²⁹ Miguel Carbonell,³⁰ Arely Gómez González,³¹ entre otros destacados juristas. Sin embargo, también generaban dudas, como es el caso de García Ramírez cuando se formulaba las preguntas: “¿cuál es el signo de esta reforma? ¿Democracia o autoritarismo?”³²

Ciberespacio

Se denomina “al entorno artificial desarrollado mediante herramientas informáticas.”³³ También puede decirse que “es una construcción digital desarrollada por computadoras (ordenadores).”³⁴ En la actualidad, el ciberespacio está asociado al internet basado en sitios web, correos electrónicos, redes sociales a través de una serie de plataformas digitales, esto permite la conexión e interacción entre diversas personas y organizaciones (de todo el mundo), así como la difusión ilimitada de información en todos los ámbitos (académicos, laborales, empresariales) y países. Entre las acciones tenemos el envío de mensajes instantáneos, o sea, comunicación en tiempo real, así como la difusión de todo tipo de información,³⁵ a través de texto, imágenes y videos. En el inicio del presente milenio

III-UNAM, Gobierno del Estado de Chihuahua, 2010; Sergio García Ramírez, “La reforma procesal penal en la *Constitución Federal Mexicana: ‘transacción y transición’*”, México, III-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013; Arely Gómez González (coord.), *op. cit.*

²⁸ Luis María Aguilar Morales, “Reforma constitucional...”, *op. cit.*, pp. 27-48.

²⁹ Sergio García Ramírez, “La reforma procesal penal en la *Constitución Federal Mexicana: ‘transacción y transición’*”; Sergio García Ramírez, *El sistema penal en la Constitución*.

³⁰ Miguel Carbonell, *Bases constitucionales de la Reforma Penal*, 2010.

³¹ Arely Gómez González (coord.), *op. cit.*

³² García Ramírez, *op. cit.*, p. 511.

³³ Julián Pérez Porto y Ana Gardey, “Definición de ciberespacio”. Disponible en <https://definicion.de/ciberespacio/#:~:text=En%20la%20actualidad%2C%20el%20concepto,-servidores%20y%20de%20los%20usuarios>, consultado el 10 de mayo de 2020.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. Pablo Sammarco, “Descubre todo sobre las redes sociales 2020”. Disponible en <https://thesocialmediafamily.com/redes-sociales/>, consultado el 10 de mayo de 2020; Harold Hütt Herrera, “Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión”, *Reflexiones*, pp. 121-128. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/729/72923962008.pdf>, consultado el 10 de mayo de 2020; Laia Ros, “Las plataformas virtuales han cambiado la forma en la que nos relacionamos”. Disponible en <https://bit.ly/3QAnWYNhtml>, consultado el 10 de mayo de 2020.

surgen las redes sociales como, Myspace, LinkedIn, Facebook. Las redes sociales se clasifican en dos: verticales y horizontales. Entre las primeras tenemos a Facebook, Instagram, Pinterest, Twitter. Su actividad va dirigida a todo tipo de personas y sin una temática determinada. Por su parte, las segundas, son redes más restringidas, creadas con una temática definida para determinado tipo de personas.³⁶

LÓGICA DEL DERECHO

Según Eli de Gortari, la Lógica es “la ciencia que se ocupa de examinar los diversos procesos del pensamiento, teóricos y experimentales, que se utilizan en la adquisición del conocimiento y de analizar la estructura de la ciencia misma”.³⁷ Mientras que Héctor López Tello refiere que desde siempre la preocupación de los filósofos ha sido “estudiar la corrección en el pensamiento para llegar a la verdad; de ahí que la Lógica se convierta, desde entonces, en el instrumento epistémico más recurrido.”³⁸ Luego entonces, este último autor agrega que “hablar de Lógica es adentrarse en el conocimiento del acto de pensar.”³⁹ Por tal motivo, éste tiene como finalidad realizar un ejercicio intelectual para buscar una solución. Pero para Marco Antonio Alvarado González, por una parte, “la lógica jurídica es esencialmente valorativa, involucra criterios valorativos, es axiológica (rama de la filosofía que se encarga del estudio de los valores)”.⁴⁰ Este último autor agrega que “a la lógica jurídica o razonamiento jurídico, le incumbe el contenido de las normas jurídicas”,⁴¹ precisamente es aquí donde se relaciona con las normas jurídicas, con el derecho. Por otra parte, éste, como ciencia social, tiene como objetivo resolver los problemas que vulneran el orden normativo a través de la búsqueda de soluciones que preserven el orden social, por eso los operadores jurídicos deben proponer soluciones fundamentadas que sean conformes a la “verdad

³⁶ Laia Ros, *op. cit.*

³⁷ Eli de Gortari, *Lógica general*, p. 13.

³⁸ Héctor López Tello, *Manual de Lógica formal para su empleo práctico en el derecho*, p. 15.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁰ Marco Antonio Alvarado González, *Lógica jurídica*, p. 66.

⁴¹ *Ibidem*, p. 66.

objetiva y demostrada”.⁴² Esto es lo que hace indispensable a la Lógica formal para el Derecho, de tal manera que las actuaciones jurídicas y fallos judiciales (como ejercicio intelectual de pensar) sean coherentes, apegados a la verdad y correctamente razonados.⁴³ En síntesis, la finalidad de la Lógica formal es “facilitar el raciocinio correcto y verdadero.”⁴⁴ Pero, Héctor López Bello⁴⁵ formula algunas interrogantes en relación con cuatro categorías del pensamiento: ¿cuál es el pensamiento verdadero?, ¿cuál es el pensamiento falso?, ¿cuál es el pensamiento correcto?, ¿cuál es el pensamiento incorrecto?, así nos dice:

a) *Pensamiento verdadero: es el pensamiento que está de acuerdo con la realidad a la que relaciona.* Este tipo de pensamiento se entiende con mayor facilidad porque es suficiente con atender a la realidad para determinarlo. Por ejemplo, si yo pienso que cualquier extranjero goza de los derechos humanos reconocidos en la *Constitución*, mi pensamiento es acorde con la realidad porque, extranjeros o mexicanos, todos son personas que gozan de la protección de los derechos humanos en el territorio nacional.

b) *Pensamiento falso: es el que no está conforme con la realidad a la que se relaciona.* También es fácil de establecer si se atiende a la realidad. Verbigracia, si pienso que los animales gozan de la protección de los derechos humanos, mi pensamiento es falso, porque los animales no son personas y los derechos humanos solo protegen a las personas.

c) *Pensamiento correcto: es el pensamiento congruente con las leyes de la razón, consigo mismo y que respeta una estructura formal.* Aquí es un poco más complicado delimitar su alcance, pero basta entender de manera ordenada y congruente un pensamiento para determinar su corrección. Por ejemplo, si pienso que la justicia es una virtud intelectual que implica dar a cada quien lo que le

⁴² Héctor López Bello, *op. cit.*, p. 16.

⁴³ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 40-41.

corresponde, mi pensamiento es congruente porque doy una buena definición de la justicia.

d) Pensamiento incorrecto: es aquel que va en desacuerdo con las leyes de la razón y, aunque respete una estructura formal, no corresponde con la realidad. También resulta complicado identificarlo de manera inmediata, pero la posibilidad se facilita cuando identifico que el pensamiento no es congruente con la razón. Por ejemplo, si pienso que la justicia es lo que hace justos a los juristas, enuncio una verdad formal, pero es incorrecta mi afirmación, porque en ella no respeto una regla de la definición —“lo definido no entra dentro de la definición”, además de que con esa definición no agoto la cualidad óptica del buen jurista, pues en realidad el buen jurista, amén de ser justo, debe ser también ético, sabio y prudente.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MATERIA PENAL EN MÉXICO, FRENTE A LA REALIDAD ACTUAL DEL CIBERESPACIO

En este rubro desarrollaremos la tesis que propusimos en un inicio, esto es, el principio de la presunción de inocencia como derecho humano y parte fundamental de la teoría garantista, la cual se confronta con la ciberdelincuencia al momento que las personas que delinquen son detenidas *in fraganti*, por lo que, en el caso de que éstas son puestas en libertad por cualquier motivo, la sociedad concluye que fue debido a un acto de corrupción, lo que genera impunidad, así como sus causas y consecuencias.

Las ideas que desarrollamos aquí sobre el principio de presunción de inocencia solamente son un complemento de las que expusimos en *supra* pp. 3-6, por eso agregamos dos de las tesis más relevantes donde la propia SCJN fija su postura, que no difiere para nada de la que adoptó la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) en los casos precitados. Nos referimos a la identificada con el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.⁴⁶ Así como la

⁴⁶ Tesis: Fuente: SCJN, núm. de registro: 2006092. Primera sala. Jurisprudencia. *Gaceta del*

tesis aislada con el rubro “IN DUBIO PRO REO. ESTE PRINCIPIO GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL AL CONSTITUIR UNA REGLA IMPLÍCITA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”. La SCJN ha establecido que este principio forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia y, como tal, goza también de jerarquía constitucional.⁴⁷

Estas dos tesis, precisamente, son las que se confrontan con las personas, quienes a través de las redes sociales son detenidas *in fraganti* cometiendo delitos, pues la sociedad no se explica, no entiende, cómo una persona, en estos casos, se le puede considerar como presunta inocente.

Sin embargo, debemos señalar que esta crítica no es nueva, pues el principio de presunción de inocencia encumbrado por Francesco de Carrara como principio fundamental de la ciencia procesal y de todas las garantías procesales ha sido objeto de un tremendo ataque desde finales del siglo XIX en adelante, acorde con el autoritarismo de la cultura penalista.⁴⁸ La Escuela Positiva Italiana, a cargo de Raffael Garofalo y Enrico Ferri⁴⁹ propinarían el primer golpe, pues “[...] consideraron “vacía”, “absurda” e “ilógica” la fórmula misma de la presunción de inocencia [...]”. Cuando menos en ciertos casos como la confesión, delito en flagrante, delinquentes habituales, reincidentes o por tendencia, etc. Siguiendo esa misma línea de pensamiento, Julio Maier agrega: “Es por ello que quienes piensan así creen, en definitiva, que la afirmación sería de esta “presunción de inocencia” imposibilitaría la persecución y el procedimiento penal.”⁵⁰ Aun más, “transformaría radicalmente el procedimiento y derogaría varias de sus instituciones (por ejemplo, el encarcelamiento preventivo).”⁵¹ Por esos mismos motivos, nosotros comulgamos con estos filósofos del Derecho, pues somos de la misma idea de que es totalmente “absurdo”, “incongruente”, “irracional” e “ilógico”, considerar presuntos inocentes a las personas que son grabadas en el momento mismo de estar cometiendo los delitos y son

Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, t. I Materia (s): Constitucional, Penal, 1º J. 24/2014 (10º), p. 497.

⁴⁷ Tesis aislada con registro digital 2018951, pleno, 10ª época, Constitucional, p. VIII/2018. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 62, enero de 2019, t. I, p. 468.

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 550.

⁴⁹ Citados por Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, pp. 33 y ss. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/09/doctrina30857.pdf>. Véase Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, pp. 492-493.

⁵⁰ Julio B. J. Maier, *op. cit.*, pp. 492-493.

⁵¹ *Ibidem*, p. 493.

subidos a las redes sociales. Aunque, como hemos visto, ellos van más allá, pues en su crítica también incluyen a las personas que confiesan los delitos, los delincuentes habituales y los reincidentes.

LA DELINCUENCIA EN EL CIBERESPACIO

Ahora bien, basta introducirse en las redes sociales para darnos cuenta de los múltiples delitos que a diario y a cada rato se cometen en México, faltas de toda índole, las cuales los usuarios testigos y muchas veces los propios ofendidos-víctimas suben a las redes sociales en el momento mismo de estar ocurriendo, donde en la mayoría de las ocasiones las personas que delinquen son detenidas *in fraganti*. A manera de ejemplos, a continuación citamos solamente algunos casos:

A. Delincuencia organizada

- Arturo Ángel, de Animal Político, informa el 8 de enero de 2006 que fue recapturado Joaquín el Chapo Guzmán.⁵²
- Policías detienen a mujer mientras vendía granadas, plumas pistola y marihuana. El 5 de enero de 2021.⁵³
- Detienen a José Antonio Yépez Ortiz, alias *El Marro*.⁵⁴

B. Delitos del fuero común

- Policías encubiertos detienen a asaltantes de automovilistas. 22 de febrero de 2017.⁵⁵
- Policías atrapan a ladrones en Polanco el 25 de octubre de 2019.⁵⁶

⁵² Ángel Arturo, "Joaquín *el Chapo* Guzmán recapturado", en Animal Político, 8 de enero, 2016, Dponible en <https://www.animalpolitico.com/2016/01/joaquin-el-chapo-guzman-es-recapturado-en-sinaloa/>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁵³ "Detienen a mujer y adolescente por venta de plumas pistola, granadas y droga en Ixtalapa, en Reporte Índigo, 5 de enero de 2021. Disponible en <https://www.reporteindigo.com/reporte/detienen-a-mujer-y-adolescente-por-venta-de-plumas-pistola-granadas-y-droga-en-iztapalapa/>, consultado el 20 de junio de 2021.

⁵⁴ "Detienen a José Antonio Yépez, alias *el Marro*", en *Milenio*, 03 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=wODg5c-RByc>, consultado el 20 de junio de 2021.

⁵⁵ "Policías encubiertos detienen a asaltantes de automovilistas" en Excelsior TV, 22 de febrero de 2017. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=C6xD5jt_Tjk, consultado el 20 de junio de 2020.

⁵⁶ "Policías atrapan a ladrones en Polanco 25 de octubre de 2019", en Noticias Televisa.

- Asaltan combi en Ecatepec y los detienen en retén. 04 de abril de 2019.⁵⁷

C. Delitos cometidos por políticos

- Detienen a Emilio Lozoya, exdirector de Petróleos Mexicanos. 12 de febrero de 2020.⁵⁸
- Detienen en Guatemala a Javier Duarte, exgobernador de Veracruz. 15 de abril de 2017.⁵⁹
- Detienen en Florida, Estados Unidos, a César Duarte, exgobernador de Chihuahua el 08 de julio de 2020.⁶⁰
- Prisión preventiva a Rosario Robles Verlanga por Estafa Maestra. 13 de agosto de 2019.⁶¹

En el caso de los delitos relacionados con la delincuencia organizada y los delitos del fuero común antes referidos, algunos, se trata de asuntos que están plenamente documentados y, otros, que fueron detenidos *in fraganti*. En el caso de los delitos cometidos por políticos, se trata de asuntos ampliamente documentados por la Secretaría de la Función Pública y por la Unidad de Inteligencia Financiera, entre otras instancias.

Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=oBzX3gsuon4>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁵⁷ Redacción. “Asaltan combi en Ecatepec; los detienen en retén (videos)”, en Chilango, 04 de abril de 2019. Disponible en <https://www.chilango.com/noticias/robo-a-una-combi-en-ecatepec/>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁵⁸ “Detienen al ex director de Pemex Emilio Lozoya, en Malaga, España”, en Animal Político, 12 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2020/02/detienen-exdirector-pemex-emilio-lozoya-malaga-espana/>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁵⁹ “Detienen Javier Duarte en Guatemala”, en Animal Político, 15 de abril de 2017. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/las-empresas-fantasma-de-veracruz/entrada.php?slug=detencion-guatemala&id=detencion-guatemala>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁶⁰ “Detienen a César Duarte, exgobernador de Chihuahua, en Florida, EE. UU.”, en Animal Político, 08 de julio de 2020. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2020/07/detienen-cesar-duarte-miami-florida/>, consultado el 20 de junio de 2020.

⁶¹ “Rosario Robles va a prisión. Le inician proceso por la Estafa Maestra”, en Animal Político, 13 de agosto de 2019. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2019/08/rosario-robles-prision-juez-estafa-maestra/>, consultado el 12 de julio de 2020.

CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Por los motivos que a continuación veremos, nosotros consideramos que la puerta giratoria, el derecho humano al debido proceso, la impunidad y la corrupción son las principales causas que provocan la pronta libertad de las personas que delinquen, o sea, la impunidad.

En opinión de Gabriela Ortiz Quintero,⁶² cuando a una persona se le detiene en flagrancia, el policía o primer respondiente tiene la obligación de ponerlo de inmediato a disposición del ministerio público, elaborando un registro de la detención. Una vez que la persona es puesta a disposición, el ministerio público califica la legalidad de la detención, revisando que cumpla los siguientes requisitos: a) que la persona haya sido detenida en alguno de los supuestos de la flagrancia; b) que se haya realizado el registro de la detención, y c) que la persona haya sido puesta a disposición en forma inmediata y en un tiempo razonable. Por su parte, el ministerio público deberá recibir la denuncia, realizar las entrevistas a testigos, deberá hacer la solicitud de exámenes periciales, la verificación de que el detenido conoce sus derechos y que tiene derecho a un abogado y la asistencia a las víctimas. El ministerio público tiene un plazo de 48 horas para presentar a la persona ante el juez y así poder celebrar la audiencia inicial o poner en libertad a la persona (CNPP, artículos 140, 146 a 152).

El problema, precisamente, lo encontramos en la aplicación del precitado artículo 140 y las excesivas atribuciones y facultades discrecionales del ministerio público. Aquí inicia lo que se conoce como puerta giratoria. Esto se corrobora con la encuesta aplicada por el INEGI, a través de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) 2017, el trámite con mayores experiencias de corrupción se localiza en el ministerio público con un 25.1 %.⁶³

Ahora bien, como ya lo referimos *supra*, pp. 6-8, uno de los mecanismos para garantizar el respeto a los derechos humanos es el debido proceso. Esto se corrobora con lo dispuesto por la tesis aislada con el rubro de:

⁶² Gabriela Ortiz Quintero, "¿Qué vamos a hacer con la puerta giratoria?", *Nexos*. Disponible en <https://acortar.link/YMDBLL>, consultado el 11 de enero de 2021.

⁶³ *Cfr.* Encuesta realizada por el INEGI, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (encig) 2017, marzo de 2018, p. 129. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/>, consultado el 11 de enero de 2021.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEBIDO PROCESO ESTABLECIDA A RAÍZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011. EN OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO PRO PERSONA Y A FIN DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA A LOS DERECHOS DEL GOBERNADO COMO BASE DE LA TUTELA A LA DIGNIDAD HUMANA, EL JUZGADOR DEBE ACATARLA...

En interpretación propia de ese Máximo Órgano, la trascendencia de la reforma constitucional mencionada radica, entre otros aspectos, en el cambio de la visión de protección de derechos, incorporando como directriz constitucional el principio *pro homine*, en virtud del cual todas las normas relativas a la protección de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Es decir, el objeto y fin del reconocimiento positivo convencional y constitucional de los derechos humanos están dirigidos a garantizar la protección de la dignidad humana.⁶⁴

En buena medida, esta tesis que corrobora implícitamente la adopción del modelo garantista de los derechos humanos de Luigi Ferrajoli, contiene también la respuesta del porque los tribunales superiores al revisar las actuaciones tanto del ministerio público como de los tribunales inferiores, concluyen que se ha violado el debido proceso en agravio de los inculpados, procesados o sentenciados, determinando la nulidad de las actuaciones y, consecuentemente, ordenando la libertad de las personas que delinquen. Todo esto ha provocado la incredulidad de la sociedad y, sobre todo, de las víctimas y ofendidos, en la justicia, lo cual hace nugatorio el derecho humano a ésta. Se aclara, no se hace nugatorio el derecho humano de acceso de la justicia, para esto basta con que acudan los gobernados a los tribunales a exigir-solicitar se les administre justicia; pero, aun cuando dicho derecho es una realidad, el problema se localiza al momento en que las personas señaladas como delincuentes son puestas en libertad, con el argumento de que se les violó su derecho humano del

⁶⁴ Tesis con registro digital 2015805. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, Materia(s): común, tesis: 1.1o.P22. K (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 49, diciembre de 2017, t. IV, p. 2146.

debido proceso, mientras que las personas ofendidas o víctimas nunca ven realizado su derecho de acceso a la justicia, pues lo más importante de éste derecho es que haya una sentencia definitiva que resuelva el fondo de los asuntos, o sea, que determine, o no, la responsabilidad del sentenciado, la reparación del daño, entre otros aspectos. Lo que obviamente no se logra cuando las personas inculpadas o procesadas son puestas en libertad previamente, o sea, antes de que se dicte sentencia definitiva. Además, cuando se viola el debido proceso, lo hace una autoridad que no hizo su trabajo correctamente. Es decir, el ofendido o víctima nada tuvo que ver. Entonces, porque un error de la autoridad afecta a la otra parte violando en su agravio el principio de igualdad procesal. Esto, también es totalmente “absurdo”, “incongruente”, “irracional” e “ilógico”, pues una persona que comete un delito y no es castigada (detenida, procesada y sentenciada) conlleva problemas de impunidad, pues no se cumple con lo que refiere a este respecto la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) en el reporte Orentlichter:

[...] la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.⁶⁵

Ahora bien, en relación con el tema de la corrupción, nos permitimos citar el Índice de Percepción de la Corrupción, el cual señala que México pasó de tener 35 puntos en dicho índice en 2014 y 2015; a 30 en 2016. Esto supuso una caída de 28 posiciones pasando del lugar 95 al 123 de los 176 países analizados.⁶⁶ También citamos a Reyna Sánchez Sifriano, quien sostiene, refiriéndose a México, lo siguiente: “El sistema de justicia penal es una amplia red de ineficacias y corrupción”.⁶⁷ Asimismo, un informe de 29

⁶⁵ Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, Bogotá, Colombia, 2007. Disponible en https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf, consultado el 12 de julio de 2020.

⁶⁶ Daniel Vázquez (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre 2000 y 2014*, p. 18.

⁶⁷ Reyna Sánchez Sifriano, “El impacto de los principios de presunción de inocencia y debido proceso legal en los derechos humanos en México”, *Prospectiva Jurídica*, p. 11.

de enero de 2019 de Transparencia Internacional (TI) destaca que México durante 2018, era el país más corrupto entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).⁶⁸ Por su parte, el Latinobarómetro sostiene que México aparece en el cuarto lugar como país más corrupto, solo por debajo de Colombia, Perú y Brasil. Y agrega que la corrupción ocupa el problema más importante de México, como país con 14 % de la percepción.⁶⁹ Mientras que, TI en su Índice de Percepción de la Corrupción 2019, México se encuentra en el lugar 28.⁷⁰ Por si esto no fuera suficiente, la reforma penal de gran calado que fue anunciada y presentada el miércoles 15 de enero de 2020, por el Gobierno Federal y Alejandro Gertz Manero, fiscal general de República Mexicana ante el Senado, es un botón más de muestra sobre lo profundo que está el tema de la corrupción en el Sistema de Justicia Penal y Sistema de Procuración de Justicia, cuando uno de los principales objetivos de la reforma constitucional en México, publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008 en materia de justicia penal, que dio origen a los juicios orales, se supone que era para solucionar en gran medida el problema de la corrupción e impunidad.⁷¹ El propio Gertz Manero sostenía a principios de 2020 que “el Sistema de Justicia Penal Acusatorio no sirve y debe ser desmantelado”.⁷² El Índice Global de Impunidad 2020, por una parte, ubica a México como uno de los países más altos en el índice de impunidad en Latinoamérica al lado de Guatemala, Paraguay y Honduras⁷³ y del mundo. El propio

⁶⁸ Transparencia Internacional (2019). “México, el más corrupto entre los países de la ocde”. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/01/29/mexico-el-mas-corrupto-entre-los-paises-de-la-ocde-transparencia-internacional/>, consultado el 12 de julio de 2020.

⁶⁹ Latinobarómetro. Informe anual, p. 58. Disponible en <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>, consultado el 12 de julio de 2020.

⁷⁰ Transparencia Internacional (2019). Índice de Percepción de la Corrupción 2019. Disponible en <http://www.rendircuentas.org/noticia/indice-percepcion-la-corrupcion-2019/>, consultado el 12 de julio de 2020.

⁷¹ Arely Gómez González, *op. cit.*

⁷² Alejandro Gertz Manero. “El Sistema de Justicia Penal Acusatorio no sirve, Gertz Manero defiende su propuesta”, *Foro Jurídico*, p. 153. Disponible en <https://forojuridico.mx/el-sistema-de-justicia-penal-acusatorio-no-sirve-gertz-manero-defiende-su-propuesta/>, consultado el 12 de julio de 2020.

⁷³ Juan Antonio Le Clercq Ortega y Gerardo Rodríguez Sánchez Lara (coords.), *Índice global de impunidad 2020 (IGI 2020). Escalas de impunidad en el mundo*, p. 9. Disponible en <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>, consultado el 12 de julio de 2020.

índice señala que “México ocupa el lugar 60 de 69 países estudiados en el Índice Global de Impunidad 2020. Por si fuera poco, en la edición de 2017, ocupó el lugar 66 de 69 y en el IGI-2015 obtuvo el lugar 58 de 59 casos estudiados”.⁷⁴

Por otra parte, la Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) 2019,⁷⁵ presentada por el INEGI, sobre los delitos denunciados informa que, durante 2018, se denunció o inició una carpeta de investigación en 6.8 % del total de delitos, mientras que en relación con la cifra negra⁷⁶ reporta que en 93.2 % no hubo denuncia o no se inició averiguación previa o carpeta de investigación.⁷⁷ Asimismo, sobre “la percepción de corrupción respecto de las autoridades, 73.3 % de la población de 18 años y más considera que la Policía de Tránsito es corrupta, seguida de los jueces con 70.1 %”.⁷⁸

Además, la Envipe 2020,⁷⁹ en relación con los delitos denunciados, durante 2019, da cuenta prácticamente de las mismas cifras mencionadas en el párrafo que antecede.⁸⁰ Igualmente sucede en el tema de corrupción de las autoridades, pues la Policía de Tránsito es corrupta, seguida de los jueces.⁸¹

Por si lo anterior no fuera suficiente, en la exposición de motivos de la Iniciativa de Reforma Constitucional al Poder Judicial Federal de fecha

⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁵ Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe). Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf, consultado el 12 de julio de 2020.

⁷⁶ “La cifra negra nos permite identificar actos delictivos que no son reportados ante el Ministerio Público o que no son objeto de una averiguación previa y, por tanto, no figuran en ninguna estadística [...]. Esta dimensión permite estimar la magnitud de los delitos que no llegan al sistema y que, potencialmente, deberían ser atendidos también por el Estado. Este dato, si bien no es verificable en tanto depende de las encuestas que se levantan a la población mediante una muestra aleatoria, sí permite identificar un parámetro de delitos que son cometidos y se quedan en la impunidad absoluta: quedan en la completa obscuridad al no ser ni siquiera conocidos por la autoridad.” Disponible en <https://www.udlap.mx/igimex/modelo.aspx>, consultado el 12 de julio de 2020.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁷⁸ Envipe 2020, p. 56.

⁷⁹ Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) 2020. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020_presentacion_nacional.pdf, consultado el 12 de julio de 2020.

⁸⁰ Envipe 2020, p. 39.

⁸¹ Envipe 2020, p. 56.

18 de febrero de 2020, presentada por Andrés Manuel López Obrador, presidente de la República se afirma:⁸²

Tampoco se ha podido desterrar la corrupción, sino que, por el contrario, la endogamia y el amiguismo han producido redes clientelares muy arraigadas, en las que se trafica con plazas, se intercambian favores o, peor aun, se pone precio a la justicia. Todo ello genera desigualdades [...], dificulta que los más pobres puedan ser escuchados y que sus reclamos ser atendidos, lastima a la sociedad, y genera desconfianza en los jueces y en la justicia, lo cual, en su conjunto, impide el establecimiento de un verdadero gobierno de leyes.

CONCLUSIONES

Podemos decir que se cumplió el objetivo que nos propusimos al inicio de este trabajo, que fue investigar y analizar las causas que conllevan al sistema de justicia penal acusatorio adversarial a tener como “presunto inocente” a una persona que delinque literalmente, ante los “ojos” y “oídos” de todo el mundo (ciberespacio), y que, además, le otorga todas las facilidades a través de la llamada “puerta giratoria” y se aprovecha de todos los errores cometidos por la propia autoridad, tanto en la etapa de investigación como durante el proceso y la sentencia de ésta, para argumentar la violación, entre otros, del derecho humano al debido proceso y, finalmente, otorgarle su libertad.

Asimismo, se dio amplia respuesta a las preguntas que guiaron la investigación, ¿cuáles son las causas y consecuencias de que el sistema de justicia penal acusatorio considere como “presunto inocente” a la persona que delinque literalmente ante los “ojos” y “oído” de todo el mundo? ¿Tomando en cuenta que el sistema de justicia penal acusatorio y adversarial considera “presunto inocente” a las personas que delinquen literalmente ante los ojos de todo el mundo (ciberespacio), se puede decir que es un modelo lógico o ilógico? Por ello, llegamos a la conclusión de que las causas son principalmente la corrupción y la impunidad de

⁸² Iniciativa de reforma constitucional presentada por el C. Presidente de la República, licenciado Andrés Manuel López Obrador, p. 5. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/votos/20201214_pjf/02_expediente_pjf.pdf, consultado el 15 de febrero de 2021.

los operadores jurídicos y las consecuencias son que resulta totalmente “absurdo”, “incongruente”, “irracional” e “ilógico” para la mayor parte de la sociedad, considerar como presuntos inocentes a las personas que son grabadas en el momento mismo de estar cometiendo los delitos y son subidos a las redes sociales, lo mismo sucede con la delincuencia organizada y con los políticos que pusimos como ejemplo.

Por todo ello coincidimos con las palabras citadas con anterioridad por el ministro Luis María Aguilar Morales y con el pensamiento del científico del Derecho, Ferrajoli, cuando este último refiere que “habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.”⁸³ Pues en ese sentido, podemos decir que en México el modelo del sistema penal acusatorio está muy bien, pero su aplicación no es muy correcta. Por lo mismo, coincidimos también con este jurista cuando dice en la cita once, página cinco, que se necesita una nueva forma de pensar. Y nosotros agregaríamos que se requiere también una reforma constitucional y legal, pues consideramos que no es indispensable aplicar el principio de presunción de inocencia en todos los casos. También pensamos que los errores cometidos por las autoridades no tienen porque afectar el principio de igualdad de las partes en agravio de las víctimas o ofendidos. Sobre todo, cuando las autoridades concluyen que se violó el derecho humano al debido proceso de los inculpados y como resultado dejan en libertad a éstos con el argumento de la puerta giratoria o por violación al debido proceso.

FUENTES DE CONSULTA

- Aguilar García, Ana Dulce, *Presunción de inocencia*, México, CNDH, 2015.
- Aguilar López, Miguel Ángel, “Evolución del principio de presunción de inocencia en el Proceso Penal Mexicano”, en Arely Gómez González (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Inacipe, 2016, pp.1-26.
- Aguilar Morales, Luis María, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en Arely Gómez

⁸³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 852.

- González (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Inacipe, 2016, pp. 27-48.
- Alvarado González, Marco Antonio, *Lógica jurídica*, México, Red Tercer Milenio, 2012.
- Ángel, Arturo, "Tras 6 meses de fuga, el Chapo es recuperado en Sinaloa", *Animal Político*. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2016/01/joaquin-el-chapo-guzman-es-recapturado-en-sinaloa/>, consultado el 20 de junio de 2020.
- Carbonell, Miguel, *Bases constitucionales de la reforma penal*, México, IJ-UNAM, Gobierno del Estado de Chihuahua, 2010.
- Carrasco Daza, Constanco, "La presunción de inocencia en Mexico", en Arely Gómez González (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Inacipe, 2016, pp. 209-222.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. Núm. 220. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-cabrera-garcia-y-montiel-flores-vs-mexico>, consultado el 16 de enero de 2021.
- Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador, párr. 1. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/herreraespinoza_04_03_19.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016, VII, párr. 57. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf, consultado el 16 de enero de 2021.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Núm. 35, párr. 77. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf, consultado el 10 de mayo de 2021.
- Caso Zegarra Marín vs. Perú, sentencia de 15 de febrero de 2017, p. 138, párr. 121. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Chilango.com, "Asaltan combi en Ecatepec y los detienen en retén". Disponible en <https://www.chilango.com/noticias/robo-a-una-combi-en-ecatepec/>, consultado el 20 de junio de 2020.

- Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el *DOF* el 5 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, 2007. Disponible en https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf, consultado el 12 de julio de 2020.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *DOF*, el 5 de febrero de 1917. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 24: Jurisprudencia sobre México*. San José de Costa Rica, corteIDH, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, 2019. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo24.pdf>, consultado el 16 de enero de 2021.
- Especiales Milenio. “Detienen a José Antonio Yépez, alias *el Marro*”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=wODg5c-RByc>, consultado el 20 de junio de 2021.
- Excelsior TV. “Policías encubiertos detienen a asaltantes de automovilistas”. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=C6xD5jt_Tjk, consultado el 20 de junio de 2020.
- Ferrajoli, Luigi (a), *Garantismo penal*, México, UNAM, 2006.
- Ferrajoli, Luigi (b), “Garantismo Penal”, *Isonomia*, núm. 32, México, abril de 2010. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995.
- García Ramírez, Sergio, “La reforma procesal penal en la Constitución Federal Mexicana: ‘transacción y transición’”, México, IJ-UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 509-535.
- García Ramírez, Sergio, *El Sistema Penal en la Constitución*, México, Secretaría de Cultura, INEHRM, IJ-UNAM, 2016.
- Gertz Manero, Alejandro, “El Sistema de Justicia Penal Acusatorio no sirve, Gertz Manero defiende su propuesta”, *Foro Jurídico*, vol. 07, núm.

17. Disponible en <https://forojuridico.mx/el-sistema-de-justicia-penal-acusatorio-no-sirve-gertz-manero-defiende-su-propuesta/>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Gómez González, Arelly (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Inacipe, 2016.
- Gortari de, Eli, *Lógica general*, 5a. ed., México, Grijalbo, 1992.
- Gozaíni A., Alfredo, "Debido proceso", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni, A. (coords.) t. I, pp. 297-298, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, IJ-UNAM, 2014.
- Hütt Herrera, Harold, "Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión", *Reflexiones*, vol. 91, núm. 2, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012, pp. 121-128. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/729/72923962008.pdf>, consultado el 10 de mayo 2020.
- INEGI, Instituto Nacional de Estadística y Geografía e Informática. Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) 2017. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/>, consultado el 11 de enero de 2021.
- INEGI, Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), 2019. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf, consultado el 12 de julio de 2020.
- INEGI, Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2020/>, consultado el 12 de julio de 2020.
- Iniciativa de Reforma Constitucional presentada por el C. Presidente de la República, Lic. Andrés Manuel López Obrador. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/votos/20201214_pjf/02_expediente_pjf.pdf Consultado el 15 de febrero de 2021.
- Jellinek, Jeorg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México, IJ-UNAM, 2000.
- Laia, Ros, "Las plataformas virtuales han cambiado la forma en la que nos relacionamos". Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200629/482009621616/dia-redes-sociales.html>, consultado el 10 de mayo de 2020.

- Latinobarómetro, “Informe anual. Corporación Latinobarómetro. Banco de datos en línea 2018”. Disponible en <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>, consultado el 12 de julio de 2020.
- Le Clercq, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara Gerardo (coords.), *Índice global de impunidad 2020 (IGI 2020). Escalas de impunidad en el mundo*. Universidad de las Américas Puebla. Disponible en <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- López Bello, Héctor, *Manual de lógica formal para su empleo práctico en el derecho*, México, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, 2018.
- López Olvera, Miguel Alejandro, “El debido proceso en el siglo XXI”, Miguel Carbonell Sánchez y Óscar Cruz Barney (coords.), en *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. I, México, UNAM-IHJ, 2015.
- Luján Túpez, Manuel, *Diccionario penal y procesal penal*, Lima, Perú, 2013.
- Maier, Julio, B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Fundamentos, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2004.
- Mendoza García, Isidro, “Presunción de inocencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni, A. (coords.), t. II, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, III-UNAM, p. 1019, 2014,
- Noticieros Televisa, “Policías atrapan a ladrones en Polanco”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=oBzX3gsuon4>, consultado el 20 de junio de 2020.
- Ortiz Quintero, Gabriela, ¿Qué vamos a hacer con la puerta giratoria?, *Nexos*. Disponible en <https://acortar.link/of9Sae>, consultado el 11 de enero de 2021.
- Pérez Porto, Julián y Ana, Gardey, “Definición de ciberespacio”. Disponible en <https://definicion.de/ciberespacio/>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/1%C3%B3gica>, consultado el 10 mayo de 2020.
- Redacción Animal Político. “Detienen Javier Duarte en Guatemala”. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/las-empresas-fan->

- tasma-de-veracruz/entrada.php?slug=detencion-guatemala&id=-detencion-guatemala, consultado el 20 de junio de 2020.
- Redacción Animal Político. “Detienen al exdirector de Pemex Emilio Lozoya, en Malaga, España”. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2020/02/detienen-exdirector-pemex-emilio-lozoya-malaga-espana/>, consultado el 20 de junio de 2020.
- Redacción Animal Político. “Detienen a César Duarte, exgobernador de Chihuahua, en Florida”. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2020/07/detienen-cesar-duarte-miami-florida/>, consultado el 20 de junio de 2020.
- Redacción Animal Político. “Rosario Robles va a prisión. Le inician proceso por la Estafa Maestra”. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2019/08/rosario-robles-prision-juez-estafa-maestra/>, consultado el 12 de julio de 2020.
- Reporte Índigo, “Detienen a mujer y adolescente por venta de plumas pistola, granadas y droga en Ixtalapa”. Disponible en <https://www.reporteindigo.com/reportes/detienen-a-mujer-y-adolescente-por-venta-de-plumas-pistola-granadas-y-droga-en-iztatalapa/>, consultado el 20 de junio de 2021.
- Sánchez Sifriano, Reyna, “El impacto de los principios de presunción de inocencia y debido proceso legal en los derechos humanos en México”, *Prospectiva Jurídica*, año 9, núm. 17, enero-junio, 2018, UAEM, pp. 11-44.
- Sammarco, Pablo “Descubre todo sobre las redes sociales 2020”. Disponible en: <https://thesocialmediafamily.com/redes-sociales/> consultado el 10 de mayo de 2020.
- Segob, Secretaría de Gobernación, “Reforma Constitucional publicada en el DOF el 18 de junio de 2008”. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008, consultado el 20 de junio de 2020.
- Tesis aislada con registro digital 2015805. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materia(s): Común, Tesis: I.1o. p. 22. K (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 49, diciembre de 2017, t. IV, página 2146.
- Tesis aislada con registro digital 2018951, Pleno, 10ª época, Constitucional, P. VIII/2018. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 62, enero de 2019, t. I, p. 468.

- Tesis. Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. de registro: 2006092. Primera Sala. Jurisprudencia. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, t. I. Materia (s): Constitucional, Penal 1a./J. 24/2014 (10a.), p. 497.
- Transparencia Internacional, "Índice de Percepción de la Corrupción 2019". Disponible en <http://www.rendircuentas.org/noticia/indice-percepcion-la-corrupcion-2019/>, consultado el 12 de julio de 2020.
- Transparencia Internacional, "México, el más corrupto entre los países de la OCDE". Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/01/29/mexico-el-mas-corrup-to-entre-los-paises-de-la-oc-de-transparencia-internacional/>, consultado el 12 de julio de 2020.
- Vázquez, Daniel (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre al 2000 y el 2014*, México, CNDH, 2018.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed. Córdoba, Marcos Lerner, cap. I, 5, III, pp. 33 y ss. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/09/doctrina30857.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2020.

II

***Fake news* en tiempos pandémicos: la orden ministerial del gobierno de España contra la desinformación**

*Lola Cubells Aguilar*¹

INTRODUCCIÓN

Las *fake news* no sólo invaden la red, sino que se han convertido en parte de nuestro lenguaje cotidiano, a veces utilizado de manera abusiva. En estos tiempos de *infodemia* —otra palabra de moda— donde el ruido es más fuerte que el silencio, donde el peligro de la dicotomía verdad/mentira contamina la libre información, pretendemos complejizar el debate sobre cómo legislar contra las *fake news*, o más bien, cómo lograr que las políticas públicas y regulaciones que pretenden luchar contra la desinformación fortalezcan los derechos de la ciudadanía y no se conviertan en herramientas que restrinjan derechos fundamentales.

Parece existir unanimidad sobre qué son las *fake news* e incluso repetimos como lugar común que las noticias falsas no son algo nuevo y que históricamente podemos encontrar numerosos “bulos” que forman parte nuestra historia de la desinformación. Pero realmente no existe unanimidad en la mirada sobre cómo poder contrarrestar el tsunami de *fake news* que nos arrolla diariamente, ni siquiera existe un análisis unívoco sobre qué actores deberían ser los encargados de verificar o,

¹ Profesora de Derecho constitucional de la Universitat Jaume I-Castellón.

incluso, si es pertinente o no legislar “contra la desinformación” o qué tipo de herramientas, más allá de las legislativas, deberían emplearse para esta batalla contra un “enemigo” de la democracia múltiple, difuso y, aparentemente, anónimo.

Para ello, en primer lugar, realizaré una breve acotación sobre la regulación española referente a la libertad de información y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente a la “veracidad”, como elemento fundamental para la protección constitucional del derecho fundamental a la libertad de información.

En segundo lugar, haré referencia al debate existente sobre cómo podemos definir las *fake news* y las recomendaciones de diferentes órganos internacionales referidas a la lucha contra la desinformación.

A continuación, me centraré en la polémica orden del Ministerio de la Presidencia del Gobierno español, publicada en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* el 5 de noviembre de 2020, mediante la que el Consejo de Seguridad Nacional aprobó el “procedimiento de actuación contra la desinformación”.

A través de las diferentes críticas y observaciones desatadas por esta norma reglamentaria que tiene como objetivo luchar contra la desinformación, repasaré algunas de las propuestas existentes sobre cómo legislar para hacer frente a las *fake news*, desde una visión democrática y contraria a las restricciones de derechos fundamentales.

Por último, abonaremos la discusión con algunos puntos concluyentes que, sin ánimo taxativo, pretenden abrir la discusión y complejizar los elementos que consideramos necesarios para convertir las regulaciones contra las *fake news* en herramientas de empoderamiento ciudadano y de fortalecimiento de la libertad de información como requisito básico para la construcción de una opinión pública crítica que pueda representar un contrapoder frente a los intereses económicos de los diferentes actores interesados en mantener a la sociedad adormecida y ensordecida.

En un momento histórico como el que atravesamos, una encrucijada civilizatoria en la que la pandemia global sólo desnuda algunas de las desigualdades estructurales del sistema-mundo que habitamos, urge convertir la libertad de información en una herramienta contra los poderes que mercantilizan la vida y que, para ello, emplean la desinformación como herramienta de control de nuestras vidas y cuerpos.

FAKE NEWS O DESINFORMACIÓN: ACLARACIÓN CONCEPTUAL

En la *Constitución Española* de 1978 (CE), la libertad de información o comunicación aparece regulada dentro del título I: De los derechos y deberes fundamentales, capítulo I I. Derechos y Libertades, sección 1^a. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

El artículo 20.1.d de la CE regula el derecho a la información junto a otros derechos fundamentales vinculados entre sí como el derecho a la libertad de expresión (apartado a), el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (apartado b) y el derecho a la libertad de cátedra (apartado c).

En dicha sección se recogen aquellos derechos considerados en núcleo fundamental de lo que entendemos como derechos civiles y políticos. El poder constituyente consideró que ese conjunto de derechos fundamentales para la ciudadanía y la sociedad en su conjunto debían contar con unas garantías de protección especiales referidas tanto a los requisitos referidos a su desarrollo legislativo, como a su protección en caso de violación por parte de los diferentes poderes del Estado.

Esto se tradujo, por un lado, en que los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la información, deben ser regulados mediante Ley Orgánica, tal y como establece el artículo 81 de la CE. Esta protección a la hora de regular derechos fundamentales se traduce en la necesidad de requerir mayoría absoluta de las cámaras legislativas, de modo que se impiden que minorías parlamentarias puedan modificar aspectos fundamentales relativos al desarrollo legislativo de derechos fundamentales. Por otro lado, frente a la posible violación del derecho a la información, se contempla la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios a través de un procedimiento sumario y preferente, pero también, una vez agotada esta vía, poder acceder, a través del recurso de amparo, al Tribunal Constitucional (TC) máximo órgano jurisdiccional en materia de protección de derechos y libertades fundamentales.

El hecho de situar el derecho a la información en un lugar de alta protección constitucional significa que el constituyente entendió que garantizar la libertad de información es un requisito indispensable para poder hablar de una sociedad democrática en la que la comunicación permita la construcción de una opinión pública crítica, plural y participativa.

Si acudimos a la redacción constitucional observamos que existe una acotación sobre qué tipo de información va a ser digna de protección constitucional: “comunicar o recibir libremente información veraz [...]”. Es decir, se excluirá toda aquella información que no cumpla con el requisito de veracidad, el cual abordaré más adelante.

Por tanto, no se considera protegido por el derecho a la información, el comunicar noticias falsas, mentiras o bulos. Del mismo modo que la libertad de expresión no puede proteger los insultos o las calumnias que representan un desprecio absoluto por la verdad.

La particularidad del derecho a la información, tal y como está regulado en la CE, se basa en que “tiene un doble contenido: por un lado, el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión y, por otro, el derecho recíproco a recibir esa información en igualdad de condiciones”.²

Por otro lado, es importante señalar que en nuestro texto constitucional el sujeto del derecho a comunicar y recibir información es toda la ciudadanía, aunque exista un trato preferente en la protección constitucional a las personas consideradas profesionales de la información.

La veracidad: requisito constitucional del derecho a la información

Es necesario puntualizar que al referirnos a la “veracidad” en relación con el derecho a la información, no significa que sólo aquellas noticias que sean “verdad” van a ser dignas de protección constitucional. Se asume que la “verdad absoluta” no existe, porque la transmisión de hechos que es el contenido esencial del acto de informar siempre va a estar influida por quién transmite los hechos. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, a través de diferentes sentencias, ha generado una jurisprudencia que permite entender el significado constitucional de la “veracidad”. Ésta, como recuerda la profesora Cristina Pauner, “no equivale a objetividad”.³ Ésta es parte de la doctrina del TC en su Sentencia 6/1988, en la que viene a decir que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido a la exigencia rigurosa y total de exactitud de la información, cuanto a negar

² Cristina Pauner, *Derecho de la información*, p. 21.

³ *Ibidem*, p. 67.

esa protección a quienes actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado (rumores, invenciones o insinuaciones).

La veracidad se refiere, por tanto, a la diligencia debida del profesional de la comunicación, tal y como reiteró la Sentencia del TC 240/1992, en cuyo fundamento jurídico 7, afirma que se exige al periodista una “actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz”.

Por veracidad entendemos, por tanto, la búsqueda de la verdad. Principio que aparece también recogido en las diferentes normas deontológicas existentes en los ámbitos nacional e internacional.

La desinformación, podemos decir, que siempre ha existido, y debido a ello, existen algunos mecanismos de protección para aquellas personas que puedan ver afectados sus derechos fundamentales por medio de informaciones que carecen de veracidad. Por esta razón, el apartado 4, del artículo 20 de la CE puntualiza que las libertades reconocidas en este precepto tendrán como límite expreso los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El derecho a la rectificación en aquellos casos que personas aludidas en determinadas noticias consideren que existen datos erróneos que les pueden acarrear perjuicios morales está regulado a partir de la L.O. 2/1984, de 26 de marzo. Y en los casos más graves de violaciones del derecho al honor están tipificados los delitos de injurias y calumnias.

Pero, en todos estos casos, la noticia no necesariamente puede ser falsa o faltar a la verdad, pero depende del sujeto que considere que pueden estar traspasando los límites de sus derechos fundamentales.

La preocupación actual respecto al fenómeno de las *fake news* o noticias falsas va más allá de la prevista desinformación que puede derivar de una mala praxis comunicativa. Nos encontramos, como señalan Simona Levi y Miriam Carles, ante una industria de la desinformación.⁴ Y esto sí podríamos afirmar es una industria desarrollada al calor de la penetración de internet en nuestras vidas cotidianas y del cambio en el consumo de la información, pasando de la prensa escrita a la digital y mucho más, a la

⁴ Simona Levi y Miriam Carles. “¿Contra la desinformación? Más democracia. Instrucciones para una legislación contra las noticias falsas y la manipulación de la información online y offline que defienda las libertades fundamentales”, *Ideas*. Disponible en <https://revistaides.cat/es/contra-la-desinformacion-mas-democracia/>, consultado el 22 de junio de 2022.

información a través de las redes sociales. Cuando pregunto en mis clases de Derecho a mis alumnos del grado de Derecho o de Periodismo si leen prensa digital, responden negativamente. Gran parte de la población se informa a través de las redes sociales y, principalmente, de las grandes plataformas como Facebook, Twitter o Instagram.

Existe una visión que deposita la responsabilidad de la lucha contra las *fake news* en la ciudadanía, de ahí la llamada a la “alfabetización mediática”. Pero existe una crítica que busca la raíz en la industria de la desinformación, desarrollada por el equipo de *Xnet*,⁵ quienes miran hacia arriba y a quienes consideran son los grandes responsables de la pandemia de noticias falsas:

[...] desde el origen de los tiempos, los grandes productores y viralizadores de *fake news* y de desinformación no han sido los ciudadanos comunes, sino los gobiernos, las instituciones, los partidos políticos, los medios de comunicación de masas, las grandes fortunas, las corporaciones de gran alcance, o sus equivalentes en cada época histórica. Y lo han sido por una razón muy simple: son quienes tienen medios para poderse lo permitir.

De hecho, los autores de #FakeYou también cuestionan el propio concepto de *fake news* en cuanto afirman que es un término inadecuado e insuficiente y porque “no captura toda la complejidad de las formas de manipulación informativa, que incluye información no propiamente ‘falsa’”.⁶

Las grandes campañas de desinformación no son dirigidas por ciudadanos comunes, sino observando tanto las campañas electorales de Estados Unidos, como de México, pasando por Brasil y llegando a España, vemos cómo el cambio de la intención de voto o el auge de la ultraderecha está vinculada a operaciones de campañas de desinformación que significan un gran flujo de dinero que las hacen posibles. En México, por ejemplo, el autor del libro *Fake news: la nueva realidad*, Esteban Illades ha revelado cómo a partir de las elecciones de 2018 se contratan a personas para que redacten noticias falsas en contra de los adversarios

⁵ Xnet se autodefine como una plataforma de activistas que trabajan y realizan propuestas sobre derechos digitales, entendiendo la tecnopolítica como práctica y acción en red para el empoderamiento ciudadano, la justicia y la transformación democrática y social. Ver: <https://xnet-x.net/ca/>

⁶ Simona Levi. #Fakeyou. *Fake news y desinformación*, p. 29.

políticos. Como él mismo señala: “Escribir *fake news* es un buen negocio. La inversión es muy baja y el retorno es muy alto”.⁷

En el caso concreto de España, las medidas instauradas por el gobierno de coalición entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (Podemos e Izquierda Unida), a través del estado de alarma, han sido cuestionadas a través de campañas de desinformación convirtiendo una situación de salud pública en una batalla ideológica oponiendo libertad a comunismo.

Existe una gran preocupación sobre el impacto de las noticias falsas en procesos de toma de decisiones colectivas como puede ser el caso del Brexit o las elecciones estadounidenses. Mientras escribo este texto se producen manifestaciones en Cuba, y en los medios se viralizan imágenes de protestas que parecieran mostrar la realidad de las protestas, pero que pertenecen a las protestas del 1 de mayo en La Habana, celebraciones futbolísticas en Buenos Aires o una manifestación en Barcelona de 2018. Estas comprobaciones han sido realizadas por el equipo de verificación de la Agencia EFE.⁸

Los retos son cómo poder contrarrestar o luchar contra las noticias falsas sin que ello suponga un mayor recorte de derechos fundamentales o llegar a implementar nuevas modalidades de censura encubierta. Las preguntas fundamentales también son quiénes deben ser los sujetos encargados de determinar qué es una noticia falsa y si esta responsabilidad debe depositarse en gobiernos, medios de comunicación o en las propias empresas de servicios *online*.

En las últimas elecciones presidenciales a Estados Unidos, Trump desató la noticia falsa sobre el fraude electoral y durante el “asalto al Capitolio”, tanto Facebook, Twitter e Instagram bloquearon la cuenta de Donald Trump hasta traspaso formal del gobierno al presidente electo Joe Biden. ¿Vamos a depositar en empresas como Facebook, en otras campañas responsables de viralizar *fake news*, la responsabilidad de decidir cuándo

⁷ Almudena Barragán. “Así se escriben las ‘fake news’ durante la campaña electoral en México”, *El País*. Disponible en https://verne.elpais.com/verne/2018/06/27/mexico/1530112534_124044.html, consultado el 29 de junio de 2022.

⁸ EFEVerifica. “Desinformación y mensajes falsos en las protestas de Cuba”. Disponible en <https://verifica.efe.com/desinformacion-mensajes-falsos-protestas-de-cuba/>, consultado el 23 de junio de 2022.

censurar aquellas noticias que pueden poner en peligro el orden público y la paz social?

En este mismo sentido, Cristina Pauner afirma que “la idea de que sobre las empresas proveedoras de servicios *online*, como una red social, recaiga parte de la responsabilidad de filtrar noticias parece peligrosa porque somete el acceso a Internet y a sus contenidos a parámetros empresariales.”⁹

La preocupación sobre la viralización de noticias falsas se ha hecho presente en diferentes declaraciones internacionales como la “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (‘fake news’), desinformación y propaganda, firmada por el relator especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de opinión y de expresión, la representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el relator especial de la OEA para la libertad de expresión y la relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) en marzo de 2017.¹⁰ En esta declaración, por un lado, se afirma el peligro que representan determinadas modalidades de “desinformación y propaganda” no sólo para los derechos fundamentales de las personas, sino también por “instigar la violencia, la discriminación o la hostilidad hacia grupos identificables de la sociedad”. En el apartado f) de sus “Principios generales” advierte que “el bloqueo de sitios web enteros, direcciones IP, puertos o protocolos de red dispuesto por el Estado es una medida extrema que solo podrá estar justificada cuando se estipule por ley y resulte necesaria para proteger un derecho humano u otro interés público legítimo [...]”.

Por otro lado, llaman a la responsabilidad de los Estados en cuanto a contar con un marco regulatorio claro para las emisoras de radiodifusión que deberá ser supervisado por un órgano independiente. A su vez, apelan a la necesidad de “promover la alfabetización digital y mediática”.

Respecto a los intermediarios, afirman que al adoptar medidas que restrinjan contenidos de terceros, en caso de que excedan lo exi-

⁹ Cristina Pauner. “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, p. 300.

¹⁰ OEA. “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (‘Fake News’), desinformación y propaganda”. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artiID=1056&IID=2>, consultado el 13 de junio de 2022.

gido legalmente, “deberían adoptar políticas claras y preestablecidas que regulen estas medidas”. Aclarando que dichas medidas deberían basarse en “criterios objetivamente justificables, y no en fines ideológicos o políticos.”

Proponen que los intermediarios puedan ofrecer a los usuarios servicios de verificación de datos que puedan aplicar de forma voluntaria. La verificación, por tanto, es una de las grandes cuestiones que se abordan cuando hablamos de cómo lidiar contra la desinformación y propaganda de noticias falsas. El equipo de Xnet, en su libro *#Fakeyou*, repasa los diferentes sistemas de verificación implementados desde medios de comunicación o proyectos de investigación en comunicación y afirman la necesidad de

ampliar y hacer cumplir las obligaciones de verificación que se aplican a los periodistas y a los diarios a otros sectores donde la circulación de información comporta lucro o beneficios institucionales, incluyendo los partidos políticos, las autoridades, los gobiernos, las corporaciones y otros “informadores influyentes”. Mostrar esta aplicación obligatoria en forma de etiquetado. Esto permite que cualquier persona pueda verificar la información, cosa que actualmente se exige en la población sin que se le ofrezca ninguna herramienta para hacerlo.¹¹

PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN CONTRA LA DESINFORMACIÓN DEL GOBIERNO ESPAÑOL

La situación pandémica en España, como en otras latitudes, ha sido aprovechada para generar campañas de desinformación y propaganda, en muchas ocasiones, con el único fin de desestabilizar al gobierno. En nuestro caso concreto, se han realizado manifestaciones a través de convocatorias virales en Madrid, apelando a la “libertad” por encima del cuidado común y la salud. Pero al mismo tiempo, responsabilizando al gobierno español por las miles de muertes de personas ancianas en las residencias. En muchos casos, como el madrileño, las residencias

¹¹ Simona Levi y Miriam Carles, *op. cit.*

son competencia autonómica, en estos momentos en manos del Partido Popular (PP).

En México, para contrarrestar el gran flujo de noticias falsas en torno a la Covid-19, en coordinación con la ONU, se creó la campaña *Verified* (Verificado).

En este lado del Atlántico, la plataforma especializada en verificación de noticias, Maldita.es lleva contabilizados 1,127 bulos durante la pandemia.¹²

En este contexto, a finales de 2020, en España, una orden ministerial relativa a la lucha contra la desinformación generó una fuerte polémica. El 5 de noviembre de 2020 apareció en el BOE la orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. Esta orden del Ministerio de la Presidencia, relaciones con las cortes y memoria democrática parte de considerar el acceso a la información veraz como un pilar fundamental de las sociedades democráticas, reconociendo que “los procesos de participación democrática se ven cada vez más amenazados por la difusión deliberada, a gran escala y sistemática de desinformación, que persiguen influir en la sociedad con fines interesados y espurios”.¹³

Entienden por desinformación, siguiendo la definición de la Comisión Europea en la Comunicación sobre la Lucha contra la Desinformación en Línea como “la información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”. Incluyendo en este “perjuicio público”: las amenazas a los procesos democráticos, la salud, el medio ambiente o la seguridad.¹⁴

Este plan contra la desinformación se fundamenta en el Plan de Acción para la lucha contra la desinformación aprobado por el Consejo Europeo en diciembre de 2018 y el *European Democracy Action Plan* que cuenta con las siguientes líneas estratégicas: garantizar sistemas electorales

¹² Maldita.es. “La Covid-19 y sus bulos: 1,127 mentiras, alertas falsas y desinformaciones sobre el coronavirus”. Disponible en <https://maldita.es/malditobulo/20210716/coronavirus-bulos-pandemia-prevenir-virus-covid-19/>, consultado el 23 de junio de 2022.

¹³ BOE. “Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, p. 96673”. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-13663>, consultado el 23 de junio de 2022.

¹⁴ *Idem*.

libres, fortalecer la libertad de expresión y la pluralidad de los medios de comunicación y tratar la desinformación que ataca los sistemas democráticos, en particular, la relacionada con la Covid-19.

Declaran como objetivos del procedimiento de actuación contra la desinformación: definir los órganos del sistema; establecer los niveles de prevención, detección, alerta temprana, análisis, respuesta y evaluación; definir los niveles de lucha y los mecanismos de intercambio entre cada uno de ellos: definir una metodología para la identificación, análisis y gestión de “eventos de desinformación”; proponer un marco y equipo de trabajo para crear una estrategia nacional de lucha contra la desinformación.

Los organismos que conforman el sistema de seguridad nacional encargados de la lucha contra la desinformación son el Consejo de Seguridad Nacional, el Comité de Situación, la Secretaría de Estado de Comunicaciones, la Comisión Permanente contra la Desinformación, las autoridades públicas competentes y el sector privado y la sociedad civil. Entre estos órganos destaca la Comisión Permanente contra la Desinformación que bajo la coordinación de la Secretaría de Estado de Comunicación estará compuesta por el Departamento de Seguridad Nacional (Presidencia del Gobierno), Centro Nacional de Inteligencia (Ministerio de Defensa), Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior), Dirección General de Comunicación, Diplomacia Pública y Redes (Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación) y la Secretaría de Estado de Transformación Digital e Inteligencia Artificial (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital).

Se establecen cuatro diferentes niveles de activación para detectar campañas de desinformación: nivel 1 —detecta alerta temprana; nivel 2; coordina, sincroniza y prioriza los esfuerzos; nivel 3— adopción de decisiones político-estratégicas; nivel 4- gestión política en el marco de la seguridad nacional.

CRÍTICAS A LA ORDEN MINISTERIAL CONTRA LA DESINFORMACIÓN: ¿MINISTERIO DE LA VERDAD?

El procedimiento de actuación contra la desinformación desató fuertes críticas desde la oposición gubernamental, creando a su vez desinformación sobre la desinformación. El partido de extrema derecha Vox lanzó en Twitter: “El Gobierno crea un Ministerio de la Verdad para controlar las opiniones de los españoles en las redes sociales y censurar a los medios que no le aplauden”.¹⁵

Por su parte, el líder del Partido Popular afirmó, refiriéndose al plan contra la desinformación del gobierno: “Es una medida *orwelliana*, un Ministerio de la Verdad y un ataque a la democracia que vamos a recurrir ante las instituciones europeas”.

Por su parte, la Comisión Europea, como respuesta a una pregunta parlamentaria, avaló el procedimiento de actuación como una herramienta para luchar contra las campañas de desinformación, afirmando que “no constituye una base jurídica para decidir sobre el contenido de la información facilitada por los medios de comunicación”.¹⁶

Es posible que una de las deficiencias en esta orden ministerial es no haber acotado de manera más detallada el objeto concreto del procedimiento de actuación, ya que, aunque se refiere a las campañas electorales y el contexto pandémico, se refiere en general a la “desinformación”. No aparecen reguladas cómo se va a actuar frente a una desinformación que se considere peligrosa para la seguridad nacional. Y aunque aparece mencionada la importancia en la lucha contra la desinformación del sector privado, la sociedad civil, los medios de comunicación, las plataformas digitales, el mundo académico, el sector tecnológico, las organizaciones no gubernamentales, queda en el aire cómo se decidirá la elección y participación de personas pertenecientes a estos sectores.

¹⁵ Europa Press. “Vox critica el ‘Ministerio de la Verdad’ del Gobierno creado para ‘controlar’ opiniones y ‘censurar’ a medios no afines”. Disponible en https://www.eldiario.es/politica/vox-critica-el-ministerio-de-la-verdad-del-gobierno-creado-para-controlar-opiniones-y-censurar-a-medios-no-afines_1_6389551.html, consultado el 25 de junio de 2022.

¹⁶ Véra Jourová. “Respuesta de la vicepresidenta Jourová en nombre de la Comisión Europea”, Parlamento Europeo. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087-ASW_ES.html, consultado el 23 de junio de 2022.

Desde algunos análisis jurídicos se ha cuestionado que este procedimiento se legisle a través de una orden ministerial, refiriéndose a la necesidad de cumplir con el principio de reserva de Ley Orgánica. Así como el hecho de vincular desinformación a seguridad nacional. Estos argumentos son defendidos por Juan Carlos Calomarde en su análisis “La orden contra la desinformación y el Ministerio de la Verdad”.¹⁷

Frente a la campaña de desinformación creada en torno a esta orden ministerial, la propia plataforma de verificación Newtral preguntó a varias personas expertas, quienes sin considerar que se trate de un programa de actuación que vaya en contra de la libertad de expresión e información, opinan sobre su insuficiencia e incerteza jurídica. Ésta es la opinión de Borja Adsuara, experto en Derecho, Estrategia y Comunicación Digital, quien, precisamente, afirma que este procedimiento está cargado de inseguridad jurídica porque “está expresamente redactado con una ambigüedad para que quepa cualquier cosa”. Y añade: “tampoco están publicadas las sanciones que se llevarían a cabo contra los responsables, ni las garantías y la supervisión judicial porque es una norma que afecta a los derechos fundamentales”.

Rafael Vilasanjuan, director de Análisis y Desarrollo Global del Instituto de Salud Global de Barcelona, considera que es “insuficiente” y que debería contar con la participación de organismos independientes.

Y, por último, Cristina Tardáguila, directora adjunta del International Fact-Checking Network (IFCN), la red de verificadores internacional advierte que no significa que la existencia de normas reguladoras implique que desciendan los contenidos desinformativos. Advierte: la lucha contra la desinformación a partir de Gobierno termina en censura, prisiones, cortes de internet y creación de entidades que hacen *fact-checking* partidario”.¹⁸

Podemos concluir que, si bien se trata de un procedimiento de actuación, no aparecen detalladas las herramientas de verificación y es, como señalan algunas críticas, importante la creación de órganos coordinados

¹⁷ Juan Carlos Calomarde. “La orden contra la desinformación y el Ministerio de la Verdad”, *Hay Derecho*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/20/la-orden-contra-la-desinformacion-y-el-ministerio-de-la-verdad/>, consultado el 23 de junio de 2022.

¹⁸ Jesús Espinosa. “Preguntas y respuestas: Qué dice el boe sobre el ‘procedimiento de actuación’ contra la desinformación impulsado por el Gobierno”, Newtral. Disponible en <https://www.newtral.es/procedimiento-desinformacion-gobierno-medios-boe/20201105/>, consultado el 23 de mayo de 2022.

independientes que sean quienes puedan considerar qué contenido es desinformativo y, en coordinación con órganos públicos, definir qué puede ser considerado una amenaza a la “seguridad nacional”.

Aunque se hace referencia a la participación de la sociedad civil y los medios de comunicación no se detalla cómo se van a elegir y de qué modo van a participar en el procedimiento de actuación. Tampoco las consecuencias que se derivan una vez detectadas las campañas de desinformación y su origen. Quedan, por tanto, muchas cuestiones que resolver y un amplio abanico de herramientas desde diferentes entes mediáticos, políticos y privados en la lucha contra la desinformación.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que existe unanimidad en considerar que la desinformación (*fake news* y propaganda) deteriora la construcción de una opinión pública crítica y la pluralidad en los medios de comunicación. En algunos casos determinados, tal y como hemos podido comprobar recientemente, las noticias falsas que circulan en las redes puede ser una amenaza a la seguridad nacional, a la salud y al respeto de los derechos humanos. La pandemia global ha desvelado, más si cabe, la fragilidad de esta sociedad de la información.

Es importante no depositar la responsabilidad en la ciudadanía, sino en crear, por una parte, instrumentos públicos-privados de verificación y fomentar los observatorios independientes de personas expertas en desinformación. Como señala el equipo de Xnet, el problema es la industria de la información, detectar quién genera la desinformación y la viraliza. “*Follow the money*” es una de sus consignas, frente al juicio al contenido.

Por otra parte, la orden ministerial contra la desinformación como bien señala aprueba un “procedimiento de actuación” para la detección de campañas de desinformación y se adecua a los planes aprobados en el ámbito europeo. Ahora bien, existen diferentes críticas sobre el peligro sobre la dependencia absoluta de órganos gubernamentales y, sobre todo, la “eficacia” real en la lucha contra la desinformación. Es necesario poder desarrollar mayores estrategias basadas en la verificación, estableciendo como señalan Levi y Carles, parámetros objetivos para verificar la veracidad, otorgando herramientas a la ciudadanía en vías de su alfabetización:

“La ciudadanía ha de tener a su alcance elementos pormenorizados que le permitan la verificación de forma rápida, accesible, distribuida y abierta”.¹⁹

También el cumplimiento de los códigos deontológicos por parte de los medios de comunicación.

Consideramos que las propuestas realizadas desde una mirada crítica y más amplia basada en los siguientes principios deberían prevalecer:

- Las legislaciones sobre desinformación no pueden generar restricciones de derechos fundamentales.
- Debe desvelarse quién se está lucrando con la industria de las *fake news* y establecer sanciones efectivas.
- La lucha contra la desinformación no puede depender del gobierno de turno, deben crearse herramientas que impliquen al Estado, los medios de comunicación, las empresas tecnológicas y la sociedad civil.

Se debería tener una mirada más amplia y complejizada sobre las *fake news*, y las regulaciones necesarias al respecto, creando instrumentos de empoderamiento de la ciudadanía que permitan el libre flujo de información veraz y verificable, sin recortar derechos fundamentales ni adoptar posturas tecnóforas.

FUENTES DE CONSULTA

Barragán, Almudena. “Así se escriben las ‘fake news’ durante la campaña electoral en México”, *El País*, (29 de junio de 2018). Disponible en https://verne.elpais.com/verne/2018/06/27/mexico/1530112534_124044.html, consultado el 23 de junio de 2022.

BOE, *Boletín Oficial del Estado*. “Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional”, (5 de noviembre de 2020). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-13663>, consultado el 23 de junio de 2022.

¹⁹ Simona Levi. #Fakeyou. *Fake news y desinformación*, op. cit., p. 268.

- Calomarde, Juan Carlos. “La orden contra la desinformación y el Ministerio de la Verdad”, *Hay Derecho* (20 de diciembre de 2020). Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/20/la-orden-contra-la-desinformacion-y-el-ministerio-de-la-verdad/>, consultado el 23 de junio de 2021.
- Efeverifica. “Desinformación y mensajes falsos en las protestas de Cuba” (14 de julio de 2021). Disponible en <https://verifica.efe.com/desinformacion-mensajes-falsos-protestas-de-cuba/>, consultado el 23 de junio de 2021.
- Europa Press. “Vox critica el ‘Ministerio de la Verdad’ del Gobierno creado para ‘controlar’ opiniones y ‘censurar’ a medios no afines”, (5 de noviembre de 2020). Disponible en https://www.eldiario.es/politica/vox-critica-el-ministerio-de-la-verdad-del-gobierno-creado-para-controlar-opiniones-y-censurar-a-medios-no-afines_1_6389551.html, consultado el 23 de junio de 2021.
- Espinosa, Jesús. “Preguntas y respuestas: qué dice el BOE sobre el ‘procedimiento de actuación’ contra la desinformación impulsado por el Gobierno” (9 de noviembre de 2020), *Newtral*. Disponible en <https://www.newtral.es/procedimiento-desinformacion-gobierno-medios-boe/20201105/>, consultado el 23 de junio de 2021.
- Jourová, Věra. “Respuesta de la vicepresidenta Jourová en nombre de la Comisión Europea”, Parlamento Europeo. (15 de febrero de 2021). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087-ASW_ES.html, consultado el 23 de junio de 2021.
- Levi, Simona. *#Fakeyou. Fake news y desinformación*, Rayo Verde Editorial, Barcelona, 2019.
- Levi, Simona y Miriam Carles. “¿Contra la desinformación? Más democracia. Instrucciones para una legislación contra las noticias falsas y la manipulación de la información online y offline que defienda las libertades fundamentales”, *Ideas*, núm. 50 (30 de septiembre de 2020). Disponible en <https://revistaidées.cat/es/contra-la-desinformacion-mas-democracia/>, consultado el 22 de junio de 2022.
- Maldita.es. “La Covid-19 y sus bulos: 1.127 mentiras, alertas falsas y desinformaciones sobre el coronavirus”, (16 de julio de 2021). Disponible en <https://maldita.es/malditobulo/20210716/coronavirus-bulos-pandemia-prevenir-virus-covid-19/>, consultado el 23 de junio de 2022.

- OEA, Organización de los Estados Americanos. "Declaración conjunta sobre libertad de expresión y 'noticias falsas' (*fake news*), desinformación y propaganda", 2017. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2>, consultado el 14 de marzo de 2022.
- Pauner Chulvi, Cristina. "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 297-318. Disponible en <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22123>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- Pauner Chulvi, Cristina. *Derecho de la información*. Tirant Lo Blanch, México, 2014.

III

La protección internacional de refugiados y migrantes en México: una visión desde datos, acciones y retos

*Adriana Guadarrama Chaparro*¹

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto hacer una revisión de la situación actual en materia de protección internacional en México, lo anterior a partir de un análisis de datos que den cuenta de los registros de solicitudes de asilo en nuestro país, el incremento en los flujos migratorios, el papel de nuestro territorio como lugar de tránsito de migrantes centroamericanos; para lo cual, primero se revisaron algunos antecedentes de la protección internacional en México que den cuenta de las causas actuales del incremento de la migración, así como el actual marco normativo internacional, en donde se conozcan los derechos de refugiados y migrantes, los acuerdos y pactos internacionales que permiten relaciones diplomáticas y regular el procedimiento para solicitar asilo, así como promover la cooperación entre los Estados para la protección de los derechos humanos. Esto permitirá conocer el procedimiento, regulación y cumplimiento del derecho de asilo y migración en nuestro país, finalmente, se contrastan estos datos para determinar su congruencia y, a

¹ Doctorante en Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de México.

partir de ello, establecer los retos y necesidades que permitan garantizar la protección internacional en nuestro país.

ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO

El Estado mexicano ha sido uno de los principales países en los que se generan distintas dinámicas migratorias, el territorio nacional desde sus fronteras norte y sur ha sido objeto de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, por lo cual, surge la necesidad de revisar los antecedentes que permitan la comprensión del contexto actual de este fenómeno social, así como del reconocimiento de la protección internacional en nuestro país.

Antes de la Revolución mexicana, los movimientos migratorios se generaban a partir del reclutamiento de los dueños de grandes plantaciones de algodón y azúcar en estados fronterizos de Estados Unidos, los grandes terratenientes buscaban atraer obreros mexicanos y con ello, mano de obra barata;² aunado a ello, la inestabilidad causada por la Revolución mexicana “entre 1900 y 1910 más de 1 millón de mexicanos ingresaron a Estados Unidos en busca de trabajo y huyendo de la violencia”,³ generando así la demanda de la mano de obra, motivo por el cual se solicitaron programas al gobierno para solicitar mano de obra extranjera; de esta manera, incrementó el número de migrantes indocumentados; para 1924 se creó la Patrulla Fronteriza, y en la Gran Depresión se pensó que los mexicanos despojaban de los empleos a los estadounidenses por lo que para 1929 y 1939 fueron repatriados mil inmigrantes mexicanos.⁴ En la Segunda Guerra Mundial (1939) incrementó la demanda de mano de obra mexicana en Estados Unidos, fue en 1942 que los gobiernos de México y Estados Unidos acordaron el Programa Bracero, el cual se mantuvo hasta 1964, generando aproximadamente 5 millones de trabajos temporales;⁵ en

² Cfr. Centro de Estudios Internacionales Bosques Gilberto, “México en la encrucijada: implicaciones internas e internacionales de la migración”, p. 7. Disponible en https://www.senado.gob.mx/BMO/index_htm_files/Mexico_encrucijada_distribucion.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

³ *Ibidem*, p. 7.

⁴ Cfr. *Harvard Magazine*, “Uneasy Neighbors: A Brief History of Mexican-U.S. Migration”. Disponible en <http://goo.gl/PP1zOq>, consultado el 16 de julio de 2015.

⁵ Cfr. Jorge Durand, “El Programa Bracero (1942-1964). Un balance crítico”, *Migración y Desarrollo*. Disponible en <http://goo.gl/oZzGX8>, consultado el 14 de julio de 2015.

1952, mediante la Ley de Inmigración y Nacionalidad los extranjeros que ingresaban a Estados Unidos se concibieron como “extranjeros ilegales” (*illegal aliens*);⁶ en 1986, se promulgó la Immigration Reform and Control Act (IRCA) con la cual mediante la cual se regularizó la situación de 2.3 millones de mexicanos indocumentados;⁷ en la década de los ochenta, el Gobierno mexicano tomó la iniciativa de protección de mexicanos en Estados Unidos, por lo que promovió una campaña que permitiera a sus 51 consulados otorgarles una identificación “matrícula consular”;⁸ en 1994 con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se pretendió disminuir la dinámica migratoria irregular a partir de la creación de empleos mejores pagados en sectores de exportaciones mexicanas,⁹ lo cual generó “temor de perder beneficios sociales, pues históricamente los mexicanos habían sido el grupo menos propenso a naturalizarse por cuestiones culturales”,¹⁰ ya para inicios del siglo XXI:

[...] los gobiernos de los entonces presidentes de México y Estados Unidos, Vicente Fox y George W. Bush sostuvieron reuniones de alto nivel con la finalidad de crear estrategias mutuamente aceptables para hacer frente al fenómeno migratorio. Los debates estuvieron centrados en: 1) la regularización de los migrantes mexicanos asentados en Estados Unidos; 2) el establecimiento de un programa de trabajadores temporales; 3) el fortalecimiento de la seguridad fronteriza; y, 4) el aumento del número de vistas disponibles para mexicanos.¹¹

En el gobierno de Fox se reconoció la necesidad de establecer al país como emisor, receptor, lugar de tránsito y retorno; con ello, la política se gestó a partir del concepto *responsabilidad compartida*, con lo cual, nuestro país

⁶ Centro de Estudios Internacionales Bosques Gilberto, *op. cit.*, p. 8

⁷ Joshua Linder, “The Amnesty Effect: Evidence from the 1986 Immigration Reform and Control Act”. Disponible en <https://goo.gl/osUYGE>, consultado el 14 de julio de 2015.

⁸ Véase en Kevin O’Neil, “Consular ID Cards: México and Beyond”. Disponible en <http://goo.gl/S1Nwos>, consultado el 16 de julio de 2015.

⁹ Cfr. Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, *op. cit.*, p. 8

¹⁰ Sarah Margon, “Naturalization in the United States”. Disponible en <http://goo.gl/PLkFzP>, consultado el 16 de julio de 2015.

¹¹ Francisco Alba, “México: The New Migration Narrative”. Disponible en <http://goo.gl/3Qer75>, consultado el 16 de julio de 2015.

expresaba su voluntad de cooperación proactiva,¹² posteriormente, el siguiente periodo presidencial encabezado por Felipe Calderón (2006-2012) “el tema migratorio tomó un bajo perfil en la agenda bilateral con Estados Unidos. Adicionalmente, y debido a la crisis financiera de 2007-2008 y sus consecuentes efectos negativos en la economía estadounidense, se comenzó a presentar una tendencia a la baja en el número de migrantes mexicanos”.¹³ Más adelante, en la década de los ochenta, surgió un cambio importante en los flujos migratorios desde la frontera sur de México, el incremento solicitudes de asilo de centroamericanos como producto de las guerras civiles en países como “El Salvador, Nicaragua y Guatemala, razón por la cual, las autoridades mexicanas comenzaron a tener una mayor presencia en los puntos de acceso al territorio nacional debido a un constante aumento del tránsito de migrantes centroamericanos que buscaban llegar a Estados Unidos, vía México”.¹⁴

Además, desde finales del siglo xx a la actualidad, los ferrocarriles que conectan el sur con el norte de México han sido el principal medio de transporte de migrantes centroamericanos en su paso por nuestro país; sin embargo, la vulnerabilidad a la que han estado expuestos es constante, anteriormente con los llamados “polleros”, quienes realizaban el tráfico de migrantes y actualmente por cáteles de narcotráfico y sus diferentes actividades delictivas que ponen en riesgo la integridad de las personas, así, organizaciones criminales y bandas delictivas han utilizado la “infraestructura y rutas de trasiego de estupefacientes para el traslado de migrantes, pero además incluyeron una nueva modalidad: el secuestro y la extorsión, pues cada vez es más frecuente la privación ilegal de la libertad de migrantes”.¹⁵ Derivado del incremento de los flujos migratorios de migrantes centroamericanos en su paso por México para llegar a su destino final Estados Unidos, el Gobierno mexicano implementó en sustitución de la ley de 1974 la Ley de Migración de 2011, la cual tuvo por objeto la protección de los derechos humanos de los migrantes, así

¹² Colegio de la Frontera Norte *et al.*, “Encuesta sobre migración en la frontera sur 2013”. Disponible en <http://goo.gl/qmC8HD>, consultado el 16 de julio de 2014.

¹³ Jeanne Batalova y Alicia Lee, “Frequently Requested Statistics on Immigrants and Immigration in the United States”. Disponible en <http://goo.gl/F2OXOX>, consultado el 16 de julio de 2015.

¹⁴ Institute for Migration Research and Intercultural Studies, *op. cit.*

¹⁵ Centro de Estudios Internacionales Bosques Gilberto, *op. cit.*, p. 10.

como la creación de mecanismos que permitieran la regularización de su situación migratoria, posteriormente, en el Plan Nacional de Desarrollo de 2013-2018 se adoptan medidas en materia de migración de acuerdo con y objetivos prioritarios:

- a) fomentar una cultura de la legalidad, de derechos humanos y de valoración de la migración; b) incorporar el tema migratorio en las estrategias de desarrollo regional y local; c) consolidar una gestión migratoria eficaz, fundamentada en criterios de facilitación, corresponsabilidad internacional, seguridad fronteriza y seguridad humana; d) favorecer los procesos de integración y reintegración de los migrantes y sus familiares; y, e) fortalecer el acceso a la justicia y seguridad de las personas migrantes, sus familiares y quienes defienden sus derechos.¹⁶

Si bien a lo largo de la historia se ha trabajado en materia de migración, aún existen limitantes al derecho a la libre circulación de personas, en tanto que diversas posturas, desde la concepción del Estado-nacional como base del sistema internacional, han limitado el movimiento de las personas, en nuestro país mediante la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, en la que se modificó la denominación del capítulo I, a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, se proyectó como uno de los avances jurídicos más importantes en nuestro país, elevando a nivel constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los cuales México sea parte, además de las garantías para su protección y la incorporación de la interpretación de las normas por el principio “pro persona”.¹⁷ Aunado a lo anterior, el término *persona* se establece para definir a los extranjeros y se reconoce el derecho de previa audiencia, en caso de expulsión; con lo anterior, se atribuye a las autoridades obligaciones de respeto, protección y reparación ante posibles violaciones a los derechos humanos; estos de conformidad

¹⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹⁷ El principio *pro persona* es como “[un] criterio fundamental [que] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [Así, este principio] conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción”. Véase Rodolfo E. Piza Escalante citado en Ximena Medellín Urquiaga, *Principio pro persona*, p. 17.

con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; con lo anterior, se constitucionalizó el derecho a solicitar y recibir asilo como principio normativo de la política exterior; de esta manera, el 19 de septiembre de 2016 se adoptó la *Declaración de nueva york para los refugiados y los migrantes*, con lo cual los países miembros adquirieron el compromiso por construir un Pacto Mundial para garantizar la migración segura, ordenada y regular; con ello, se deberán considerar aspectos humanitarios, de desarrollo y de derechos, con el objetivo de hacer cumplir lo planeado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.¹⁸

Con lo anterior, se pretende constituir un marco de cooperación que permita garantizar y construir mejores condiciones para las personas migrantes; para ello, cooperación internacional requiere tres tipos de compromisos: “1) entre los Estados y los migrantes, 2) entre unos Estados y otros, y 3) entre los Estados y otras partes interesadas”,¹⁹ esta relación sinérgica entre los actores del fenómeno de la migración atienden a prioridades que permitan disminuir las condiciones de riesgo ante crisis humanitarias derivadas de la migración, brindar las condiciones necesarias para garantizar una migración ordenada que fortalezca los lazos humanitarios y la capacidad de gobernanza migratoria.²⁰

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASILO Y MIGRACIÓN

Es importante hacer la diferenciación entre el asilo y el fenómeno de la migración. El primero como derecho permite que las personas puedan

¹⁸ ONU, “Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes”. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016, p. 25. Documento A/RES/71/1. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/71/1>.

¹⁹ Canales Cerón Alejandro I. y Rojas Wiesner Martha Luz, “Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica, documento elaborado en el marco de la Reunión Regional Latinoamericana y Caribeña de Expertas y Expertos en Migración Internacional preparatoria del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”, CEPAL, ONU, OIM-OIM, serie Población y Desarrollo, 2017. p. 21. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43697/1/S1800554_es.pdf, consultado el 2 de abril de 2022.

²⁰ ONU, “Informe del representante especial del secretario general sobre la migración” [Informe Sutherland]. Documento A/71/728, pp. 35-36. Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/728&referer=http://www.un.org/es/documents/index.html&Lang=S, consultado el 2 de abril de 2022.

solicitar asilo en un país distinto al que residen, y como consecuencia recibir refugio y reconocimiento de la condición de refugiado en la persona que lo solicitó; por otro lado, migración es el acto de migrar que implica el desplazamiento de las personas de un Estado a otro, este movimiento poblacional puede tener diferentes causas (que se revisarán más adelante).

Marco normativo internacional

Como se ha visto las personas en calidad de refugiados o migrantes son objeto de derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos internacionales de los cuáles los países miembros se ven en la obligación de garantizar su debido cumplimiento, así, por un lado, los que componen la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos son: la *Declaración Universal sobre los Derechos Humanos*²¹ en 1948 por la Naciones Unidas establece un Sistema universal de protección de los derechos humanos, como “estándar común de logro para todas las personas y naciones,” su contenido reconoce el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, al respecto a la vida privada y familiar, a un hogar, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión y, justamente, el derecho a dejar cualquier país y regresar a su propio país, además de que también establece prohibiciones a la esclavitud o servidumbre, a la tortura o trato inhumano o degradante o de castigo, a la retroactividad de la legislación penal; *Pacto Internacional sobre Derechos Políticos*,²² éste considera su conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas: libertad, justicia y paz, con ello, reconocen los derechos que derivan de la dignidad inherente a la persona humana; además en su artículo 12 establece que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su lugar de residencia, además de que toda persona tendrá derecho a salir

²¹ ONU, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. disponible en https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf, consultado el 13 de marzo de 2022.

²² ONU, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), Oficina del Alto comisionado, 16 de diciembre de 1996. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, consultado el 13 de marzo de 2022.

libremente de cualquier país, incluyendo el propio, refiere que también esto no podrán ser objeto de restricciones salvo las que se hallen en la ley y que éstas cumplan la función de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas o los derechos y libertades de terceros; el *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²³ (Naciones Unidas, entrada en vigor en 1976), el cual reconoce la importancia de estos derechos y establece como principios generales: igualdad y no discriminación respecto al goce de todos los derechos contenidos en este Pacto y, los Estados parte están obligados a respetar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otro lado, se encuentra la *Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares*²⁴, como parte del sistema de protección de los derechos humanos por Naciones Unidas, regula las relaciones diplomáticas entre los países, brinda oficinas consulares; determina que los consulados están obligados a brindar apoyo y protección a los migrantes (a sus nacionales en el extranjero); la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)*²⁵ adoptada en 1965 define la discriminación racial como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje y origen nacional o étnico, además condena toda forma de discriminación racial en contra de las personas; *Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer*²⁶ (CEDAW) adoptada en 1979 entiende por expresión de “discriminación contra la mujer” a toda exclusión o restricción basada en el sexo, y que tenga como efecto o propósito disminuir y nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres; la *Convención en contra de la Tortura y*

²³ ONU, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales”, Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.

²⁴ Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, Viena, 24 de abril de 1963. Disponible en http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/13_%20Convencion%20de%20Viena%20sobre%20Relaciones%20Consulares.pdf

²⁵ ONU, “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”, ratificada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.

²⁶ ONU, “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, Nueva York, 1979. Disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes,²⁷ adoptada en 1984 entiende como “tortura” a los actos por los cuales se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales con el fin de castigar, intimidar o coaccionar por cualquier razón; *Convención de Derechos del Niño*²⁸ adoptada en 1989, esta entiende por niño/niña a todo ser humano menor de dieciocho años, sin distinción alguna reconoce derechos a: un nombre, adquirir una nacionalidad, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, preservación de identidad, protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo peligroso y nocivo para su salud y desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Migrantes Trabajadores y miembros de sus familias*,²⁹ adoptada en 1990, y entró en vigor en 2003, a pesar de su importancia no ha sido ratificado por países europeos, incluso Estados Unidos, en Suramérica la única excepción es Brasil, el contenido expone los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias durante el proceso migratorio, incluyendo a los migrantes indocumentados.

Ahora bien, en materia concretamente de migración está la *Convención sobre el Estatuto de Refugiados*³⁰ adoptada en 1951 en la cual se establece el marco jurídico para la protección internacional de las personas que no pueden contar con la protección del Estado de su nacionalidad por “temor” justificado de ser perseguidos, además considera como uno de los principios fundamentales el de “no devolución”, que implica la restricción a los Estados receptores de devolver a las personas a lugares donde peligre su vida; *Protocolo sobre el estatuto de los refugiados*³¹ contiene en su artículo

²⁷ ONU, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes*, Asamblea General, resolución 19/46, 10 de diciembre de 1984. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.

²⁸ UNICEF, *Convención sobre los Derechos de los Niños*, Madrid, 2006. Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultado el 23 de marzo de 2022.

²⁹ ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Asamblea General, resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, consultado el 13 de mayo de 2022.

³⁰ ONU, *Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, Disponible en <https://acortar.link/X7f3hr>, consultado el 22 de mayo de 2022.

³¹ ONU, *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de enero de 1967.

II la cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas, con ello, los Estados Parte se ven obligados a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado para los refugiados, brindando especial ayuda en vigilar la aplicación de las disposiciones contenidas en este protocolo; *Protocolo adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*,³² adoptado en 2000, cuyo objetivo es prevenir, por un lado, y combatir el tráfico ilícito de migrantes, además busca promover entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo los derechos de los migrantes. Entiende por “tráfico ilícito de migrantes” a la facilitación de entrada ilegal de una persona a un Estado Parte del cual esta persona no sea nacional, con el objetivo de adquirir un beneficio financiero o material, la “entrada ilegal” se refiere al paso de fronteras sin antes haber cumplido los requisitos necesarios establecidos por el Estado receptor.

Por otro lado, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*,³³ también conocida como el Pacto de San José fue adoptada en 1969, este instrumento incorpora los derechos reconocidos en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, también establece principios para la promoción y protección internacional en la población americana, además, establece órganos para actuar el asuntos relacionados con su cumplimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Protocolo Adicional al Pacto de San Salvador*³⁴, adoptado en 1988 además de los principios y derechos, entre los cuales, el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, entre otros, aunado con lo anterior se establecieron mecanismos de seguimiento y monitoreo que obliga a los Estados a rendir cuentas en relación con el cumplimiento de este Protocolo; *Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*³⁵, del Sistema

³² ONU, *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, Nueva York, Estados Unidos de América, noviembre de 2000. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/migrantes/OtrasNormas/Internacional/Protocolo_CTIMITMA.pdf, consultado el 4 de marzo de 2022.

³³ ONU, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, San José, Costa Rica, noviembre 1969. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 23 de mayo de 2022.

³⁴ ONU, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador).

³⁵ ACNUR, *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Colombia, 1984. Disponible en <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2021.

Interamericano de Derechos Humanos de la OEA adoptada en 1984 contiene recomendaciones para el tratamiento humanitario y para la búsqueda de soluciones duraderas que atiendan a los problemas legales y humanitarios que afectan a los refugiados en América Central.

Marco normativo nacional

En México contamos con la Ley de Migración publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 2011, ésta establece como política migratoria de nuestro país al conjunto de decisiones estratégica cuyos objetivos se fundamentan en los principios generales y preceptos contenidos en la *Constitución* y los tratados internacionales de los que México es parte, además en su reglamento se establecen programas y acciones que permitan atender el problema migratorio atendiendo condiciones desde el país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes; los principios sobre los cuales se sustenta la política migratoria son:

- Respeto irrestricto de los derechos de los migrantes, nacionales y extranjeros.
- Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia que reclama para sus connacionales en el exterior.
- Enfoque integral acorde con la complejidad de la movilidad internacional de las personas.
- Responsabilidad compartida con los gobiernos de diversos países y entre instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio.
- Hospitalidad y solidaridad internacional con las personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente.
- Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad.
- Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, como fundamento para una gestión adecuada de la migración.
- Equidad entre nacionales y extranjeros como lo indica la

CPEUM.

- Reconocimiento a los derechos adquiridos de los migrantes.
- Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente.
- Integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes en el país con base en el multiculturalismo y la libertad de elección y el pleno respeto de las culturas y costumbres de sus comunidades de origen, siempre que no contravengan las leyes del país.
- Facilitar el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes mexicanos y sus familias, a través de programas interinstitucionales y de reforzar los vínculos entre las comunidades de origen y destino de la emigración mexicana, en provecho del bienestar familiar y del desarrollo regional y nacional.³⁶

Ahora bien, para efectos de esta ley, se hace una distinción importante en cuanto a:

Asilado: a todo extranjero que sea reconocido como tal en los términos de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político; **Migrante:** al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación. **Refugiado:** a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional y que sea reconocido como refugiado por parte de las autoridades competentes, conforme a los tratados y convenios internacionales de que es parte el Estado Mexicano y a la legislación vigente.³⁷

Si bien se trata de la movilidad de personas, es importante esta aclaración que establece las condiciones por las que surge casa supuesto para determinar la forma de intervención del gobierno mexicano y sus leyes en materia de protección internacional, cabe destacar que el derecho de asilo se solicita y con ello se adquiere la condición de asilado, o bien, refugiado en términos de las leyes mexicanas, a diferencia de la migración,

³⁶ DOF, "Ley de migración", publicada el 25 de mayo de 2011. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_200521.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

³⁷ *Idem.*

es importante destacar que quienes migran tienen un lugar de origen, uno de tránsito y finalmente su destino, en este caso, en México, como veremos más adelante funge —en ocasiones— cómo lugar de tránsito, ya que el destino, y principal atractivo para los migrantes centroamericanos es llegar a Estados Unidos para acceder a mejores condiciones de vida.

También en nuestro país, está la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político³⁸ publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2011, hace referencia al asilo político como la protección que nuestro país otorga a un extranjero considerado perseguido por motivos o delitos de carácter político o delitos del fuero común y que con ello su vida, libertad o seguridad se encuentren en peligro, la condición de refugiado es el estatus jurídico del extranjero cuando éste es reconocido con esta condición por la Secretaría de Gobernación y por ende, adquiere la protección requerida. Esta ley también cuenta con un conjunto de derechos para los refugiados reconocidos y ratificados por el Estado mexicano que implican: recibir apoyo de las instituciones públicas, en el ejercicio y respeto de sus derechos, recibir servicios de salud, educación, trabajo, documentos de identidad, entre otros. Además, tenemos el *Reglamento de la ley de migración*, el cual contiene disposiciones de orden público y su objeto es regular la política migratoria de nuestro Estado, para lo cual, se establecerán proceso de certificación y profesionalización de servidores públicos del Instituto Nacional de Migración, también de regular la situación migratoria de personas extranjeras en el territorio nacional, aunado a lo anterior

[...] este Reglamento corresponde a la Secretaría de Gobernación, al Instituto Nacional de Migración, a la Secretaría de Relaciones Exteriores y, a las demás dependencias vinculadas en materia de migración. Por lo que respecta a la política migratoria se verá reflejada en programas, proyectos y acciones específicas en términos de lo dispuesto por la Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.³⁹

³⁸ DOF, Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político, (antes Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria), publicada el 27 de enero de 2011, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP_111120.pdf

³⁹ DOF, *Reglamento de la ley de migración*, publicado el 28 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf

Así, la legislación mexicana busca adecuarse a las disposiciones internacionales y ser congruente con los tratados y convenios a los que se ha adherido, en tanto que, en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* se garantiza el derecho de las personas a solicitar y recibir asilo, además se ampliaron los fundamentos necesarios para otorgar la condición de refugiados y de establecer una política migratoria que permita a los migrantes acceder a derechos —y respectivas obligaciones— en el territorio nacional.

REVISIÓN EN DATOS SOBRE EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIADOS EN MÉXICO

En nuestro país, existen diferencias marcadas en las leyes, en materia de migración, asilo y refugio como parte de la protección internacional en México. En este sentido, la palabra *asilo*, deriva del latín *asylum* que significa 'lugar inviolable en donde no podía ejercerse la persecución',⁴⁰ es así, que este término implica la protección que un Estado acuerda a un individuo que busca refugio en su territorio o en lugar fuera de éste, por consecuencia, el derecho de asilo es aquel de un Estado de acordar protección;⁴¹ el derecho de asilo es la facultad que tiene un Estado, fundándose en razones de equidad y humanidad, de brindar amparo en sus embajadas a las personas que sufren persecución por delitos políticos.⁴²

Es probable que se generen confusiones a partir de las definiciones de asilo y refugio; por ello, resulta sumamente importante establecer sus diferencias:

⁴⁰ Cecilia Imaz, "El asilo diplomático en la política exterior de México", *Revista Mexicana de Política Exterior*, p. 53.

⁴¹ *Ibidem*, p. 54.

⁴² *Enciclopedia ilustrada Cumbre*, p. 343.

Tabla 1. Diferencias entre asilo y refugio

<i>Asilo</i>	<i>Refugio</i>
Facultad discrecional del Estado.	Derecho humano.
El asilo se otorga.	El estatuto de refugiado se reconoce
Motivos de persecución: delitos políticos o comunes con fines políticos .	Motivos amplios de persecución: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, opiniones políticas, violencia, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos, etc.
En casos de urgencia y cuando existe certeza de que el solicitante es perseguido y su vida o libertad se encuentren en peligro.	Para reconocer el estatuto de los refugiados, basta con la existencia de temores fundados de persecución
El solicitante puede o no estar en territorio del Estado asilante.	El solicitante debe encontrarse en el territorio del Estado que habría de reconocer el refugio.
En caso de asilo diplomático, al otorgarlo se debe informar al Estado territorial, para que éste emita el salvoconducto correspondiente.	Una vez presentada la solicitud de reconocimiento de refugiado, no se podrá proporcionar información al país de origen.

Elaboración propia con datos de López, 2015, p. 43.

En nuestro país, por un lado, se establece una serie de requisitos para quienes solicitan refugio, y así se les pueda reconocer esta condición⁴⁴: *a) ser extranjero, b) estar en territorio mexicano (deben estar en territorio mexicano todos los miembros de la familia que deseen solicitar refugio, la Comar no puede realizar acciones si las personas están en su país de origen), c) Manifiestar por escrito su deseo de solicitar refugio*; al ser un derecho reconocido constitucionalmente, en caso de no haber presencia de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) en las entidades federativas se puede recurrir al Instituto Nacional de Migración para presentar la solicitud, para la obtención de protección internacional en nuestro país a las personas que

⁴³ Abigayl Islas López, "Asilo y condición de refugiado en México", *Fascículo 6*. Disponible en http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPT6.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴⁴ Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, "Requisitos para solicitar Refugio en México", Secretaría de Gobernación, México, 13 de abril de 2021. Disponible en <https://www.gob.mx/comar/articulos/requisitos-para-solicitar-refugio-en-mexico?idiom=es>, consultado el 23 de mayo de 2022.

consideran que su vida está en riesgo tienen un plazo de 30 días hábiles después de su ingreso al territorio nacional para presentar su solicitud.

Por otro lado, el derecho de asilo que brinda la posibilidad de reconocimiento de la condición de refugiado lleva consigo una serie de etapas que se presentan a continuación:⁴⁵

Tabla 2. Procedimiento simplificado de asilo mexicano

Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado presentada ante la Comar o el INM dentro de los 30 días posteriores a la entrada al territorio mexicano	Admisión de la solicitud y expedición de la constancia que acredita el estatus de solicitante de la condición de refugiado	Entrevista de ilegitimidad	Decisión final	Procedimientos de apelación
<p>La excepción a esta regla se aplica únicamente en los casos en los que resulta materialmente imposible presentar la solicitud de asilo en el plazo de 30 días.</p> <p>En los estados en los que no existen oficinas de la Comar, las solicitudes de asilo deben presentarse ante el INM, que enviará la solicitud a la Comar y actuará como intermediario entre esta y el solicitante de asilo durante el procedimiento de asilo.</p>	<p>Esta constancia es el único documento que acreditará que el solicitante de asilo está siguiendo un procedimiento de asilo ante la Comar</p> <p>El INM exige esta constancia para conceder a los solicitantes de asilo la tarjeta de visitante por razones humanitarias y un número de población (CURP); de este modo, la constancia desempeña un papel fundamental para el acceso a los derechos sociales, económicos y culturales.</p>	<p>La etapa más importante del procedimiento. En la entrevista de elegibilidad se analizan los motivos por los que el solicitante de asilo abandonó su país de origen</p> <p>La decisión final se basa principalmente en el testimonio prestado por el solicitante de asilo durante esta entrevista.</p> <p>En los estados donde la Comar no tiene oficinas locales, las entrevistas se realizan por teléfono.</p>	<p>La decisión final puede tener uno de tres resultados:</p> <p>i) La persona es reconocida como refugiada en virtud de la convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 o la declaración de cartagena de 1984</p> <p>ii) La persona recibe protección complementaria debido al riesgo de sufrir tortura, trato cruel o inhumano.</p> <p>iii) No se le otorga protección internacional.</p>	<p>Si la decisión final supone la denegación de cualquier tipo de protección internacional, la persona puede elegir entre revisión ante la comar, o bien, presentar una demanda contra la Comar ante un órgano jurisdiccional federal (juicio de nulidad o juicio de amparo).</p> <p>Si una persona detenida decide no apelar la decisión de Comar es probable que sea deportada.</p>

Fuente: Ley sobre Refugiados, protección complementaria y asilo político de 2011, México.

⁴⁵ Rachel Schmidtke, "Un nuevo camino a seguir: refuerzo del contexto de protección en México", Refugees Internacional. Disponible en <https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/12/1/un-nuevo-camino-a-seguir-refuerzo-del-contexto-de-proteccion-en-mxico>, consultado el 23 de mayo de 2022.

Como se puede ver, el procedimiento en nuestro país incluye una serie de etapas establecidas en los diferentes ordenamientos jurídicos; no obstante, la Comar se ha enfrentado a problemas que surgen ante la falta de financiamiento, lo cual provoca que ante el incremento de solicitudes se acumulen aquellas sin resolver, ha sido ya en 2019 y 2020 con el aumento del presupuesto de aproximadamente 127.7% como se ha podido atender un mayor número de solicitudes, en 2021 el presupuesto se redujo en 14.3%. Ahora bien, de acuerdo con el *Anuario de Migración y Remesas en México*, en 2017, por un lado, las cifras indicaron que aproximadamente había 8,975 (43%) refugiados en nuestro país, los principales países de origen de los refugiados son: El Salvador (37.1%), Honduras (32.3%) y Venezuela (13.2%) y, por otro lado, 11,663 mexicanos en esta condición en el mundo, es decir, y (57%) los países refugio de los mexicanos son Estados Unidos (66.1%) y Canadá (33%) quedando un 0.9% en otras naciones.⁴⁶

De acuerdo con datos de la Comar,⁴⁷ ha habido un incremento importante de solicitudes de acuerdo con las diferentes delegaciones en las que hay presencia de la Comar, estos datos se muestran a continuación:

⁴⁶ Armando Reyna, "Radiografía a los refugiados en México y el mundo", BBVA. Disponible en <https://www.bbva.com/es/radiografia-a-los-refugiados-en-mexico-y-el-mundo/>, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴⁷ Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, "La Comar en números". Disponible <https://www.gob.mx/comar/articulos/requisitos-para-solicitar-refugio-en-mexico?idiom=es>, consultado el 23 de mayo de 2022.

Tabla 3. Solicitudes de refugiados por año en México (2013-2021)

*1. Solicitudes

SOLICITUDES POR DELEGACIÓN

Delegación	2019		2020		2021 Enero-junio	
	Casos	Personas	Casos	Personas	Casos	Personas
BAJA CALIFORNIA	1,117	1,393	1,397	1,795	1,316	1,823
**CDMX	8,943	12,677	5,924	7,808	4,839	6,541
CHIAPAS (TAPACHULA)	24,877	45,775	17,249	26,669	21,060	35,669
CHIAPAS (PALENQUE)	—	—	—	—	1,145	1,709
TABASCO	2,848	5,244	1,984	2,744	2,758	4,235
**VERACRUZ	3,345	5,337	1,572	2,117	1,154	1,677
TOTAL	41,130	70,426	28,126	41,133	32,272	51,654

SOLICITANTES AÑOS 2013-2021 (PERSONAS)

2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
1,296	2,137	3,423	8,796	14,619	29,583	70,426	41,133	51,654

Total de solicitantes del 2013 a 2021 233,067

Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar), Secretaría de Gobernación, 2 de agosto de 2021.

Lo anterior denota que Chiapas (Tapachula) es la entidad federativa con mayores casos de solicitudes por casos y personas, seguido de la Ciudad de México, Tabasco, Baja California, Veracruz y Chiapas (Palenque), también se puede notar el incremento de solicitudes por años, y fue en 2019 el año que se ha registrado un mayor número de solicitudes en nuestro país, a pesar de la disminución en 2020 para lo que va de 2021, hay un incremento importante respecto del año anterior. Ahora bien, de acuerdo con la información proporcionada por la Comar, los países de origen de solicitantes en nuestro país han ido variando en los últimos tres años, de tal manera que, mientras en 2019 los primeros tres países correspondían a Honduras, El Salvador y Cuba, para 2020 siguen siendo Honduras, Haití y de nuevo Cuba, para 2021 Honduras se mantiene constante con el mayor número de solicitudes, seguido de Haití y Cuba, en términos generales, como se

puede apreciar, los solicitantes de asilo en nuestro país son provenientes de países de América Latina mayormente.

Tabla 4. Solicitudes de refugiados por nacionalidad en México (2019-2021)

***SOLICITANTES × NACIONALIDAD 2019, 2020 Y 2021 (PERSONAS)

TOP 10	NACIONALIDAD	2019 PERSONAS	TOP 10	NACIONALIDAD	2020 PERSONAS	TOP 10	NACIONALIDAD	2021 PERSONAS
1	Honduras	30,117	1	Honduras	15,450	1	Honduras	22,826
2	El Salvador	9,043	2	Haití	5,948	2	Haití	9,327
3	Cuba	8,688	3	Cuba	5,748	3	Cuba	5,147
4	Venezuela	7,636	4	El Salvador	4,045	4	El Salvador	3,745
5	Haití	5,539	5	Venezuela	3,267	5	Venezuela	2,945
6	Guatemala	3,784	6	Guatemala	3,004	6	Guatemala	2,561
7	Nicaragua	2,233	7	Chile	802	7	Nicaragua	1,331
8	Colombia	559	8	Nicaragua	800	8	Chile	1,006
9	Brasil	554	9	Colombia	497	9	Brasil	667
10	Camerún	512	10	Brasil	367	10	Colombia	549
	Otros países	1,771		Otros países	1,205		Otros países	1,550
Total		70,426	Total		41,133	Total		51,654

Fuente: Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar), Secretaría de Gobernación, 2 de agosto de 2021.

Si bien, nuestro país se ha declarado promotor de la protección internacional cabe destacar que sus decisiones políticas no son totalmente autónomas e independientes, dada la relación y cercanía con Estados Unidos, en 2019 —año que se tuvo mayor número de solicitudes— éste amenazó con imponer aranceles del 5% en todas las importaciones sino se implementaban medidas para contener los flujos migratorios —como parte de las caravanas migrantes— en las fronteras, tras estas amenazas ambos gobiernos firmaron acuerdos migratorios que modificarían las estrategias en materia de migración, así, el gobierno mexicano desplegó

elementos de la Guardia Nacional a sus fronteras norte y sur, posterior al acuerdo, el Instituto Nacional de Migración (INM) realizó la detención de 30 mil migrantes, considerada una de las cifras más altas en los últimos años, además estos controles promovieron que ante la falta de respuesta del gobierno de Estados Unidos a las peticiones de asilo optaran por solicitarlo en México en la frontera norte, o bien, quienes en su tránsito por nuestro país tenían como objetivo llegar a Estados Unidos solicitaban su asilo en la frontera sur para garantizar su tránsito por México, la causa del incremento evidente en 2019 de solicitudes de asilo de debió justamente a la aplicación de medidas restrictivas en las políticas de asilo y migración estadounidenses. Actualmente, el sistema de protección internacional en México puede verse afectado por el financiamiento, lo que repercute en gastos de personal que impiden el funcionamiento adecuado para atender las solicitudes, aunado a ello, también en el aspecto migratoria la pandemia por Covid-19 ha tenido efectos, la restricción en la movilidad de las personas ha sido un impedimento para el acceso de asilo mexicano, a pesar de la llegada a México de miles de centroamericanos por la frontera sur, ésta fue disuelta por la fuerza pública en respuesta a la presión de Estados Unidos y la pandemia.

Ahora bien, para abordar las diferentes problemáticas en relación con el proceso para solicitar asilo en nuestro país, es importante considerar la infraestructura con la que se cuenta, por lo que respecta al INM, éste tiene oficinas en las 32 entidades federativas de nuestro país, entre sus funciones recibe las solicitudes para adquirir la condición de refugiados y son atendidas en Estados en los que la Comar no tiene presencia, sin embargo, de acuerdo con datos proporcionados por Rachel Schmidtke en Refugees Internacional, el INM ha tenido sospechas de corrupción, tanto que 2020, 1,040 funcionarios fueron despedidos por conductas ajenas a las facultadas en el ejercicio de sus funciones, particularmente por obligar a los migrantes a pagar cantidades económicas por concepto de realización de su trámite, también el INM, por un lado, ha sido criticado por prohibir el acceso a organizaciones de la sociedad civil en estaciones migratorias; este Instituto no cuenta con mecanismos de supervisión que brinden seguridad, transparencia y rendición de cuentas, lo cual, pone en duda su adecuado funcionamiento. Por otro lado, ante la detención de migrantes en estaciones migratorias y su inmediata deportación, esto les impide la oportunidad de solicitar su condición de refugiado; o bien,

los migrantes no reciben información suficiente en cuando a sus derechos al ser detenidos por personal del INM, los periodos prolongados que lleva el trámite y la determinación de su situación provocan su retorno voluntario a su lugar de origen.

Por su parte, la Comar como institución receptora de las solicitudes de asilo y encargada de llevar a cabo el procedimiento para determinar la condición de refugiados, contaba sólo con cuatro oficinas en todo el país y recientemente se han incorporado instalaciones en Monterrey, Tijuana y Palenque, por lo cual, su presencia es limitada en nuestro país, así como la prestación de sus servicios, por lo que respecta a sus funciones particulares, no cuenta con controles adecuados en el procedimiento de solicitud de asilo;

en estados en los que no hay presencia de la Comar, un funcionario de esta institución realizará por teléfono la entrevista de elegibilidad para determinar si se cumplen los elementos de la definición de refugiado para el reconocimiento de esta condición [...] *Refugees International* habló con varias organizaciones que representan a solicitantes de asilo que señalaron que no existen protocolos oficiales para realizar entrevistas telefónicas, por lo que hay escasos controles o directrices sobre cómo se desarrollarán estas entrevistas.⁴⁸

Aunado con lo anterior, el rezago de solicitudes como consecuencia del aumento de éstas, las limitaciones financieras y los trámites burocráticos han dejado un gran número de solicitudes en espera de una resolución, “según las estimaciones, en enero de este año, 63,860 personas esperaban una decisión sobre su solicitud de asilo en México y más de 6,000 llevaban más de un año esperando. En junio de 2020 se acumularon 35,468 solicitudes, lo que representa una gran reducción y una mejora que *Refugees International* acoge con satisfacción”,⁴⁹ finalmente, el exceso de tiempo que tardan las instituciones en resolver las solicitudes deja en estado de vulnerabilidad a los solicitantes de asilo, su condición los expone a la deportación, o bien, su espera obstaculiza el acceso a derechos y necesidades básicas como, salud, empleo, educación.

⁴⁸ Rachel Schmidtke, *op. cit.*

⁴⁹ *Idem.*

MIGRANTES CENTROAMERICANOS Y SU PASO POR FRONTERAS MEXICANAS

Por lo que respecta al fenómeno de la migración concretamente, emigrar o migrar implica el acto de salir de un Estado con el objetivo de asentarse en otro, los motivos por los cuales se toma esta decisión varían significativamente, van desde mejorar las condiciones de vida, cuestiones laborales o académicas, entre otras, o bien, razones que tienen que ver con el temor por su seguridad, integridad o libertad, por considerarse víctima de la violencia generalizada o derivada de algún conflicto armado, entre otros. El derecho de migrar —como se revisó— está contenido en diversos instrumentos nacionales e internacionales, en los que se reconoce el derecho a salir de un estado y la posibilidad de desplazarse y circular libremente a otro país; sin embargo, los Estados puedan establecer sus mecanismos y regulación de la admisión de extranjeros a su territorio, así como los requisitos que éstos deben cumplir; la migración puede ser de varios tipos como se muestra a continuación:

- Migración forzada: Es el desplazamiento que se ocasiona por la amenaza a la vida, la seguridad o la libertad o por situaciones que ponen en peligro la subsistencia. En esta migración se incluyen los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados por desastres naturales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.
- Migración voluntaria: La migración voluntaria por oposición se refiere a aquella que no resulta a partir de una situación forzosa. Se suele incluir en esta definición a los migrantes que se trasladan en busca de mejores condiciones de vida por oportunidades laborales o de estudio o para reencontrarse con a sus familias.
- Migración permanente: Es aquella en la cual no se conoce previamente la duración de la estadía.
- Migración temporal: Es aquella que se produce por un tiempo determinado que ya se conoce de antemano. Puede ser corto, de algunos meses, o de años, como el caso de la realización de estudios en el exterior.⁵⁰

⁵⁰ Organización Internacional para las Migraciones, *Manual regional. Derechos humanos de*

En este sentido, la clasificación de la migración deriva de lo que la motiva, y el objetivo de ésta conlleva una serie de etapas que inician a partir del acto de salir de un lugar de origen para trasladarse y asentarse en otro. El tránsito implica el camino por recorrer hacia el país de destino, el ingreso al país de destino se lleva a cabo cuando el migrante entra al país en calidad de extranjero y, finalmente, el retorno implica el acto de regresar al país de origen, esto puede ser voluntario o forzoso⁵¹, y es en todo este proceso en donde los migrantes se encuentran en una condición de vulnerabilidad; por tanto, ellos tienen derechos universalmente reconocidos, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por ello, es obligación de los Estados contar con instrumentos y mecanismos que permitan garantizar estos derechos humanos. Ahora bien, ante el rechazo de las autoridades migratorias al ingreso de una persona que no cumpla con los requisitos solicitados, ésta debe estar justificada debidamente y conforme a lo establecido en las leyes, además la no admisión no implica la imposibilidad de ingresar nuevamente y volver a realizar la solicitud una vez que se recaben los requisitos establecidos.

Dadas las condiciones geográficas de nuestro país, la cercanía con Estados Unidos (EE. UU.) en la frontera norte hace que éste sea el país de tránsito requerido para quienes desean llegar a ese territorio como destino final. En este sentido, es mayormente la población centroamericana, quien transita por nuestro país en busca de mejores condiciones de vida, los flujos migratorios en la frontera sur de migrantes centroamericanos en tránsito han sido constantes desde años atrás; sin embargo, las rutas migratorias son objeto de la actividad criminal y ponen en estado de vulnerabilidad a los migrantes, en su lucha por conseguir mejores oportunidades y de huir de la violencia generalizada en sus países, los migrantes centroamericanos en los últimos años han conformado las llamadas “caravanas migrantes”, cuyo objetivo es transitar por México y llegar a Estados Unidos en donde solicitarán asilo. Las caravanas migrantes son una modalidad de migración que se caracterizan por realizarse en vía terrestre y en grupos significativos de personas, a pesar de que éstas se han realizado con anterioridad han sido relevantes a partir de

personas migrantes, p. 20. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2021.

⁵¹ *Ibidem*, p. 21.

octubre de 2018 por su frecuencia, para su realización se convoca a través de medios digitales y se invita a la gente a movilizarse con el objetivo de llegar a Estados Unidos, pues la migración masiva en caravana implica mayor protección a quienes forman parte de ella, debido al gran número de personas se reduce su exposición a ser objeto de delitos y abusos, además se considera que los costos se reducen, dado que no hay necesidad de pagar algún traficante para cruzar las fronteras. Estas caravanas están conformadas principalmente por hombres adultos y en menor proporción mujeres niños y niñas.⁵² Sin embargo, muchos de estos sueños son obstaculizados por las políticas de migración establecidas en los gobiernos de México y Estados Unidos, la problemática que se genera a partir de la falta de atención en el problema de la migración promueve hacia éstos reiteradas violaciones a sus derechos humanos y la falta de compromiso de los gobiernos los ponen una condición de vulnerabilidad, actualmente en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2024, si bien existe un discurso protector para los migrantes, surge también una contradicción entre la seguridad nacional y la seguridad humana en materia de asilo y refugio. En este sentido la protección y garantía de los derechos humanos se presenta como uno de los mayores desafíos para los gobiernos, los cuales permitirían garantizar una migración segura ordenada y regular, aunado con lo anterior, la preocupación por la inclusión y cohesión social como necesidad de la aplicación de la política integral migratoria que efectivamente adhiera y fomente una cultura positiva hacia los migrantes, ya que éstos en su tránsito por nuestro país son objeto de discriminación incluyendo el racismo, la xenofobia y otras formas de rechazo, las actitudes discriminatorias hacia los migrantes se manifiestan mediante actitudes hostiles, expresiones discriminatorias, expresiones xenofobias que afectan la integridad, la dignidad humana de los migrantes; otro de los riesgos a los que se enfrentan los migrantes centroamericanos en su tránsito por México es la exposición a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, siendo estas actividades delictivas que ocasionan graves violaciones a los derechos humanos.

⁵² ONU Migración. “Movimientos migratorios masivos en el norte de Centroamérica”. Disponible en <https://rosanjose.iom.int/site/es/caravanas-migrantes>, consultado el 22 de mayo de 2022.

En 2019 Estados Unidos y México firmaron un acuerdo migratorio que provocó una de las más recientes crisis humanitarias en las fronteras norte y sur de México, este país se comprometió a desplegar a los miembros de la Guardia Nacional a las fronteras con el objetivo de contener los flujos migratorios que se dirigían hacia Estados Unidos. Esto produjo que miles de personas solicitantes de asilo tuvieran que esperar por largos periodos en las zonas fronterizas mexicanas a la espera de una resolución. Desde la llegada del presidente John Biden a Estados Unidos su gobierno se ha comprometido a establecer acuerdos entre México, Honduras y Guatemala con el objetivo de reforzar las fronteras y poner frenos a los flujos migratorios; consideran que no sólo se evitará que los traficantes y carteles aprovechen de los niños, sino también se garantizará su protección, además se considera que el trabajo en conjunto sobre las causas principales de la migración deben ser atendidas por los Estados centroamericanos en conjunto con México y Estados Unidos.

NECESIDADES Y RETOS PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO

Como se ha visto, existe un amplio conjunto de instrumentos que sirven de sustento para la protección internacional en México; asimismo, se cuenta con instituciones, mecanismos y procedimientos, y acciones que pretenden garantizar la protección por los derechos humanos de los migrantes. Dada la ubicación geográfica de México con respecto a Estados Unidos y por ser un lugar de tránsito el cual sirve de paso necesario para los migrantes centroamericanos que desean llegar a Estados Unidos, se requiere tener bien estructurados y cimentados los procedimientos para los solicitantes de derecho de asilo en nuestro país, porque a pesar de lo existente, el problema persiste y las violaciones a los derechos humanos de los migrantes son evidentes y reiteradas. por tal razón México al ser un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes tiene la necesidad de establecer estrategias y programas acordes al principio de gobernanza de las migraciones, así como congruencia entre su política integral migratoria y la realidad social actual, y este sentido, los retos actuales para el Gobierno de México se centran en tres puntos estratégicos que permitirían por un lado, garantizar el derecho de asilo y protección internacional en nuestro país, y por otro lado, promover la protección

de los derechos humanos de los migrantes como grupo vulnerable: es necesario la implementación de mecanismos externos de supervisión del funcionamiento del Instituto Nacional de Migración, así como obligatoriedad en la rendición de cuentas y transparencia de las funciones y acciones empleadas, además de promover la cultura de la información otorgada a los migrantes con el objetivo de explicarles y darles a conocer el procedimiento de solicitud, así como de sus derechos con el objetivo de evitar arbitrariedades y omisiones por falta de conocimiento. Aunado con esto, se debe asegurar el correcto entendimiento de estas disposiciones e incluso de ser necesario traducir a los idiomas hablados por los migrantes. Además, por un lado, este Instituto requiere garantizar el acceso a la tarjeta de visitante por razones humanitarias aquellos que cumplan con los criterios establecidos por la normatividad mexicana y sus procedimientos hacerlo en medida de lo posible más prácticos con el objetivo de garantizar el acceso a servicios básicos y satisfacer la necesidad de protección internacional y asistencia humanitaria. Además dada la falta de presencia de la comarca en todo el territorio nacional es importante permitir su presencia en los puntos estratégicos como lo son las fronteras, y también permitir a las organizaciones de la sociedad civil que puedan acceder a los centros de detención y ofrecer sus servicios de asesoría y representación a los migrantes para reducir su condición de vulnerabilidad ante el desconocimiento de los procesos y leyes mexicanas; por otro lado, la Comarca requiere mejorar sus condiciones socioeconómicas, trabajar en coordinación y en conjunto con las áreas estratégicas que presentan mayores flujos migratorios, establecer en el proceso de solicitud claridad en cada una de las etapas y ser congruente con las normas recomendadas por ACNUR en particular, en lo que respecta a las entrevistas de elegibilidad, sabemos que vivimos en medio de una pandemia que nos impide tener contacto físico, pero dadas las estrategias de higiene y prevención, lo ideal es que éstas se realicen de forma personal con el objetivo de que el entrevistador pueda rescatar los detalles necesarios del solicitante y, por tanto, emitir una resolución justa. También se debe considerar de manera importante el papel de las organizaciones de la sociedad civil para promover capacitaciones periódicas que actualicen los procedimientos de solicitudes y brindan información clara y pertinente a los migrantes en relación con el acceso a su derecho de asilo; también es

importante considerar las políticas empleadas.⁵³ Finalmente, otro aspecto no menos importante y de suma relevancia es asegurar la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en estaciones migratorias, de acuerdo con la UNICEF se puede implementar un modelo de opciones de cuidado alternativo para este grupo de personas, los cuales implican la implementación de albergues a puertas abiertas y departamentos especializados y acogimiento familiar,⁵⁴ el trabajo en conjunto de las instituciones y la población hacen más ameno el tránsito de migrantes en su paso por nuestro país, las acciones implementadas deben promover una cultura de paz y respeto a los derechos humanos de los migrantes, la creación de redes como espacio de intercambio de experiencias en materia de migración serían una buena alternativa que coadyuve a establecer estrategias de interacción cultural y de garantía de la protección internacional en México.

CONCLUSIONES

La protección internacional en México surge a partir de la necesidad de regular los movimientos migratorios, entre sus causas nos encontramos con aspectos económicos y geográficos por la cercanía que hay entre México y Estados Unidos, se cuenta con un marco normativo nacional e internacional bastante amplio y abundante que reconoce derechos humanos de los migrantes, sin embargo, a pesar de este amplio reconocimiento, en la realidad resultan insuficientes para atender las demandas sociales derivadas del incremento de solicitudes de asilo y refugio en nuestro país, así como de los flujos migratorios producidos por las caravanas migrantes centroamericanas, por lo cual, es sumamente importante pasar del acto discursivo a la materialización y eficacia de las acciones implementadas por las instituciones encargadas de llevar a cabo los procedimientos de solicitudes, es decir, crear instrumentos más eficientes en materia de

⁵³ Rachel Schmidtke, *op. cit.*

⁵⁴ UNICEF México. “Migración de niñas, niños y adolescentes, Los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes viajan con ellos y deben ser respetados”. Disponible en <https://www.unicef.org/mexico/migración-de-niñas-niños-y-adolescentes>, consultado el 23 de junio de 2022.

protección internacional y destinar los recursos pertinentes para cumplir y satisfacer las metas establecidas por los planes de desarrollo.

FUENTES DE CONSULTA

- ACNUR, Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Colombia, 1984. Disponible en <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- Alba, Francisco, "México: The New Migration Narrative", Washington, D. C., Migration Policy Institute, 21 de abril de 2013. Disponible en <http://goo.gl/3Qer75>, consultado el 16 de julio de 2015.
- Batalova, Jeanne y Alicia Lee, "Frequently Requested Statistics on Immigrants and Immigration in the United States", Washington, D. C., Migration Policy Institute. Disponible en <http://goo.gl/F2OXOX>, consultado el 21 de marzo de 2012.
- Canales Cerón, Alejandro I. y Martha Luz Rojas Wiesner, "Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica". Documento elaborado en el marco de la Reunión Regional Latinoamericana y Caribeña de Expertas y Expertos en Migración Internacional preparatoria del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular", CEPAL, ONU, OIM-OIM, serie Población y Desarrollo, 2017. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43697/1/S1800554_es.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.
- Centro de Estudios Internacionales Bosques Gilberto, "México en la encrucijada: implicaciones internas e internacionales de la migración", Centro de Estudios Internacionales, Senado de la República LXIII Legislatura, noviembre 2015, serie Documentos de Análisis. Disponible en https://www.senado.gob.mx/BMO/index_htm_files/Mexico_encrucijada_distribucion.pdf, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Colegio de la Frontera Norte *et. al.*, "Encuesta sobre migración en la frontera sur 2013", México, 2013. Disponible en en: <http://goo.gl/qmC8HD>, consultado el 16 de julio de 2014.

- Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, “Requisitos para solicitar Refugio en México”, Secretaría de Gobernación, México. Disponible en <https://www.gob.mx/comar/articulos/requisitos-para-solicitar-refugio-en-mexico?idiom=es>, consultado el 13 de abril de 2021.
- Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. “La Comar en números”, Secretaría de Gobernación, México. Disponible en <https://www.gob.mx/comar/articulos/requisitos-para-solicitar-refugio-en-mexico?idiom=>, consultado el 2 de agosto de 2021.
- Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares*, Viena, 24 de abril de 1963. Disponible en http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/13_%20Convencion%20de%20Viena%20sobre%20Relaciones%20Consulares.pdf, consultado el 23 de mayo de 2021.
- Durand, Jorge. “El Programa Bracero (1942-1964). Un balance crítico”, *Migración y Desarrollo*, 2007. Disponible en <http://goo.gl/oZzGX8>, consultado el 14 de julio de 2015.
- Enciclopedia ilustrada Cumbre*. México, Cumbre. 1976.
- Harvard Magazine*, “Uneasy Neighbors: A Brief History of Mexican-U.S. Migration”, 2007. Disponible en <http://goo.gl/PP1zOq>, consultado el 16 de julio de 2015.
- Imaz, Cecilia. “El asilo diplomático en la política exterior de México”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, 1993.
- Islas López, Abigayl. *Asilo y condición de refugiado en México*, fascículo 6, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015. Disponible en http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPT6.pdf, consultado el 23 de mayo de 2021.
- Linder, Joshua. “The Amnesty Effect: Evidence from the 1986 Immigration Reform and Control Act”, *The Public Purpose*, Washington, American University, 2011. Consultado el 14 de julio de 2015 en: <https://goo.gl/osUYGF>
- ONU, Organización de Naciones Unidas. *Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files//doc/Programas/migrantes/OtrasNormas/Internacional/Convencion_ER.pdf, consultado el 23 de abril de 2022.
- ONU, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos*, San José, Costa Rica, noviembre 1969. Diponible

- en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_norte_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes*, Asamblea General, resolución 19/46, 10 de diciembre de 1984. Disponible <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, ratificada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>, consultado el 23 de abril de 2022.
- ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Asamblea General, resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Nueva York, 1979. Disponible en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. P. 25. Documento A/RES/71/1. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/71/1>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf, consultado el 23 de mayo de 2021.
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), Oficina del Alto comisionado, 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales*, Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.

- Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cesca.aspx>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Protocolo Contra el Trafico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, Nueva York, Estados Unidos de América, noviembre de 2000. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files//doc/Programas/migrantes/OtrasNormas/Internacional/Protocolo_CTIMTMA.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU, *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de enero de 1967. Disponible en <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Migración [Informe Sutherland]*. Documento A/71/728, Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/728&referer=http://www.un.org/es/documents/index.html&Lang=S, consultado el 22 de mayo de 2022.
- ONU, ‘Movimientos migratorios masivos en el norte de Centroamérica’. octubre 13, 2018. Disponible en <https://rosanjose.iom.int/site/es/caravanas-migrantes>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- OIM, Organización Internacional para las Migraciones, *Manual regional. Derechos humanos de personas migrantes*, Argentina. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>, p. 20, consultado el 23 de mayo de 2022.
- O’Neil, Kevin. “Consular ID Cards: México and Beyond”, Washington, D. C., Migration Policy Institute, 1 de abril de 2003. Disponible en <http://goo.gl/S1Nwos>, consultado el 16 de julio de 2015.
- Piza Escalante, Rodolfo E. *Principio pro persona*, en citado en Ximena Medellín Urquiaga, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal/OACDH, 2013.

- Reyna, Armando. "Radiografía a los refugiados en México y el mundo", Disponible en <https://www.bbva.com/es/radiografia-a-los-refugiados-en-mexico-y-el-mundo/>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Sarah Margon. "Naturalization in the United States", Washington, D. C., Migration Policy Institute, 1 de mayo de 2004. Consultado el 16 de julio de 2015 de: <http://goo.gl/PLkFzP>
- Schmidtke, Rachel. "Un nuevo camino a seguir: refuerzo del contexto de protección en México". Refugees Internacional, 2020. Disponible en <https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/12/1/un-nuevo-camino-a-seguir-refuerzo-del-contexto-de-proteccion-en-mexico.>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Segob, Secretaría de Gobernación. "Ley de migración", *Diario Oficial de la Federación*, publicada el 25 de mayo de 2011. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_200521.pdf, consultada el 23 de mayo de 2022.
- Segob, "Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político", (antes "Ley sobre refugiados y protección complementaria"), publicada el 27 de enero de 2011. disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP_111120.pdf, consultada el 24 de mayo de 2022.
- Segob, *Reglamento de la ley de migración*, publicado el 28 de septiembre de 2012. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf, consultada el 24 de mayo de 2022.
- UNICEF, United Nations International Children's Emergency Fund, "Convención sobre los Derechos de los Niños", Madrid, 2006. Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- UNICEF México. Migración de niñas, niños y adolescentes. Los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes viajan con ellos y deben ser respetados. Disponible en <https://www.unicef.org/mexico/migración-de-niñas-niños-y-adolescentes>, consultado el 22 de abril de 2022.

IV

La protección internacional de refugiados y migrantes en España: una perspectiva desde los territorios nacionales extrapeninsulares

Jorge Agustín Viguri Cordero¹

INTRODUCCIÓN

Tras la grave crisis de refugiados que estalló en Europa en 2015, el número de llegadas de solicitantes de protección internacional en España lleva sufriendo un crecimiento exponencial en estos últimos tiempos.² Si bien, fue a partir de 2017 cuando se abrió un escenario inédito en España, pues a partir de ese año se alcanzaron cifras mucho mayores de solicitudes de protección internacional, duplicándose en comparación con los datos del año anterior con más de 30 mil solicitudes y casi triplicándose si tenemos

¹ Profesor ayudante doctor de Derecho constitucional de la Universitat Jaume I de Castellón.

² Solicitantes de protección internacional son todos aquellos que pueden ser beneficiarios de asilo o protección subsidiaria en aquellos supuestos en los que las autoridades apreciasen la existencia de motivos fundados para creer que el regreso a su país de origen supondría un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en la ley, pese a no reunir los requisitos para su reconocimiento como personas refugiadas según la Convención de Ginebra de 1951. (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su resolución 429 V, del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189, p. 137).

en cuenta las más de 55 mil en 2018. De hecho, estas cifras fueron récord en 2019, con casi 120 mil solicitudes dentro de las fronteras españolas.³

Estos datos han situado a España reiteradamente entre las primeras posiciones de llegada a Europa por número de solicitudes en los últimos años,⁴ lo que lleva a preguntarnos si realmente este país está inmerso en una grave crisis migratoria y de asilo o si, por el contrario, se trata simplemente de un alto número de llegadas a nuestras fronteras. Lo que no hay duda es que estos repentes no se equiparan a una situación de crisis migratoria⁵ por cuanto no sigue los mismos patrones de comportamiento que aquellos que tuvieron que soportar los estados de primera línea o entrada de nacionales de terceros países que huían de conflictos bélicos en terceros estados —principalmente, Siria, Afganistán o Irak— durante la crisis de 2015 y 2016 y que azotó en buena medida a Grecia e Italia.

España, indiscutiblemente, se ha convertido en la ruta principal para la entrada de migrantes y refugiados en Europa durante los últimos años, lo cual ha provocado serias carencias de recursos humanos y administrativos necesarios para gestionar el volumen de solicitudes de protección internacional y atender satisfactoriamente las condiciones de acogidas que se precisan. Ello, pese a beneficiarse de un total de 779 millones de euros provenientes tanto del Fondo de Asilo, Migración e Integración

³ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa, p. 60. Disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME_CEAR_2019.pdf, consultado el 23 de junio de 2019.

⁴ Conforme a los datos de la Oficina Europea de Estadística (Eurostat), Alemania alcanza la primera posición con 102,500 solicitantes registrados en 2020, 24,6% de todos los solicitantes por primera vez en la UE. Le siguieron España (86 400, o el 20.7%), Francia (81,800 o el 19.6%), por delante de Grecia (37,900, o el 9.1%) e Italia (21,200, o el 5.1%). Eurostat, número de solicitantes de asilo por primera vez (ciudadanos de fuera de la UE), 2019 y 2020. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Main_countries_of_destination:_Germany.2C_Spain_and_France, consultado el 23 de junio de 2019.

⁵ De hecho, el informe anual del Consejo de Seguridad Nacional español no considera que tales repentes comprometan la seguridad nacional. Ello, sin perjuicio de que el incremento de solicitudes de protección internacional haya obligado a reforzar el sistema nacional de asilo, multiplicando casi por cinco el número de expedientes elevados a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio durante 2019 con respecto a los que se resolvieron en 2018. Consejo de Seguridad Nacional, Informe Anual de Seguridad Nacional de 2019, marzo 2020, p. 166; *Idem*, Informe Anual de Seguridad Nacional de 2018, marzo 2019, p. 126.

(FAMI) como del Fondo de Seguridad Interior (FSI), en este caso, con 325.9 millones desde 2015 hasta octubre de 2019.⁶

El incremento en nuestro país no sólo representa el mayor número de migrantes de la última década, sino que evidencia una de las tasas de reconocimiento del derecho de asilo y protección subsidiaria más bajas de toda Europa, de tan solo 9% —solamente superado por Hungría con una cifra alarmantemente baja que llega a 6%—.⁷ Efectivamente, en España, la gran mayoría de nacionales venezolanos no entran dentro de la definición de refugiado ni protección subsidiaria, motivo por el que sus solicitudes de asilo han sido, mayormente, rechazadas —93.9% en 2018—. La mayor parte de ellos huyen de una profunda crisis política y económica, razón por la que España ha previsto alternativas para garantizar su residencia legal, en efecto, a través de la concesión de permisos de residencia temporales por razones humanitarias tras la denegación de sus solicitudes de protección internacional.⁸

Sin embargo, lo verdaderamente alarmante estriba en las dificultades que experimenta el sistema nacional de asilo para afrontar esta gran magnitud de peticiones de protección internacional y, correlativamente, proporcionar las pertinentes condiciones de acogida. Como destacó el Defensor del Pueblo (DP) en sus informes de 2018 y 2019, alrededor de 120,000 solicitudes de protección internacional se encuentran todavía pendientes de resolución por parte de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR),

⁶ Comisión Europea, *Managing Migration EU Financial Support to Spain*, octubre de 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2019-10/201910_managing-migration-eu-financial-support-to-spain_en.pdf, consultado el 23 de octubre de 2019.

⁷ A modo de ejemplo, en Alemania 38%, Grecia o Luxemburgo 52%. Incluso Italia dobla a las cifras de España (18%). Eurostat, *Asylum quarterly report*, septiembre de 2020. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report, consultado el 23 de octubre de 2019.

⁸ Tal y como consta en el informe de AIDA de 5 de marzo de 2019, la concesión por parte de las autoridades españolas de permisos de residencia “por razones humanitarias de protección internacional” a nacionales venezolanos, cuyas solicitudes de asilo han sido mayormente rechazadas de plano entre enero de 2014 y marzo de 2020. *Asylum Information Database (AIDA). Asylum Country Report: Spain, 2019*, p. 15. Disponible en https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_es_2019update.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022. Para un análisis sobre el derecho a la protección subsidiaria de los venezolanos que arriban a España y la “quasi” automática concesión de autorización de residencia temporal por razones humanitarias, remitimos al estudio de J. A. Olivo Valverde, “La autorización de residencia temporal por razones humanitarias como protección internacional subsidiaria. Referencia jurisprudencial al caso de Venezuela”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, pp. 149-192.

a la par que más de 64,000 migrantes fueron interceptados intentando acceder de manera irregular a España.⁹ Una cifra de grandes magnitudes que igualmente ha sido reflejada por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en su informe de 2020¹⁰ y que parece justificarse por los medios materiales y humanos insuficientes para garantizar la tramitación de un procedimiento de asilo con todas las garantías constitucionales y legales.

En esta misma línea, la recomendación de 29 de mayo de 2017 del DP, formulada ante la Dirección General de Política Interior determinó que se carecía de un protocolo para actuar en casos de sujetos especialmente vulnerables como los menores no acompañados y recomendó adoptar las medidas eficaces para garantizar que estos pudieran formalizar sus respectivas solicitudes de protección internacional.¹¹ Asimismo, el informe del DP de 2019 constató serias dificultades para la presentación telemática de las solicitudes de becas de carácter general por parte de personas en proceso de protección internacional,¹² advirtiendo de las deficitarias condiciones de las salas de asilo y los rechazos del puesto fronterizo del Aeropuerto de Madrid.¹³

Al margen de estas peculiaridades, estos datos no han podido resultar más desfavorables en su cómputo total. La manifiesta incapacidad de la OAR para tramitar y resolver en el plazo dispuesto en el art. 24.3 de la Ley Española de Asilo y de la Protección Subsidiaria (en adelante, LAPS)¹⁴ —esto

⁹ El número de solicitudes de protección internacional registrado en España durante 2019 volvió a batir récords, duplicando las solicitudes recibidas en 2018, por cuanto más de 118,200 personas formularon su solicitud en 2019, frente a las 54,000 que lo hicieron el año anterior, o las 4,502 que lo hicieron en 2013. Defensor del Pueblo, *Informe anual 2019*, vol. I, Informe de gestión, Madrid, 2020, pp. 235 y ss.; *idem*, *Informe anual 2018*, vol. I, Informe de gestión, Madrid, 2019, pp. 199 y ss.

¹⁰ Como señala el Informe del 2020, “es fundamental evitar que, tras la finalización del estado de alarma, se produzcan dilaciones excesivas tanto en la formalización de la solicitud como en su instrucción y resolución. Además, es urgente concluir los más de 100 000 expedientes pendientes”. CEAR, Informe 2020. Las personas refugiadas en España y Europa, p. 152.

¹¹ Defensor del Pueblo, Informe anual 2017 y debates en las Cortes Generales, vol. I.1, Informe de gestión, Madrid, 2018, p. 241.

¹² Defensor del Pueblo, *Informe anual 2019...*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

¹³ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2019...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

¹⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pp. 90860 a 90884.

es, hasta un máximo de seis meses—,¹⁵ un elevado número solicitudes de protección internacional requiere de efectivas reformas que reviertan este contexto. Éstas fueron iniciadas en 2016, cuando el Ministerio del Interior reforzó la OAR mediante la incorporación de un total de 94 nuevos efectivos temporales para la realización de labores de apoyo a la instrucción y ulterior tramitación de expedientes de protección internacional. Una medida nacional acaecida en un momento sumamente pertinente, habida cuenta de que el incremento exponencial de solicitudes de protección internacional exigía una plantilla más numerosa.

Asimismo, sus medios materiales se encontraban desactualizados y anticuados,¹⁶ acrecentando la patente falta de eficiencia en la tramitación de los expedientes de protección internacional. Sobre el particular, el DP se pronunció en el estudio *El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, recomendando la mejora de la gestión en la tramitación de estos procedimientos.¹⁷ Estas recomendaciones fueron finalmente tomadas en consideración por parte del ejecutivo socialista, que aprobó, mediante el Decreto Ley 6/2018, una oferta extraordinaria de empleo público de esta oficina compuesta por un total de 231 plazas permanentes.¹⁸

En el presente, estas plazas han sido, en buena medida, cubiertas. Un incremento de personal y de medios materiales que se encuentra en la senda de colmar las profundas deficiencias que experimentaba esta oficina entre los años 2014-2017 y que fueron parcialmente revertidas en

¹⁵ El artículo 24.3 LAPS regula lo siguiente: “Transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya notificado la correspondiente resolución, la misma podrá entenderse desestimada [...]”. Sin perjuicio de que la Administración resuelva expresamente aún fuera de plazo de conformidad con el art. 19.7 LAPS informando debidamente a la persona interesada del motivo de la demora.

¹⁶ En este sentido, el Ministerio del Interior subrayó que los sistemas informáticos llevaban sin renovarse desde 2006, agravándose por la razón de que la OAR ha contado con un total de 60 plazas desde su creación en 1992. Gobierno de España, Ministerio del Interior (sala de prensa). Las responsables de la Oficina de Asilo y Refugio presentan al Defensor del Pueblo las medidas puestas en marcha para acelerar la resolución de solicitudes, 30 de noviembre de 2018. Disponible en http://www.interior.gob.es/ca/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9639817, consultado el 23 de mayo de 2022.

¹⁷ Defensor del Pueblo, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, junio de 2016. Recomendación núm. 11.

¹⁸ Véase Real Decreto-ley 6/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en la atención a asilados y refugiados. BOE 184, de 31 de julio de 2018, pp. 76876 a 76878.

2020, cuando logró duplicar las resoluciones de protección internacional frente a las de 2019. Un récord histórico que ha permitido confirmar la tendencia de los últimos dos años.

Todas estas cifras nos llevan a acometer un análisis sobre la falta de efectividad del sistema de asilo español en puntos geográficos concretos, en específico, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y en las Islas Canarias. Emplazamientos que, pese a que llevan experimentando un alto número de solicitudes de protección internacional en los últimos años, ha sido durante el último lustro cuando se ha producido un aumento considerable de llegadas de forma irregular por vía marítima en Ceuta y Melilla (fronteras terrestres) y las islas Canarias (fronteras marítimas). Estos acontecimientos nos llevan a abordar en este trabajo la crítica situación que llevan experimentando en los últimos años estas fronteras nacionales, las persistentes trabas a las que se ven supeditados los solicitantes de protección internacional y la necesidad de perentoria reforma del ordenamiento jurídico español en materia de asilo y protección subsidiaria.

LOS PUESTOS FRONTERIZOS TERRESTRES MÁS AFECTADOS EN ESPAÑA: LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA

La magnitud de las llegadas de solicitantes de protección internacional a los distintos países europeos y, en concreto en España, exige analizar en primer término aquellos procedimientos fronterizos dentro de nuestros límites interiores que se han visto más afectados, concretamente, los relativos a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Estos emplazamientos se encuentran geográficamente en territorio africano, una posición vulnerable que ha motivado *per se* repuntes continuados de movimientos migratorios. Esta situación respondió durante 2017 y 2019 no sólo al contexto político que experimentan distintos países subsaharianos, sino también a las actuaciones que están llevando a cabo las autoridades marroquíes, concretamente, el desmantelamiento de los campamentos de los migrantes subsaharianos en Marruecos.¹⁹ De hecho,

¹⁹ Como recuerda la CEAR en in informe de 2018, este desmantelamiento supuso “el factor de empuje para que más personas migrantes y refugiadas hayan intentado cruzar el

ello generó un efecto rebote en las fronteras de Ceuta y Melilla y propició que muchos de los migrantes continuaran su viaje por medios poco seguros como las rutas marítimas en patera o incluso a nado o intentarían saltar las vallas que limitan Ceuta y Melilla con el país africano.

Además, no debe obviarse que las Oficinas de Protección Internacional (OPI) en estos emplazamientos fueron creadas en 2014 y, aunque la apertura formal de la OPI adscrita a Melilla estuvo plenamente operativa en marzo de 2015, la Oficina del Tarajal en Ceuta se dilató considerablemente, esto es, hasta el 1 de septiembre de 2019. Esta situación ha motivado, en buena medida, que el número de solicitudes de protección internacional en estos puntos fronterizos haya sido particularmente bajo —o prácticamente nulo en el caso de Ceuta—.

Es más, en sintonía con estos datos, conviene tener presente las conocidas como “devoluciones en caliente”, migrantes que han sido, por lo general, devueltos sin ningún tipo de identificación ni valoración individualizada sobre todas aquellas circunstancias personales específicas —entre todos éstos, se les imposibilitaba *de facto* a acceder eficazmente al procedimiento de protección internacional en nuestro país—. ²⁰ Unas prácticas que, recientemente, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró no contrarias al artículo 4 del Protocolo número 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ²¹ y los artículos 13 y 4 de la CEDH ²²

Estrecho en lo que va de año. Otro factor que pueden contribuir a este aumento de llegadas está relacionado con que la Gendarmería marroquí esté destinando menos efectivos al control de fronteras y más a controlar las protestas en la región del Rif, escenario de continuas manifestaciones contra el gobierno que ha iniciado una feroz represión contra la sociedad civil, deteniendo y encarcelando a manifestantes”. CEAR, *Refugiados y migrantes en España: Los muros invisibles tras la frontera sur*, p. 5.

²⁰ Recuérdese que no fue hasta 2017, cuando el ejecutivo español de Mariano Rajoy publicó por primera vez cifras concretas sobre el número de nacionales de terceros países que han sido devueltos bajo la modalidad “en caliente”. Un total de 607 rechazos de inmigrantes en frontera durante 2017, una cifra que continuó aumentando con el gobierno socialista en 2018 en 51 (a finales del 2020, todavía no se han hecho públicos el número del pasado 2019).

²¹ Protocolo número 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio. Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.

²² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (entrada en vigor en 1953).

en su sentencia ND y NT.²³ Por lo tanto, pese a considerar que España ostentaba jurisdicción sobre tales actuaciones dentro de sus fronteras, la Gran Sala determinó que las expulsiones en cuestión constituían una modalidad de expulsión que carecían de “carácter colectivo”.

No obstante, a nuestro juicio, conviene apuntar que este pronunciamiento ha supuesto una restricción muy considerable del nivel de protección de las garantías procesales en virtud del artículo 4 del Protocolo 4, agregando así una nueva cláusula de exclusión que pone el foco de atención en la conducta individual del solicitante.²⁴ Ello, pese a que la Gran Sala consideró que la prohibición de la devolución no se transgredía si el Estado procedía a la expulsión de manera simultánea y forzosa de estos extranjeros basándose en sus propias conductas ilícitas o reprobables.

Una interpretación más que cuestionable si tenemos en cuenta que los jueces no llevaron a cabo una evaluación exhaustiva de los medios de acceso legal presentados por España existían en el momento material de los hechos —recordemos que estos acaecieron en 2014 cuando todavía no estaban operativas las Oficinas de Asilo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla—, sino que tampoco se centraron en determinar si los demandantes habían tenido una oportunidad real y efectiva de emplear tales vías de entrada.

²³ STJUE ND y NT c. España, de 13 de febrero de 2020 (asuntos núm. 8675/15 y 8697/15). Para un análisis sobre este pronunciamiento del TEDH, remitimos a Francisco Javier Matia Portilla “La interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su repercusión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXX, núm. 277, mayo-agosto 2020, pp. 664 y ss.; Javier de Lucas Martín, “El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia ‘N.D. y N.T. contra España’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 27, 2020, pp. 84-96; J. A. Viguri Cordero, “Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 16 y ss.; M.C. Burgos Goye, “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 53, 2020, pp. 63-84; Margarita Martínez Escamilla, “Devoluciones en caliente”, *Rescoldos. Revista de Diálogo Social*, núm. 41, 2020, p. 16; M. D. Requena de Torre, “Las expulsiones colectivas de los migrantes irregulares: el giro de Estrasburgo”, en J. P. Porrás Ramírez (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 323-351.

²⁴ Para un análisis exhaustivo sobre las cláusulas de exclusión en el estatuto de asilo y protección subsidiaria, remitimos al capítulo 3º de mi obra monográfica. J. Viguri Cordero, *Seguridad y protección de datos en el sistema europeo común de asilo*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 127-188.

En última instancia, la citada sentencia no arrojó luces sobre la interpretación y aplicación del mencionado artículo 4 del Protocolo 4 en el contexto de la entrada no autorizada en territorio español. Es más, posteriormente, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final primera de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC) que agregaba una disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Régimen especial de Ceuta y Melilla) en los términos que siguen:

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.

Así, el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia núm. 13/2021, de 28 de enero de 2021²⁵ recordó en su fundamento jurídico 8º c) que ésta debe interpretarse mediante la aplicación de un examen individualizado, sujeto a control judicial en todo caso y en claro cumplimiento de todas las obligaciones internacionales.²⁶ Un pronunciamiento trascendental por cuanto motiva la constitucionalidad de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en el hecho que esta no exceptiona el régimen jurídico previsto en la LAPS.

Es más, se limita a señalar el lugar donde han de formalizarse las solicitudes —esto es, puestos fronterizos de Ceuta y Melilla— y que

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 172/2020, del 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015 (Referencia ECLI:ES:TC:2020:172).

²⁶ Véase igualmente el FJ 2 e) de la STC núm. 13/2021, de 28 de enero de 2021. (Referencia ECLI:ES:TC:2021:13).

los medios que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por parte del Estado español de sus obligaciones internacionales. Ahora bien, nada menciona el fallo analizado sobre el preciso momento en el que se produjeron tales acontecimientos y que, como hemos destacado con anterioridad, no sólo se acababan de inaugurar los puestos fronterizos, sino que había un gran escepticismo sobre ellos —principalmente, ante las persistentes dilaciones y los escasos medios materiales y humanos en las oficinas que generaba, con cierta asiduidad, un colapso insostenible—.

Además, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón ya había formulado con anterioridad un voto particular contra la STC núm. 172/2020,²⁷ en el que consideraba que las devoluciones en frontera suponían una criminalización del migrante irregular por lo que, consecuentemente, “la sentencia le impide, *de facto*, defender ninguno de los derechos humanos de que es titular (disposición final primera LOPSC)” (apartado 3º). Por ello, la constitucionalidad de tal disposición resulta inconciliable con la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, resultando igualmente contraria con el fin de la LOPSC, que debe centrarse en asegurar que la garantía la convivencia pacífica no se materialice menoscabando el ejercicio efectivo de los derechos que pueden afectar a tal convivencia.

Adicionalmente, a estas devoluciones en caliente, las distintas categorías de nacionales de terceros países —incluyendo a los solicitantes de protección internacional— también han visto restringida su libertad de circulación. Una limitación amparada en el artículo 19.1 LAPS y el artículo 11 del Reglamento de Asilo 203/1995,²⁸ preceptos que simplemente disponen

²⁷ Para acceder directamente al voto particular, véase el enlace directo: http://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_108/2015-2896VPS.pdf

²⁸ Precisamente, uno de los aspectos más criticables de la legislación de asilo y protección subsidiaria en España radica en la carencia de desarrollo reglamentario de la LAPS. Una previsión que se encuentra prevista en la Disposición Final Tercera de la citada Ley, por la que se autorizaba al ejecutivo a desarrollar reglamentariamente “cuantas disposiciones de carácter reglamentario exija el desarrollo de la presente Ley” en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LAPS a finales del año 2009. Sin embargo, esta dilación en el tiempo durante más de una década ha supuesto que el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, correspondiente a la anterior reforma legislativa del sistema de asilo, se encuentre todavía vigente. Para un estudio sobre los efectos jurídicos que ha supuesto la carencia de desarrollo reglamentario de la LAPS, véase: I. García Vitoria, “Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes”, *Anuario*

que la solicitud de protección internacional supone la autorización de permanencia provisional en España, sin prever expresamente la libertad de circulación y, por tanto, la posibilidad de trasladarse libremente a territorio nacional peninsular. Ello a pesar de que, en el preciso momento de admisión a trámite de la solicitud de protección internacional, estos se encuentran en una situación administrativa de regularidad y, consecuentemente, deben disfrutar del derecho a la libre circulación. Así queda reconocido tácitamente en el propio artículo 18.2 d) LAPS y de manera expresa en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Extranjería (LAEX),²⁹ que dispone lo siguiente:

1. Los extranjeros que se hallen en España [...] tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas [...] excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Es más, esta limitación a la libertad de circulación del artículo 19 de la *Constitución Española* (CE) vulnera el mandato constitucional del artículo 13.1 por imperativo del 10.2 CE, que dispone lo siguiente:

[...] las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado de libertad que reconocen los arts.

CIDOB de la inmigración 2018, pp. 118 y ss.; J. A. Montilla Martos, I. García Vitoria, J. L. Rodríguez Candela, "Política y normativa española sobre inmigración y asilo". ¿Bajo perfil o inacción?", *Anuario de la inmigración en España 2017, 2018*, pp. 110 y ss.

²⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12/01/2000.

12 y 13 del pacto internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado y las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable.³⁰

Unas restricciones que, incluso, fueron adoptadas tras las generalizadas resoluciones judiciales por parte de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ). En este sentido, el TSJ de Andalucía reconocía en uno de sus primeros pronunciamientos que este derecho se encontraba condicionado por el deber de notificar el domicilio exacto y actualizado en los supuestos en los que había sido admitida a trámite la correspondiente solicitud de asilo —por lo que se trataba de un derecho definitivo una vez se obtiene la condición de asilado—.³¹ Asimismo, declaró nulas las medidas de retención en Ceuta de las personas solicitantes de asilo admitidas a trámite.³²

Acto seguido, esta firme apuesta por garantizar la libertad de circulación fue seguida por el TSJ de Madrid, que iba anulando —prácticamente de manera automática— las resoluciones en vía administrativa del Comisario General de Fronteras, reconociendo que no existía impedimento alguno para que un solicitante de asilo con documentación en vigor pudiera trasladarse libremente a territorio peninsular.³³ En particular, la STJ núm. 9/2018, de 17 de enero de 2019 recogió en el fundamento jurídico 4º los efectos de la admisión a trámite, esto es, “[...] que dicha persona no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud (art. 19.1), quedando el interesado obligado a comunicar su cambio de domicilio [18.2.d)], lo que implica que está facultado para realizar dicho cambio” y la segunda; que “[...] tal situación de regularidad en territorio español permitía su traslado [...] desde Ceuta a la Península [...]”.

³⁰ SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4º.

³¹ STSJA núm. 1177/2010, de 25 octubre de 2010, FJ 4º.

³² STSJA, núm. 437/2010, de 28 de octubre del 2010; STSJA núm. 525/2010, de 10 de febrero del 2011; STJA núm. 527/2010, de 13 de enero de 2011.

³³ Tan es así que establece una clara diferenciación entre la simple aplicación de controles de identidad a los que podían verse sometidos desde Ceuta o Melilla a la península de cualquier otra limitación de derechos de mayor entidad, como la libertad de circulación por la totalidad del territorio español. SSTSM núm. 490/2015, de 11 de mayo de 2015; núm. 667/2017, de 29 septiembre de 2017; STSJ de Madrid, 817/2018, de 20 de octubre de 2018; STSJ de Madrid, 841/2018, de 5 de noviembre de 2018.

Consecuentemente, se produjo un criterio manifiestamente contrario entre las resoluciones Comisaría General de Fronteras de Ceuta y Melilla³⁴ y los sendos pronunciamientos judiciales, los cuales reiteraban la inexistencia de impedimento alguno para proceder al traslado de los solicitantes al territorio español peninsular.

También la CEAR alertaba en su informe 2018 los criterios discriminatorios que se estaban adoptando en relación con los traslados a la Península³⁵ y del nulo impacto que habían tenido las sentencias y las recomendaciones del DP. Igualmente, recordó que “la Comisaría General de Extranjería y Fronteras mantenía su criterio de restringir la libertad de circulación a solicitantes de asilo presentes en las ciudades autónomas, aunque sus solicitudes hubieran sido admitidas a trámite”.³⁶

Por fortuna, esta palmaria falta de seguridad jurídica fue solventada recientemente con por el Tribunal Supremo (TS) en sus sentencias 1130/2020 y 1128/2020, ambas de 29 de julio, y 173/2021, de 10 de febrero de 2021 que confirieron el derecho al solicitante de asilo a cambiar libremente de residencia legal en el momento en el que su solicitud fuera admitida a examen, pues éste se encontraba plenamente sujeto al procedimiento de protección internacional y, consecuentemente, no podía ser devuelto³⁷ en aplicación del principio vertebrador de *non refoulement* del artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados de 1951.

³⁴ Éstas se encuentran reguladas en el artículo 4.2 del Reglamento de la LOEX y en la orden INT/558/2019, de 16 de mayo de 2019, que describe en su anexo IV la estructura orgánica y funciones actualizadas de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía, en el que se relacionan los puestos fronterizos y sus correspondientes puertos en Ceuta y Melilla, todos ellos gestionados por la policía nacional y adscritos a las comisarías sitas en estas ciudades. La orden INT/558/2019, de 16 de mayo, por la que se modifica la orden INT/28/2013, de 18 de enero, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y periféricos de la Dirección General de la Policía. Publicado en el BOE de 23 de mayo de 2019, núm. 123.

³⁵ CEAR, *Informe 2018*: Las personas refugiadas en España y Europa, pp. 82 y 136.

³⁶ *Idem*, p. 84.

³⁷ Como dispone el FJ 1.º en su párrafo primero: “La decisión de la Sala de Instancia se funda en considerar [...] que el hecho de que al interesado se le hubiera admitido a trámite su petición de protección internacional, siendo documentado a esos efectos, comporta el efecto directo de que no puede ser objeto de retorno, devolución o expulsión en tanto no se resuelva su solicitud, con la obligación, por su parte, de comunicar su domicilio y el cambio del mismo, lo cual comporta el derecho al cambio de domicilio” (STS núm. 1130/2020, de 29 de julio de 2020).

Más allá de los aspectos formales en los que se basa la citada sentencia, consideramos que esta garantía de libre circulación radica igualmente en otras razones de especial complejidad que deben ponerse de manifiesto. En primer lugar, la excesiva dilación en la resolución de los procedimientos de protección internacional implicaría una restricción indiscriminada de un derecho fundamental a expensas del procedimiento, aspecto intolerable en cualquier estado democrático. En segundo lugar, la permanencia de los solicitantes de protección internacional en los puestos fronterizos señalados no resulta plenamente acompañada con los medios humanos de acogida y materiales acordes a sus necesidades específicas.

En tercer lugar, debe destacarse los perjuicios que ha supuesto para aquellos sujetos especialmente vulnerables y, más especialmente, en lo que afecta a mujeres embarazadas, menores, víctimas de trata o personas lesbianas, gais, trans, bisexuales, intersexuales y más (LGTB+), entre otros su permanencia generalizada en estos Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI).

Sin embargo, esta libertad de circulación se ha visto eclipsada por actuaciones consistentes en la solicitud prácticamente automática con la intrínseca intención de exigir el traslado desde estos puestos fronterizos a la península. Prácticas —en muchos casos, fraudulentas— que se han producido con asiduidad en tiempos de pandemia, cuando se ejecutaban un alto número de traslados para evitar el colapso de las oficinas de asilo.

En consecuencia, aunque la libre circulación es un derecho que no puede limitarse generalizadamente para lograr una igualdad efectiva entre solicitantes de protección internacional con independencia del lugar de procedencia y de llegada, deben contemplarse mecanismos eficaces contra actuaciones en fraude de ley. Precisamente, la STS 3410/2019, de 29 de octubre de 2019³⁸ abordaba la creciente problemática de las acciones, equiparables a un ejercicio antisocial de este derecho y su inexorable paralización por cuanto perjudican gravemente aquellos procedimientos de protección internacional que exigen la tramitación urgente de las solicitudes. El TS sienta de esta manera una jurisprudencia muy garantista en virtud de la aplicación de un criterio por el que cualquier solicitante de protección internacional que se encuentre fuera de la península y

³⁸ STS 3410/2019, de 29 de octubre de 2019 (núm. recurso 1059/2018).

cuya solicitud haya sido admitida a examen, puede viajar libremente por la España peninsular.

Para finalizar, resulta trascendental para la institución del derecho de asilo y de la protección subsidiaria conocer cómo ha afectado la crisis migratoria sin precedentes que se ha producido en estas ciudades autónomas. Los días 20 y 21 de mayo de 2021, alrededor de 8,000 inmigrantes en su mayoría marroquíes, pero también subsaharianos, entraron a Ceuta, un altísimo volumen de entradas jamás experimentado en un espacio tan reducido de tiempo. De entre todas ellas, más de la mitad fueron devueltas a Marruecos —sin conocer públicamente la modalidad y condiciones de los retornos—, mientras que otra parte lograron entrar en territorio nacional.³⁹

La cuestión conflictiva parte de que muchos migrantes solicitaron asilo en la frontera de Ceuta, un hecho que parece responder mayormente a la intención de no ser devueltos a Marruecos y permanecer en centros de acogida durante la sustanciación de su solicitud. Así, aunque las autoridades españolas han concedido protección internacional en casos muy puntuales vinculados, principalmente, a situaciones probadas de persecución por razones de orientación sexual o identidad de género por parte de algún activista del Movimiento Popular del Rif,⁴⁰ resulta sumamente complejo determinar con la suficiente exhaustividad y en un intervalo breve si un solicitante resulta merecedor o no de tal protección.

El futuro resulta esperanzador en virtud del Reglamento 2019/818, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la

³⁹ Esta acción pareció responder a la pasividad de la gendarmería marroquí con motivo de la acogida de Brahim Gali, líder del Frente Polisario y presidente de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) al que España ayudó permitiéndole la entrada por motivos sanitarios. Si bien, el desencadenante principal radicó en el reconocimiento del expresidente de Estados Unidos Donald Trump de la soberanía marroquí sobre el territorio del Sáhara Occidental en diciembre de 2020, lo que motivó que el ejecutivo marroquí presionara a España y a la UE reclamando su soberanía sobre este territorio. Para un análisis sobre la situación del Sáhara Occidental, véase: <https://blog.realinstitutoelcano.org/sahara-occidental-quiero-y-no-puedo/>.

⁴⁰ Este Movimiento Hirak del Rif ha constituido una protesta popular que acació en el norte de Marruecos, en la región del Rif, tras trágica muerte de Fikri el 28 de octubre de 2016, momento de inflexión a partir del cual comenzó a emerger un movimiento de protesta dentro y fuera de Marruecos por motivos socioeconómicos y políticos. Sobre este movimiento, proponemos la lectura siguiente: <https://www.coursehero.com/file/85298051/La-socializacion-politica-transmediterrpdf>.

interoperabilidad entre los distintos sistemas de información de la UE. Un reglamento comunitario que prevé un intercambio de información eficaz entre multitud de bases de datos comunitarias, incluyendo la relativa a la Dactiloscopia Europea (Eurodac), especializada en la toma de datos biométricos de solicitantes de protección internacional y otras categorías de migrantes. Aun con todo, este intercambio de información todavía no supone una realidad plena, pues se encuentra supeditado a la futura reforma del Reglamento Eurodac.⁴¹

LOS PUESTOS FRONTERIZOS MARÍTIMOS RECIENTEMENTE AFECTADOS: LA CRÍTICA SITUACIÓN DE LAS ISLAS CANARIAS

Por lo que se refiere a las Islas Canarias, aunque previamente al decreto de la alerta sanitaria, esta ruta de llegada a territorio español ya experimentaba el mayor crecimiento regular de llegada de migrantes irregulares por mar, aumentaron considerablemente tras la irrupción de la crisis de la Covid-19. De hecho, gran parte de los esfuerzos de los líderes europeos, incluido el ejecutivo español, se centraron en dar respuestas a esta emergencia sanitaria lo que supuso, en palabras de García Mahamut, una carencia estructural de “orientación eficiente, rápida, eficaz y solidaria

⁴¹ El 4 de mayo de 2016, la Comisión adoptó una propuesta refundida de Eurodac en el marco de la revisión de los instrumentos jurídicos que conforman el SECA (Propuesta de Reglamento relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) núm. 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida] y de la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación ilegal, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, COM/2016/0272 final- 2016/0132).

Por su parte, el 23 de septiembre de 2020, la Comisión propuso nuevas modificaciones a esta propuesta en el marco del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Una propuesta modificada que incluye varias enmiendas a las funcionalidades de Eurodac no sólo en el marco del SECA, sino en el control y contención de la migración en virtud de su función de interoperabilidad. (Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23.9.2020. COM(2020) 609 final, pp. 10 y ss.).

de la UE ante emergencias de dimensiones colosales”.⁴² Un hecho que no sólo radicó en las restricciones fronterizas de Marruecos y Mauritania, sino que, como se hizo eco la CEAR, los intereses económicos de las mafias de tráfico de personas jugaron un papel crucial.

Ahora bien, esta ruta de tránsito de nacionales de terceros países ha estado marcada por distintas particularidades. La primera de ellas radicó en un hecho inverso consistente en que a medida que las llegadas por vía marítima en el Mediterráneo se reducían, se experimentaba un incremento sustancial a las Islas Canarias.⁴³ Además, esta vía de llegada que ha contado con casos de considerable gravedad, por ejemplo, a finales de 2019, más de 60 migrantes fallecieron en aguas de Mauritania a bordo de una patera que había partido desde Gambia hacia —muy probablemente— las Islas Canarias. Sucesos que volvieron a producirse en 2020,⁴⁴ sin obviar los rescates próximos a estas costas que se han llevado a cabo de forma reiterada en los últimos tiempos.⁴⁵ A la peligrosidad de esta ruta atlántica, también se le han adicionado políticas restrictivas centradas en la contención de personas migrantes en territorios de las Islas Canarias. Una decisión estratégica que ha tenido una finalidad claramente disuasoria centrada en la deportación de amplias categorías de migrantes.⁴⁶

⁴² R., García Mahamut, “El sistema de protección internacional en España: estado de la cuestión”, en J. P. Porras Ramírez (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 374.

⁴³ Como reza el citado informe: “[...] se han mantenido las salidas desde la zona mauritana de Nouadhibou, con cayucos principalmente ocupados por hombres jóvenes de origen subsahariano, y las pateras procedentes de la zona de Dhakla [...]; las embarcaciones que llegan parecen contar con más pasajeros que en épocas anteriores, lo que hace pensar en la voluntad de rentabilizar los viajes de las redes de traficantes. Algunas detenciones de estas personas se han dado en Mauritania durante el confinamiento, pero no parecen haber acabado con este negocio inhumano”. CEAR, *Informe. Situación de las personas en necesidad de protección internacional ante la Covid-19, 2020*, p. 38.

⁴⁴ Como reconoce la Organización Internacional de Migración, entre 1 de enero y el 7 de abril de 2020 se registraron 48 fallecimientos en la ruta atlántica hacia Canarias. Disponible en <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>, consultado el 22 de mayo de 2022.

⁴⁵ Para conocer los datos estadísticos de tales rescates, remitimos a la página web de la OIM: <https://missingmigrants.iom.int/region/africa>

⁴⁶ Así lo recoge la CEAR en el Informe. Migración en Canarias, la emergencia previsible, cuando destacaba que la falta de coordinación y de previsión unido a la inexistencia de una estructura de acogida sólida supuso el fracaso de la gestión migratoria en el archipiélago, hacia una “crisis institucional por falta de respuesta, en una crisis humanitaria y una creciente tensión social en el archipiélago”. CEAR, *Informe. Migración en Canarias, la emergencia previsible, 1 de marzo de 2021*, p. 27. Disponible en <https://www.>

En este punto, conviene prestar atención a las distintas categorías de nacionales de terceros países que comúnmente han empleado estas rutas marítimas. Por un lado, el grupo más numeroso lo conforman migrantes económicos, aunque también se han contabilizado, entre éstos, genuinos migrantes en clara necesidad de recibir protección internacional. En términos absolutos, sólo en 2020, llegaron más de 20 000 inmigrantes procedentes de África, 10 veces más que en 2019⁴⁷ si bien, se formalizaron un número particularmente bajo de demandas de protección internacional, un total de 3,984. Unos datos que permiten situar a las Islas Canarias como la quinta comunidad española en número de solicitudes de asilo durante 2020.⁴⁸

Estas cifras, por bajas que parezcan, ha exigido un despliegue efectivo de medios materiales y personales para tramitar eficazmente las solicitudes de protección internacional e incrementar, paulatinamente, las garantías en la protección efectiva de los solicitantes de asilo o protección subsidiaria. En este contexto, merece traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) PPU-Ministerio Fiscal, de 25 de junio de 2020, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas)⁴⁹ y reconoció de manera pionera al juez instructor la competencia para conocer y, en su caso, conceder protección internacional.

La relevancia de esta sentencia parte del hecho de que ante esta autoridad judicial se insta el internamiento de un nacional de un tercer país que debe ser devuelto cuando se encuentra en situación irregular. Por lo tanto, ésta se circunscribe dentro del precepto “otras autoridades” previstas en el artículo 6.1 de la Directiva de Procedimientos y, en efecto, supone que el juez instructor no sólo ostenta la competencia de informar

cear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-CEAR_CANARIAS.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴⁷ Ministerio del Interior, Inmigración irregular 2020. Datos acumulados del 1 enero al 15 diciembre, p. 5. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Informe+Quincenal+sobre+Inmigraci%C3%B3n+Irregular+-+Datos+acumulados+desde+el+1+de+enero+al+15+de+diciembre+de+2020.pdf/3097430a-b493-44a5-88fb-fb9746b3b049>, consultado el 24 de mayo de 2022.

⁴⁸ Las primeras posiciones las ocupan: Madrid con 33,871 solicitudes, seguida de Cataluña, con 9,614, Andalucía, con 9,254, y la Comunidad Valenciana, con 9,060. Véase: <https://www.cear.es/concede-5-solicitudes-de-asilo/>.

⁴⁹ STJUE PPU (Ministerio Fiscal), de 25 de junio de 2020. Asunto C-36/20 PPU.

a estos nacionales de terceros países sobre los requisitos para presentar solicitudes de asilo o protección subsidiaria, sino que cuando pretenda formalizarla como tal, deberá dar traslado del expediente a la autoridad competente para registrar su solicitud para garantizar el despliegue de las condiciones materiales de acogida y de la atención sanitaria que precisan.

Este pronunciamiento ha supuesto una promoción directa hacia un acceso más eficaz al procedimiento de protección internacional, reduciendo considerablemente las posibilidades de que un migrante ingrese en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) y sea ulteriormente expulsado del país en los supuestos en los que no se le conceda el oportuno estatuto jurídico. De hecho, como recuerda el DP en su último informe, “esta resolución reviste particular importancia para las autorizaciones judiciales de internamiento en CIE, ya que interpreta los artículos 26 de la Directiva 2013/32 y 8 de la Directiva 2013/33 en el sentido de que un nacional de un tercer país en situación irregular que ha manifestado su voluntad de solicitar protección internacional ante el juez de instrucción, no puede ser internado por un motivo distinto de los contemplados en el artículo 8, inciso 3, de la citada Directiva 2013/33”.⁵⁰

Es más, tal fue la relevancia de la citada STJUE, que 31 migrantes subsaharianos para los que se solicitaba el ingreso en el CIE de Santa Cruz de Tenerife fueron puestos en libertad y enviados a plazas de acogida humanitaria en régimen abierto tras solicitar efectivamente protección internacional. En este sentido, debe recordarse que la permanencia en un CIE también permite solicitar protección internacional al amparo del artículo 25.2 LAPS de forma que, habida cuenta que el internamiento restringe o limita la libertad de circulación, el artículo 21 de la LAPS exige su tramitación urgente, siguiendo los trámites de las solicitudes presentadas en los puestos fronterizos con una particularidad, esto es, la notificación de la resolución a la persona interesada en el plazo máximo de tan sólo cuatro días desde su presentación.

El conflicto estructural parte de que, con independencia de la reducción considerable de los plazos, la convivencia de estos solicitantes de protección internacional con otras categorías de sujetos irregulares en estos centros puede llegar a estigmatizar y criminalizar a este colectivo, induciendo a un alto grado de confusión con otras categorías de migrantes

⁵⁰ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2020*, vol. I. *Informe de gestión*, Madrid, 2020, p. 238.

e impidiendo consecuentemente su exhaustiva identificación y efectiva protección jurídica.⁵¹ Por lo tanto, y sin perjuicio de las reformas que requiere el ordenamiento jurídico español a la luz de la aprobación de la tercera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA),⁵² lo cierto es que las autoridades judiciales, a raíz del mencionado pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, consolidan la capacidad de conocer protección internacional a los migrantes que así lo solicitan, reduciendo los efectos desventajosos anteriormente descritos.

No cabe obviar que, en diciembre de 2020, el DP reanudó su viaje a Canarias con objeto de evaluar la situación de los solicitantes de asilo y los menores migrantes en Canarias y formuló sus primeras resoluciones. Por un lado, recomendó al Ministerio del Interior la clausura inmediata del muelle del puerto de Arguineguín en Gran Canaria tras haberse detectado carencias sustanciales que afectaban a la salud, integridad física y también a los derechos y garantías jurídicas de las cerca de 2,000 personas que permanecían en estas instalaciones. Por otro lado, instó a promover la coordinación de todas las administraciones competentes para adoptar todas aquellas medidas necesarias para aislar a los migrantes irregulares que resultaban contagiadas por Covid-19.⁵³ De hecho, Amnistía Internacional mostró su preocupación sobre las “malas condiciones de acogida” en los centros de emergencias en los que han permanecido migrantes y solicitantes de protección internacional, poniendo el foco de atención en aquellos emplazados en Tenerife y Fuerteventura.⁵⁴ Estas deficitarias condiciones

⁵¹ Sobre los efectos de este incumplimiento, remitimos a J. A. Viguri Cordero, “Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico”, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

⁵² Comisión Europea, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa”, 6 de abril de 2016. com (2016) 197 final. Para un análisis sobre las distintas propuestas de la tercera fase del SECA y la necesidad de reforma de la SECA, remitimos a los siguientes estudios: J. A. Viguri Cordero, “El derecho a la protección internacional en España: hacia una necesaria reforma legal”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 77, 2021, pp. 41-72; M. L. Martínez Alarcón, *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1-327.

⁵³ Europapress, “El Defensor del Pueblo viaja Canarias para entrevistarse con las autoridades competentes en migración”, 16 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-defensor-pueblo-viaja-canarias-entrevistarse-autoridades-competentes-migracion-20201216120544.html>, consultado el 22 de junio de 2022.

⁵⁴ Amnistía Internacional. “Islas Canarias: Conclusiones preliminares sobre la situación de

motivaron el fuerte rechazo de un amplio conjunto de migrantes a entrar en los campamentos de acogida que, en su lugar, decidieron permanecer malviviendo en distintos puntos de las Islas Canarias buscándose la vida para comer escondidos de la policía y de otras amenazas manifestadas en forma de violencia.

CONCLUSIONES

Finalmente, en aras de poner de relieve la situación actual que experimentan las Islas Canarias, debe advertirse de las persistentes restricciones a la libertad de circulación de aquellos migrantes que, una vez han solicitado protección internacional, permanecen en territorio insular. Al igual que lo acontecido en los últimos años en Ceuta y Melilla, y pese al pronunciamiento del alto tribunal español que garantiza que los solicitantes puedan circular libremente por todo el territorio nacional, sólo una parte de estos fueron trasladados gradualmente —junto a otros colectivos vulnerables— desde las Islas Canarias a la península. Esencialmente, aquellos que requerían unas condiciones de acogida específicas que no se podían ofrecer desde las distintas instalaciones sitas en el territorio insular.⁵⁵

De hecho, una de las trabas se ha centrado en la imposibilidad de que este colectivo pueda indicar —previamente a su efectivo traslado— el domicilio en la península. Un trámite administrativo que ha restringido el derecho fundamental de elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional y que, como recuerda la Resolución del DP por la que solicita al Ministerio del Interior que impida “cualquier

las personas migrantes tras una semana de investigación”, 23 de abril de 2021. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/primeras-preocupaciones-tras-la-visita-a-canarias-de-ai-para-investigar-la-situacion-de-las-personas-migrantes/>, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁵⁵ Recuérdese que conforme a la Instrucción 9/2020, 21 de mayo de 2020, sobre las medidas a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas afectados por el Covid en España, la práctica totalidad de los resguardos expedidos con anterioridad al estado de alarma en el que constaban la solicitud de protección internacional fueron prorrogados nueve meses desde la expiración del documento —siempre y cuando no se hubiera notificado negativamente—. Ministerio del Interior: Dirección General de la Policía, Comisaría general de Extranjería y Fronteras, Instrucción 9/2020, 21 de mayo de 2020, sobre las medidas a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas afectados por el Covid en España, de 21 de mayo de 2020.

limitación de los derechos fundamentales a la libre circulación y residencia de los solicitantes de protección internacional que deseen trasladarse desde las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla o desde la comunidad autónoma de Canarias a la Península”.⁵⁶ Indudablemente, aunque resulta conveniente designar un domicilio cierto y actualizarlo tras ulteriores cambios, los solicitantes de protección internacional no tienen por qué indicar el domicilio que van a tener en la Península como requisito *sine qua non* poder salir de Ceuta, Melilla o Islas Canarias. La limitación de este derecho fundamental resultaría a todas luces contrario al principio de proporcionalidad en la medida en que la solicitud ya ha sido admitida a trámite y la resolución del expediente continúa siendo excesiva pese a la reducción considerable de los últimos tiempos.

Aún con todo, el reto al que se enfrenta España en los próximos años se centra en dar respuesta a un fiel equilibrio entre dos cuestiones: por un lado, el creciente número de solicitudes de asilo en oficinas —todavía en el presente— saturadas y con personal limitado y, por otro lado, el interés de los migrantes de que su solicitud sea admitida a trámite para gozar del derecho a la libre circulación. Aquí es donde radica la cuestión conflictiva, resulta complejo admitir a trámite tales demandas en un periodo tan breve, puesto que, tras el plazo de un mes, la petición de asilo se admite a trámite por silencio administrativo y no es hasta al cabo de dos años cuando, con carácter general, finaliza la instrucción, tiempo suficiente para justificar el arraigo necesario —independientemente del medio de entrada legal o ilegal— para solicitar la permanencia en España.

FUENTES DE CONSULTA

Burgos Goye, M. C., “Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 53, 2020, pp. 63-84.

⁵⁶ Defensor del Pueblo, “Libertad de circulación y residencia de los solicitantes de protección internacional”, 29 de enero de 2021. Queja número: 20002195 al Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía (respuesta: recordatorio favorable). Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/libertad-de-circulacion-y-residencia-de-los-solicitantes-de-proteccion-internacional/>, consultado el 22 de junio de 2022.

- CEAR, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Refugiados y migrantes en España: Los muros invisibles tras la frontera sur*, 2017, Madrid, p. 5. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/02/INFORME-FRONTERA-SUR.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- De Lucas, Martín J., "El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia 'N.D. y N.T. contra España' del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 27, 2020, pp. 84-96.
- García Mahamut, R., "El sistema de protección internacional el España: estado de la cuestión", en J. P. Porras Ramírez (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 355-375.
- García Vitoria, I., "Una década sin Reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes", *Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*, pp. 115-128.
- Martínez Alarcón, M.L., *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1-327.
- Martínez Escamilla, M., "Devoluciones en caliente", *Rescaldos: Revista de Diálogo Social*, núm. 41, 2020, pp. 1- 16.
- Matia Portilla, F. J., "La interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su repercusión en el ordenamiento constitucional español", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXX, núm. 277, mayo-agosto 2020, pp. 629-670.
- Montilla Martos, J.A., García Vitoria, I, Rodríguez Candela, J. L., "Política y normativa española sobre inmigración y asilo". ¿Bajo perfil o inacción?", *Anuario de la Inmigración en España 2017*, 2018, pp. 105-122.
- Olivo Valverde, J. A., "La autorización de residencia temporal por razones humanitarias como protección internacional subsidiaria. Referencia jurisprudencial al caso de Venezuela", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 52, 2019, pp. 149-192.
- Requena de Torre, M. D., "Las expulsiones colectivas de los migrantes irregulares: el giro de Estrasburgo", en J. P. Porras Ramírez (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 323-353.
- Viguri Cordero, Jorge Agustín, *Seguridad y protección de datos en el sistema europeo común de asilo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1-415.

Viguri Cordero, Jorge Agustín, “El derecho a la protección internacional en España: hacia una necesaria reforma legal”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 77, 2021, pp. 41-72.

Viguri Cordero, Jorge Agustín, “Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-38.

V

La protección del patrimonio cultural en el sistema de justicia penal español

Juan José Periago Morant¹

INTRODUCCIÓN

La conservación de los bienes culturales es un sector multidisciplinar e interdisciplinar;² sin embargo, en este trabajo sólo se afronta fundamentalmente los instrumentos de conservación mediante la tutela penal.

La singularidad del patrimonio histórico cultural español se caracteriza por la riqueza cualitativa y cuantitativa, aunque la preocupación por su protección no ha sido instrumentalizada hasta fechas relativamente recientes y con un régimen de protección no lo suficientemente eficaz. Señala Álvarez Álvarez³ que la legislación española, sobre patrimonio cultural desde una perspectiva histórica, es desordenada, fragmentaria, dispersa y de difícil interpretación.

¹ Profesor ayudante doctor de Derecho Penal en la Universitat Jaume I de Castellón (España). Departamento de Derecho Público. Correo electrónico: periago@uji.es. La redacción de este trabajo es producto de la ayuda investigación UJI "Estades temporals en altres centres d'investigació, per al personal docent i investigador de la Universitat Jaume I, convocades per resolució del Rectorat de 30 de gener de 2020".

² Gian Paolo Demuro, *Beni Culturali e Tecniche di Tutela Penale*. Giuffrè, p. 7.

³ José Luis Álvarez Álvarez, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español, y la ley de 25 de junio de 1985*, p. 40.

Con independencia de algunos vestigios históricos, recogidos en las Siete Partidas de Alfonso X o la Real Orden Circular de 16 de octubre de 1779, que prohibían la extracción de objetos artísticos y pinturas antiguas, y su posterior salida de la península, se considera que la Real Cédula de Carlos IV de 6 de julio de 1803 es la primera norma de la protección del patrimonio cultural. Esta norma tuvo como génesis un oficio de su ministro don Mariano Luis de Urquijo que, preocupado por el hallazgo y saqueo de ciertas antigüedades romano-hispanas en Baza en junio de 1800, solicitó a la Real Academia de la Historia que se ocupara de estas vicisitudes y propusiera lo que estimase pertinente.

La norma reseñada finalmente atribuyó a dicha academia la inspección general de las antigüedades que se descubriesen en todo el reino de España y facultó a los Justicias de los Pueblos (funcionarios en aquel tiempo encargados de velar por la seguridad) a poder adoptar las medidas necesarias para evitar la destrucción y deterioro de los monumentos.

Si atendemos a los textos constitucionales, encontramos que la primera referencia constitucional en orden a la protección del patrimonio cultural aparece en la *Constitución Española* de 1931 en su artículo 45, y que producto del mandato constitucional surge la ley relativa al Patrimonio Nacional de 13 de mayo de 1933.⁴ Posteriormente, la *Constitución Española* de 1978 en su artículo 46 reitera dicha protección e incluye la posibilidad de acudir a las posibilidades que ofrece el derecho penal para sancionar los atentados contra el patrimonio.

La Ley de 1933 pervive casi 50 años tras ser derogada por la actual Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que es la actual norma que protege al patrimonio histórico existente en España desde la perspectiva administrativa.

Acercándonos a esta norma, su Exposición de Motivos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español considera que “el Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea”.

⁴ Se publica en la *Gaceta de Madrid*, núm. 145 del 25 de mayo de 1933. Italia, sin duda, uno de los países europeos con mayor patrimonio histórico no ve hasta en 1939 lo que será su primera ley para la tutela de los bienes de interés histórico con la ley impulsada por el Ministro de Educación Nacional Giuseppe Bottai y su Ley 1089 para la “Tutela delle cose di interesse artistico e storico”.

Este patrimonio se compone de bienes que según Lombardi (2021) son susceptibles de testimoniar el pasado, y que tienen un valor significativo que merece ser cultivado y transmitido.⁵

Realizada esta necesaria primera aproximación sobre la protección del patrimonio español, desde la normativa histórica, en los sucesivos apartados de este trabajo se analizará como el actual ordenamiento jurídico español contribuye a mantener la integridad de ese testimonio a la civilización presente y futura según la Constitución, la normativa sectorial administrativa y el sistema de justicia penal español.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

Como pone de manifiesto Pérez Luño,⁶ la necesidad de proteger el patrimonio histórico artístico ha encontrado su expresión normativa en diversos textos constitucionales de un modo tardío y ha venido impuesta por la lógica explotación capitalista, la evolución constitucionalista y de los derechos y libertades fundamentales.⁷

España, no podía ser menos —como se mencionó anteriormente—, pues nuestros constituyentes de 1931 mostraron su preocupación por el expolio y la salida de la riqueza histórica de nuestro país fuera de las fronteras españolas, fundamentalmente a través de la enajenación de obras de arte a coleccionistas o a museos extranjeros, sin solución de recuperación. Esta situación obligó a incluir mecanismos para evitar el deterioro del patrimonio histórico patrio en el artículo 45 de dicho texto constitucional.⁸

⁵ Stefano Lombardi, *Diritto del Beni Culturali*. Wolters Kluwer, p. 2.

⁶ Antonio Enrique Pérez Luño. “Artículo 46: Patrimonio histórico, artístico y cultural”, en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo IV-Artículos 39 a 55 de la *Constitución Española* de 1978, p. 277.

⁷ Piedad García Escudero y Benigno Pendas García. *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, p. 55.

⁸ El artículo 45 de la *Constitución Española* de 1931 decía: “ Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”.

No obstante, para este primer avance de la *Constitución Española* de 1931, consideramos con Guisasola Lerma⁹ que la actual *Constitución Española* de 1978 marca un momento trascendental en la tutela del patrimonio histórico pues la defensa del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España se convierte —como dice la autora— en una exigencia de nuestra Norma Fundamental.

La actual *Constitución Española*¹⁰ en su capítulo tercero (“De los principios rectores de la política social y económica”) del título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) otorga la protección constitucional al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran en su artículo 46 cuando dice lo siguiente: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.”

Dada la ubicación sistemática del artículo, por encontrarse entre los principios rectores de la política social y económica, y pese a estar incluido en el título I de la *Constitución*, no se le otorga la condición de derecho subjetivo de los ciudadanos como ocurre con el resto de los derechos fundamentales y libertades públicas que están el título I susceptibles de ser defendidos mediante el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pese a lo anteriormente dicho, el apartado tercero del artículo 53 de la *Constitución Española* no resta importancia a las proclamaciones efectuadas en el mencionado capítulo tercero del título I, sino más bien les otorga especiales funciones cuando dice: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Este texto constitucional, que se acaba de ver, implica, por un lado, que los poderes públicos no pueden desplegar ninguna actuación que

⁹ Cristina Guisasola Lerma. “Evolución de los delitos del patrimonio histórico en el *Código Penal*, ayer y hoy”, en IV Encuentro Profesional Ilícito de Bienes Culturales sobre Lucha contra el Tráfico, p. 73.

¹⁰ Se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

pueda ser contraria a los principios mencionados, y, por otro lado, opera como un criterio para orientar sus respectivas actuaciones como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 247/2007, del 12 de diciembre.

Del artículo 46 de la *Constitución* destacamos dos cuestiones que en él aparecen:

- La tarea encomendada a los poderes públicos respecto al patrimonio histórico, cultural y artístico.
- La intervención penal ante los atentados a dicho patrimonio.

Con respecto a las tareas encomendadas a los poderes públicos es evidente que la *Constitución Española* actual añade, frente a la *Constitución Española* de 1931 que se preocupaba exclusivamente por la conservación, la tarea de promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural. Esta labor otorga, en nuestra opinión, una interesante dimensión al arte como derecho de los ciudadanos, principales destinatarios que disfrutaban de ese patrimonio, y a los bienes que componen el patrimonio histórico, cultural o artístico, pues adquieren una función social trascendente incluso a su propiedad¹¹ que implica una democratización en su disfrute y conocimiento.

La *Constitución Española* si bien en el artículo 33 reconoce el derecho a la propiedad privada, seguidamente en ese mismo artículo indica que la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. De esta manera, prevalece la subordinación al interés general en el goce de los bienes culturales que el que pueda corresponder al uso individual y exclusivo del propietario.

Las tareas de conservación y promoción del enriquecimiento, que corresponde a los poderes públicos, se tienen que sujetar al modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹² que contemplan los artículos 148 y 149 de la *Constitución*, y que

¹¹ Véase sobre este tema Rubén Martínez Dalmau. "Arte, derecho y derecho al arte", *Revista Derecho del Estado*, pp. 35-56.

¹² La *Constitución Española* asume la unidad de España y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. El sistema constitucional español contempla un sistema de reconocimiento de la autonomía territorial que jurídica y administrativamente comporta una gran descentralización hasta el punto de que el funcionamiento se parece en gran medida al de los estados federales. En el ámbito territorial, el sistema de descentralización se organiza con 17 comunidades autónomas y dos ciudades con estatuto de autonomía.

en el caso de la cultura, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia número 177/2016, de 20 de octubre, la calificó no como distribución sino de concurrencia competencial cuando dice:

El artículo 149.2 dibuja así una situación de concurrencia en la medida en que Estado y Comunidades Autónomas son titulares de competencias en un ámbito material compartido, ordenado tanto a la preservación como al estímulo de los “valores culturales propios del cuerpo social” por parte de cada una de las instancias públicas habilitadas por la Constitución (el Estado central) y los respectivos Estatutos de Autonomía (Comunidades Autónomas).

Intentaremos simplificar los problemas que plantea esta distribución competencial, en lo que concierne a la tutela de los bienes culturales partiendo del desarrollo legislativo del artículo 46 de la *Constitución* y que tiene como su principal representante normativo en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, desarrollada a su vez por una serie de Real Decretos (Reales Decretos 111/1986, de 10 de enero, 64/1994, de 21 de enero y 162/2002, de 8 de febrero). Huelga decir que este sistema debe estar presidido por la necesaria colaboración y coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, es una norma estatal y constituye la referencia básica normativa.¹³ Las Comunidades Autónomas pueden elaborar textos normativos en el marco de sus competencias desarrollando en su propio territorio lo establecido en esa norma de carácter unitario,¹⁴ pero sin poder contradecirla. Las Comunidades Autónomas en este sistema ostentan la mayoría de las competencias ejecutivas al detentar la titularidad del patrimonio artístico, histórico, arqueológico y científico que está en su territorio; sin embargo, el Estado se atribuye la defensa del Patrimonio Histórico Español en

¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional número 17/1991, de 31 de enero, declaró constitucional aquella ley ante un recurso planteado que cuestionaba la constitucionalidad de esa ley porque se excedía en su marco competencial invadiendo la competencia de las Comunidades Autónomas.

¹⁴ Ello ha supuesto la existencia de una vorágine legisladora en materia cultural que complica operar en un sistema federal-comunitario ante la cantidad ingente y creciente de normas en este campo. Luis Antonio Anguita Villanueva. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, p. 78.

su conjunto frente a la expoliación y la exportación ilícita, así como los museos, archivos y bibliotecas de su titularidad.

Una vez examinada la tarea que compete a los poderes públicos, representados por el propio Estado y las Comunidades Autónomas, el otro punto de atención del artículo 46 de la *Constitución* se refiere al ejercicio del *ius puniendi* ante los ataques intolerables al patrimonio, y que será objeto de un estudio más detallado más adelante en este trabajo.

LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN: LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

Es sabido que no todos los bienes jurídicos precisan de la tutela penal, ni aquellos que la requieren la necesiten en todos los casos, pues como manifiestan González Cussac y Orts Berenguer,¹⁵ la protección penal tiene un carácter de *ultima ratio*, sólo cabe acudir al derecho penal cuando las restantes ramas del ordenamiento jurídico han devenido ineficaces para tutelar el bien jurídico agredido.

Ello nos obliga a examinar, sobre todo, la protección administrativa del patrimonio histórico y posteriormente revisar la tutela penal.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español viene a cumplir normativamente, en este marco sectorial de corte administrativo, el mandato establecido en el artículo 46 de la Constitución que le concierne al Estado y con esa nueva visión, que atiende a la función social sobre la propiedad de los bienes que conforman el patrimonio histórico, la norma entiende y citando textualmente

[...] las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos.

¹⁵ José Luis González Cussac y Enrique Orts Berenguer, *Compendio de derecho penal. Parte General*, p. 140.

Antes de nada, es preciso conocer que se concibe por Patrimonio Histórico Español, cuestión que queda delimitada en el artículo 1º de esta Ley, entendiendo que son:

Los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

La función social de los bienes que integran el patrimonio histórico se reitera cuando la ley define en su artículo 4º lo que considera como expolio, éste se entiende como aquella conducta que ponga en peligro o destruya todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o perturbe el cumplimiento de su función social.

Los bienes que pertenecen al Patrimonio Histórico deben ser custodiados, conservados y mantenidos adecuadamente por sus propietarios, o en su caso por los poseedores, es decir, los titulares de los derechos reales sobre esos bienes. De no cumplirse adecuadamente con estas obligaciones existirá causa de interés social para acordar la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la administración competente.

Dejando aparte las medidas, que tanto la normativa administrativa estatal como las emanadas de las distintas comunidades autónomas implementan para favorecer la difusión de la cultura y el acceso de los ciudadanos al disfrute de los bienes culturales, se puede decir que desde un punto de vista proteccionista, esta ley nacional establece una serie de medidas de carácter administrativo que se dirigen a impedir la salida, mediante la exportación, de aquellos bienes que se caracterizan por su singularidad, y que han sido declarados administrativamente como de interés cultural o inexportables.

En el caso que se exporte un bien, cuya exportación no hubiera sido autorizada, éste pasará a pertenecer al Estado, conforme a lo que prescribe el artículo 29 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, y para ello la administración estatal realizará las actuaciones que sean necesarias para recuperar los bienes ilegalmente exportados que adquirirán la condición de inalienables e imprescriptibles.

Es sabido que la formación de un inventario de bienes es un instrumento administrativo de indudable eficacia para promover la conservación y mantenimiento de los bienes que gocen de relevancia histórica y cultural; por ello, la propia ley alienta a que tanto la administración estatal y las autonómicas se coordinen entre ellas para la elaboración de un inventario general como herramienta para combatir el expolio y la exportación ilícita.

Se incluye igualmente en este texto normativo otras medidas de protección de tinte administrativo como la posibilidad de impedir un derribo y acordar la suspensión. También se emplean las medidas de coacción administrativa y que se encuentran tanto en la Ley de Patrimonio Histórico Español como en las distintas normas autonómicas aprobadas por las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias. En estas normas, se han tipificado distintas infracciones contra los bienes culturales dentro de los respectivos títulos o capítulos referidos al régimen jurídico sancionador.¹⁶

Las sanciones que se prevén en la norma nacional tienen un carácter económico siendo su principal exponente la multa. Ésta puede tener distintos parámetros para su imposición. Si la infracción es susceptible de traducirse económicamente, su cálculo está en función del valor del daño causado. Este último aspecto nos conduce necesariamente al problema de las valoraciones, especialmente en los causados en los yacimientos arqueológicos, donde, como pone de relieve la doctrina,¹⁷ existen conceptos que difícilmente van a ser contemplados en esa valoración económica y que son de especial interés como la pérdida de conocimiento en la investigación.

Conviene añadir finalmente que la imposición de una sanción por la comisión de una infracción administrativa no excluye la obligación de reparar o indemnizar los daños y perjuicios causados tal como contempla el artículo 28.2 de nuestra Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁶ Véase en la Ley de Patrimonio Histórico Español 16/1985, de 25 de junio que se dedica el Título IX a las infracciones y sanciones (artículos 75 a 79).

¹⁷ Javier Barcelona Llop "La valoración económica de los bienes arqueológicos y de los daños al patrimonio arqueológico: algunas consideraciones jurídicas", en Yáñez y Rodríguez Temiño (eds.), *¿Cuánto valen los platos rotos? Teoría y práctica de la valoración de los bienes arqueológicos*, pp. 53-88.

Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.

A continuación, se examinan brevemente las características de la acción protectora de la administración sobre los bienes culturales, el recorrido nos conduce a la intervención penal, que se despliega sobre las conductas que atentan con los bienes culturales, según el Sistema de Justicia Penal Español.

BIENES CULTURALES Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: LA INTERVENCIÓN PENAL

Si anteriormente se hizo referencia a que la atención a la protección del patrimonio histórico, en conjunto, es relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico, esta tendencia se percibe todavía más a en el derecho penal histórico, y particularmente, en la historia de la codificación penal española. Es en el *Código Penal* de 1822 cuando aparece la posibilidad de castigar penalmente en un código penal,¹⁸ concretamente en su artículo 347, a los que perpetren las siguientes conductas: “[...] derribar, destruir, mutilar o inutilizar voluntariamente cualquier otro monumento público de utilidad u ornato y decoración de los pueblos [...]”.

El *Código Penal* de 1848 castigaba en su artículo 200 a los que “destruyeren o deterioraren pinturas, estatuas u otro monumento público de utilidad u ornato”. El *Código Penal* de 1870 no añade modificaciones significativas respecto de lo que se contemplaba en los códigos penales anteriores. Este tipo de política criminal lleva a que autores, como Rufino Rus, consideren que esta falta de protección penal al patrimonio histórico durante la época de la codificación se debe fundamentalmente a la ideología liberal que impregnaba la redacción de dichos códigos penales.¹⁹

¹⁸ En algunas disposiciones de las vetustas Partidas y de la Novísima Recopilación, que no son textos codificados de derecho penal, se puede encontrar alguna norma que refiere a la protección penal del patrimonio histórico, como ya se indicó al principio de este trabajo.

¹⁹ Javier Rufino Rus. “El patrimonio arqueológico y su protección penal”, *Revista de Patrimonio Histórico*, p. 55. Esta ideología liberal no sólo se hacía patente en la protección

En el *Código Penal* de 1928, el delito de daños es receptor de una sustancial mejora de técnica legislativa, que queda plasmada en el artículo 756, delito que se ha ido trasladando sucesivamente a los distintos códigos penales posteriores (en el *Código Penal* de 1944 con su artículo 561 y el *Código Penal* de 1973 con los artículos 558.5 y 561) incluyéndose agravaciones específicas en otros delitos si recaían en bienes de interés cultural.

La *Constitución Española*, en su artículo 46, contempla que “la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio” (en referencia al patrimonio histórico), como puso de manifiesto Roma Valdés, que esta posibilidad se encuentre recogida en la *Constitución* no significa que sea un presupuesto para que se tipifiquen los atentados a dicho patrimonio, más bien, esa mención constitucional implica una obligación dirigida al legislador para que castigue los atentados más graves a los bienes culturales.²⁰

El *Código Penal Español* (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*²¹) introdujo en 1995 un capítulo en su texto dedicado a la protección del patrimonio “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, lo cierto es que no todos los delitos contra este bien jurídico protegido se encuentran recogidos en dicho capítulo, sino que sí hay una dispersión de tipos penales a lo largo del texto normativo que también se ocupan de dicha protección, aunque de forma tangencial, ya que su función es la de circunstancia agravante de la pena cuando las conductas de los tipos básicos de esos otros preceptos recaigan sobre bienes de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Así ocurre en los delitos de hurto (artículo 235.1 del *Código Penal*), robo con fuerza (artículo 241.4 del *Código Penal*),²² estafa (artículo 250.3

del Patrimonio Histórico Español; por ejemplo, ocurría algo similar en Italia como pone de manifiesto Demuro al estudiar el artículo 29 dello Statuto Albertino, véase Gian Paolo Demuro, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Antonio Roma Valdés. La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural, p. 30

²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24/11/1995. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>, consultado el 23 de mayo de 2022.

²² Este sistema de agravante no es una novedad del *Código Penal* de 1995. Las agravantes para el robo y el hurto cuando recaen sobre cosas de “valor histórico” fueron implantadas por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio en el anterior *Código Penal* que reformó el *Código Penal Español* de 1973.

del *Código Penal*), en la apropiación indebida (artículo 254.1 del *Código Penal*), receptación (artículo 298 del *Código Penal*), la de realización de obras de urbanización en parajes declarados de interés histórico (artículo 319 del *Código Penal*) y las conductas constitutivas de delitos contra la comunidad internacional y destrucción de bienes culturales en conflictos armados (contempladas en los artículos 613 y 614 del *Código Penal Español*), cuando los respectivos apoderamientos, engaños, apropiaciones y demás conductas mencionadas recaigan sobre bienes de dicha naturaleza se producirá una agravación de la pena.

No podemos dejar de comentar el retroceso habido en la última reforma del *Código Penal*, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en lo que se refiere a la malversación de caudales públicos (artículo 432), que ha eliminado la agravación cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, agravación que sí se contemplada expresamente en la redacción original de este artículo de 1995 y de su posterior reforma en 2003.

Por lo tanto, en este caso, se ha de reconducir al tipo básico que castiga a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 (administración desleal) sobre el patrimonio público. La actual redacción del texto que recoge el tipo delictivo de malversación contempla sólo que se agrave la pena cuando la conducta hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50,000 euros. Supuesto último que nos retrotrae al problema de la valoración de los daños en el patrimonio histórico, anteriormente comentada, y sobre la que no existen unos criterios jurisprudenciales unánimes y consolidados.

Esta intervención penal se completa con la ofrecida por una legislación penal especial mediante la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando,²³ que tipifica expresamente la salida de España de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, sin la autorización administrativa necesaria, cuyo valor sea igual o supere los 50,000 euros, y que nos vuelve a conducir de nuevo al problema mencionado de las valoraciones sobre los bienes culturales.

²³ Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 297, de 13/12/1995. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/12/12/12/con>, consultado el 23 de mayo de 2022.

Este sistema mixto de protección, que ofrece una dispersa regulación, ha sido criticado ampliamente por la doctrina.²⁴ El hecho, que se acompase la protección penal del patrimonio histórico con la de otros delitos, genera una paradoja. Es cierto que se agrava penalmente la comisión de un delito cuando su objeto es un bien cultural y se otorga relevancia penal a la ofensa; sin embargo, la entidad e importancia del Patrimonio Histórico, como bien jurídico digno de protección, se diluye, y queda en un segundo plano adquiriendo la sustancia de adjetivo calificativo del tipo penal principal, excepto en los delitos del capítulo II del título XVI del libro II del *Código Penal* “De los delitos sobre el patrimonio histórico” (artículos 321 a 324). La subordinación del atentado al bien cultural, que implica una preponderancia del carácter patrimonial del delito, conlleva asimismo el que dichos atentados al Patrimonio Histórico queden semiocultos en las estadísticas criminales, al incluirse finalmente en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad, lo que supone una ausencia de conocimiento real y global de la criminalidad sobre los delitos contra el Patrimonio Histórico, como pone de relieve Guisasaola Lerma.²⁵ Igualmente, se entiende que la atención puesta en el objeto material tiene un fin retributivo, pues el plus de pena no supone un plus de protección.²⁶

En esta tesitura se viene reclamando, por parte de la doctrina más autorizada en la materia, que lo más adecuado es contemplar íntegramente en el mismo capítulo toda la tutela penal de del patrimonio cultural, basándose en razones materiales que ayudan a interpretar y aplicar de forma coherente los tipos y a su vez se garantiza la plena autonomía del valor cultural.²⁷

²⁴ Véase Cristina Guisasaola Lerma. “La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, p. 36; Jesús María García Calderón. La defensa penal del patrimonio arqueológico, p. 220; Esteban Juan Pérez Alonso. “Los delitos contra el patrimonio histórico en el *Código Penal* de 1995”, *Actualidad penal*, p. 617.

²⁵ Cristina Guisasaola Lerma, *op. cit.*, p. 36.

²⁶ Antonio Planas Roselló. “Aspectos penales de la protección del Patrimonio Histórico Artístico”, *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d’estudis històrics*, p. 153.

²⁷ Carmen Salinero Alonso, *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*. Cedecs, p. 295; Cristina Guisasaola Lerma. *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*; Antonio Roma Valdés. *La aplicación práctica de los delitos sobre el patrimonio cultural*; Luis Rodríguez Moro. “Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español antes y después de la reforma del *Código Penal* operada por la lo 1/2015, de 30 de marzo” en IV Encuentro

Lamentablemente en la última reforma del *Código Penal Español*, realizada por la Ley Orgánica 1/2015, el legislador ha desatendido esta interesante propuesta de mejora legislativa y no ha contemplado esta posibilidad, por lo tanto, se sigue actualmente con esa tutela penal dispersa.

La calificación del bien como bien con relevancia histórica, cultural o científica

La mera infracción de una norma administrativa protectora del Patrimonio Histórico no es suficiente para que pueda actuar el Derecho penal, se requiere algo más. La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para conductas que pongan en una situación de peligro grave o de lesión al bien jurídico protegido incumpliendo la protección ordinaria, de carácter preventivo como sancionador, a la actuación y regulación administrativa.

La intervención penal se dará en aquellas conductas que, por su ofensividad, merezcan el reproche penal cuando recaigan sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental. Por lo tanto, lo que procede es comentar primeramente si es necesario que exista una calificación formal sobre el bien, en concreto, que reconozca su valor histórico, cultural o científico para que se pueda aplicar el tipo penal o la agravación en su caso sobre el tipo de delito básico.

Sobre este tema evidentemente conviene ir examinando algunos tipos delictivos. En particular, los artículos 321 y 322 del *Código Penal*²⁸

Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, p. 83 y ss.

²⁸ En el artículo 321 se menciona: “Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

Artículo 322: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

que castigan respectivamente el derribo o alteración grave de edificios “singularmente protegidos” y la prevaricación administrativa en la información de proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos al hablar de edificios “singularmente protegidos”. Estas dos normas tienen la condición de ser normas penales en blanco, pues requieren de acudir a las normas sectoriales administrativas que establecen esa singular protección (el artículo 9 de la Ley 6/1985). El artículo 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico, que dice así: “Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 o mediante Real Decreto de forma individualizada”.

A la declaración puede llegarse por dos vías: por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada²⁹, tramitado previamente su respectivo expediente administrativo.

Este último supuesto exige la presencia de una disposición administrativa que de modo concreto declare a un determinado objeto como bien de interés cultural. La declaración, mediante resolución administrativa, debe ser efectuada por el organismo que tenga a su cargo en la Comunidad Autónoma correspondiente la protección del patrimonio histórico, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación autonómica de protección de su patrimonio histórico.

En el resto de tipos penales, que no hablan de “singularmente protegidos”, sino que comportan una referencia más genérica y en los que el legislador habla de “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico” (los tipos diferentes al 321 y 322 del capítulo II del título XVI o en aquellos otros donde tal referencia aparezca como elemento de agravación), la jurisprudencia española mayoritariamente sigue el criterio de entender la expresión bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, como un elemento normativo, que no exige una previa resolución de la administración, reconociendo ese valor, entre otras razones, porque una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los bienes que no contasen con esa resolución administrativa que los declara formalmente como “bienes de interés cultural”, pero que materialmente

²⁹ Véase Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo núm. 654/2004 de 25 de mayo. ECLI:ES:TS:2004:3570 que requiere que esa declaración sea de carácter individual sobre el bien afectado.

lo fueren, no satisface el mandato de la norma constitucional señalado en su artículo 46³⁰ (interpretación que ha recibido el respaldo del Tribunal Constitucional Español en la sentencia núm. 181/1998).³¹

Una cuestión interesante, relacionada con el valor del bien cultural, consiste en el desconocimiento por parte del autor del valor histórico del objeto. Este problema viene solucionado expresamente por la vía del artículo 14.2. que dice: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

Por lo tanto, si el sujeto desconoce la característica del bien no le será de aplicación la agravación en cuestión.

Pero en los casos del artículo 321, 322 y 323 la singularidad histórica, cultural o científica del bien constituye un elemento del tipo y, por lo tanto, el error sobre éste es un error de tipo en cuya solución se toma en consideración el apartado primero de dicho artículo 14: “14.1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

Por lo tanto, si la apreciación de la cualidad del bien se debió a error en el caso que fuese vencible, este hecho supondrá la aplicación del tipo imprudente del artículo 324.³²

Los delitos sobre el patrimonio histórico. Un breve recorrido sobre ellos

Como se dijo anteriormente, tales delitos se recogen en el capítulo II del título XVI, bajo la rúbrica indicada, que contiene cuatro preceptos (artículos 321 a 324) que tipifican un elenco de conductas relacionadas con las ofensas más graves al Patrimonio Histórico. Lamentablemente, razones

³⁰ Véase Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo núm. 641/2019, de 23 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:4252.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/1998, de 17 de septiembre. ECLI:ES:TC:1998:181.

³² Artículo 324: “El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos”.

de extensión nos impiden realizar una exégesis más completa y profunda que tales artículos merecerían, ello lleva a abordar sólo los aspectos más destacables que aparecen en dichos tipos delictivos.

El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos (artículo 321)³³

La conducta típica consiste en el derribo o alteración grave. Es un delito común y de resultado donde cabe la tentativa. Esta conducta puede realizarse de forma activa o por medio de la comisión por omisión si concurren los requisitos del artículo 11 del *Código Penal Español*.³⁴ Respecto del derribo, puede ser tanto total como parcial, ya que el texto del artículo no excluye esta posibilidad³⁵ simplemente esa demolición ha de ser reputada como “grave”. El derribo es la acción de derribar consistente en echar a tierra muros o edificios, mientras que la palabra *alterar* la tenemos que reconducir a la segunda acepción del *Diccionario de la lengua española* que entiende *alterar* como estropear, dañar o descomponer.

Una interesante cuestión la plantea García Calderón³⁶ que consiste en el supuesto del desmontaje y traslado material de todos los elementos constructivos del edificio hasta otro lugar distinto de su emplazamiento original. No se trata de una situación desconocida para el Patrimonio Histórico Español, el ejemplo más claro lo tenemos con el claustro del Santa María de Óvila que se desmontó y acabó en San Francisco (Estados Unidos) cuando fue vendido al magnate de la prensa William Randolph Hearst en 1931. Esta conducta se puede asimilar perfectamente a la demo-

³³ Ver nota 24.

³⁴ Artículo 11: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

³⁵ Véase Antonio Colmenarejo Fritos. “Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales”, *Revista del Ministerio Fiscal*, p. 11.

³⁶ Jesús García Calderón, *op. cit.*, pp. 158-159.

lición por la afectación a la función social que se tutela con la normativa de protección del Patrimonio Histórico.

Sobre la calificación del objeto del delito como singularmente protegido, nos remitimos a lo explicado con anterioridad. Curiosamente el *Código Penal* otorga sólo la protección a “edificios”,³⁷ así la protección de otros espacios históricos y declarados como bienes de interés culturales, como los yacimientos arqueológicos o jardines, queda relegada al tipo de recepción del artículo 323.

El tipo de delito del artículo 321 emplea un elemento normativo de carácter valorativo al usar el término *grave*. La conducta de derribo no suscita problemas a la hora de determinar su gravedad, pues por lo general un derribo constituye una ofensa grave al bien jurídico protegido, más problemático es determinar cuándo una alteración adquiere esa notoriedad. La jurisprudencia³⁸ entiende que el deterioro ha de ser relevante en cuanto a la finalidad que tiene esta norma penal, y que consiste en la protección del interés histórico. Cuando se trate de un caso de alteración parcial de edificio debe consistir en un deterioro o aminoración cuantitativa o cualitativa que afecte a la finalidad del valor arquitectónico, histórico, cultural o artístico del edificio. De no existir la gravedad mencionada se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 323, que no exige esa gravedad, y parece una norma genérica frente a la del 321 (más específica). La jurisprudencia menor considera que el artículo 323 se configura como una norma de cierre, que responde penalmente a los daños causados a los edificios a los que se refiere el tipo del artículo 321, cuando los daños no revistiesen la gravedad exigida.³⁹

Y si no cabe aplicar tampoco el artículo 323, entonces lo más adecuado puede ser, desde el principio de intervención mínima, que estas conductas se remitan al derecho administrativo sancionador.

En cuanto al tipo subjetivo, es preciso que la conducta sea dolosa, el sujeto activo ha de actuar conociendo que concurren en el hecho todos los elementos objetivos del tipo penal. El dolo requiere no sólo conocer y

³⁷ Edificio. “Del latín *eadificium*. Construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos”, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/edificio>, consultado el 23 de junio de 2022 [en línea].

³⁸ Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo núm. 654/2004 de 25 de mayo. ECLI:ES:TS:2004:3570.

³⁹ Antonio Colmenarejo Fritos, *op. cit.*, p. 13.

querer derribar o alterar gravemente el edificio, sino también saber que dicho edificio tiene un valor histórico, artístico, cultural o monumental y, además, que está singularmente protegido. Si el error recae sobre el valor cultural o histórico del edificio existe error de tipo que, de ser venible, supondrá la aplicación del tipo imprudente del artículo 324 como se comentó anteriormente.

Finalmente, una de las cuestiones que nos llama la atención es que el legislador en la reforma no estableciese la posibilidad de que respondan penalmente las personas jurídicas en este delito y ello a diferencia de otros delitos, como por ejemplo los del capítulo III de este título XVI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en cuyo artículo 328 si se contempla esta posibilidad.⁴⁰ Teniendo en cuenta que numerosas de las conductas típicas se realizan en beneficio de éstas en el plano urbanístico que, como dice Rodríguez Moro, se trata de un ámbito especialmente viciado por el afán especulativo del mercado inmobiliario.⁴¹

En cuanto a su penalidad, lo que ha llamado la atención de la doctrina es que la pena de prisión sea más benévola,⁴² en su límite inferior, que la recogida en el artículo 323, cuando el artículo 321 se refiere a edificios de declarado interés cultural y el 323 abarca los edificios que no tengan tan alto nivel de protección y demás bienes, inmuebles o muebles, lo tengan o no.⁴³

Es aplicable la atenuación específica del artículo 340 del *Código Penal* que impone a los jueces de modo preceptivo que el delito sea castigado

⁴⁰ Véase al respecto Juan José Periago Morant. “Crónica de jurisprudencia penal, año 2019”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, pp. 353-369; Cristina Guisasaola Lerma, “Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los programas de cumplimiento penal (criminal compliance programs) en el sector del mercado del arte”, *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 7-46.

⁴¹ Luis Rodríguez Moro. “El delito de prevaricación en materia de patrimonio histórico: luces y sombras del artículo 322 C.P.”, en Cristina Guisasaola Lerma (coord.), *Expolio de bienes culturales*, p. 235.

⁴² En cuanto a su punibilidad, no obstante, es menos benigno que otras normas similares, por ejemplo, el artículo 169 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002* (Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, núm. 42) donde la pena privativa de libertad va de 6 meses a 1 año y multa de 775 euros a 38.754, 50 euros. Véase Roberto Garofoli, *Manuale de Diritto Penal*. Parte Especial, p. 610 y ss.

⁴³ Luis Rodríguez Moro. “Los delitos sobre el patrimonio histórico. Arts. 321 a 324”, en Patricia Faraldo Cabana (dir.), Luz María Puente Aba (coord.). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación penal especial*, p. 191.

con las penas inferiores en grado cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

El delito de prevaricación específica en patrimonio histórico (artículo 322)⁴⁴

En este tipo delictivo se castigan las conductas de prevaricación sobre el patrimonio histórico cometidas por autoridades o funcionarios en relación con los proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos.

Se trata de un delito pluriofensivo, pues por un lado se ataca el Patrimonio Histórico, y por otro el buen funcionamiento de la administración de los servicios públicos. Que esta modalidad de prevaricación esté contenida en el capítulo de los delitos que recogen los ataques al Patrimonio Histórico es un argumento añadido que permite dar la razón a los que sostenemos que todas a las ofensas a este bien jurídico puedan contenerse en el mismo capítulo y no dispersas como se encuentran actualmente.

Rodríguez Moro, de forma acertada, plantea la necesidad de la existencia de este delito, cuando la conducta puede reconducirse al tipo general del artículo 404 del *Código Penal*, el autor considera que el artículo 322 permite un adelantamiento de la intervención penal sobre actos, que no son propiamente una resolución administrativa que es el elemento del tipo del artículo 404, como puede ser un informe técnico favorable que avale la demolición o la intervención y que no es propiamente una resolución administrativa ampliando las conductas punibles de la prevaricación básica.⁴⁵

Se trata de un delito especial al requerirse la condición de autoridad o funcionario público atendida la definición formulada en el artículo 24 del *Código Penal*,⁴⁶ la solución de los problemas de participación en este

⁴⁴ Ver nota 24 para conocer el texto del artículo.

⁴⁵ Luis Rodríguez Moro, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁶ Artículo 24. "1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las

sentido debe someterse a lo previsto en el artículo 65.3 el *Código Penal* que permite a los jueces o tribunales imponer la pena inferior en grado a la que corresponde al autor.

Las conductas típicas son las de informar favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, o resolver o votar en un órgano colegiado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

El realizarse “a sabiendas de su injusticia” implica que el tipo de injusto naturalmente es doloso. En cuanto a la injusticia debe ser considerada como notoriamente arbitraria la resolución y carente absolutamente de legalidad.

Las conductas descritas son en esencia activas si bien tras el Acuerdo Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1997, la jurisprudencia entiende que cabe la comisión por omisión cuando la pasividad de la autoridad o funcionario obligado legalmente a dictar resolución de forma expresa provoca la estimación de la pretensión del interesado debido al silencio administrativo.

Los daños dolosos a bienes del patrimonio histórico (artículo 323)⁴⁷

Se trata de una versión del tipo de delito de daños que se califica por el objeto material sobre el que recae la conducta caracterizada por ser bienes ajenos de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos.

Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.
2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

⁴⁷ Artículo 323.: “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.
2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior.
3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.

Se trata de un delito común y de lesión y resultado donde cabe la tentativa y en el que cabe tanto la comisión activa como la comisión por omisión.

Aunque no se mencione los yacimientos paleontológicos, éstos también son objeto de protección penal lo que nos lleva a acudir a la legislación sectorial para conocer adecuadamente el concepto de yacimiento.

Lo primero que se acusa en este artículo es la necesidad de una mejorable técnica legislativa en su redacción, véase, por ejemplo, que se tiene que recurrir a la interpretación teleológica y a la sistemática para castigar los actos de expolio no sólo cuando recaen en yacimientos subacuáticos, sino también en los arqueológicos y en los terrestres. Mucho se ha escrito sobre la problemática que ha generado el legislador al no ofrecer una clara definición de expolio a efectos de la necesaria intervención penal lo que ha provocado un interesante debate en la doctrina sobre su concepto y que no está zanjado.⁴⁸

Aunque se ha considerado como positivo que el legislador, en la reforma del 2015, haya incluido los yacimientos subacuáticos como objeto material del delito susceptible de protección en atención a las previsiones contenidas en la Convención de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural subacuático hecha en París en 2001.

Anteriormente, se comentó que entre los artículos 321 y 323 existía una especialidad que lleva a considerar el tipo que se está estudiando como un “tipo de recogida”, pues implica, en primer lugar, más conductas que la de derribar del artículo 321 al referirse a “causar daños”, donde es suficiente la destrucción, deterioro o inutilización de la cosa sobre la que recae la acción, y los “actos de expolio”, y en segundo lugar, no se precisa una calificación administrativa reconociendo el valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental sobre el bien o yacimiento dañado.

⁴⁸ Recomiendo a Patricia Faraldo Cabana. “Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?”, en *Estudios penales y criminológicos*, pp. 471-528; Cristina Guisasaola Lerma y Antonio López García. “La tutela jurídico-penal de los bienes culturales: expolio de yacimientos y su articulación con delitos de daños, sustracción, falsificación y contrabando de obras de arte”, *Patrimonio Cultural de Derecho*, pp. 301-355; Ángel Núñez Sánchez. “La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos”, en Cristina Guisasaola Lerma (dir y coord.), *Expolio de bienes culturales*, pp. 166-198; Luis Rodríguez Moro, *op. cit.*, p. 85.

Como se observa, si tales daños revisten especial gravedad o fuese notoria la afectación a su valor la punibilidad, puede verse acrecentada en la pena superior, y recalcamos que es una posibilidad, ya que no se impone preceptivamente en el apartado segundo del artículo 323.

El tipo subjetivo ha de ser doloso, puesto que la comisión imprudente se regula en el próximo artículo 324 del *Código Penal*.

Por último, mencionar que el juez tiene la posibilidad de ordenar (al igual que en el artículo 321), a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado. Si bien, por aplicación del artículo 109 del *Código Penal Español*, no debemos olvidar que la ejecución de un delito obliga a sus responsables a reparar los daños y perjuicios causados por éste y ello puede materializarse bien con la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales, y que conforme al artículo 112 la reparación del daño puede consistir en obligaciones de dar, hacer o de no hacer que el juez o Tribunal establecerá.

Los daños por imprudencia grave en bienes integrantes del patrimonio histórico (artículo 324)⁴⁹

La primera lectura de este artículo nos muestra que el objeto de este delito queda ampliado no sólo a los bienes y yacimientos del artículo precedente, y abarca también a los daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, o institución análoga.

Se trata de un delito común y de resultado en el que no cabe la tentativa por la naturaleza imprudente de su tipo subjetivo.

El tipo delictivo del artículo 324 varía en su parte subjetiva, pues se castigan los daños cometidos por imprudencia grave, siendo la conducta que se castiga en este artículo, respecto a la del 323, la misma salvo en este aspecto. Ha de tratarse de una imprudencia grave que requiere que el sujeto en el despliegue de su conducta no haya observado las mínimas

⁴⁹ Artículo 324: "El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos".

y elementales reglas de cuidado y que en esa tesitura no haya podido preverse el resultado en el bien cultural.

El artículo 324 es aplicable también a los bienes inmuebles del artículo 321 del *Código Penal* como se mencionó anteriormente, no en vano, tanto el derribo como la alteración grave implican la causación de daños.

Uno de los elementos integrantes del tipo que genera más atención es que tales daños deban valorarse en una cuantía superior a 400 euros, lo que implica anteponer el valor económico sobre la valía cultural, de esta forma cualquier daño causado imprudentemente que no alcance dicha cifra es atípico debiéndose solventar la responsabilidad sobre éstos en vía civil o administrativa, lo mismo ocurre cuando la imprudencia es leve.

Este artículo no establece una previsión similar a la existente en el artículo 321 o 323 en relación con la reparación del daño. Por lo tanto, en este aspecto, se deberá acoger las soluciones del título V del libro I "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales".

CONCLUSIONES

La protección de los bienes culturales pertenecientes al Patrimonio Histórico Español ha recibido con la *Constitución* de 1978 una merecida atención. Dicho reconocimiento supone incluso la obligación que tiene el legislador de responder a aquellas conductas especialmente lesivas a este bien jurídico mediante la tutela penal cuando la intervención sancionadora administrativa no es suficiente.

En la actualidad, esta tutela penal se ofrece mediante un sistema mixto en el *Código Penal* a través de un sistema mixto y disperso, que recoge unos tipos delictivos en un capítulo específico del *Código Penal* dirigido a la tutela del patrimonio histórico; por medio de agravaciones en tipos básicos cuando el objeto material reviste la característica de ser un bien cultural; y con una ley penal especial cuando se trata de contrabando de bienes culturales. Este tipo de técnica de tutela penal reviste una serie de carencias que han sido detectadas por la doctrina especialista que se inclina mayoritariamente por una tutela penal integrada y conjunta.

La última reforma del *Código Penal* era una excelente oportunidad para acoger las mejoras de *lege ferenda* que fueron realizadas por los

expertos y que lamentablemente las más importantes no han llegado a puerto.

FUENTES DE CONSULTA

- Anguita Villanueva, Luis Antonio. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, Madrid, 2006.
- Álvarez Álvarez, José Luis. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español, y la Ley de 25 de junio de 1985*. Civitas, Madrid, 1989.
- Barcelona Llop, Javier. "La valoración económica de los bienes arqueológicos y de los daños al patrimonio arqueológico: algunas consideraciones jurídicas", en *¿Cuánto valen los platos rotos? Teoría y práctica de la valoración de los bienes arqueológicos*, Yáñez y Rodríguez Temiño (eds.), JAS Arqueología Editorial, Madrid, 2021.
- Colmenarejo Fritos, Antonio. "Los delitos sobre el patrimonio histórico. Aspectos generales", *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2018, pp. 8-34.
- Demuro, Gian Paolo. *Beni Culturali e Tecniche di Tutela Penale*. Giuffrè, Milano, 2002.
- Faraldo Cabana, Patricia. "Del hurto de hallazgo al expolio de yacimientos arqueológicos. ¿Una oportunidad perdida?", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 471-528.
- García Calderón, Jesús María. *La defensa penal del Patrimonio arqueológico*. Dykinson, Madrid, 2016.
- García Escudero, Piedad y Benigno Pendas García. *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*. Ministerio de Cultura, Madrid, 1986.
- Garofoli, Roberto. *Manuale de Diritto Penal. Parte Speciale. Tomo III. Nel-diritto Editore, Molfetta*, 2017.
- González Cussac, José Luis y Enrique Orts Berenguer. *Compendio de derecho penal. Parte General*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Guisasola Lerma, Cristina. *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Guisasola Lerma, Cristina, "Evolución de los delitos del patrimonio histórico en el Código Penal, ayer y hoy", en IV Encuentro Profesional Ilícito de Bienes Culturales sobre Lucha contra el Tráfico, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-Secretaría General Técnica, Madrid, 2016, pp. 73-83.

- Guisasola Lerma, Cristina, "La tutela penal indirecta de los bienes culturales en el ordenamiento español", *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2018, pp. 35-57.
- Guisasola Lerma, Cristina, "Delitos contra bienes culturales: especial consideración a los programas de cumplimiento penal (*Criminal Compliance Programs*) en el sector del mercado del arte", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 130, 2020, pp. 7-46.
- Guisasola Lerma, Cristina y Antonio López García. "La tutela jurídico-penal de los bienes culturales: expolio de yacimientos y su articulación con delitos de daños, sustracción, falsificación y contrabando de obras de arte", en *Patrimonio Cultural de Derecho*, núm. 23, 2019, pp. 301-355.
- Lombardi, Stefano. *Diritto del Beni Culturali*. Wolters Kluwer, Milano, 2021.
- Martínez Dalmau, Rubén. "Arte, derecho y derecho al arte", *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, enero-junio, 2014, pp. 35-56.
- Núñez Sánchez, Ángel. "La nueva regulación penal del delito de expolio de yacimientos arqueológicos", en Cristina Guisasola Lerma, *Expolio de Bienes Culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 166-198.
- Pérez Alonso, Esteban. "Los delitos contra el patrimonio histórico en el Código penal de 1995", *Actualidad Penal*, núm. 33, 1998, pp. 611-642.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. "Artículo 46: Patrimonio histórico, artístico y cultural", en *Comentarios a la Constitución Española. Tomo IV - Artículos 39 a 55 de la Constitución Española de 1978*. Edersa, Madrid, 2006, pp. 277-304.
- Periago Morat, Juan José. "Crónica de jurisprudencia penal, año 2019", en *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 24, 2020, pp. 353-369.
- Planas Roselló, Antonio. "Aspectos penales de la protección del Patrimonio Histórico Artístico", en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d'estudis històrics*, núm. 46, 1990, pp. 151-163.
- Rodríguez Moro, Luis. "Los delitos sobre el patrimonio histórico. Arts. 321 a 324", en Patricia Faraldo Cabana, *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación penal especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 177-234.
- Rodríguez Moro, Luis, "Críticas, incongruencias y dudas en la regulación penal de los delitos sobre el Patrimonio Histórico Español antes y después de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo" en *IV Encuentro Profesional sobre Lucha contra el*

- Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Ministerio de Educación Cultura y Deporte, Subdirección General de Documentación y Publicaciones, Madrid, 2016, pp. 84-100.
- Rodríguez Moro, Luis, "El delito de prevaricación en materia de patrimonio histórico: luces y sombras del art. 322 C.P." en Guisasola Lerma, Cristina, *Expolio de Bienes Culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 232-267.
- Roma Valdés, Antonio. *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural*. Comares, Granada, 2008.
- Rufino Rus, Javier. "El patrimonio arqueológico y su protección penal", *Revista de Patrimonio Histórico*, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, núm. 82, Sevilla, 2012, pp. 54-70.
- Salinero Alonso, Carmen. *La protección del patrimonio histórico en el Código Penal de 1995*. Cedecs, Barcelona, 1997.

VI

La especial situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en México

*Patricia Ordóñez León*¹

*María Chiara Marullo*²

INTRODUCCIÓN

La relación entre los derechos humanos, el medio ambiente y los pueblos indígenas está siendo objeto de preocupación creciente en el ámbito internacional.³ Las recientes e intensivas actividades industriales tienen enormes impactos en las comunidades locales y, en particular, en las graves violaciones a los derechos fundamentales de grupos vulnerables como los pueblos indígenas o las minorías.⁴ Esos frágiles grupos, des-

¹ Profesora e investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, encargada del proyecto “Trata de mujeres indígenas con fines de explotación sexual en México”, finalizado en 2018.

² Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado de la Universitat Jaume I, investigadora principal del proyecto UJI “Acaparamiento de tierras y recursos, ecocidio y pueblos indígenas” (UJI-A2020-04), marullo@uji.es.

³ Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/Stocktaking-reader-friendly-SP.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴ Véanse el informe: *Indigenous Peoples in Latin America: Statistical Information*, agosto, 2021. Más información en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46225>. En este

afortunadamente, se enfrentan a presiones sin precedentes también por la expansión de los desarrollos de infraestructuras globales y por la industria extractiva.

Hace pocas décadas las comunidades indígenas eran consideradas como víctimas pasivas de los efectos de la degradación medioambiental, pero ahora sabemos que son actores centrales en la conservación de la biodiversidad y en poner freno a los efectos destructivos del cambio climático.⁵ De hecho, en la región amazónica en el este de Ecuador, los pueblos originarios están teniendo un papel importantísimo en esta lucha⁶.

Como investigadoras especializadas en estas cuestiones, somos de la opinión que el núcleo de las peores violaciones de derechos fundamentales que están siendo perpetradas a daño de estas comunidades, se encuentra, en realidad, en el acaparamiento de tierras y aguas.⁷ Es bien sabido que las

informe proporciona información estadística sobre los pueblos indígenas en América Latina, incluidos los idiomas, los datos socioeconómicos, las tierras y los recursos naturales, y también se analiza el marco legislativo supranacional para la defensa de sus derechos fundamentales. Finalmente se profundizan algunas cuestiones claves como la relativa a las actividades empresariales y al cambio climático y cómo estos fenómenos están teniendo impactos importantes en las poblaciones indígenas. Sobre la interacción de los negocios con el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas véanse: M. Ashley Stein y Ilias Bantekas (eds.) (2021), *The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law*, Cambridge University Press. F. J. Zamora Cabot y M. C. Marullo "Empresas y derechos humanos bajo la pandemia: enfoque desde el Derecho internacional privado, general y sectores escogidos", *REDI*, núm. 73/1, pp. 345-352, y N. Reguart Segarra. "Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, núm. 1. pp. 109-130.

⁵ Francisco Javier Zamora Cabot, Lorena Sales Pallarés y María Chiara Marullo, *Actores destacados de la lucha contra el cambio climático*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021. Dentro de este libro se pueden consultar los capítulos relativos a los pueblos indígenas como actores destacados en esta lucha.

⁶ Véanse, Francisco Javier Zamora Cabot, José Elías Esteve Moltó y María Chiara Marullo, "The impact on human rights and food security of land grabs: cases from Brazil and Ecuador", en M. A. Martín y A. Fillol (eds.) *World food security and new challenges*, Nova Publishers, 2021.

⁷ Es por esta razón que, desde la Universitat Jaume I, hemos lanzado una iniciativa de más de 60 investigadores y nueve universidades iberoamericanas, liderada por el profesor Francisco Javier Zamora Cabot, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Jaume I de Castellón. Ha sido por tanto creada una red especializada sobre empresas y derechos humanos que trata con especial atención, los problemas de acaparamiento de tierras, REDHEXATA. Más información en redhexata.com. Sobre este tema, resulta de gran interés la tesis doctoral de Agnese Zandonella Goli, *Land Grabbing and Water Grabbing. Drivers, consequences and legal framework*, defendida en 2021.

empresas, con el apoyo de gobiernos, proceden a apropiarse de la tierra o los recursos hídricos (o ambos al mismo tiempo), a menudo utilizando medios brutales, con gran violencia, pérdida de vidas y desplazamiento forzado de masas de población, trabajo forzoso y trata de seres humanos, privando al mismo tiempo a las comunidades locales de los medios para subsistir⁸ y generando enormes y destructivos impactos sobre el medio ambiente que afectarán las futuras generaciones.⁹

Para solventar estas situaciones y prevenir las vulneraciones de derechos fundamentales, el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas está abordando estas cuestiones en las últimas décadas gracias a la labor del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las cuestiones indígenas.¹⁰

En el ámbito supranacional, por tanto, ha sido creado un marco normativo que debería poder proteger a estos colectivos,¹¹ en el que encontramos la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*,¹² normas que establecen la necesidad de obtener el

⁸ Muy interesante la ponencia de “El papel de las transnacionales en la dominación de los pueblos de Juan Hernández Zubizarreta”, *Salta la Olla*, (97 Irratia, 11 de junio de 2021), publicada por OMAL, más información en <https://omal.info/spip.php?article9506>.

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalado lo siguiente: “La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 149.

¹⁰ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Pueblos Indígenas, Foro Permanente de las Naciones Unidas. Más información en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html>.

¹¹ Sobre este tema veáanse, entre otros, J. Anaya, Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Madrid, España, Trotta, 2005 M. J. Andrade “Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos”, *Revista Campos en Ciencias Sociales*, núm. 6 (2), pp. 13-48, 2018. Bogotá D.C., Colombia. M. Berraondo (2013), “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación” en F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración: El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, pp. 191-205.

¹² En su artículo 10 establece: “Artículo 10 los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”. Al mismo tiempo, el artículo 8 establece que los Estados se comprometen a “establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento

consentimiento libre, previo e informado sobre reubicaciones, acuerdos contractuales o usos de sus tierras,¹³ en línea con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.¹⁴ Al mismo tiempo, han sido creados otros marcos regulatorios para reducir los impactos negativos de las actividades industriales en las comunidades locales,¹⁵ siendo el último el acuerdo regional Escazu.¹⁶ No obstante, estos órganos y los marcos normativos

de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos [...]”. Más información en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf. Sobre este tema véanse también: J. Aylwin y J. Rohr, “Los principios rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas-Avances logrados, la brecha de la implementación y desafíos para la próxima década”, *International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA)*. Disponible en <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/4429-ungp-10-es.html>, consultado el 22 de mayo de 2022.

¹³ “El derecho a la libre determinación va íntimamente ligado a los derechos políticos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a participar en la adopción de decisiones en asuntos que afectan a sus derechos y la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar con ellos para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”. Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, folleto informativo núm. 9/Rev.2, 2013, más información en <https://www.refworld.org/es/publisher/OHCHR,,53a2ac574,0.html>.

¹⁴ *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Más información en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---rolima/documents/publication/wcms_345065.pdf. Véanse también: F Eguiguren, “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 21, pp. 61-80, 2016.

¹⁵ Nos referimos, únicamente a modo de ejemplo, a los instrumentos de la OCDE como las directrices para empresas multinacionales y otras recomendaciones como: Conducta empresarial responsable y derechos humanos. Más información en <http://www.oecd.org/industry/inv/responsible-business-conduct-and-human-rights.htm>, véanse también: Linking Indigenous Communities with Regional Development, <https://www.oecd.org/industry/linking-indigenous-communities-with-regional-development-3203c082-en.htm>, Los Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework. Más información en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf; el informe *Indigenous Peoples and the 2030 Agenda*, se puede consultar en <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/focus-areas/post-2015-agenda/the-sustainable-development-goals-sdgs-and-indigenous.html>. La declaración tripartida de la ILO: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

¹⁶ *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean*. Más información en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf.

existentes no logran resolver todas las cuestiones y frenar los impactos negativos sobre los derechos fundamentales de dichas comunidades.

Las violaciones cometidas por empresas transnacionales, incluyendo tanto las empresas privadas como las públicas, se cometen muchas veces en el ámbito interno de sus operaciones, siendo vulnerados, entre otros, los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, sometidos a condiciones precarias de trabajo, formas de esclavitud moderna y trabajo forzoso, trabajo de niños y trata de seres humanos. Se trata de una realidad creciente y que afecta a casi la totalidad de los sectores industriales y que, como hemos evidenciado en publicaciones previas, afecta a los pueblos indígenas, en cuyos territorios ancestrales se encuentran los recursos naturales que dichas empresas utilizan para sus actividades.¹⁷

Esta situación crítica afecta a varios proyectos siendo uno de ellos el megaproyecto de termoeléctricas de ciclo combinado, más un gasoducto de 160 kilómetros, que atraviesa tres estados mexicanos y afecta a 80 comunidades. En este ejemplo, las comunidades indígenas y agricultores han mostrado su oposición al proyecto por los impactos sociales adversos y los altos riesgos ambientales por la existencia de un volcán cercano, el Popocatepetl, uno de los más activos y peligrosos en el mundo.¹⁸

Debido a la imposibilidad de abarcar todas las vulneraciones que al día de hoy afectan a las comunidades indígenas en el territorio mexicano, en este capítulo centramos nuestro estudio en los problemas relativos al trabajo forzoso y a la trata de personas, nuestra aportación se basa en datos recopilados en un proyecto de investigación desarrollado en el marco de las actividades de la investigación titulada *Trata de mujeres indígenas con fines de explotación sexual en México*, con número de registro UJAT-DACSYH-IA-2015-09.

¹⁷ C. Rodríguez Garavito, *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Disponible en <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=an+tidiscriminacion&publicacion=1203>, consultado el 22 de mayo de 2022.

¹⁸ Sobre este aspecto véanse el informe de Banktrack, en el que se desarrollan de forma detallada, los problemas de las empresas y la vulneración de los derechos humanos. Más información en <https://www.banktrack.org/>.

LA SITUACIÓN EN MÉXICO

México fue reconocido como país pluricultural en enero de 1992 tras la reforma de su artículo cuarto constitucional, dejando atrás una visión integracionista de los pueblos y comunidades indígenas a la sociedad mexicana predominante, y comenzar así a entender a estas culturas como parte de la composición propia del país, cuyo respeto y preservación es fundamental.

El artículo segundo constitucional define a los pueblos y comunidades indígenas en México como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país antes de iniciarse la colonización y conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. En ese tenor, el Sistema de Información Cultural de México¹⁹ estima que existen 69 pueblos indígenas,²⁰ repartidos en las entidades federativas que conforman la República Mexicana.

Asimismo, señala la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su *Curso sobre derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas*, que de los 2 456 municipios en los que existe presencia de población indígena, 624 son considerados indígenas debido a que más de 70% de su población pertenece a estos grupos,²¹ y se concentran principalmente en los estados de Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Veracruz y Yucatán.²² Los grupos y pueblos indígenas se

¹⁹ Sistema de Información Cultural de México: https://sic.cultura.gob.mx/datos.php?table=grupo_etnico.

²⁰ Ku'ahles, cochimíes, pa ipais, kiliwas, cucapás, kumiais, ixiles, q'eqchis', K'iches, awakatekos, kikapúes, jakaltekos, kaqchikeles, mames, k'anjob'ales-q'anjob'ales, tojolabales, tekos, mochós, tzeltales, lacandones, zoques, tsotsiles, ch'oles, chujes, akatecos (Campeche, Chiapas y Quintana Roo), tarahumaras, tepehuanos del norte, pimas, pueblos nahuas, tepehuanos del sur (Durango, Nayarit, Sinaloa y Zacatecas), chichimecas, amuzgos, tlapanecos, otomíes, mazahuas, tlahuicas, matlatzincas, p'urhépechas, coras, huicholes, mazatecos, zapotecos (del Itsmo, valles centrales y Sierra Norte), mixtecos (Guerrero, Oaxaca y Puebla), triquis, huaves, chontales de Oaxaca, ixcatecos, chocholtecos, tacuates, chatinos, cuicatecos, mixes, chinantecos, popolocas, huastecos, pames, guarijíos, seris, mayos, pápagos, ayapanecos, chontales de Tabasco, totonacos, tepehuas, olutecos, popolucas, sayultecos, texistepequeños y mayas. Sistema de Información Cultural de México. Disponible en https://sic.cultura.gob.mx/datos.php?table=grupo_etnico, consultado el 22 de mayo de 2022.

²¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su *Curso sobre Derechos Humanos de los Pueblos y Comunidades Indígenas*.

²² Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Indicadores socioeconómicos de los Pueblos Indígenas de México*, 2015.

encuentran distribuidos a lo largo del territorio del país y ocupan significativamente zonas en las que los recursos naturales son más abundantes.

Gran parte de la riqueza del subsuelo y del aire se ubica en territorios de los Pueblos Indígenas. El Plan Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024, menciona que

cerca del 50% de las cabeceras más importantes de las cuencas hidrográficas del país están ocupadas por pueblos indígenas; las regiones de mayor precipitación pluvial están en sus territorios donde se capta el 23.3% del agua del país. La cuarta parte de la propiedad social del país se encuentra asentada en territorios de los Pueblos Indígenas, misma que corresponde a 4,786 ejidos y 1 258 comunidades agrarias; además existen 304 mil unidades de pequeña propiedad.²³

En cuanto a la cantidad de personas indígenas en el país, el último registro de un censo oficial orientado a cuantificar la población indígena en México data de 2015 y condensó sus resultados en el documento titulado *Indicadores socioeconómicos de los pueblos indígenas de México*, teniendo como base la Encuesta Intercensal 2015 llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

De igual forma, para lo relativo a pueblos y comunidades indígenas se utilizó una metodología basada en la cuantificación, partiendo de la definición de *hogar indígena*²⁴ para determinar si éste era susceptible de considerarse como indígena y, a la vez, señalar la cantidad de integrantes que lo componían, así aunque algunos de los integrantes de ese hogar no fueran hablantes de una lengua indígena, dada la identificación y transmisión de la cultura que existe entre los integrantes de éste, se cuantifican como tales desde esta metodología.

²³ Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, *Plan Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024*. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/423227/Programa-Nacional-de-los-Pueblos-Indigenas-2018-2024.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2022.

²⁴ “El concepto de hogar indígena se ha definido como aquel donde el jefe(a), su cónyuge o alguno de los ascendientes (madre o padre, madrastra o padrastro, abuelo(a), bisabuelo(a), tatarabuelo(a), suegro(a)) declararon hablar alguna lengua indígena. Todos los integrantes de este hogar se contabilizan como población indígena aun cuando hayan manifestado no hablar alguna lengua indígena”. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Indicadores socioeconómicos de los pueblos indígenas de México*, 2015, p. 7.

En cifras, existe un total de población indígena en *hogares indígenas* de 12,02, 947 personas, quienes representan 10.1 % de la población total del país, del total de población indígena 4,623,197 no hablan una lengua indígena y 7,387,341 son personas mayores de tres años de edad hablantes de lenguas indígenas.²⁵ Sin embargo, del mismo censo fue cuantificado un total de población indígena autoadscrita, es decir, que se autoidentifican como indígenas a pesar de no pertenecer a un hogar indígena y esto puede deberse a la migración de integrantes de estos grupos a las ciudades o a otras entidades federativas; en suma, al considerar el factor de autoidentificación/adscrición, existe un total de 25,694,928 personas indígenas, lo que representa 21.5% de la población nacional total.²⁶ Es así que el reconocimiento de estos grupos no es sino el primer paso, tardío, para reivindicar sus derechos a formar parte activa de la vida política y el desarrollo del país, que por décadas fue dejado de lado bajo la premisa de que estos representaban un *atraso cultural*.

MARCO JURÍDICO NACIONAL

En el ámbito nacional, el marco jurídico se encuentra compuesto inicialmente por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en sus artículos primero²⁷ y, de forma particular el artículo segundo,²⁸ que aborda específicamente los derechos de las personas, pueblos y comunidades indígenas.

Es también importante señalar que el artículo primero constitucional establece que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, de los que México es parte, forman parte del *bloque de constitucionalidad*.

²⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Módulo 2. Transversalidad de los Enfoques de Género y Derechos Humanos", s.f.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Véase artículo primero de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución [...]". Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

²⁸ Véase artículo segundo. "La Nación Mexicana es única e indivisible". Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

En ese sentido, previo al análisis de los antecedentes del artículo segundo constitucional —que aborda de forma amplia los derechos de los pueblos, comunidades y personas indígenas— es necesario mencionar los tratados internacionales ratificados por el país. Encontramos el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes*, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* y la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Ahora bien, la *Constitución* hasta antes de la reforma del artículo segundo constitucional contenía la misma dirección integracionista que el *Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo*, el cual pocos años después se consideró erróneo y perjudicial para los pueblos indígenas, debido principalmente a su enfoque.

En 1992, se reconoció a México como nación pluricultural en el artículo cuarto constitucional²⁹ siguiendo la directriz marcada por el *Convenio 169* de la OIT que dio un nuevo enfoque a la forma en la que los Estados debían legislar en materia de pueblos indígenas. Pero esto no fue sino el preámbulo de un cambio mayor motivado en 1995 por el diálogo entre el gobierno y legisladores del orden federal con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), una organización político-militar formada mayoritariamente por indígenas de los grupos tzeltal, tzotzil, chol, tojolabal y mam del estado de Chiapas, que culminó en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar de febrero de 1996 sobre “Derechos y Cultura Indígena”,³⁰ en los que se destacó la necesidad de un nuevo marco jurídico que contemplara el reconocimiento de derechos colectivos e individuales de los indígenas; no obstante, no fue hasta 2001 cuando fue reformado en su totalidad;³¹ así se reconoció el derecho a la libre autodeterminación, autonomía, el derecho a sus tierras y recursos naturales, entre otros derechos.

²⁹ Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_122_28ene92_ima.pdf, consultado el 22 de mayo de 2022.

³⁰ Véase, Universidad Nacional Autónoma de México. *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, herramienta. Disponible en <http://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/index.html>, consultado el 22 de mayo de 2022.

³¹ Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto 2001. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01_ima.pdf, consultado el 22 de mayo de 2022.

Más tarde este artículo fue reformado nuevamente para reconocer sus derechos políticos en un plano de igualdad, así como su derecho a participar en las políticas de desarrollo dirigidas a éstos y la paridad de género en su representación política. Impera señalar que su marco jurídico también se encuentra compuesto por la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, las leyes de las entidades federativas, el Programa Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024 y algunos instrumentos en materias específicas como el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas de 2013, o en materia de trata la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.

De forma significativa también deben mencionarse el papel que juegan los organismos internacionales en el reconocimiento de las necesidades de los pueblos indígenas en el país, teniendo como ejemplo las recomendaciones finales del Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de 2018,³² hechas por algunos países³³ o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de Pueblos Indígenas o Tribales como la del caso Rosendo Cantú y otra, o el caso Fernández Ortega y otros; ambos contra el Estado mexicano. Sin embargo, existen otros casos cuya jurisprudencia tiene carácter orientador³⁴ y que versan sobre los derechos de igualdad y no discriminación, la autoidentificación, el acceso a la justicia considerando las especificidades culturales, la protección especial a sus territorios y recursos naturales y la participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción o medida que los afecte, de los que el país debe valerse cuando se dirimen derechos de los pueblos indígenas.

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del grupo de trabajo sobre el examen Periódico Universal*: México, 27 de diciembre de 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/447/02/PDF/G1844702.pdf?OpenElement>, p. 2, consultado el 22 de mayo de 2021.

³³ Belarús, Nepal, Nueva Zelandia, Costa de Marfil, Colombia, Pakistán, Sri Lanka, India, Egipto, Guyana, Santa Sede, República Islámica del Irán, Perú, Estado de Palestina, China y Canadá.

³⁴ Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, caso Baldeón García vs. Perú, caso Tiu Tojín vs. Guatemala, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, caso comunidad indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay, caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

VULNERABILIDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La vulnerabilidad de los pueblos y comunidades indígenas deriva, en el caso de México, de la visión que se tiene de éstos y de formas de discriminación que se siguen reproduciendo hoy en día, mermando directamente en sus oportunidades de desarrollo. La Encuesta Nacional de Indígenas³⁵, llevada a cabo por la Universidad Nacional Autónoma de México, midió la percepción de 1,200 personas no indígenas sobre quienes sí lo son, algunos de sus resultados fueron que 43.2% de los encuestados mencionan que la mayor desventaja que sufren es la discriminación, 21.6% consideró que la marginación y la pobreza, 5.8% la exclusión y 4.3% el analfabetismo.

La discriminación es un factor importante en la falta de oportunidades de desarrollo de los pueblos indígenas, pero la pobreza producto de la discriminación que por décadas han sufrido en el país aún merma en sus posibilidades de desarrollo, por lo que deben observarse las estadísticas al respecto para entender el nivel de vulnerabilidad al que se encuentran expuestos.

En datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social³⁶, en 2018 a través de herramientas estadísticas de medición de pobreza se estimó que 41.9% de la población total mexicana se encuentra en situación de pobreza, de la que 34.5% se encuentra en situación de pobreza moderada y 7.4% en pobreza extrema. Del total de la población en situación de pobreza 69.5% son personas indígenas, es decir, un total de 8.4 millones de personas, porcentaje que solo ha mostrado un descenso de 5.3% con relación al año 2010, de este total 41.6% se encuentra en situación de pobreza moderada y 27.9% en pobreza extrema.

Así también la estadística de personas hablantes de lenguas indígenas en situación de pobreza es de 74.9%, dando un total de 5.3 millones de personas, del que 39.2% se encuentra en pobreza moderada y 35.6% en pobreza extrema. El nivel de pobreza es mayor en los grupos indígenas

³⁵ Universidad Nacional Autónoma de México, Encuesta Nacional de Indígenas. Disponible en http://www.losmexicanos.unam.mx/indigenas/encuesta_nacional.html, consultada el 12 de mayo de 2022.

³⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Medición de la Pobreza. Anexo Estadístico de Pobreza en México 2018. Disponible en https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE_pobreza_2018.aspx, consultado el 23 de febrero de 2022.

y el índice es mucho mayor en hablantes de lenguas indígenas, particularmente debe remarcar el hecho de que del 41.9% de la población total en situación de pobreza 74.9% es indígena.³⁷

Ahora bien, se hace necesario resaltar que la pobreza a que hace referencia esta estadística no sólo comprende aspectos económicos, sino también los de carencia social que a su vez se dividen en acceso a los servicios de salud, “acceso a la seguridad social, calidad y espacios de vivienda, acceso a los servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación”.³⁸

Al respecto, en su comunicado de prensa número 8 de agosto 2018, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social informó que la precariedad se agrava cuando además de ser indígena se es mujer o adulto mayor. Ejemplo de ello es que en 2016 la pobreza extrema de hombres urbanos era de 4%, mientras que el de las mujeres indígenas en zonas rurales era del 45%.³⁹ En otros datos del referido comunicado, el nivel educativo de este grupo es relativamente bajo, ya que 31.6% presentaba rezago educativo y poco más del 50% contaba como máximo con el nivel básico (escuela primaria); la diferencia también es significativa en razón del género, pues mientras que la tasa de alfabetización de los hombres es de 86.3%, para las mujeres es del 76.5%.

En cuanto a la alimentación, para 2016 más del 30% de ellos presentaban falta de acceso a la alimentación, mientras que 77.6% no contaba con seguridad social, 15.1% no contaba con acceso a los servicios de salud y 56.3% carecía falta de acceso a los servicios básicos en la vivienda, como son drenaje o agua dentro de sus viviendas.⁴⁰

La pobreza y discriminación sistemática ha provocado que los indígenas migren tanto dentro como fuera del país en busca de mejores oportunidades laborales, que van desde trabajar como empleados domésticos en la ciudad hasta convertirse en jornaleros agrícolas en diversas partes del país en donde existen campos de cultivo. Son precisamente la movi-

³⁷ *Idem.*

³⁸ Sobre este tema véase Areli Sandoval Terán. “Es impostergable revisar el paradigma de desarrollo desde el enfoque de los derechos humanos”, más información en <https://www.socialwatch.org/book/export/html/15758>.

³⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Comunicado de Prensa núm. 8, 9 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/Comunicado-Dia-Pueblos-Indigenas.pdf>.

⁴⁰ *Idem.*

lidad, la precariedad y la necesidad factores que convierten a los grupos indígenas en un sector vulnerable a ser víctima de trata de personas.

TRATA DE PERSONAS EN GRUPOS INDÍGENAS

México, para efectos de la trata de personas, es un país de captación, transporte y explotación, el destino de las víctimas va desde el servicio doméstico hasta el comercio sexual y matrimonios forzados. En 2018 el *Global Slavery Index*,⁴¹ creado por la organización sin fines de lucro *Walk free foundation*, reportó que la protección de los trabajadores migrantes mexicanos debe ser una preocupación importante para América para la prevención de la trata; asimismo, este organismo estima que existe una prevalencia estimada de 2.7 víctimas por cada mil habitantes en México, con un total estimado de víctimas de 341,000 personas.

En datos de este informe, México, Colombia y Honduras tienen la mayor vulnerabilidad a la esclavitud moderna debido a los altos niveles de conflicto, terrorismo y desplazamiento.⁴² En 2014 el informe sobre la situación de la trata en México⁴³ de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, estimó que

un foco rojo de particular preocupación atañe al caso de niñas y mujeres indígenas en todo el país, particularmente en la región sur-sureste donde las condiciones de empleo, migración y acceso a la educación son más precarias y desfavorables que para el resto de la población femenina en general. Algunas prácticas culturales que promueven la venta y explotación de las mujeres también contribuyen a la vulnerabilidad de este grupo al delito de trata de personas.⁴⁴

⁴¹ Walk Free Foundation, *Índice global de esclavitud 2018. Informe regional de América*, pp. 20-24.

⁴² *Ibidem*, p. 30.

⁴³ Sobre este tema véanse, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Diagnóstico nacional sobre la situación de trata de personas en México*, más información en http://mexicosos.org/descargas/dossier/estudios/diagnostico_trata_de_personas.pdf. p. 16.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 61.

En 2013, el Comité de Seguimiento de la Alianza de Mujeres Indígenas de México y Centroamérica, organización sin fines de lucro, reveló que de cada 100 mujeres víctimas de trata, 70 de ellas pertenece a un grupo indígena. Y en 2014 se estimó que 20 mil niños y niñas fueron captados por redes de trata de personas y 45 de cada 100 son niñas indígenas.⁴⁵

De igual manera, la servidumbre doméstica afecta principalmente a niñas, adolescentes y mujeres de comunidades rurales en situación de pobreza, analfabetas o con primaria incompleta, indígenas o migrantes (irregulares) que por sus características físicas resultan más redituables para el trabajo doméstico que para la trata con fines de explotación sexual. Al igual que con la venta de niños y niñas, el perfil se caracteriza principalmente por ser menores de edad indígenas en situación de pobreza, de familia numerosa y con escasa o nula instrucción académica. Muchos de estos niños y niñas, que son vendidos por sus propias familias, serán utilizados para la mendicidad, pues es altamente redituable para los tratantes utilizar en mendicidad a niños y niñas indígenas (incluso bebés) en zonas turísticas y ciudades grandes.⁴⁶

La marginación y los altos niveles de pobreza extrema son factores de expulsión que aumentan la vulnerabilidad de la población a la trata de personas. Dentro de este universo de población, los grupos indígenas son sociedades que históricamente se han caracterizado por el racismo y la discriminación económica y social. De esta manera, estos factores en su conjunto incrementan su situación de vulnerabilidad a la trata de personas, principalmente en el ámbito de la trata con fines de explotación sexual y trabajos forzados.⁴⁷

En México, específicamente su frontera sur no sólo padece la explotación de indígenas provenientes de Chiapas y Oaxaca, sino también del país vecino Guatemala en la que los tratantes transportan a sus víctimas para ser explotadas sexualmente o en la servidumbre doméstica, en cambio, en la frontera norte se ha documentado que algunas comunidades indígenas normalizan el abuso y favorecen la explotación, observando que en algunas regiones como por ejemplo San Juan Chamula en Chia-

⁴⁵ Elizabeth Velasco C., "De cada 100 mujeres víctimas de trata en México, 70 son indígenas: ONG", *La Jornada*, 24 de junio de 2013. Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2013/06/24/politica/015n1pol>, consultado el 24 de junio de 2013.

⁴⁶ *Supra*, nota 44, p. 74.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 177-178.

pas las uniones y venta de menores de edad para contraer matrimonio forzoso es una práctica vigente,⁴⁸ pese a las adecuaciones legislativas en esa entidad federativa, poco se ha logrado para erradicar la práctica.

Otro sector en el que son explotadas personas concierne al trabajo agrícola, en 2016 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía dio a conocer las estadísticas a propósito del día del trabajador agrícola⁴⁹, del que se destaca que la escolaridad de la población con esta ocupación es de 5.9 años, es decir, no cuentan con la educación básica concluida. Asimismo, de cada 100 trabajadores agrícolas, 24 hablan alguna lengua indígena; sin embargo, esto no significa que trabajadores no hablantes de lenguas indígenas no pertenezcan a un pueblo o comunidad de esta índole.

Igualmente, los varones integrantes de grupos indígenas son mucho más vulnerables en los casos de explotación para trabajos forzados en campos de cultivo, notando que en datos del mismo documento se tiene que de cada 100 trabajadores agrícolas sólo 11 son mujeres.⁵⁰

En cuanto a la denuncia de estos delitos, la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas reportó que la incidencia delictiva de trata de personas, derivada de indagatorias iniciadas, entre febrero de 2008 y hasta julio de 2020 era un total de 990.⁵¹ Un número relativamente bajo si tomamos en consideración las estadísticas probables de víctimas en México, ya que se trata de un delito que poco se denuncia y del que, en ocasiones, se es testigo silente. Las entidades federativas con mayor número de casos, de acuerdo con cifras de la Fiscalía antes citada, son Ciudad de México, Chiapas, Puebla y Tlaxcala.

En 2013 se identificó el estado de Guerrero (principalmente en los municipios de Ciudad de Altamirano, Pueblo de Cruz Grande, Tlapa de Comonfort, Metlatonoc, Cochoapan el Grande, Atixtlac y Acatepec)

⁴⁸ Patricia Chandomí, "Matrimonios forzados en Chiapas: cuando los usos y costumbres se imponen a la Constitución". Disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-05/2dolugarReportajeEscrito2016_0.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Estadísticas a propósito del Día del Trabajador Agrícola, mayo de 2016. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/usieg/comunicados/25ene19/economia/18_diadelttrabajadoragricola_230118-18.pdf, consultado el 22 de febrero de 2021.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y la Trata de Personas, Estadísticas. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/575810/INICIOS-TP-2020.pdf>, consultado el 22 de febrero de 2021.

como la entidad federativa con mayor número de venta de niños, niñas y adolescentes indígenas para la explotación sexual, el trabajo doméstico y el trabajo agrícola en Sinaloa. De igual forma, otros estados con situación parecida a Guerrero son Chiapas, Oaxaca y el norte de Puebla.⁵²

Son entonces la falta de denuncia y persecución de estos delitos, lo que permite que existan estimaciones variadas y números que no son acordes a la verdadera magnitud del problema que se vive en el país; se conocen los tipos de explotación, pero no se indaga lo suficiente sobre las víctimas para permitir analizar el perfil de éstas con el fin de crear programas de prevención adecuados.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos señala que no se cuenta con información del 72% de las víctimas de trata respecto a su pertenencia a algún grupo en condiciones de vulnerabilidad, sin embargo, de las víctimas de las que se cuenta con un registro, de un total de 42 víctimas, 29 de ellas pertenecían a una comunidad indígena.⁵³ Así este organismo en anteriores años documentó y recomendó a los gobiernos de las entidades federativas de Baja California Sur⁵⁴ y Colima⁵⁵ tomar acciones respecto de los casos de trata a jornaleros agrícolas de las comunidades indígenas rarámuris (tarahumaras) y mixtecos.

Algunas acciones especiales se han tomado para combatir la trata de personas integrantes de grupos indígenas, una de estas y de reciente creación es el *Cuaderno de prevención de la trata de personas*, difundido en 21 lenguas indígenas que la CNDH editó en colaboración con el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) que lleva por título “Prevención de la Trata de Personas en Lenguas Indígenas”,⁵⁶ a la par de la radionovela

⁵² *Supra* nota 44, p. 69.

⁵³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Análisis situacional de los derechos humanos en materia de trata de personas. Disponible en <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50064>, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁵⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Recomendación 28/2016, sobre el caso de los jornaleros agrícolas indígenas rarámuris (tarahumaras)*, en Baja California Sur. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_028.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁵⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación 15/2018, sobre el caso de las violaciones a diversos derechos humanos por actos de trata de personas en agravio de jornaleros indígenas de origen mixteco en condiciones de vulnerabilidad localizados en un Ejido del municipio de Colima*, Colima. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_015.pdf, consultado el 23 de mayo de 2022.

⁵⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Prevención de la trata de personas en*

titulada *Tu mentira*,⁵⁷ difundida en espacios de gran audiencia nacional y regional con el fin de captar la mayor atención de personas. Empero las estrategias nacionales no son suficientes para hacer frente a un delito transnacional, la cooperación internacional es fundamental.

Es así que el Departamento de Estado de Estados Unidos reportó en junio de este año en su *2020 Trafficking in Persons Report*⁵⁸ la extradición de dos traficantes de personas a ese país provenientes de Tlaxcala, México, la llamada *cuna de la trata* en este país, debido a que en ese lugar se encuentran los principales tratantes del país y familias enteras se dedican a la perpetración de este delito en todas sus fases, tal como ha sido documentado en diversos medios tanto nacionales como internacionales.

Es importante que el Estado pueda hacer frente a la problemática de forma integral y cercar este delito desde todos los ángulos posibles; en este sentido, órganos gubernamentales como la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuenta con un papel fundamental en el combate a la trata para poder interceptar recursos de procedencia ilícita.

De igual forma en la identificación de prácticas análogas que pueden derivar en trata, uno de los temas de más reciente controversia en el país sucedió en 2015 cuando se abordó el tema de la maternidad subrogada y cómo esta podría traducirse en violencia sexual debido a que personas extranjeras se dirigían a Tabasco, entidad en la que existía una regulación insuficiente de la gestación por sustitución, lo que permitía una especie de turismo reproductivo similar a lo que sucede en países como India o Paquistán, y que al menos en México se valía de mujeres, ente ellas indígenas y en situación de vulnerabilidad, para atender la demanda de vientres, situación expuesta desde la Comisión Especial contra la Trata de Personas de la Cámara de Diputados.

lenguas indígenas, CNDH-INALI, 2015. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/Campana-indigenas/cua_PreencionTrataPersonasIndigenas.pdf, consultado el 22 de junio de 2022.

⁵⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Campaña de prevención de la trata de personas en lenguas indígenas. Radionovela *Tu mentira*. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/audio/radionovela-tu-mentira-capitulo-1>, consultado el 22 de junio de 2022.

⁵⁸ U.S. Departamento of State. *Trafficking in person report 20 th edition*. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>, consultado el 22 de junio de 2022.

CONCLUSIONES

Proteger los derechos de los pueblos indígenas es esencial para garantizar un desarrollo sostenible y sociedades más justas y pacíficas. Por ello, los estados, incluido México, deberían estar implementando acciones y creando medidas más eficaces que derivan de los convenios internacionales ratificados y ampliamente aceptados para proteger dichos derechos.

México reconoce las normas de *ius cogens* sobre la eliminación de la esclavitud y sobre trata de seres humanos, trabajo y matrimonios forzados, también ratificó la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y, por ende, se comprometió a adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a dicha convención. Además, cabe mencionar que en la observación general 2 (2008) del Comité relativa a la aplicación del artículo 2 de la *Convención*⁵⁹ se subraya la obligación de adoptar medidas para impedir la tortura y los malos tratos; en particular, para proteger a las personas y los grupos que resultan vulnerables a causa de la discriminación o la marginación, como pueden ser los grupos minoritarios y los pueblos indígenas⁶⁰. Se afirma que

la protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados

⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>, consultado el 22 de junio de 2022.

⁶⁰ Más información en Organización de las Naciones Unidas. Oficina de Alto Comisionado. *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf, consultado el 22 de mayo de 2022.

u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso.

Por esta razón, en nuestra investigación criticamos la falta de estrategias y acciones para garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en este territorio. El problema planteado se genera porque, al estado actual, el marco legal nacional no contribuye a reducir las vulneraciones que afectan a las comunidades indígenas y en particular relativas al tema del trabajo forzoso y trata de seres humanos. Una tarea pendiente que el legislador tendrá que solucionar también a la luz de los objetivos de desarrollo sostenible de reducción de la pobreza y de eliminación de la discriminación.

FUENTES DE CONSULTA

- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid, España, Trotta, 2006.
- Andrade, María José, “Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos”, *Campos en Ciencias Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2018, pp. 13-48.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: México*. 27 de diciembre de 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/447/02/PDF/G1844702.pdf?OpenElement>, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Aylwin, J. y J. Rohr, “Los principios rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos y los pueblos indígenas. Avances logrados, la brecha de la implementación y desafíos para la próxima década”, IWGIA. Disponible en <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/4429-ungp-10-es.html>, consultado el 23 de mayo de 2021.
- Bantekas, Ilias, Michael Ashley Stein (eds.). *The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021.
- BankTrack. Disponible en <https://www.banktrack.org/>.
- Berraondo, M., “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación” en F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), *Los*

- derechos indígenas tras la Declaración: El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, 2013, pp. 191-205.
- Chandomí, Patricia. *Matrimonios forzados en Chiapas: cuando los usos y costumbres se imponen a la Constitución*. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-05/2dolugarReportajeEscrito2016_0.pdf, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 149. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. *Indicadores socioeconómicos de los Pueblos Indígenas de México*, 2015.
- CNDH, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Análisis situacional de los derechos humanos en materia de trata de personas*. Disponible en <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50064>, consultado el 22 de mayo de 2021.
- CNDH, *Recomendación 28/2016, sobre el caso de los jornaleros agrícolas indígenas rarámuris (tarahumaras), en Baja California Sur*. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_028.pdf
- CNDH, *Recomendación 15/2018, sobre el caso de las violaciones a diversos derechos humanos por actos de trata de personas en agravio de jornaleros indígenas de origen mixteco en condiciones de vulnerabilidad localizados en un Ejido del municipio de Colima, Colima*. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_015.pdf
- CNDH, *Prevención de la trata de personas en lenguas indígenas, CNDH-INALI, 2015*. Disponible en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/Campana-indigenas/cua_PrevencionTrataPersonasIndigenas.pdf
- CNDH, *Campaña de prevención de la trata de personas en lenguas indígenas, radionovela Tu mentira*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/campa%C3%B1a/1648/campana-de-prevencion-de-la-trata-de-personas-en-comunidades-rurales-e-indigenas>.
- CNDH, "Módulo 2. Transversalidad de los Enfoques de Género y Derechos Humanos", s.f.

- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. *Indicadores socioeconómicos de los Pueblos Indígenas de México*, 2015, p. 7.
- Congressional Research Service. "Indigenous Peoples in Latin America: Statistical Information". Disponible en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46225>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- Consejo de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/Stocktaking-reader-friendly-SP.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- CNEPDS, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza. Anexo estadístico de pobreza en México 2018*. Disponible en https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE_pobreza_2018.aspx, consultado el 22 de mayo de 2021.
- CNEPDS *Comunicado de prensa núm. 8*, 9 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/Comunicado-Dia-Pueblos-Indigenas.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Eguiguren, F., "El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos", *Pensamiento Constitucional*, núm. 21, 2016, pp. 61-80.
- Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las mujeres y la Trata de Personas, *Estadísticas*. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/575810/INICIOS-TP-2020.pdf>.
- Hernández Zubizarreta, Juan, "El papel de las transnacionales en la dominación de los pueblos de Juan", *Salta la Olla*. Disponible en <https://omal.info/spip.php?article9506>, consultado el 23 de mayo de 2021.
- Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas. Plan Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/423227/Programa-Nacional-de-los-Pueblos-Indigenas-2018-2024.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía y Estadística. Estadísticas a propósito del Día del Trabajador Agrícola, mayo de 2016. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/usieg/comunicados/25ene19/economia/18_diadeltrabajadoragricola_230118-18.pdf.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Disponible en <https://www.ilo.org/wcmsp5/>

- groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf., consultado el 23 de mayo de 2022.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Diagnóstico Nacional sobre la situación de trata de personas en México*, Naciones Unidas y Secretaría de Gobernación de México, México, 2014, p. 16.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Diagnóstico Nacional sobre la situación de trata de personas en México*, Naciones Unidas y Secretaría de Gobernación de México, México, 2014, p. 74.
- Organización Internacional del Trabajo. *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, consultado el 22 de mayo de 2021.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”. Disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher/OHCHR/53a2ac574,0.html>, consultado el 23 de mayo de 2022.
- ONU Oficina de los Derechos Humanos. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, consultado el 23 de mayo de 2021.
- ONU “Indigenous Peoples and the 2030”. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/focus-areas/post-2015-agenda/the-sustainable-development-goals-sdgs-and-indigenous.html>, consultado el 20 de mayo de 2022.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Responsible business conduct and human rights”, Disponible en <http://www.oecd.org/industry/inv/responsible-business-conduct-and-human-rights.htm>, consultado el 22 de agosto de 2022.
- OCDE “Linking Indigenous Communities with Regional Development”. Disponible en <https://www.oecd.org/publications/linking-indigenous-communities-with-regional-development-3203c082-en.htm>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Diagnóstico Nacional sobre la situación de trata de personas en México*, Naciones

- Unidas y Secretaría de Gobernación de México, 1era Edición, México, 2014, p. 69.
- Reguart Segarra, Núria. "Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, núm. 1. pp. 109-130. 2019.
- Rodríguez Garavito, César. "Etnicidad.go. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados", *De Justicia*, 2012. Disponible en <https://www.dejusticia.org/publication/etnicidad-gov-los-recursos-naturales-los-pueblos-indigenas-y-el-derecho-a-la-consulta-previa-en-los-campos-sociales-minados/>, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Segob, Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_122_28ene92_ima.pdf, consultado el 22 de mayo de 2021.
- Segob *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01_ima.pdf
- Sistema de Información Cultural de México. Disponible en https://sic.cultura.gob.mx/datos.php?table=grupo_etnico, consultado el 22 de mayo de 2021.
- UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México. Encuesta Nacional de Indígenas. Disponible en http://www.losmexicanos.unam.mx/indigenas/encuesta_nacional.html, consultado el 22 de mayo de 2021.
- U.S. Department of State. Disponible en <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf>
- Velasco C., Elizabeth, "De cada 100 mujeres víctimas de trata en México, 70 son indígenas: ONG", *La Jornada*, 24 de junio de 2013. Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2013/06/24/politica/015n1pol>, consultado el 24 de junio de 2013.
- Walk Free Foundation, *Índice Global de Esclavitud 2018. Informe Regional de América*. Disponible en <https://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2221>, consultado el 22 de mayo de 2022.
- Zamora Cabot, Francisco Javier y María Chiara Marullo, "Empresas y derechos humanos bajo la pandemia: enfoque desde el Derecho internacional privado, general y sectores escogidos", *Revista*

Española de Derecho Internacional, vol. 73, núm. 1, enero-junio de 2021, pp. 345-352, 2021

Zamora Cabot, Francisco Javier, Lorena Sales Pallarés y María Chiara Marullo. "Actores destacados de la lucha contra el cambio climático", en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

Zamora Cabot, Francisco Javier, José Elías Esteve Moltó y María Chiara Marullo, "The impact on human rights and food security of land grabs: cases from Brazil and Ecuador", en M. A. Martín y A. Fillol (editors) *World food security and new challenges*, Nova Publishers, 2021.

Zandonella Golin, Agnese, *Land Grabbing and Water Grabbing. Drivers, consequences and legal framework*, Master's Degree programme in Comparative International Relations, Università Ca'Foscari Venezia. Disponible en <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/19408/847194-1223973.pdf?sequence=2>, consultado el 23 de mayo de 2021.

Zolla, Carlos y Emiliano Zolla Márquez, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*. México, UNAM, 2004. Disponible en <http://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/index.html>, consultado el 23 de mayo de 2022.

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
————— 9 —————

Coordinado por Martha Elba Izquierdo Muciño se terminó de editar
el 18 de octubre de 2022.

Departamento de Producción
y Difusión Editorial de la SIEA

Patricia Vega Villavicencio	<i>Coordinación editorial</i>
María de los Ángeles García Moreno	<i>Análisis e interpretación del sistema antiplagio</i>
Iván Pérez González	<i>Corrección de estilo y ortotipográfica; diagramación de forros e interiores</i>

Por disposición del Reglamento de Acceso Abierto de la
Universidad Autónoma del Estado de México se publica la versión
PDF de este libro en el Repositorio Institucional de la UAEM.

La colaboración interuniversitaria entre la Universitat Jaume I de Castellón, España y la Universidad Autónoma del Estado de México, más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones, traen como resultado la publicación del noveno número de *Diálogos Jurídicos entre España y México*.

Entre los temas que se analizan, destacan el principio de presunción de inocencia en materia penal en México, *fake news* en tiempos pandémicos, la protección internacional de refugiados y migrantes en México, así como en España, la protección del patrimonio cultural y la especial situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en México.

Invitamos al lector a adentrarse en este texto que es producto del esfuerzo de los profesionales de las disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

SIEA