

Lex

Registro Internacional ISSN (online) 2313-1861

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS



UAP | EN LA UAP
TÚ ERES PARTE
DEL CAMBIO

AÑO XXII 2024-II
NÚMERO **34**



El brujo, óleo sobre lienzo 90 x 110 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

Revista Lex N° 34

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Lex

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
Año XXII - N° 34 - 2024-II
Periodicidad semestral
Correo electrónico: revistalex@uap.edu.pe
URL: <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/index>

Razón Social

©Universidad Alas Peruanas SA
RUC: 20303063766
Rector: Dr. César Angulo Rebaza
Calle Las Gardenias N° 430, Urb. Pampas de Santa Teresa, Santiago de Surco, Lima.
Correo electrónico: cangulo@uap.edu.pe
Website: www.uap.edu.pe

©Vicerrectorado de Investigación

Fondo Editorial
Dr. César Angulo Rebaza
Calle Las Gardenias N° 430, Urb. Pampas de Santa Teresa, Santiago de Surco, Lima.
Correo electrónico: cangulo@uap.edu.pe

Producción editorial

Corrección de textos: Julia Pita Chávez
Diseño original: Alberto Escalante
Diagramación: Víctor Millán Salazar - Héctor Abraham Saavedra Cavero
Editor gráfico y Fotografía: Jorge Luis Verástegui Castillo

Cuerpo Editorial de la Revista Lex

AUTORIDADES

Rector, Dr. César Angulo Rebaza
Vicerrector Académico: Dr. César Angulo Rebaza
Vicerrector de Investigación: Dr. César Angulo Rebaza

EDITORA

Aida Ana María Castillo Canani

CONSEJO EDITORIAL

Julia Mercedes Pita Chávez
<https://orcid.org/0000-0003-0835-4439>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Dimas Achaui Mora
<https://orcid.org/0000-0003-1418-1589>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Yda Rosa Cabrera Cueto
<https://orcid.org/0000-0003-3778-7292>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Jorge Godofredo Calla Colana

<https://orcid.org/0000-0002-9801-9353>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Edwin Barrios Valer
<https://orcid.org/0000-0001-7887-6190>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Leonardo Humberto Peñaranda Sadova
<https://orcid.org/0000-0002-9603-9756>
Universidad Alas Peruanas, Perú

Marco Antonio Huamán Sialer
<https://orcid.org/0000-0002-7052-960X>
Presidente del Tribunal Fiscal, Perú

Sara Ynés Tello Cabello

<https://orcid.org/0000-0003-4864-1221>

Investigador independiente, Perú

Rolando Javier Torres Gamero

<https://orcid.org/0000-0001-7312-1717>

Consultor de seguros, investigador independiente, Perú

Pascual Asencio Torres

<https://orid.org/0000-0002-2619-4646>

Investigador independiente, Perú

Cynthia Milena Salinas Galindo

<https://orcid.org/0000-0002-5800-3066>

Universidad Tecnológica, Perú

Krúpskaya Ugarte Boluarte

<https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Roberto MacLean Ugarteche

Especialista en Derecho Internacional,

Consultor, Perú

Víctor Cubas Villanueva

Ex Fiscal Supremo, Secretario Técnico de la Oficina de implementación del Código Procesal Penal. Ministerio Público, Perú

Marcelo Alberto López Alfonsín

<https://orcid.org/0000-0002-2110-3354>

Juez de la ciudad Autónoma de Buenos Aires,

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Erlí Aparecida Camargo

Fundación Instituto Nereu Ramos-Finer.

Centro Sul-Brasileiro de Pesquisa, Extensão e Pós-

Graduação-Cénsupeq, Brasil

Carmen Barranco Avilés

<https://orcid.org/0000-0001-5027-3750>

Universidad Carlos III de Madrid, España

Sandra Alemán Martínez

<https://orcid.org/0000-0001-9545-5611>

Universidad Autónoma del Estado de México, México

Alfonsina Gómez Martín

<https://orcid.org/0000-0002-4409-2555>

Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Alejandro Vega Muñoz

<https://orcid.org/0000-0002-9427-2044>

Universidad Autónoma de Chile, Chile

Ilustración: Artista plástico Juan Carlos Ñañaque Torres (Lambayeque, Chiclayo 1971)

La revista Lex es una publicación periódica semestral de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. Su objetivo primordial es promover la investigación científica en el ámbito del Derecho en sus diferentes vertientes, de modo que pueda servir como fuente de consulta para investigadores, docentes y estudiantes de la especialidad. Lex es una revista arbitrada por pares externos y por miembros del Consejo Editorial.

Revista Indizada en: Latindex, Dialnet, Google Scholar, Base, Clase (Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades), Journal TOCs, vLex, Heinonline, Rebiun, Biblat, La Referencia, Alicia(Repositorio Nacional Digital, Concytec Perú).

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional: 2024-01823

ISSN en línea: 2313 – 1861

El contenido de Lex puede ser reproducido, reconociendo debidamente la fuente.

La ideas, expresiones y afirmaciones son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Logo de licencia Creative Commons Atribución no comercial-compartir igual 4.0 Internacional

CONTENIDO

Créditos	4
Autoridades	5
Contenido	6
Editorial	11

ARTÍCULOS PRINCIPALES

El Defensor del Pueblo español: construyendo una cultura de estabilidad institucional en torno a sus actores y procesos de transición

The Spanish Ombudsman: Building a Culture of Institutional Stability Around its Actors and Transition Processes

María José Vicente Vicente, <https://orcid.org/0000-0002-7962-0362>

Inés Bartolomé Cid, <https://orcid.org/0009-0004-1408-0635>

Universidad Complutense de Madrid, España

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2782> 13-36

Los instrumentos de ordenamiento territorial de macro escala nacional:

Análisis de la legislación urbanística ecuatoriana

Territorial Planning Instruments on a National Macro Scale:

Analysis of Ecuadorian Urban Planning Legislation

Katia Paola Barros Esquivel, <http://orcid.org/0000-0002-1576-9360>

Flacso, Ecuador

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2783> 37-58

La Apatridia en mujeres, acciones del ACNUR y la nueva alianza global para poner fin a la Apatridia

Statelessness in Women, UNHCR Actions and the New Global Alliance to end Statelessness

Sandra Alemán Martínez, <http://orcid.org/0000-0001-9545-5611>

Universidad Autónoma del Estado de México, México

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2784> 59-90

Acciones colectivas de consumo en la ciudad autónoma de Buenos Aires

Collective Consumer Actions in the Autonomous City of Buenos Aires

Carlos Eduardo Tambussi, <https://orcid.org/0000-0003-0444-7937>

Universidad de Buenos Aires, Argentina

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2785> 91-118

<p>Los reclamos de las comunidades indígenas de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc por la explotación de litio en el marco del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho <i>Claims of the Indigenous Communities of Salinas Grandes and Laguna de Guayatayoc for the Exploitation of Lithium within the Framework of the Recognition of Nature as a Subject of Law</i> María Valeria Ferrante, https://orcid.org/0009-0007-9186-5120 Universidad de Buenos Aires, Argentina http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2786</p>	119-140
<p>Análisis comparativo de las cifras de femicidio en México, Ecuador y Perú <i>Comparative analysis of femicide figures in Mexico, Ecuador and Peru</i> Adelaida Rojas García, http://orcid.org/0000-0002-0963-9252 Sandra Jackelline Urgilés León, http://orcid.org/0000-0003-0822-6816 Krúpskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte, http://orcid.org/0000-0001-5226-4807 Brenda Nathaly Valdés Pérez Universidad Autónoma de México, México; Universidad de Cuenca, Ecuador; Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2787</p>	141-162
<p>Derechos de infantes, perspectiva en madres privadas de su libertad <i>Children's Rights, Perspective in Mothers Deprived of their Freedom</i> Rolando Castillo Santiago, https://orcid.org/0000-0001-8764-9168 Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2788</p>	163-182
<p>Inteligencia artificial y Derecho Penal, ¿será necesario un nuevo concepto de delito? <i>Artificial Intelligence and Criminal Law, Will a new Concept of Crime be Necessary?</i> Liuver Camilo Momblanc, https://orcid.org/0000-0002-1311-095X Universidad del Oriente, Cuba http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2789</p>	183-210
<p>Necesidad del análisis económico del derecho en el Derecho Administrativo sancionador <i>Need for Economic Analysis of the Law in Administrative Sanctioning Law</i> Carlos Ponce Rivera, https://orcid.org/0000-0002-2878-6303 Docente universitario, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2790</p>	211-236

<p>Definición y alcances del concepto jurídico de Funcionario Público a la luz del artículo 425° del código penal peruano <i>Definition and Scope of the Legal Concept of Public Official Under Article 425° of the Peruvian Criminal Code</i> Carlos Alberto Juárez Muñoz, http://orcid.org/0000-0003-4385-5300 Abogado y Fiscal Provincial Penal Titular de Lima, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2791</p>	237-254
<p>La naturaleza imperativa de la normativa de contrataciones del Estado y su aplicación en las solicitudes de ampliación de plazo en obra pública <i>The Imperative Nature of the State Contracting Regulations and their Application in Requests for Extension of the Deadline in Public Works</i> Daniel Alberto Juárez Fernández, http://orcid.org/0000-0002-4140-1543 Investigador independiente, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2792</p>	255-264
<p>Efectividad de las medidas de protección en la prevención de la violencia intrafamiliar <i>Effectiveness of Protective Measures in Preventing Domestic Violence</i> Celia-Rosa Yupanqui-Astete, https://orcid.org/0009-0008-4977-9410 Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2793</p>	265-280
<p>Derecho, comunidades sordas y antropología, develaciones jurídicas en la diversidad social <i>Law, Deaf, Communities and Anthropology, Legal Revelations in Social Diversity</i> Norberto Ávalos Rodríguez, https://orcid.org/0009-0001-9216-9406 Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2794</p>	281-306
<p>El acceso al trabajo mediante acciones afirmativas en favor de las personas con antecedentes penales en libertad <i>Access to employment through affirmative actions in favor of individuals with a criminal record who are free</i> Rudy Augusto Pillpe Yaranga, https://orcid.org/0000-0003-4531-9050 Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2795</p>	307-318
<p>El principio pro consumidor en el Derecho de Seguros <i>The Pro-Consumer Principle in Insurance Law</i> Rolando Javier Torres Gamero, https://orcid.org/0000-0001-7312-1717 Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2796</p>	319-334

ARTÍCULOS VARIOS Y DE CIENCIAS AFINES

Reflexiones sobre la verdad biológica y su relación con los derechos fundamentales

Reflections on Biological Truth and its Relationship With Fundamental Rights

Hilda Brigith Ávila López, <https://orcid.org/0009-0000-2801-0161>

Maggreysi Yanira Palma Marín, <https://orcid.org/0009-0005-3509-4363>

Felipa Elvira Muñoz Ccuro, <https://orcid.org/0000-0001-9572-1641>

Universidad César Vallejo, Perú

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2797>335-356

Este obra está bajo una licencia de [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

ISSN: 2313-1861

Acceso al número de visitas y accesos de la revista Estadística.





Esperándote, óleo sobre lienzo 120 x 100 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

EDITORIAL

Lex N°34 Vol.XXII 2024-II se publicó en el mes de diciembre, con importantes artículos, principalmente de investigaciones del Perú e Iberoamérica, que permiten analizar, difundir, discutir, contribuir con la nueva problemática de la Ciencia jurídica en el Perú y el mundo.

Un tema importante del que nos volvemos a ocupar, lo vimos en el editorial de Lex N°30-Vol. XX-2022-II, a raíz del comentario en SciELO perspectiva¹ del artículo “Should open access lead to closed research? The trends towards paying to perform research”², recientemente publicada en *Scientometrics*, realizado por investigadores de China, Bélgica y Noruega, sobre la problemática que afronta la Ciencia de Acceso Abierto, AA, respecto a Ciencia Cerrada que cobran tasas de procesamiento de artículos (APCs), costo asumido por el autor y desplaza a suscripciones en las llamadas revistas Doradas e Híbridas³, y ha convertido a las editoriales involucradas, principalmente Elsevier y Clarivate, en fuerte modelo de negocio.

El Acceso Abierto, AA, se inicia a partir de 1,998 con Scielo, siendo precursora en América Latina de revistas online y en el mundo a raíz de la declaración de diciembre de 2001, La Iniciativa de Acceso Abierto de Budapest (BOAI)⁴.

En Acceso Abierto, AA, se publican más de 50% de los artículos científicos de todos los campos, no tienen costo para el autor, y en Acceso Cerrado, tiene cobro de tasas por procesamiento de artículos (APCs), para los autores, sus márgenes de beneficio son del 40%, los ingresos globales estimados de estas editoriales superan los 2 mil millones de dólares anuales. El financiamiento de las investigaciones lo realizan los Consejos Nacionales de Investigación de cada país, los Centros de Investigaciones nacionales y extranjeros, las universidades, la empresa privada y hasta los propios investigadores; dichas editoriales privadas, cobran por publicar y por acceder a sus Bases de datos, y no financian ninguna investigación.

Así las grandes editoriales comerciales siguen manteniendo el control sobre el sistema de publicación científica⁵.

1 SciELO en perspectiva, septiembre 5 de 2022.

<https://blog.scielo.org/es/2022/09/15/acceso-abierto-e-investigacionescerradas-quienes-se-benefician-con-el-apc/#.Y5klCnZBy00>

2 L. Zhang, et al. “Should open access lead to closed research? The trends towards paying to perform research”. *Scientometrics* [online]. 2022 [viewed 15 September 2022]. <https://doi.org/10.1007/s11192-022-04407-5>. Available from: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11192-022-04407-5>

3 Revistas que antes trabajaban solo con suscripciones, hoy cambian su modelo de negocio, las doradas AA, donde hoy todos los artículos están disponibles de inmediato, y revistas híbridas AA, que publican tanto contenido AA como contenido solo por suscripción, los artículos se abren si el autor paga los cargos de procesamiento de artículos, APCs.

4 SciELO en perspectiva, septiembre 5 de 2022, op.cit.

5 *Ibidem*.

Es de suma importancia para la comunidad académica mundial, el movimiento que las universidades, centros de investigación, bases de datos, instituciones internacionales, están llevando a cabo, para reapropiarse de los contenidos que ellos generan, y se agrupan en revistas Diamante⁶, ya que ahora con la publicación virtual, y el AA, no se necesita de Editoriales para la publicación y difusión de sus logros, se puede realizar desde sus propios repositorios.

En el 2023, en Toluca, México, se realizó el Primer Congreso de revistas Diamantes desde el 23 al 27 de octubre y la Cumbre Global sobre Acceso Abierto Diamante⁷, participando Redalyc, la Universidad Autónoma del Estado de México, AmeliCA, UNESCO, CLACSO y otras prestigiosas instituciones. Una de las conclusiones importantes del Plan de Acción para el Acceso Abierto Diamante que se generó fue que “El conocimiento es nuestro activo más valioso y un bien común que debe ser compartido mundialmente para afianzar la sustentabilidad de nuestro planeta y futuro. La revolución digital provee medios sin precedentes para difundir los resultados científicos a todo el mundo en un solo instante para el beneficio de todos”. En ese sentido, la Revista Lex es una publicación que se ciñe a ese espíritu, pues se ha publicado en Acceso Abierto por 23 años con un buen nivel de convocatoria, difusión y citas.

Como es ya costumbre cada edición se ilustra con pintores y artistas plásticos peruanos. En este número nos acompaña nuevamente el pintor limeño Juan Carlos Ñañaake, con estudios en la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes del Perú, y en la Real Academia de Bellas Artes de San Carlos, México, y que tiene como motivación de su obra a la humanidad, su cultura y la cosmovisión de las culturas prehispánicas.

Finalmente, extendemos nuestro agradecimiento a todos los colaboradores que hacen posible la publicación de la Revista Lex, especialmente a los autores y pares evaluadores que hacen de ella un ejemplo de excelencia académica, y todos aquellos que apoyan para sacar adelante la edición.

CONSEJO EDITORIAL
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Alas Peruanas

⁶ Martha Serrat-Brustenga, “Las revistas Diamante: creando una comunidad global y nuevas infraestructuras”, <https://www.ub.edu/blokdebid/es/content/las-revistas-diamante-creando-una-comunidad-global-y-nuevas-infraestructuras>

⁷ Información en:

<https://www.clacso.org/actividad/cumbre-global-sobre-acceso-abierto-diamante/#:-:text=23%20octubre%2C%202023%20%2D%2027%20octubre%2C%202023&text=Por%20primera%20vez%2C%20la%20comunidad,las%20pr%C3%A1cticas%20de%20comunicaci%C3%B3n%20acad%C3%A9mica.>

*El Defensor del Pueblo Español:
Construyendo una Cultura de Estabilidad
Institucional en torno a sus Actores y
Procesos de Transición*

*The Spanish Ombudsman:
Building a Culture of Institutional Stability
Around its Actors and Transition Processes*

María José Vicente Vicente* <https://orcid.org/0000-0002-7962-0362>

Inés Bartolomé Cid** <https://orcid.org/0009-0004-1408-0635>

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2782>

* Doctora en Ciencias Políticas y Sociología (UNED) y en Comunicación Política e Institucional (UCM), profesora de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid y de Sociología en la Universidad de Castilla-La Mancha. España.

Correo electrónico: mariajose.vicente@uclm.es

** Coautora, investigadora becaria del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid. España.

Correo electrónico: inbartol@uclm.es

Lex





Bodegón Mochica, óleo sobre lienzo 100 x 90 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

En este trabajo nos marcamos como objetivo principal el análisis de la figura del Defensor del Pueblo. Para ello, observamos esta Institución desde su normativa reguladora y los pilares que sustentan su funcionamiento, para luego revisar los actores y escenarios más influyentes en los que han tenido lugar hasta el último proceso de transición del año 2021, a través de una metodología descriptiva y de estudio de caso. Trabajando en conceptos clave como Ombudsman, Derechos Humanos, Derechos civiles, Constitución y legislatura, su propósito consiste en que pueda ser una herramienta de comprensión de la Institución sobre la base de una cultura de estabilidad institucional y de poder dotar de un mayor conocimiento a los alumnos universitarios.

Palabras clave: *derechos civiles, derechos humanos, parlamento, constitución, consenso.*

ABSTRACT

In this work, our main objective is to analyze the figure of the Ombudsman. To do so, we observe this Institution from its regulatory regulations and the pillars that support its operation, and then review the most influential actors and scenarios in which they have taken place until the last transition process of 2021, through a descriptive and case study methodology. Working on key concepts such as Ombudsman, Human Rights, Civil Rights, Constitution and legislature, its purpose is to be a tool for understanding the Institution based on a culture of institutional stability and to be able to provide greater knowledge to university students.

Keywords: *civil rights, human rights, parliament, constitution, consensus.*

I. INTRODUCCIÓN

La institución del Defensor del Pueblo se inserta en el marco constitucional y para su mejor comprensión, se elabora este estudio de actores y escenarios influyentes en el proceso de transición de un Defensor a otro.

Como objetivo principal se plantea realizar un estudio desde un punto de vista político del Defensor del Pueblo de España como supervisor de la actividad de las Administraciones públicas españolas, diferenciando bien entre la institución y la persona que ostenta el cargo, con el fin de poder describir con total precisión el proceso de cese, elección de un nuevo Defensor del Pueblo y transición entre Defensores que se produce en la Institución.

Los antecedentes más antiguos de esta figura podemos encontrarlos en el romano Tribuno de la Plebe, un defensor de los derechos de los plebeyos frente a los privilegios de los patricios; en el Sahib-al-Mazalim, una especie de juez de la España musulmana que se ocupaba de oír las quejas de agravio de autoridad; y, por supuesto, en el Justicia Mayor de Aragón, un juez que existió hasta 1711 y que se ocupaba de evitar que las normas y actos de la autoridad no fueran abusivos mediante la emisión de dictámenes vinculantes¹.

Asimismo, podemos tener en cuenta al “personero” o procurador de las Partidas, a la figura del “vocero” presente en las antiguas prácticas jurídicas hispánicas y a los agravios que, no siendo un órgano como tal, ponen de manifiesto infracciones cometidas por la autoridad: el rey².

1 A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, (Madrid: Composiciones RALI, S.A., ed. 2016), 67.

2 *Ibíd.*

Sin embargo, a pesar de la larga tradición de figuras protectoras de derechos y en contra de los abusos, la figura del Defensor del Pueblo español se inspira en el *Ombudsman* escandinavo, creado en el siglo XIX.

El *Ombudsman* o “tramitador”, “representante” o “tramitador e intérprete de leyes” encuentra su antecedente directo a su vez en las figuras del *Hägsteombudsmännen*, creado en 1719 en Suecia y Finlandia para el control de la administración del Gobierno, y del canciller de justicia, que velaba por el cumplimiento de las normas.

Teniendo en cuenta esto, el primer *Ombudsman* apareció en Suecia en 1809 y a partir de este momento, la figura se propagó primero por la Europa escandinava (Finlandia, Dinamarca y Noruega en este orden) y luego por el resto de Democracias europeas.

Cabe destacar que España es uno de los primeros países europeos en implantar su *Ombudsman*, siguiendo el modelo sueco y a imitación de Portugal, que ya lo había puesto en marcha en 1975³. En ambos países, la figura surge en el proceso constituyente iniciado al finalizar dos largas dictaduras, por lo que, en ese contexto y con el fin de evitar una nueva supresión de derechos, se crea una figura que garantice la defensa de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, Constenla⁴ hace hincapié en que en ningún momento del proceso constituyente se puso en duda la conveniencia o no de la creación de la figura del Defensor aunque critica el origen del nombre de la Institución española, afirmando que la traducción de *Ombudsman* a Defensor del Pueblo implica una superioridad de este órgano por encima de los tres poderes de Estado y recuerda al antiguo tribuno de la plebe.

El ejemplo de España ha sido seguido por otras regiones y países. Por un lado, la creación de un Defensor nacional impulsó la creación de defensores autonómicos en Andalucía, Cataluña, Galicia, País Vasco, Aragón, Canarias, Valencia, Castilla y León, Navarra, Castilla-La Mancha, Asturias, La Rioja y Murcia. Sin embargo, los cuatro últimos dejaron de existir a causa de una reorganización administrativa en cada una de estas Comunidades Autónomas, lo que hace preguntarnos si el verdadero motivo de esta disolución es la falta de efectividad y el descontento de los ciudadanos, sin embargo, es una cuestión que no entraremos a valorar debido a la falta de datos y a que el encontrar explicación a esta cuestión daría pie a un estudio en sí mismo diferente al planteado.

Por otro lado, el caso español inspiró a la gran mayoría de países iberoamericanos, quienes también se adhirieron al fenómeno de implantación de un *Ombudsman*.

Como consecuencia de la creación de esta figura en la mayoría de los países del mundo y, en especial de la figura del Defensor del Pueblo Europeo, ha surgido el principio de cooperación

3 C.R. Constenla, *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*. Madrid: Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Reus, S.A., 2010, 230.

4 C.R. Constenla op.cit, 230-231.

entre los *Ombudsmen*. De esta manera, se han creado distintas asociaciones de Ombudsman con el fin de coordinar la defensa de los Derechos Humanos y Fundamentales dentro de la comunidad internacional. Las asociaciones más importantes de las que España forma parte son el *International Ombudsman Institute* (IOI), la Federación Iberoamericana del *Ombudsman* (FIO), la Asociación de *Ombudsman* del Mediterráneo (AOM).

II. MARCO CONCEPTUAL

Ombudsman: el Defensor del Pueblo es una autoridad del Estado encargada de garantizar los derechos de los habitantes ante abusos que puedan hacer los poderes políticos de ese mismo Estado. Esta figura remonta su origen al siglo XVI en Suecia, y significa representante, protector o comisionado.

Derechos Humanos: son aquellos «instrumentos fundamentados en la dignidad humana que permiten a las personas alcanzar su plena autorrealización⁵.

Derechos civiles: son derechos que protegen las libertades individuales de su quebrantamiento ilegal por parte del poder y garantizan la capacidad del ciudadano de poder participar en la vida civil y política del Estado en condiciones de igualdad y de no discriminación.

Constitución: es la norma suprema del Estado que, desde el punto de vista material, trata del conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal. La Constitución española vigente fue aprobada en 1978.

Legislatura: se trata del periodo de funcionamiento y mandato de un órgano colegiado establecido, para poder ejercer las funciones que se otorgan hasta una siguiente elección, debiendo estar tasada su duración y demás aspectos relacionados con el mandato y renovación contra toda voluntad arbitraria.

5 J.R. Hernández Gómez, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Editorial Ariadna, 2010).

III. METODOLOGÍA

Este estudio se basa en un análisis de contenido de diversa documentación académica y legislativa referida a la figura del Defensor del Pueblo en España, tratándose así de un estudio de caso y descriptivo del período histórico de 1978 a 2021. Por un lado, realizamos un análisis jurídico para valorar el origen de esta figura tras la Constitución Española de 1978, su regulación en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo de 1981 y sus funciones para, a continuación, proceder con un estudio de actores y escenarios mediante el que observaremos el contexto político-social precedente para, finalmente, abordar el último proceso de transición entre Defensores que tuvo lugar entre los meses de octubre y noviembre de 2021.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Defensor del Pueblo es una Institución muy novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, pues fue creada por primera vez en España por la vigente Constitución Española de 1978 (CE), concretamente por su artículo 54. Al parecer, la idea de crear una Institución del Defensor del Pueblo estaba ya presente durante los trabajos de la Ponencia redactora de la Constitución, aunque sus debates fueron secretos. Sin embargo, pese a que Alianza Popular (AP) llevaba una propuesta similar, la introducción de esta institución se atribuye al ponente socialista y uno de los padres de la Constitución, Gregorio Peces-Barba⁶ (Bar Cendón, 1982: 301-356).

Desde el inicio y los primeros borradores ya quedaba clara la idea de los Ponentes de crear una Institución denominada Defensor del Pueblo que se erigiese como alto comisario⁷ o comisionado de las Cortes Generales que velara por la protección de los Derechos Fundamentales con facultad de presentar recurso preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria⁸ y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por lo que podemos asegurar que se trató de un precepto que no presentó grandes problemas a la hora de determinar ni la creación del órgano ni el alcance de sus funciones y potestades, aunque en Senado se mantuvo un debate más interesante, discutiéndose principalmente dos aspectos⁹.

Por una parte, que las Comunidades Autónomas pudieran crear cada una un “Defensor Autonómico” y si no que cada Comunidad tuviera un órgano dependiente del Defensor

⁶ A. Bar Cendón, *El Defensor del Pueblo en el Ordenamiento Jurídico Español*, (Zaragoza: Libros Pórtico, 1982) 301-356.

⁷ Término usado únicamente en el primer borrador del Proyecto de Constitución, en el que la Institución del Defensor del Pueblo se definía en el inciso tercero del artículo 43, relativo a las garantías de los Derechos Fundamentales (A. Bar Cendón, op. cit.: 314).

⁸ Con esta expresión el borrador se refiere a la tutela de libertades y derechos ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, descrita en el actual artículo 53.2 CE (A. Bar Cendón, 1982: 314).

⁹ A. Bar Cendón, op. cit., 315-316.

del Pueblo que rindiera cuentas a su correspondiente asamblea legislativa. A favor de esta propuesta se postularon los senadores Zabala y Bandrés, ambos vascos, pero no prosperó ni en la Comisión Constitucional ni en el Pleno del Senado¹⁰.

Por otra parte, ante el riesgo de colisión respecto de otros órganos con análogas competencias, principalmente el Ministerio Fiscal¹¹, se discutió cómo delimitar las labores propias del Defensor. Al igual que la anterior fue desestimada, no obstante, fue la discusión más importante en relación con esta Institución ya que a través de ella se quedó definido con total precisión el papel del Defensor del Pueblo¹².

Asimismo, este precepto constitucional establece una reserva de Ley Orgánica¹³ para la regulación de este órgano. Como consecuencia de ello, en 1981 se promulgó la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante, LODP), que iremos citando y analizando cuando corresponda en epígrafes posteriores del presente estudio.

Además del artículo 54 CE que da origen a la Institución, la Constitución menciona al Defensor del Pueblo únicamente en dos artículos más. Estos son el artículo 70 CE y el artículo 162 CE.

El mandato contenido en el artículo 70.1 CE alude a los Diputados y Senadores y respecto de ellos establece las causas de incompatibilidad e inelegibilidad, remitiéndose a la posterior Ley Orgánica del Régimen Electoral General como desarrolladora del precepto. El Defensor del Pueblo nunca podrá ser candidato a ser Diputado o Senador, pues opera la inelegibilidad, pero tampoco puede suceder en sentido contrario, es decir, la persona que vaya a ocupar el cargo de Defensor o Adjunto deberá cesar de todo cargo que ocupara previamente para poder tomar posesión, pues de otro modo se incurriría en incompatibilidad.

Por otro lado, el artículo 162 CE, en su primer inciso, letras a) y b), legitima, entre otros, al Defensor del Pueblo para presentar los recursos de inconstitucionalidad y amparo, por lo que se trata de un artículo de gran importancia.

Como curiosidad, podemos comentar que, en el ámbito del derecho comparado, esta legitimación al Defensor resultó bastante novedosa e inicialmente la doctrina aragonesa

10 A. Bar Cendón, op. cit., 316.

11 El artículo 124.1 CE establece que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados y sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos. Entre estos “otros órganos” es evidente que se encuentra el Defensor del Pueblo.

12 A. Bar Cendón, op. cit., 316.

13 Se debe recordar que la Constitución, en su artículo 81, identifica las materias que solo se pueden regular mediante Ley Orgánica, constituyendo Reserva de Ley Orgánica respecto de las leyes que desarrollen los Derechos y Deberes Fundamentales y Libertades Públicas, las leyes que aprueben los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Electoral General y de las demás leyes que otros preceptos constitucionales que así lo prevean, que en su mayoría se refieren a normas reguladoras de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, como es nuestro caso (la CE, a través del art. 81 se remite al art. 54). La reserva de Ley Orgánica sobre cualquiera de estas materias implica que la aprobación de su ley reguladora deberá hacerse conforme a una mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto, es decir alcanzando un número de votos favorables igual o superior a la mitad más uno del total de miembros que componen la cámara. Esto sería un número mínimo de 176 votos afirmativos.

mantenía ciertas reservas respecto de ella, pues se consideraba que la legitimación debía limitarse solo a aquellos casos en los que se vieran afectados los Derechos Fundamentales, dada la primordial función del Defensor de velar por los Derechos de los ciudadanos. Sin embargo, la legitimación del Defensor para la interposición del recurso de inconstitucionalidad se vio reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sus sentencias 150/1990, de 4 de octubre, FJ 1 y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 2.

Por otro lado, el Defensor del Pueblo se encuentra también legitimado para interponer el recurso de amparo, que permite reaccionar contra la vulneración de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas originada por disposiciones, actos, resoluciones u omisiones de los poderes públicos y de sus funcionarios o agentes. En este caso, podemos distinguir dos tipos de legitimación de acuerdo con el artículo 46 de la LOTC: la legitimación privada, la que autoriza a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, y la legitimación institucional, aquella que faculta al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal a presentar el recurso en favor de los derechos del afectado. Se trata, pues, de una facultad que permite actuar, en este caso al Defensor del Pueblo, como portador del interés público y en defensa del interés general y de quien ostenta la titularidad de los Derechos Fundamentales y ha sufrido la vulneración de estos. Por ello, para la presentación del recurso de amparo no es preciso que el Defensor haya sido parte en el proceso judicial previo, pues está interesado en el resultado y así se garantiza el carácter subsidiario del amparo, es decir el hecho de que a través del Defensor se puedan eliminar las trabas que se imponen a los particulares y se pueda lograr lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma.

El 7 de mayo de 1981 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 109 la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, que entró en vigor el 27 de mayo de 1981. Éste fue el punto de arranque que dio comienzo a la primera elección de un Defensor del Pueblo por parte de las Cámaras. Para ello, en primer lugar fue necesario que se constituyeran las Comisiones del Defensor del Pueblo tanto en el Congreso como en el Senado¹⁴. Esto sucedió el 19 de noviembre y el 2 de diciembre de 1981, respectivamente, y la primera reunión conjunta de ambas para proceder a la designación del primer Defensor del Pueblo tuvo lugar el 18 de junio de 1982. Finalmente, el primer Defensor del Pueblo fue elegido el 28 de diciembre de 1982.

- *El primer Defensor del Pueblo: Joaquín Ruíz-Giménez (1982-1987).*

El 30 de diciembre de 1982 se publicó el nombramiento de Joaquín Ruíz-Giménez Cortés como primer Defensor del Pueblo, habiendo sido propuesto por el PSOE, quién contó con Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado como Adjunto Primero y con Margarita Retuerto Buades como Adjunta Segunda, ambos Adjuntos nombrados a su vez en abril de 1983.

¹⁴ Recordemos que la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones entre las Cortes y el Defensor del Pueblo no fue creada hasta 1992 mediante reforma de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

Como seguidamente veremos, Ruiz-Giménez comenzó participando activamente en el Régimen franquista, llegando a ser ministro de Educación Nacional aunque cesado por simpatizar con las pretensiones de los estudiantes, pero que evolucionó a una postura progresista caracterizada por la reconciliación de todos los españoles, la actitud dialogante y el deseo de superar las divisiones derivadas de la guerra y la dictadura, hasta llegar a erigirse como defensor de las libertades públicas y la Democracia Parlamentaria¹⁵, lo que le hizo convertirse en el primer Defensor del Pueblo de la Democracia.

Esta evolución evidencia su convicción de que era necesaria una reforma de la estructura del Estado que derivara en una democracia, lo cual queda reflejado tanto en la fundación de la revista *Cuadernos para el Diálogo* como en la publicación del “*Manifiesto de Palamós*” y en la presidencia del partido político Izquierda Demócrata Cristiana, partido que defendía la Democracia en contraposición al Franquismo¹⁶.

El 19 de junio de 1982, en el tramo final de la I legislatura, gobernada por Unión de Centro Democrático (UCD), el entonces presidente del Congreso de los Diputados Landelino Lavilla (UCD), tras haber tomado el pulso a los grupos parlamentarios, aunque sin fundarse en una candidatura formulada expresamente, propuso a Ruiz-Giménez como único candidato a Defensor del Pueblo. Sin embargo, debido a ciertas desavenencias con un sector dentro del propio partido UCD, su presidente, Leopoldo Calvo Sotelo, impuso la disciplina de partido y forzó al sector democristiano y suarista, que sí apoyaba la candidatura, a votar en contra. Esto truncó la elección de Ruiz-Giménez en una primera votación, celebrada el 28 de junio.

Con las elecciones de octubre, el PSOE obtiene mayoría absoluta y el 1 de diciembre Felipe González (PSOE) accede al gobierno. Unos días más tarde, el propio PSOE propone de nuevo a Ruiz-Giménez como candidato. En esta ocasión existió un mayor acuerdo entre parlamentarios, que se vio reflejado en el resultado de la votación celebrada el 28 de diciembre en el Congreso. Teniendo en cuenta que debía ser elegido por mayoría de tres quintos y que en aquel momento había 348 diputados, necesitaba 209 votos a favor, obtuvo 321. Por su parte en el Senado consiguió 211 votos, logrando, de igual manera, esa mayoría.

- *El segundo Defensor del Pueblo: Álvaro Gil-Robles (1988-1993).*

El Segundo Mandato fue el de Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, candidato del PSOE. El nombramiento fue publicado el 16 de marzo de 1988.

Unos días más tarde se produjo la designación de Margarita Retuerto, anteriormente Adjunta Segunda, ahora, como Adjunta Primera y de Soledad Mestre García como Adjunta Segunda. Ello se hizo público el 23 de marzo de 1988.

15 F. J. Davara Torrego, “Joaquín Ruiz-Giménez, político y periodista” en *Estudios sobre el mensaje periodístico*, núm. 11 (2005): 259-277.

16 F. J. Davara Torrego, op. cit. y A. Capilla Casco, “La Federación de la Democracia Cristiana (FDC) y las elecciones del 15 de junio de 1977: razones para el fracaso” en *APORTES*, núm. 88, (2/2015): 203-226.

Doctor en Derecho Administrativo, Gil-Robles comenzó ejerciendo como Letrado del Tribunal Constitucional, desde donde pudo participó en la elaboración del Proyecto de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Posteriormente, fue nombrado Adjunto Primero del Primer Defensor del Pueblo de España, seguramente gracias a su compromiso con la Institución, ampliamente reflejado en las obras que publicó entre 1979 y 1981. Todo ello culminó en su nombramiento como Defensor tras el cese de Ruiz-Giménez y, acabado su mandato, continuó con la labor de defensa de los Derechos Humanos, especialmente en relación con los inmigrantes y refugiados, siendo especialmente destacable su cargo de Comisario de DDHH del Consejo de Europa.

El 30 de diciembre de 1987 el Congreso de los Diputados declara la vacante en el cargo de Defensor por la expiración del mandato de Ruiz-Giménez. De conformidad con el artículo 2 LODP, el 16 de febrero de 1988 se convocó sesión conjunta de las Comisiones del Defensor del Pueblo del Congreso de los Diputados y del Senado¹⁷ con el fin de proponer a los Plenos de las Cámaras candidato al cargo. Las Cámaras, para esta primera renovación, propusieron a Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado como sucesor.

En esta ocasión y dado que la negociación tuvo lugar previamente, el candidato resultó elegido en el primer intento, al conseguir sobrepasar las mayorías de tres quintos requeridas tanto en la votación del Congreso, que tuvo lugar el 8 de marzo, como en la del Senado, celebrada el 15 del mismo mes. Su nombramiento fue acreditado por los Presidentes de ambas Cámaras y publicado en el BOE del 16 de marzo de 1988.

- *Defensora del Pueblo en funciones: Margarita Retuerto (1993-1994).*

La Adjunta Primera de Gil-Robles fue Margarita Retuerto, quien ya había sido Adjunta Segunda en el Primer Mandato y que repetirá como Adjunta Primera en el Tercer Mandato; siempre a propuesta del PP, partido al que se encontraba próxima y para el que trabajó como letrado asesor en el Congreso de los Diputados.

Fue la primera mujer en ser nombrada Adjunta y también, la primera que llegaría a ejercer el cargo de Defensor, aunque en funciones, pues para ver la primera mujer Defensora del Pueblo electa debemos esperar hasta la llegada de Soledad Becerril en 2012.

Retuerto permaneció muchos años vinculada a la Institución, durante un total de tres mandatos. Comenzó siendo Adjunta Segunda con Ruiz-Giménez, quien había sido su profesor. Su prolongación en el cargo en funciones se debió a la falta de acuerdo para designar al nuevo Defensor, ocasión en la que pudo haber sido la primera Defensora del Pueblo, pero su candidatura fue rechazada en favor de Fernando Álvarez de Miranda. Retuerto, de nuevo, fue Adjunta Primera. En este mandato se le nombró Directora del Instituto Internacional del

¹⁷ Procedimiento necesario hasta 1992, año de publicación de la Ley Orgánica que introduce la modificación por la que se crea la Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo, que pasa a sustituir en el proceso a las dos Comisiones anteriores.

Ombudsman (IOI)¹⁸, siendo su primera Directora Europea. Sin embargo, no llegó a terminar el mandato ya que en 1996 fue designada por el Senado vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) dentro del cupo de juristas. Este nombramiento supuso que se produjera una incompatibilidad sobrevenida¹⁹ entre ambos cargos, por lo que se vio obligada a cesar como Adjunta para aceptar su nuevo puesto.

Durante el Primer Mandato, como Adjunta Segunda, se ocupó de las áreas de Justicia, Defensa, Asuntos Exteriores, Bienestar Social, Trabajo y Atención al Menor entre otras, mostrando preocupación por los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, pero su carrera se distinguió por su lucha por los derechos de los pacientes, en especial por aquellos que padecían Alzheimer y, en reconocimiento a su labor, al final de su vida fue nombrada Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid nada más crearse la Institución, siendo la primera persona en ostentar este cargo.

- *El tercer Defensor del Pueblo: Fernando Álvarez de Miranda (1994-1999).*

El tercer Defensor fue Fernando Álvarez de Miranda y Torres, propuesto por acuerdo entre PP y PSOE, cuyo nombramiento se publicó el 1 de diciembre de 1994 y, al día siguiente, el de sus Adjuntos. En este mandato fue Adjunta Primera Margarita Retuerto y Adjunto Segundo Antonio Rovira, aunque como ya explicábamos, en 1996 Margarita Retuerto cesó, lo que provocó una nueva cadena de nombramientos: Antonio Rovira Viñas se convirtió en Adjunto Primero en sustitución de aquella y se eligió a Antonio Uribarri Murillo para ocupar la vacancia en la Adjuntía Segunda.

Álvarez de Miranda fue un abogado y político democristiano. En 1954, fundó la Asociación Española de Cooperación Europea (AECE), una agrupación de democristianos, socialistas y monárquicos liberales dirigida inicialmente por la ACNP con el propósito de reclamar la integración de España en Europa. En 1961 participó en el Comité de Naciones no Representadas en el Consejo de Europa como embajador de la AECE, donde puso de manifiesto las condiciones en las que se encontraba España bajo la Dictadura y, en 1962, en el 4º Congreso del Movimiento Europeo, denominado despectivamente “Contubernio de Múnich”, en el que los participantes acordaron la búsqueda del fin del Régimen de Franco y su sustitución por una Democracia. Ello supuso su represión, en particular, Álvarez de Miranda fue deportado a Fuerteventura. Además, estuvo encarcelado y tuvo que pasar a disposición judicial entre 1969 y 1974 por motivos similares.

Desde 1958 pertenecía a Democracia Social Cristiana, partido de José María Gil-Robles, pero enfrentamientos internos motivaron su salida en 1966 y su posterior afiliación a Izquierda

¹⁸ Este cargo no lleva aparejada incompatibilidad alguna, ya que el Defensor del Pueblo representa a España en la IOI y es miembro de este, por lo que un miembro del Defensor puede ostentar un cargo en el IOI (IOI, 2022).

¹⁹ Recordemos el estricto régimen de incompatibilidades aplicable al Defensor del Pueblo y sus Adjuntos.

Demócrata Cristiana, con Joaquín Ruiz-Giménez, partido que acabó dejando en 1973 para fundar el Partido Popular Democrático Cristiano, integrado en UCD, llegando a ser diputado en dos legislaturas y Presidente del Congreso de los Diputados en la Legislatura Constituyente.

El mandato de Álvarez de Miranda se distinguió por la reclamación del derecho a la pensión “de viudedad” para aquellos casos en los que se hubiera producido el fallecimiento de una de las dos personas que conviven de forma estable en análoga relación al matrimonio (parejas de hecho); además de por publicar el primer Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia doméstica; también por censurar la demora en el pago de las expropiaciones; y por solicitar el derecho a la defensa jurídica gratuita para los inmigrantes. Fue promotor del fortalecimiento de las relaciones entre Ombudsman europeos e impulsó la fundación y desarrollo de la Federación Iberoamericana de Defensores (FIO), llegando a ser nombrado su presidente el 15 de abril de 1997²⁰, durante el II Congreso Anual de la FIO, durante un periodo de dos años.

- *Defensor del Pueblo en funciones: Antonio Rovira (1999-2000).*

El Adjunto Primero con Álvarez de Miranda fue Antonio Rovira Viñas.

Del mismo modo que sucediera con Margarita Retuerto, Antonio Rovira estuvo presente en más de un mandato, en su caso en dos (el de Gil-Robles y el de Álvarez de Miranda), coincidiendo en ambos con ella, y también fue Defensor en funciones, aunque su mandato provisional fue de medio año aproximadamente.

A lo largo de su vida, Rovira ha estado mucho más ligado que sus predecesores y compañeros a la actividad docente e investigadora, a la que aún permanece vinculado. Prueba de ello es su extenso currículum académico²¹.

Además de esta vocación como docente e investigador, Rovira estuvo muy implicado con la Institución y su estudio y difusión en el ámbito universitario. Impartió infinidad de seminarios y conferencias cuyo tema principal era el Defensor del Pueblo, aunque estudiado desde diferentes perspectivas, y también dirigió un curso de Doctorado sobre esta Institución.

Su compromiso con la defensa de los Derechos Humanos, que le llevó a ser asesor especial en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993, e impulsor de la cooperación internacional entre Defensores, al participar en la fundación de la FIO. Por ser Adjunto Primero, al finalizar el mandato de Álvarez de Miranda, Rovira quedó de Defensor en funciones hasta la elección del nuevo Defensor.

²⁰ Con este organismo sucede de igual modo que con la IOI (Cf nota 83), es decir, un miembro del Defensor del Pueblo de España, en calidad de representante de la Institución, puede presidir el Organismo Internacional sin sufrir incompatibilidades en el Organismo nacional

²¹ Para más información, consultar el Currículum de Antonio Rovira, disponible en CURRICULUM.-ANTONIO-ROVIRA_compressed.pdf (antoniorovira.com)

- *El cuarto Defensor del Pueblo: Enrique Múgica (2000-2010).*

Enrique Múgica Herzog fue el cuarto Defensor del Pueblo, y el único, hasta la fecha, en haber sido reelegido para ocupar el cargo durante un segundo mandato. Propuesto por el PP (Público 2010), fue nombrado Defensor el 15 de junio del 2000 y volvió a ser designado el 30 de junio de 2005. En ambos mandatos contó con M^a Luisa Cava de Llano y Carrió como Adjunta Primera y con Manuel Aguilar Belda como Adjunto Segundo, quienes también fueron reelegidos y nombrados el 23 de junio del 2000 y el 1 de julio de 2005, respectivamente.

Múgica comenzó muy joven a implicarse en política. Se definió como opositor a la Dictadura de Franco y se afilió al PCE y luego al PSOE. Participó activamente en distintos eventos en contra del régimen, lo que hizo que fuera encarcelado en cuatro ocasiones.

Más tarde, fue una figura relevante en la Transición a la Democracia y su consolidación, siendo diputado desde la Legislatura Constituyente hasta su nombramiento como Defensor del Pueblo. En esos años ya se vislumbraba que había dos causas que le preocupaban y que marcarían su propia vida: la lucha contra ETA y la defensa del judaísmo.

Siendo ministro de Justicia, fue el ideólogo de la política de dispersión de los presos de ETA, impulsada para romper los vínculos en las cárceles. Múgica había sufrido la pérdida de su hermano, asesinado el 6 de febrero de 1996 a manos de ETA, y en consecuencia su rechazo a la banda se intensificó. Afirmó que “... *ni olvido ni perdono a los asesinos, a los que los han impulsado, (...), a los que defienden o exculpan a ETA y la violencia callejera*”. Ello también motivó su distanciamiento con el PSOE, a raíz de los contactos iniciados por José Luis Rodríguez Zapatero con ETA. Múgica defendió la libertad por encima de la paz.

Su otra causa brotó de sus raíces judías. Abrazando su segunda identidad, defendió la creación del Estado de Israel y promovió dentro del PSOE las relaciones con él. Por su cercanía, José María Aznar le encargó investigar el robo de oro judío por los nazis.

En su segundo mandato, destaca además el hecho de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto catalán promovido por el gobierno tripartito catalán del socialista Pascual Maragall, en defensa de la igualdad entre españoles.

El 15 de junio de 2000 se publicó el nombramiento de Múgica poniendo fin al periodo de interinidad de Rovira, iniciado el 1 de diciembre de 1999. Múgica (PSOE) fue propuesto por el PP de Aznar, algo a lo que el PSOE no se pudo negar. El mismo 15 de junio los Plenos de las Cámaras lo eligieron mediante una mayoría superior a los 3/5 y comenzó su primer mandato, siendo reelegido el 30 de junio de 2005, es decir, 15 días después del fin de su primer mandato, lo que demuestra que los dos procesos para su elección se llevaron a cabo con normalidad.

- *Defensora del Pueblo en funciones: María Luisa Cava del Llano (2010-2012).*

María Luisa Cava del Llano fue la Adjunta Primera con Enrique Múgica Herzog. Tal y como ocurrió con el Defensor, sus Adjuntos también fueron reelegidos, por lo que en ellos también se dio la particularidad de ocupar el cargo durante dos mandatos, es decir, 10 años. Ella y su compañero Manuel Aguilar Belda fueron elegidos el 23 de junio del 2000 y reelegidos el 1 de julio de 2005 (Defensor del Pueblo s.f. f).

El 1 de julio de 2010, con la finalización del segundo mandato de Múgica, Cava del Llano se convertía en Defensora del Pueblo en funciones por un periodo de interinidad que se prolongó hasta el 21 de julio de 2012, cuando Soledad Becerril fue nombrada Defensora del Pueblo (Defensor del Pueblo s.f. f y e).

Cava del Llano es la segunda mujer en ocupar el cargo de Defensora en funciones, después de Margarita Retuerto, y quien más tiempo había permanecido en esta condición hasta aquel momento, ocupando el cargo un total de dos años y unos días frente al año y medio de Margarita Retuerto (Defensor del Pueblo, 2010).

Ligada al PP, como Adjunta Primera, mostró especial atención por las áreas de Defensa e Interior, Justicia y Violencia Doméstica, Administración Económica y Asuntos Exteriores e Inmigración (Defensor del Pueblo, 2010).

- *La quinta Defensora del Pueblo: Soledad Becerril (2012-2017).*

Soledad Becerril fue la primera mujer en ocupar el cargo de Defensor del Pueblo. Habiendo sido propuesta por el PP, su partido y partido en el gobierno, Becerril es la primera persona al frente del Defensor del Pueblo que pertenece al partido que gobierna.

Su nombramiento fue publicado el 21 de julio de 2012 y contó con Francisco Miguel Fernández Marugán como Adjunto Primero y con Concepció Ferrer i Casals como Adjunta Segunda, ambos nombramientos publicados el 26 de julio de 2012.

No solo por ser la primera Defensora del Pueblo electa, sino que antes había sido una de las primeras 21 mujeres en acceder al Congreso como diputada; fue la primera mujer en ostentar una cartera ministerial en la Democracia, la de Cultura y Deporte; fue la primera mujer Teniente de Alcalde en Sevilla y, también, la primera en ser Alcaldesa en esa ciudad.

Con el cese de Enrique Múgica, María Luisa Cava del Llano ocupó el cargo como Defensora en funciones durante dos años hasta el nombramiento de Soledad Becerril.

En cuanto al Defensor del Pueblo, el PP, partido que en diciembre de 2011 acababa de entrar en el gobierno, propuso a Soledad Becerril como candidata. En las negociaciones para el acuerdo que comprendía a diversas instituciones el PSOE aceptó y el 21 de julio de 2012 se publicó en el BOE el nombramiento de Soledad Becerril Bustamante como Defensora del Pueblo, quien tomó posesión dos días más tarde, el 23 de julio.

Becerril contó con Francisco Miguel Fernández Marugán (PSOE) como Adjunto Primero y Concepció Ferrer i Casals como Adjunta Segunda, cuyo nombramiento fue publicado el 26 de julio de 2012.

- *Defensor del Pueblo en funciones: Francisco M. Fernández Marugán (2017/2021).*

Francisco M. Fernández Marugán fue Adjunto Primero con Soledad Becerril Bustamante, a propuesta del PSOE, partido al que se encontraba afiliado desde 1974, cuando todavía esta era una formación clandestina, y por el que fue diputado un total de ocho legislaturas (Defensor del Pueblo, 2017). Su nombramiento fue publicado el 26 de julio de 2012 (BOE nº 178, de 26 de julio de 2012).

Con la expiración del mandato y cese de la Defensora, el 19 de julio de 2017, Fernández Marugán se convirtió en su sucesor, disponiéndose a asumir las funciones de Defensor del Pueblo por tiempo indefinido y hasta la designación de un nuevo titular (Defensor del Pueblo, 2017).

Este tiempo indefinido se transformó en el periodo más largo de vacancia de la historia de la Institución, en el que el Defensor en funciones tuvo que enfrentarse a problemas tales como la pandemia provocada por la Covid-19, la entrada en erupción del volcán de la Palma o las crisis migratorias de Canarias de los últimos años. Así, Fernández Marugán es quien ha permanecido durante más tiempo al cargo de la Institución en un periodo en funciones, llegando a permanecer un total de cuatro años y cuatro meses aproximadamente.

- *El sexto Defensor del Pueblo: Ángel Gabilondo (2021-).*

Tal y como hemos podido comprobar, es bastante normal que el periodo de transición para la proposición de un nuevo candidato se pueda prolongar y durar la interinidad de media un año y medio o dos como sucedió con Retuerto o Cava del Llano, pero en esta ocasión ese tiempo medio se duplica, lo que indudablemente hace que nos preguntemos si en estos cuatro años en los que Fernández Marugán ha estado al frente de la Institución ha sucedido algo anómalo.

La respuesta es evidente. Durante este periodo de cuatro años debemos tener en cuenta los siguientes factores:

Por un lado, las negociaciones entre los principales grupos parlamentarios de las Cámaras para lograr un acuerdo satisfactorio en el que además del Defensor del Pueblo, suelen pactarse

también la renovación de otras instituciones como el Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal de Cuentas²². Estas, además, se ven dificultadas por la tendencia en las últimas legislaturas a tener un Congreso de los Diputados más fragmentado, lo que ha conducido durante unos años a una situación de mayor inestabilidad política en la que ningún grupo parlamentario podía alcanzar la mayoría absoluta por sí mismo y debía buscar un gran número de apoyos en otros grupos.

Recordemos que en la XI legislatura, de diciembre de 2015 a 15 de abril de 2016, Mariano Rajoy (PP) permaneció en funciones por no alcanzarse un acuerdo para investir presidente a ningún candidato; la XII legislatura se vio interrumpida por una moción de censura en junio de 2018; la XIII legislatura estuvo marcada por un gobierno en funciones de Pedro Sánchez ante la imposibilidad de investir a un nuevo presidente; y, finalmente, en la XIV legislatura, iniciada en 2020 con la investidura de Pedro Sánchez, parece que se ha podido retomar el ritmo habitual (Presidencia del Gobierno, 2022).

Por otro lado, en estas últimas legislaturas, ya de por sí inestables, se han tenido que afrontar otros asuntos de mayor importancia. Indudablemente nos referimos a la crisis sanitaria derivada de la pandemia mundial por la Covid-19, a la que se respondió decretando sucesivos Estados de Alarma, que comenzaron el 14 de marzo de 2020 y finalizaron el 9 de mayo de 2021, por lo que prácticamente paralizaron el país durante un periodo de un año y dos meses aproximadamente (Presidencia del Gobierno, 2021).

En definitiva, parece lógico que las negociaciones iniciadas en 2017 en las que se barajaban los nombres de Luisa Fernanda Rudi (PP) o el propio Fernández Marugán (PSOE) se estancaran durante ese periodo y se retomaran a mediados de 2021. A lo largo de ese año la renovación podía ser inminente.

En esta ocasión, el único candidato que se intuía para ocupar el puesto era Ángel Gabilondo (PSOE), sin embargo, su candidatura a la presidencia de la Comunidad de Madrid en las elecciones de mayo de 2021 parecía desmentirlo.

No obstante, el acuerdo llegó y el PP le aceptó como candidato, contrariamente a la tradición de que el Defensor del Pueblo fuera afín al grupo parlamentario de la oposición mayoritario y no al que ostentaba el gobierno en el momento de su elección.

Llegados a ese punto, el proceso de transición entre defensores se abre por el comunicado oficial de pacto, que de facto se consensua entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios, el PP y PSOE, al sumar juntos la mayoría de 3/5 en las Cámaras necesaria para la aprobación del

²² Por ejemplo, paralelamente al nombramiento de Gabilondo como Defensor del Pueblo, se renovaba también el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y la Agencia de Protección de Datos, tal y como se puede comprobar en el BOE del 18 de noviembre de 2021, en la sección II-A de nombramientos, situaciones e incidencias disponible en: <https://boe.es/boe/dias/2021/11/18/index.php?msckid=c2dd9469c15611ec8c3111d53662f274>

nombramiento. Este pacto no obliga y puede romperse en cualquier momento por cualquiera de las partes.

En este último proceso PP y PSOE acordaron renovar el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, la Agencia de Protección de Datos y el Defensor del Pueblo el 14 de octubre de 2021. El 21 de ese mismo mes concretaron el acuerdo concerniente exclusivamente al nombramiento del nuevo Defensor del Pueblo, Ángel Gabilondo.

A continuación, la Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo abre un plazo de 24 horas para la presentación de candidatos, pudiendo presentarse cualquier persona que reúna los requisitos para ser Defensor del Pueblo y que haya sido o no propuesta por el pacto. Este plazo se inició el 25 de octubre de 2021 y culminó el 26, es decir, al día siguiente. Como es lógico, aunque pueda presentarse una persona ajena al acuerdo, solo se presenta el candidato pactado y así ha sucedido en esta ocasión; solo se presentó Gabilondo.

Una vez cumplido el plazo, en la Comisión Mixta se convoca al candidato o candidatos para realizarle el “examen de idoneidad”. Consiste en una sesión en la que los candidatos comparecen presentándose a sí mismos y su currículum, explicando por qué quieren ser Defensor del Pueblo y desarrollando en líneas generales cuál es proyecto que proponen para la Institución. El examen de idoneidad de Gabilondo, como único candidato, tuvo lugar el 27 de octubre de 2021 a las 10.00 h y, al ser un único candidato pactado en un proceso tan tenso, lo más normal es que lo pasara, como así sucedió, continuando a la siguiente fase del proceso.

En un plazo no inferior a 10 días desde el examen de idoneidad procede convocar al Pleno del Congreso de los Diputados para votar la elección del candidato, que debe lograr una mayoría de 3/5, equivalente a 210 diputados. En el caso de Gabilondo se produjo el 11 de noviembre de 2021, obteniendo 240 votos favorables, 6 en blanco y 3 nulos.

Después, en menos de 20 días contados desde la aprobación en el Congreso, se convoca el Pleno del Senado, que también tiene que votarlo con la misma mayoría de 3/5. Esta votación se produjo el 16 de noviembre de 2021 y Gabilondo obtuvo 216 votos a favor y uno en blanco, superando de igual modo la mayoría requerida.

A partir de este momento, si el candidato resulta elegido, se publica su nombramiento en el Boletín Oficial de las Cortes, momento en el que empieza a contar el Mandato, y después en el BOE. Esto es muy importante porque no tienen por qué coincidir las publicaciones en el Boletín de las Cortes y en el BOE y, de hecho, no suelen hacerlo, por lo que, aunque una norma no entra en vigor hasta que se publica en el BOE, para la elección de Defensor del Pueblo se tiene en cuenta la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes para empezar a contar los cinco años exactos de mandato.

Si el candidato no es apoyado por las Cámaras, en un plazo máximo de un mes, mes la Comisión Mixta volverá a reunirse para buscar alguien de consenso de nuevo y formular una nueva propuesta. A este respecto, la LODP no establece que no pueda repetir el candidato ya propuesto, por lo que se debe entender que puede ser el mismo. En esta ocasión, obtenida la mayoría de 3/5 en el Congreso, solo hará falta una mayoría absoluta en el Senado para que se lleve a cabo la designación. Esto no se ha producido nunca, pero podría ocurrir. Así, en el año 1995, el PSOE propuso como candidato a Defensor a Manuel Jiménez de Parga, que no consiguió pasar el examen de idoneidad de la Comisión Mixta por la falta de apoyo del GPP.

Una vez elegido, el candidato jura o promete el cargo ante Presidente del Congreso y el Presidente del Senado.

En el caso de Gabilondo, como sí consiguió las mayorías necesarias para ser nombrado Defensor del Pueblo, prometió el cargo y tomó posesión de él el 18 de noviembre de 2021, convirtiéndose en el actual Defensor del Pueblo. Gabilondo realizó esta propuesta el mismo día de su toma de posesión, en su primer discurso como Defensor del Pueblo, aunque debemos mencionar que, de facto, los Adjuntos también forman parte del pacto por el que se renueva la Institución, lo que facilita el proceso de nombramiento de ellos pues permite que los candidatos propuestos obtengan sin dificultad las mayorías requeridas.

Para este mandato, se propuso a María Teresa Jiménez Becerril (PP) como Adjunta Primera y a Patricia Bárcena García (Podemos) como Adjunta Segunda.

De esta manera comienza la segunda fase del proceso de transición, concerniente al nombramiento de los Adjuntos.

La Comisión Mixta Congreso-Senado se reúne y convoca a los candidatos a Adjuntos para proceder con su respectivo examen de idoneidad, que es igual al que en su momento realizó el Defensor, con la única salvedad de que en la misma sesión tiene lugar el examen de los ambos Adjuntos. Los exámenes de María Teresa Jiménez Becerril y Patricia Bárcena García se produjeron el 30 de noviembre de 2021.

A continuación, en la misma sesión se produce la votación en la Comisión y, si resultan elegidos, serán nombrados Adjuntos, en este caso Adjuntas, del Defensor del Pueblo. Sin tener que repetir el trámite en los plenos de las Cámaras, y publicándolo en el Boletín Oficial de las Cortes, momento a partir del cual comienza su mandato, y en el BOE.

Finalmente, se procede a la jura o promesa del cargo y a la toma de posesión del mismo. María Teresa Jiménez Becerril juró y Patricia Bárcena García prometió su cargo el 1 de diciembre de 2021, dando por finalizado el proceso de transición entre titulares de la Institución del Defensor del Pueblo.

IV. RESULTADOS

En primer lugar, debemos aclarar resumidamente cuál es el ciclo de mandato de los Defensores. Cuando se elige a un Defensor, se le nombra para un mandato de 5 años de duración que podrá verse interrumpido por las causas de cese tasadas y especificadas por la LODP, aunque hasta el momento, la única causa que se ha dado es la expiración de mandato²³. Entonces, cuando se cumplen los 5 años del mandato, el Defensor debe abandonar la Institución y su lugar es ocupado por su Adjunto Primero durante el periodo en el que se proceda a la elección de un nuevo titular. Este periodo en funciones es indefinido y de duración variable, ya que puede comprender desde unos días o meses hasta varios años, dependiendo de lo sencillo o complicado que sea el nuevo nombramiento. Por esto, es muy importante el decalaje o descabalgamiento entre la elección del Defensor y la de sus Adjuntos.

El Defensor del Pueblo, pese a ser un órgano de relevancia constitucional, depende en gran medida de la política, ya que es el Poder Legislativo quien debe llevar a cabo la designación de sus titulares, por lo que en ocasiones sucede que los nombramientos no son todo lo ágiles que cabría esperar, ya que, en definitiva, dependen del acuerdo entre los partidos mayoritarios, que en la historia de la Democracia española son, en la Legislatura Constituyente y en la Legislatura I, UCD y PSOE; en las Legislaturas II y III, AP y PSOE; y, en las demás Legislaturas hasta hoy PP y PSOE.

Contando con que el Defensor será nombrado con la legislatura ya comenzada y con los cinco años de mandato, esa discordancia implica que puedan transcurrir casi dos legislaturas y nos estemos refiriendo a un medio-largo plazo, por lo que en ese periodo puede haberse producido un gran cambio en la composición de las Cámaras, en las formaciones políticas y sus programas y en las políticas implementadas, sobre todo teniendo en cuenta la cambiante realidad y el devenir político actual en los que los acontecimientos suceden en un corto y “muy corto” plazo. Parece, además, que el partido que propone al candidato coincide en la mayoría de los casos con el partido gobernante. La única excepción la encontramos en el segundo mandato de Múgica.

Además, tradicionalmente, no solía coincidir la ideología del partido al que se encuentra afiliado o con el que simpatiza el Defensor nombrado y el partido gobernante, que, como vemos, es quien lo propone. En otras palabras, el partido gobernante propone a un candidato de signo contrario al suyo.

Esto refuerza la independencia del Defensor del Pueblo frente a los poderes públicos, que el ciudadano puede personificarlos en la figura del Presidente del Gobierno, ya que al nombrar a

²³ No así en caso de los Adjuntos, quienes en dos ocasiones se han visto obligados a cesar por incompatibilidad sobrevenida: Soledad Mestre y Margarita Retuerto.

un Defensor desvinculado del Gobierno y “más proclive” a las posturas de la oposición se evita la tentación de favorecer a aquel y tiene como consecuencia que el Defensor que resulte elegido sea una persona mesurada, cuyas prácticas garanticen la protección de los ciudadanos, alguien relativamente afín a la oposición, pero tolerado por un Gobierno de ideología “contraria”.

Esta costumbre se mantuvo hasta la designación de Soledad Becerril, lo que puede encontrar su explicación en las crecientes dificultades de llegar a un consenso para designar a un Defensor (el tiempo que transcurre en los periodos de vacancia es cada vez mayor) pues esto es lo que en última instancia se persigue: lograr un acuerdo entre todas las formaciones que permita, a través de la elección de su titular, investir a la Institución de toda la independencia y garantías que la Constitución le otorga.

Curiosamente, en contraposición, desde Enrique Múgica podemos apreciar que se ha implantado una nueva práctica: los Adjuntos Primeros son del partido “contrario” al de su Defensor, con independencia de qué formación gobierne.

Ello trae consigo que, en una Institución al servicio del ciudadano, entren en conjunción dos titulares que poseen puntos de vista complementarios, lo que posibilita que concurren unas perspectivas y enfoques más variados que permitan una mejor detección de dificultades para una resolución más eficaz y eficiente de los problemas que plantean o se encuentran los ciudadanos, lo que es el fin último de la Institución.

Finalmente, debemos incidir en que es fundamental comprender que en el proceso de nombramiento del titular del Defensor del Pueblo no se cuestiona al candidato, sino que se busca el consenso. Si cualquier partido descarta una propuesta de candidato no será por un criterio basado en los méritos o aptitudes de este, sino por una falta de acuerdo en las Cámaras en la búsqueda del candidato más idóneo.

Al cumplirse los 5 años de mandato, contados desde la publicación del nombramiento en el Boletín Oficial de las Cortes, el Defensor saliente debe cesar y abandonar su cargo, quedándose como titular en funciones el Adjunto Primero el tiempo que sea necesario hasta que se acuerde quién será el Defensor entrante y se produzca su designación, su jura o promesa y su toma de posesión.

Debemos remarcar de nuevo que entre los Adjuntos no hay relación de jerarquía alguna, son iguales y la numeral marca el orden de sucesión en caso de vacante. Los Adjuntos cesan automáticamente en el momento de la toma de posesión de un nuevo Defensor del Pueblo destinado por las Cortes. Según esto, Marugán y Concepció Ferrer, adjuntos salientes, abandonaron su cargo el 18 de noviembre de 2022, el mismo día en que tomó posesión del cargo Ángel Gabilondo.

V. CONCLUSIONES

El Defensor del Pueblo es una Institución muy novedosa siendo amparada en el artículo 54 de la vigente Constitución Española de 1978. La idea de crear esta Institución, que se erigiese como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la protección de los Derechos Fundamentales estaba ya presente durante los trabajos de la Ponencia redactora de la Constitución y se atribuye a Gregorio Peces-Barba (PSOE). En la elaboración de este precepto contenido en el artículo 54 de la Constitución primó el consenso entre los constituyentes, cuya regulación se hace mediante Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP), ley cuyo proceso de tramitación fue más dilatado ya que se inició en 1979 y finalizó en 1981. La LODP regula mediante listado tasado los motivos por los que un Defensor puede cesar y también inviste a su Titular de una serie de prerrogativas (independencia, inviolabilidad, inmunidad y fuero especial) e incompatibilidades especiales (con cualquier actividad al servicio de la Administración), extensivas a los Adjuntos, y que conforman el Estatuto Jurídico del Defensor del Pueblo, concebido para proteger el ejercicio de sus funciones y garantizar su independencia.

La Constitución española menciona al Defensor del Pueblo únicamente en dos artículos más: estos son el artículo 70 CE, que regula el régimen de incompatibilidad e inelegibilidad entre Parlamentarios y Defensor del Pueblo y el artículo 162 CE, que legitima al Defensor, entre otros, para interponer recurso de inconstitucionalidad y de amparo. El Defensor del Pueblo también cuenta con un reglamento propio como complemento de la regulación legal indispensable.

El Defensor del Pueblo, elegido y designado por las Cortes para un mandato de cinco años, no se inserta en el Poder Judicial y tampoco pertenece a la Administración, sino que se adscribe al Poder Legislativo, ya que ejerce un control no jurisdiccional.

Respecto de los Adjuntos, su principal misión es auxiliar al Defensor y sustituirle en el ejercicio de sus funciones. Entre el Adjunto Primero y Adjunto Segundo no existe jerarquía, únicamente, el orden impuesto en la denominación del cargo se utiliza para determinar la prelación en la que ambos Adjuntos concurren a la sustitución. En cuanto a su estatuto jurídico personal, les es de aplicación lo dispuesto para el Defensor del Pueblo.

El ámbito competencial del Defensor es estatal y se concreta en la defensa de los Derechos Fundamentales mediante la supervisión de cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas con independencia del carácter territorial o de la materia concreta. Las funciones del defensor del Pueblo se organizan en la protección de los Derechos Fundamentales contra situaciones de tortura y la cobertura jurídica en asuntos como la discapacidad y protección de mujeres y personas LGTBI en prisión. También, en la promoción de los Derechos Humanos relacionándose con las INDH homólogas de otros Estados, representando

a España en esta materia ante la ONU, que por su parte ha acreditado al Defensor del Pueblo como una Institución de Estatus A, otorgándole así la máxima calificación.

Tras la entrada en vigor de la LODP y la constitución de las Comisiones del Defensor del Pueblo tanto en el Congreso como en el Senado, dio comienzo la primera elección de un Defensor del Pueblo, con Joaquín Ruíz-Giménez, analizando todo el proceso de transición habida en la Institución hasta llegar a la actualidad, con Ángel Gabilondo ostentando su titularidad desde noviembre de 2021.

El ciclo de elección y mandato de los Defensores es el que sigue. Cuando se elige a un Defensor, se le nombra para un mandato de 5 años de duración y al cumplirse los 5 años de mandato, el Defensor debe abandonar la Institución y su lugar es ocupado por su Adjunto Primero durante el periodo en el que se proceda a la elección de un nuevo titular. Este periodo en funciones es indefinido y de duración variable, ya que puede comprender desde unos días o meses hasta varios años, dependiendo de lo sencillo o complicado que sea el nuevo nombramiento. Por esto, es muy importante el decalaje o descabalgamiento entre la elección del Defensor y la de sus Adjuntos.

El hecho de que los mandatos del Defensor sean de cinco años frente a los cuatro de la legislatura ordinaria del resto de cargos públicos lleva una discordancia entre mandatos lo que en consecuencia provoca que nombren al Defensor personas distintas de las que evalúan su trabajo. El motivo es investir a la Institución de una independencia total del Gobierno y del Legislativo. Además, observamos que las personas que han ocupado el cargo de Defensor del Pueblo poseen una gran trayectoria profesional y relevancia política de peso.

Por otro lado, desde Múgica, los Adjuntos Primeros son del partido “contrario” al de su Defensor. Ello propicia que, en una Institución al servicio del ciudadano, entren en conjunción dos titulares con puntos de vista complementarios, concurriendo enfoques más variados que permitan una mejor la resolución de los problemas de los ciudadanos.

En el proceso de nombramiento del titular del Defensor del Pueblo no se cuestiona al candidato, sino que se busca el consenso.

Entre los meses de octubre y noviembre del año 2021 tuvo lugar el último proceso de transición entre Defensores, que tuvo como resultado la elección de Ángel Gabilondo Pujol como Defensor del Pueblo y de Teresa Jiménez-Becerril y Patricia Bárcena como sus Adjuntas.

Para concluir, cabe resaltar del ordenamiento jurídico-institucional español que además del Defensor del Pueblo, existen algunas Comunidades que cuentan con Instituciones de Defensores autonómicos, aunque no todas vieron necesaria la implantación de su propio Defensor y otras lo suprimieron en procesos de reorganización administrativa. Actualmente

las Comunidades Autónomas que poseen Defensor propio son Andalucía, Cataluña, Galicia, País Vasco, Aragón, Canarias, Valencia, Castilla y León y Navarra.

REFERENCIAS

- Bar Cendón, A. *El Defensor del Pueblo en el Ordenamiento Jurídico Español*. Zaragoza: Libros Pórtico. Zaragoza, 1982.
- Bartolomé Cid, I. “El Defensor del Pueblo: un estudio jurídico-político sobre la institución y el proceso de transición de la persona del Defensor del Pueblo”. Trabajo de Fin de Grado. Universidad Complutense de Madrid, 2022.
- Capilla Casco, A. “La Federación de la Democracia Cristiana (FDC) y las elecciones del 15 de junio de 1977: razones para el fracaso”. *APORTES*, núm. 88, (2/2015): 203-226.
- Constenla, C.R. *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*. Madrid: Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Reus, S.A. 2010.
- Davara Torrego, F.J. “Joaquín Ruiz-Giménez, político y periodista”. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, núm. 11 (2005): 259-277.
- Defensor del pueblo. *El Defensor del Pueblo y los Derechos Humanos*. Madrid: Servicio de Documentación y Publicaciones del Defensor del Pueblo.
- Hernández Gómez, J.R. *Tratado de Derecho Constitucional*. Editorial Ariadna, 2010.
- Mora, A. (ed.). *El libro del Defensor del Pueblo*. Madrid: Composiciones RALI, S.A., 2016.

Recibido: 27/06/2024

Aprobado: 15/09/2024

*Los Instrumentos de Ordenamiento Territorial
de Macro Escala Nacional: Análisis de la
Legislación Urbanística Ecuatoriana*

*Territorial Planning Instruments on a National
Macro Scale: Analysis of Ecuadorian Urban
Planning Legislation*

Katia Paola Barros Esquivel* <https://orcid.org/0000-0002-1576-9360>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2783>

* FLACSO Ecuador-Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Ecuador, Arquitecta,
Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Estudios Urbanos, Ecuador.
Correo electrónico: kapbarrosfl@flacso.edu.ec

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Canto a la naturaleza, óleo sobre lienzo 100 x 90 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

En el Ecuador desde el año 2008, con la norma suprema se establece como una política de Estado al ordenamiento territorial; incorporando como competencia exclusiva de todos los niveles de gobierno nacional y locales, el planificar el desarrollo mediante instrumentos a los que obligatoriamente se sujetan las políticas, programas y proyectos públicos, la programación y ejecución del presupuesto general del Estado y la asignación presupuestaria. El Plan Nacional de Desarrollo contiene una Estrategia Territorial Nacional que es parte constitutiva y expresión de la política pública en el territorio; y por ello, un instrumento de ordenamiento territorial a escala nacional. A esta macro escala, constituyen además instrumentos de ordenamiento territorial los Planes Sectoriales del Ejecutivo con incidencia en el territorio. En este contexto, el presente artículo genera una primera aproximación al estado de la cuestión de estos dos instrumentos de planificación territorial de escala nacional obligatorios en el Ecuador. Se analiza lo dispuesto en la legislación nacional, las normativas y demás actos que regulan o guían la planificación del territorio a macro escala. Como resultado se evidencian las desconexiones legales y normativas sectoriales con la urbanística, y los vacíos legales que implican la limitación de planificar en el territorio, los servicios a gran escala.

Palabras clave: *ordenamiento territorial, planes sectoriales, escala nacional, Ecuador.*

ABSTRACT

In Ecuador, since 2008, the supreme law has established territorial planning as a State policy; incorporating as an exclusive competence of all levels of national and local government, the planning of development through instruments to which public policies, programs and projects, the programming and execution of the general State budget and budget allocation are obligatorily subject. The National Development Plan contains a National Territorial Strategy that is a constitutive part and expression of public policy in the territory; and therefore, an instrument of territorial planning at a national scale. At this macro scale, the Executive Sector Plans with an impact on the territory also constitute territorial planning instruments. In this context, this article generates a first approximation to the state of the art of these two mandatory national-scale territorial planning instruments in Ecuador. It analyzes the provisions of national legislation, regulations and other acts that regulate or guide territorial planning at a macro scale. The result is a clear disconnection between legal and regulatory sectors and urban planning, as well as legal loopholes that limit planning of large-scale services in the territory.

Keywords: *territorial planning, sector plans, national scale, Ecuador.*

I. INTRODUCCIÓN

Para asegurar el desarrollo humano sostenible, la realidad latinoamericana exige adoptar nuevas estrategias, entre éstas, el determinar como política de Estado al ordenamiento territorial¹. Es decir, pasar de ser únicamente una política pública, a una que permita asegurar la trascendencia a pesar de los proyectos de los gobiernos de turno y las diferencias políticas que puedan existir². Una política de Estado supone la permanencia en el tiempo y la estabilidad de las políticas públicas subsecuentes³.

Ecuador ha apostado por posicionar al ordenamiento territorial como una política de Estado en el propio texto constitucional, integrándolo de esta manera, de forma permanente en la agenda gubernamental al determinarlo como una competencia exclusiva de los gobiernos locales⁴; sin embargo, a nivel nacional dentro del mismo texto constitucional se refiere más bien a la planificación del desarrollo, sin especificar explícitamente su vinculación con las dimensiones territoriales. Más adelante, con la legislación urbanística se incorpora la dimensión territorial en la planificación nacional denominada como Estrategia Territorial Nacional. Adicionalmente, a escala nacional se establecen como instrumentos de ordenamiento territorial a los planes sectoriales del ejecutivo y a los planes especiales para los proyectos nacionales de carácter estratégico; estos últimos que nos son de formulación obligatoria.

1 María Elina Gudiño, “El Ordenamiento Territorial como política de Estado”, *Perspectiva Geográfica*, 1, 20(2015): 13.

2 Walter José Cueto y Malina Guardamagna, “¿Hay políticas de Estado en la Argentina? Aproximaciones a un concepto”, *DAAPGE*, 18 (2012): 18.

3 María Elina Gudiño, op. cit. 20(2015): 17.

4 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 263, 264, 267.

En este contexto, el presente estudio genera una primera aproximación al estado de la cuestión de los instrumentos de ordenamiento territorial a escala nacional, centrándose en la estrategia territorial nacional y en los planes sectoriales del ejecutivo.

Los objetivos de la investigación son:

- Identificar el marco legal vinculado a los instrumentos de ordenamiento territorial de escala nacional.
- Desglosar las disposiciones legales y normativas respecto al PND y a los Planes Sectoriales del ejecutivo con incidencia en el territorio como instrumentos de ordenamiento territorial.
- Identificar y detallar las inconsistencias normativas y vacíos legales respecto a la planificación nacional de gran escala.

El estudio se centra en dos de los tres instrumentos de ordenamiento territorial nacional, que es la Estrategia Territorial Nacional y los Planes Sectoriales del Ejecutivo, los que son de obligatoria formulación desde el gobierno central.

Estado del arte y marco teórico - conceptual

Los estudios relacionados con los instrumentos de ordenamiento territorial en el Ecuador se han centrado en dos aspectos principales. Por una parte, en la legislación urbanística y el marco normativo que rige el ordenamiento territorial en el Ecuador, enfocándose en lo relativo al nivel descentralizado; es decir, en lo dispuesto para los gobiernos autónomos descentralizados (GAD); en su articulación y en el ejercicio de las competencias sectoriales (como por ejemplo la vialidad, la gestión ambiental, la dotación de servicios, etc.) de forma que convengan en las competencias globales que vienen a ser (1) la planificación del desarrollo y (2) el ordenamiento territorial^{5,6}. Por otra parte, se ha estudiado en el mismo ámbito del nivel descentralizado de los gobiernos locales, la instrumentación y formulación de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial^{7,8}; así como los desafíos y dificultades de aprobación de éstos⁹.

5 Manuel Benabent Córdova y Lorena Vivanco, “El ordenamiento territorial y el urbanismo en el Ecuador y su articulación competencial”, *Ciudad y territorio*, 194 (2017): 713-726.

6 Fernando Pauta, “Modelo para la gestión de la ordenación territorial en el Ecuador en el marco de su Constitución” (Tesis de doctorado, Universidad Politécnica de Madrid, 2014).

7 Katia Barros y Wilman Aldeán, “Homologación de los conceptos e instrumentos de planificación en el Ecuador: los Planes de Uso y Gestión de Suelo”, *Eidos*, 23 (2023): 48.

8 Mónica González y Cristina Chuquiguanga, “Los planes de desarrollo y ordenación territorial en Ecuador a nivel cantonal. Estudio de caso de la Zona 6 de planificación”, *Estoa*, 13, 17 (2018).

9 Katia Barros, Alejandra Salazar y Pablo Iglesias, “Dificultades de la aprobación y retos en la planificación de los instrumentos de ordenamiento territorial en el Ecuador”, *Revista de geografía*, 26 (2023): 37.

No obstante, se ha dejado de lado lo relativo a los instrumentos de ordenamiento territorial de la macro escala, de la escala nacional. Los estudios a este nivel se han centrado principalmente en el Plan Nacional de Desarrollo, desde las dimensiones sectoriales como son las macroeconómicas, y las comerciales¹⁰; o en general, en el paradigma guía que tuvieron los primeros PND en el Ecuador, como fue, entre otros, el “Buen Vivir”¹¹. Así, se ha dejado de lado las dimensiones territoriales que configuran el ordenamiento territorial a nivel nacional.

Con este antecedente y como parte del marco conceptual hay que diferenciar entre los conceptos de ordenamiento territorial y desarrollo. El ordenamiento territorial se refiere a la técnica de planificación que permite de forma integral, sistémica y multiescalar abordar al territorio¹². Para Crissi, el ordenamiento territorial (OT) gira siempre en torno a tres componentes: i) las actividades humanas; ii) el espacio; iii) el sistema que entre ambos configuran. El OT puede ser visto además como producto de las políticas “macro de amplia visión estatal basadas en la epistemología del territorio y en la humanización de las relaciones espacio-tiempo”¹³. No obstante, y la visión que en este estudio se comparte, es aquella que considera al OT de forma más integral, en el que se supone un “proceso reflexivo” que incorpora la realidad, pero también los escenarios pasados y los futuros, agregando la condición de anticiparse a lo posible¹⁴.

En el Ecuador, el ordenamiento territorial está definido en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo (en adelante LOOTUGS), como el “proceso y resultado de organizar espacial y funcionalmente las actividades y recursos en el territorio, para viabilizar la aplicación y concreción de políticas públicas democráticas y participativas y facilitar el logro de objetivos de desarrollo”¹⁵.

Por su parte, el desarrollo puede ser entendido como el resultado de un proceso de crecimiento de las libertades reales aducida a la reducción de la pobreza y el consecuente incremento de oportunidades económicas y sociales¹⁶. Ahora, en este contexto, hay que señalar

10 Darwin Ordoñez y Susana Hinojosa, “La política exterior del Ecuador en el marco del Plan Nacional del Buen Vivir”, *Retos*, 8, 1 (2014).

11 Antonio Hidalgo y Ana Cubillo, “Orto y ocaso del buen vivir en la planificación nacional del desarrollo en Ecuador (2007-2021)”, *Ediciones Universidad de Salamanca*, 78 (2018): 37-54.

12 María Elina Gudiño, op. cit., 20(2015): 13-14.

13 Vanesa Crissi, “Un modelo conceptual para el abordaje del ordenamiento territorial”, *Economía Sociedad y Territorio*, 21, 67 (2021): 872.

14 Horacio Bozzano, “Ordenamiento del Territorio e Inteligencia Territorial. Un enfoque aplicado a casos en La Plata (Argentina) y Minas (Uruguay)”, *Polígonos, Revistas de Geografía*, 26 (2014):182.

15 Ecuador, *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo*, Registro Oficial 790, Suplemento, 5 de julio de 2016, art. 9.

16 Amartya Sen, *Development as freedom* (New York: Alfred Knopf, 2000).

que desarrollo no es lo mismo que crecimiento. Pues el desarrollo implica la sostenibilidad, y una evolución equitativa y democrática¹⁷.

En este contexto, en el Ecuador la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial están como política de Estado muy relacionadas, pues el OT se plantea como instrumento que viabiliza los objetivos de desarrollo.

II. MÉTODOS

El presente estudio hace uso de métodos cualitativos vistos como esa “mirada enfocada al análisis de los fenómenos, examinando a partir de la posición de los elementos presentes en el ambiente y vinculados a su contexto (...) se trata de entender la ocurrencia de las realidades sociales”, desde perspectivas inductivas y flexibles¹⁸. Los métodos cualitativos son aplicados al estudio del caso Ecuador.

El principal elemento de análisis son las disposiciones legales y normativas referentes al ordenamiento territorial de escala nacional. Para ello se han definido tres estrategias:

1. Partir de una diferenciación de los tipos de instrumentos de ordenamiento territorial de escala nacional y las entidades encargadas de su formulación y aplicación;
2. Relacionar las competencias sectoriales (como por ejemplo educación, salud, etc.) con las competencias globales que son el ordenamiento territorial y la planificación del desarrollo.
3. Exploración detallada de dos instrumentos de ordenamiento territorial de macro escala, ETN y un plan sectorial del ejecutivo con incidencia en el territorio.

17 Joseph Stiglitz, “Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso post-Washington”, *Desarrollo Económico*, 38, 151 (1998): 691-722.

18 Víctor Guzmán, “El método cualitativo y su aporte a la investigación en las ciencias sociales”, *Gestionar: revista de empresa y gobierno*, 4, 1 (2021):21-2.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Instrumentos de nivel nacional para el ordenamiento territorial

La legislación ecuatoriana establece tres instrumentos para el ordenamiento territorial a escala nacional, i) la Estrategia Territorial Nacional; ii) los planes especiales para los proyectos nacionales de carácter estratégico; y, iii) los planes sectoriales del Ejecutivo con incidencia en el territorio^{19, 20}.

La Estrategia Territorial Nacional (ETN) forma parte constitutiva del Plan Nacional de Desarrollo (PND), y lo ahí establecido es vinculante para todo el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa (SNDPP). La ETN debe determinar los criterios, directrices y guías de actuación que ordenen al territorio en escala nacional, los recursos naturales, las grandes infraestructuras y equipamientos, las actividades económicas, la protección del patrimonio natural y cultural en virtud de las políticas de carácter nacional determinados en el PND. Además, la ETN debe contener políticas y lineamientos nacionales para “zonas de frontera, la Amazonía, el régimen especial de Galápagos, y el territorio marino costero”²¹.

Por su parte, los planes especiales para los proyectos nacionales de carácter estratégico que tienen el fin de “planificar el territorio de influencia de esos proyectos”, no son de obligatoria formulación; no obstante, de formularse de parte del Gobierno Central, tienen el carácter de vinculante para la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial de los gobiernos locales en cuya circunscripción territorial se localice el proyecto nacional de carácter estratégico o su área de influencia. Estos instrumentos tienen una visión de largo plazo en virtud de la duración del proyecto nacional; y se prevé que su contenido se enfoque en los programas, proyectos y actividades financiadas “con las rentas y regalías provenientes de la ejecución del proyecto respectivo”²².

Finalmente, los planes sectoriales del ejecutivo con incidencia en el territorio son formulados por los Ministerios rectores en articulación con el PND y su ETN; y son “instrumentos de planificación en los cuales, a partir de las políticas y metas del Plan Nacional de Desarrollo, se definen objetivos sectoriales, indicadores y metas para su seguimiento y evaluación”²³.

19 Ecuador, *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo*. Registro oficial 790, Suplemento, 5 de julio de 2016.

20 Ecuador, *Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014.

21 Ecuador, *Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014, art. 11.

22 Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 40.1.

23 Ecuador, *Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-1 Norma técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*, Registro Oficial 635, Suplemento, 8 de febrero de 2022, art. 12.

La Estrategia Territorial Nacional

Al ser la ETN el componente del PND que contiene las dimensiones territoriales, es considerado un instrumento de ordenamiento territorial, y el de mayor alcance geográfico, pues sus contenidos abarcan de forma integral todas las competencias sectoriales del gobierno central; y son la máxima expresión de la planificación y el instrumento jerárquicamente, más relevante del país. Es así que, la legislación urbanística tiene entre sus fines la articulación de los distintos instrumentos de ordenamiento territorial de todos los niveles de gobierno. En este sentido, uno de los contenidos de la ETN debe ser las directrices para la “articulación de las decisiones de los distintos niveles de gobierno en el territorio nacional”²⁴.

Son seis (6) los PND emitidos en el Ecuador al año 2024, desde la vigencia de la actual constitución, conforme se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. PND en el Ecuador

Gobierno	Periodo	Denominación	Objetivos
Rafael Correa Delgado	2007-2010	Plan para la revolución ciudadana	Reducción de la pobreza, la mejora de la infraestructura, la inversión en educación y salud, y la inclusión social. También se buscó una mayor participación del Estado en la economía y una reforma de los sistemas de justicia y política.
Rafael Correa Delgado	2009-2013	Plan Nacional para el Buen Vivir (Sumak Kawsay)	Alcanzar la vida digna, sostenible y equitativa. Incluyó estrategias para la reducción de desigualdades, la promoción de la equidad de género, y el fortalecimiento de la soberanía alimentaria.
Rafael Correa Delgado	2013 – 2017	Plan Nacional para el Buen Vivir	Se mantiene el enfoque del PND anterior, pero con un ajuste en las prioridades y estrategias. Se hizo hincapié en el desarrollo de infraestructura, el impulso a la industrialización, y la diversificación de la economía para reducir la dependencia de los recursos naturales.
Lenin Moreno	2017-2021	Plan Nacional Toda una Vida	Alcanzar el desarrollo económico sostenible, la lucha contra la corrupción, y la mejora de la calidad de los servicios públicos. También incluyó reformas estructurales y medidas para enfrentar la crisis económica.
Guillermo Lasso	2021-2025	Plan Nacional Creando Oportunidades	Reactivación económica post-pandemia, con énfasis en la inversión en infraestructura, la promoción del empleo, la sostenibilidad ambiental, y la transparencia gubernamental.
Daniel Noboa	2024-2025	Plan de Desarrollo para el Nuevo Ecuador	Mejora de las condiciones de vida, las capacidades de la ciudadanía; seguridad integral; estimular el sistema económico y de finanzas, la productividad y el empleo.

Elaboración: Autora 2024.

²⁴ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 36.2.

Cada uno de estos planes han contenido una Estrategia Territorial Nacional, que de manera general no han terminado por territorializar la política pública, pues su contenido ha sido más analítico que propositivo.

La primera ETN 2007-2010 tuvo un enfoque meramente conceptual y general dentro del PND, careciendo de un apartado específico que incluyera georreferenciación alguna y reduciéndose a mencionar en algunos apartados a la ETN²⁵.

La segunda ETN 2009-2013, ya se inició con una propuesta territorial a nivel país que planteaba de manera general seis propuestas: i) estructura nacional policéntrica y articulada de asentamientos humanos; ii) el desarrollo rural; iii) infraestructura de movilidad; iv) sustentabilidad ambiental; v) diversidad y patrimonio cultural; y, vi) gestión descentralizada y desconcentrada²⁶.

La tercera ETN 2013-2017, ya con la vigencia del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP), incorpora una mirada multiescalar pues se generan “unidades de síntesis territorial” en virtud de la homogeneidad espacial para el estudio territorial y en virtud del cual se plantean tres propuestas que consistió en i) sustentabilidad ambiental; ii) cierre de brechas; y, iii) análisis de unidades²⁷.

La cuarta ETN 2017- 2021 ya con la vigencia de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo (LOOTUGS), abordó cuatro aspectos i) sustentabilidad ambiental y gestión de riesgos; ii) acceso equitativo a conocimiento e infraestructuras; iii) gobernanza; y, articulación multinivel²⁸.

La quinta ETN 2021-2025 parte del vínculo de los sistemas de soporte con el desarrollo, procurando vincular los lineamientos territoriales de las directrices a las políticas del PND²⁹.

La ETN vigente 2024-2025 aborda cuatro temáticas i) social; ii) económico productivo; iii) ambiente; y, iv) transporte, energía e institucional. El instrumento parte de una caracterización del territorio nacional por cada una de las temáticas; culminando con un modelo territorial integrado que georreferencia las caracterizaciones del sistema territorial nacional. Plantea ocho unidades de síntesis territorial, agroindustriales, agropecuarias, de desarrollo industrial hidrocarburiífero, de productos del mar, de predominancia de vegetación natural, áreas prioritarias de recarga y protección; sobre las que se plantean áreas prioritarias de conservación y gestión ambiental y se identifican problemas socioambientales por actividades extractivas.

25 Ecuador, *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*, Registro Oficial 310, Suplemento, 7 de abril de 2008.

26 Ecuador, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Registro Oficial 144, Suplemento, 5 de marzo de 2010.

27 Ecuador, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*, Registro Oficial 78, Suplemento, 11 de septiembre de 2017.

28 Ecuador, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida*, Registro Oficial 78, Suplemento, 2017.

29 Ecuador, *Plan de Desarrollo para el Nuevo Ecuador 2024-2025*, Registro Oficial 511, Suplemento, 5 de marzo de 2024.

Finalmente, se plantean (1) directrices y lineamientos territoriales a escala nacional que son: i) la reducción las inequidades sociales y territoriales; ii) el impulso de la productividad y competitividad; iii) la mejora de la infraestructura y uso eficiente de la energía; y, (2) directrices para la articulación de las decisiones de distintos niveles de gobierno en el territorio y la articulación la gestión territorial y gobernanza multinivel. De cada una de estas directrices se establecen metas, indicadores y responsables del gobierno central³⁰.

Sin embargo, a pesar de la solidez de la caracterización territorial inicial y georreferenciada, se identifica una deficiencia significativa en la fase de propuesta. La propuesta netamente textual, carece de la georreferenciación necesaria, pues su enfoque limita las propuestas a meras descripciones verbales, que no solo dificulta su implementación, sino que también impide una adecuada visualización y análisis de las intervenciones planificadas. No se trata solo de una falta de georreferenciación, y de ausencia de datos geoespaciales en las propuestas; sino de su impacto en las decisiones que no consideren la realidad del territorio de forma integral ni las interacciones entre sus diversas características.

Los planes sectoriales del ejecutivo (PSE) con incidencia en el territorio

La LOOTUGS, que es la legislación urbanística nacional, establece a los PSE con incidencia en el territorio como un instrumento del nivel nacional, al igual que la ETN y los planes especiales para proyectos nacionales de carácter estratégico.

Adicionalmente, señala que los planes maestros sectoriales (elaborados desde los GAD municipales), que son aquellos que detallan, desarrollan y/o implementan “las políticas, programas y/o proyectos públicos de carácter sectorial sobre el territorio cantonal o distrital”, deben guardar concordancia con los PSE con incidencia en el territorio³¹.

El COPFP (2010)³² señala que los PSE con incidencia en el territorio serán emitidos por los ministerios correspondientes y contendrán al menos cinco componentes, i) el diagnóstico del sector; ii) la propuesta; iii) el modelo de gestión; iv) la planificación de los servicios públicos; y, v) el presupuesto respectivo del plan. Adicionalmente, se determina que el ente rector de la planificación definirá el contenido de cada componente.

El artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 91, de 28 de diciembre de 2023, relativo a la Organización y Funcionamiento del Gabinete Estratégico, Gabinetes Sectoriales y otros espacios de coordinación y seguimiento, establece a los Gabinetes Sectoriales como “(...) instancias de obligatoria convocatoria, destinados a la revisión, articulación, coordinación, y armonización de la política intersectorial dentro de su ámbito y su sujeción al Plan Nacional

30 Ecuador, *Plan de Desarrollo para el Nuevo Ecuador 2024-2025*, Registro Oficial 511, Suplemento, 5 de marzo de 2024.

31 Ecuador, *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo*, Registro Oficial 790, Suplemento, 5 de julio de 2016.

32 Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.

de Desarrollo; mismos que deberán coordinar sus acciones con la Secretaría General de la Administración Pública y Gabinete de la Presidencia de la República”. El antedicho Decreto en su artículo 3 determina que los Gabinetes Sectoriales tendrán las siguientes atribuciones:

- a) Coordinar acciones intersectoriales para la formulación y el cumplimiento de la política pública en el ámbito del Gabinete Sectorial;
- b) Definir criterios sectoriales de priorización, de la inversión pública en el ámbito del Gabinete Sectorial;
- c) Definir acciones intersectoriales para la consecución de las metas establecidas en la política sectorial;
- d) Sugerir temáticas que necesiten ser elevadas al Presidente de la República;
- e) Dar seguimiento a las acciones de cumplimiento de la política pública del sector, y reportar a la Secretaría General de la Administración Pública y Gabinete;
- f) Revisar los proyectos normativos o de mejora regulatoria diseñados por sus miembros, en coordinación con la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República y la Secretaría General de la Administración Pública y Gabinete, salvo aquellos casos que por su naturaleza establezca la Secretaría General Jurídica;
- g) Organizar los espacios de trabajo que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines; y,
- h) Las demás que consten en el ordenamiento jurídico y las que le asigne el Presidente de la República.

En este contexto, se plantean cinco (5) gabinetes sectoriales con sus integrantes de conformidad con lo expuesto en la tabla 2.

Tabla 2. Gabinetes sectoriales

Gabinete	Integrantes
De lo social	Ministerio de Educación
	Ministerio de Salud
	Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda
	Ministerio de Cultura y Patrimonio
	Ministerio de Deporte
	Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información
	Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos
De seguridad	Ministerio del Interior
	Ministerio de Defensa
	Ministerio de Gobierno

De desarrollo productivo	Ministerio de la Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca
	Ministerio de Agricultura y Ganadería
	Ministerio de Turismo
	Ministerio del Trabajo
De infraestructura, Energía y Medio Ambiente	Ministerio de Transporte y Obras Públicas
	Ministerio de Energía y Minas
	Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica
Institucional	Ministerio de Economía y Finanzas
	Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana
	Ministerio del Trabajo

Fuente: Decreto Ejecutivo No. 91 de 28 de diciembre de 2023

La Norma Técnica del Sistema Nacional de Planificación Participativa – Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-A establece que la elaboración de los planes sectoriales corresponde a los ministerios rectores, que son quienes tienen “competencia para emitir políticas públicas y mecanismos de ejecución que encaminen la gestión de las entidades, al logro de los objetivos y metas del desarrollo”³³. Los Planes Sectoriales pueden actualizarse siempre que exista un informe favorable del ente rector de la planificación nacional en dos circunstancias: i) actualización del PND; y, ii) cambios en la estructura de los ministerios rectores. Es decir, cada Plan Sectorial está alineado al PND y tiene la misma vigencia.

La mencionada Norma Técnica señala que los Planes Sectoriales se entregarán al ente rector de la planificación para su registro en un máximo de treinta días a partir de la publicación del PND en el Registro Oficial.

Además, la Secretaría Nacional de Planificación emitió una Guía Metodológica para la Formulación de Planes Sectoriales con el objetivo de establecer los lineamientos metodológicos que orientan el proceso de su formulación, específicamente para el periodo 2021-2025.

Se establece en la Guía Metodológica los siguientes contenidos:

1. Diagnóstico del sector. – es el apartado inicial con el cual en colaboración con las entidades del sector se identifican problemas y oportunidades de desarrollo, en la que la solución contribuirá al cumplimiento del PND. Esta apartado debe incluir un marco normativo y conceptual.

³³ Ecuador, *Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-1 Norma técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*, Registro Oficial 635, Suplemento, 8 de febrero de 2022.

2. Propuesta. – corresponde al apartado en donde se consideran los objetivos sectoriales, indicadores (de gestión, de resultado, y de impacto), las metas sectoriales como expresión concreta y cuantificable de los logros³⁴.
3. Modelo de gestión. – es el apartado en donde se establece la organización y recursos para cumplir los objetivos sectoriales. Este apartado debe contener i) la identificación de responsables por objetivo y meta sectorial; y, ii) el presupuesto.
4. Planificación de servicios públicos. – corresponde al apartado en el que se establece el *enfoque territorial*, pues se planifica la prestación de servicios públicos e institucionales considerando la pertinencia, ubicación y cobertura. Se establece que por “cada objetivo sectorial se deben precisar y registrar los “servicios públicos por competencias” correspondientes al sector y las instituciones responsables de proveerlos³⁵”.

Como se señala en el apartado anterior, la dimensión territorial de los PSE es específica en la planificación de servicios públicos, pues es en donde, en virtud de las necesidades se georreferencia la propuesta y su cobertura. No obstante, pese a que no se menciona de manera textual en la guía metodológica, los demás apartados deberían también desarrollarse desde dimensiones territoriales.

Los PSE con incidencia en el territorio no se están desarrollando por todos los ministerios rectores, y los contenidos de aquellos planes, al igual que la ETN, no terminan por consolidar propuestas territoriales consistentes que vincule las dimensiones sectoriales con las territoriales. Por ejemplo, el Plan Sectorial de Turismo 2021-2025³⁶, parte con un diagnóstico territorial que integra un estudio de flujos de turismo, poblacionales, económico y social con análisis georreferenciados; pero su propuesta se alinea más bien a considerar temas presupuestarios, dejando de lado plantear proyectos que aterricen en el territorio conforme el sólido análisis realizado inicialmente.

Reparto competencial: entender las competencias sectoriales

Las competencias que son las “capacidades de acción de un nivel de gobierno” se realizan respecto a un determinado sector³⁷; que de conformidad con el COOTAD son tres, (1) los

34 Ecuador, *Guía metodológica para la formulación de Planes Sectoriales*, Registro Oficial 28, Suplemento, 24 de marzo de 2022, 12.

35 Ecuador, *Guía metodológica para la formulación de Planes Sectoriales*, Registro Oficial 28, Suplemento, 24 de marzo de 2022, 12.

36 Ecuador, *Plan Sectorial de Turismo 2021-2025*, 2021.

37 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 113.

sectores privativos, que corresponden al ámbito nacional por su importancia y alcance, por ello son exclusivamente competencia del gobierno central y no pueden ser descentralizadas³⁸; (2) los sectores estratégicos, que son los que el gobierno se reserva todas sus competencias y facultades como son la rectoría, planificación, regulación, control y gestión³⁹; siendo exclusivas del gobierno central para los sectores estratégicos las facultades de rectoría y gestión; y, (3) los sectores comunes, que son los que en mayor o menor medida pueden descentralizarse y desconcentrarse⁴⁰.

Las competencias además pueden ser exclusivas y concurrentes. Las exclusivas son las que su “titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno (...) y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno”⁴¹. En otras palabras, es cuando algunas facultades, no la totalidad, le corresponden a un nivel de gobierno⁴². Por su parte, las competencias concurrentes son aquellas en las que la titularidad les corresponde a varios niveles de gobierno y obligatoriamente se gestionan de forma concurrente⁴³.

Con lo expuesto y en virtud de lo establecido en la Constitución y el COOTAD en la tabla a continuación se establece las competencias del Gobierno Central.

Tabla 3. Reparto competencial del gobierno central

Competencia	Observación	Referencia	Entidad
Planificación Nacional	Se da respecto a los sectores privativos y estratégicos, y sus competencias establecidas en el 261 CRE. Además de: - Zonas de desarrollo Económico Especial - Política de hábitat y vivienda - Sistema Nacional de Áreas Patrimoniales	Art. 261, 275 CRE Art. 10 COPFP	Secretaría Nacional de Planificación (ente rector)
Defensa nacional, protección interna y orden público		Art. 261 CRE	Ministerio de Defensa
Relaciones internacionales		Art. 261 CRE	Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

38 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 110.

39 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 116.

40 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 112.

41 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 114.

42 Manuel Benabent Córdova y Lorena Vivanco, op. cit. 194 (2017): 716.

43 Ecuador, *Código Orgánico de Organización territorial Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 115.

Registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio		Art. 261 CRE	Ministerio de Gobierno – Registro civil
Ordenamiento territorial	Ente rector	Art. 9 LOOTUGS	Secretaría Nacional de Planificación (ente rector)
Hábitat y vivienda		Art. 261 y 375 CRE	Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda
Educación	Emisión de políticas	Art. 261 CRE	Ministerio de Educación
Salud	Emisión de políticas	Art. 261 CRE	Ministerio de Salud Pública
Puertos y aeropuertos		Art. 261, 314 y 394 CRE	Ministerio de Transporte y Obras Públicas
Tránsito y transporte público	Terrestre, aéreo y acuático	Art. 394 CRE	Ministerio de Transporte y Obras Públicas
Espectro radioeléctrico, comunicaciones, telecomunicaciones		Art. 261 y 314 CRE	Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información
Áreas naturales protegidas y recursos naturales		Art. 261 CRE	Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica
Manejo de desastres naturales		Art. 261 CRE	Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos
Recursos forestales		Art. 261 CRE	Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, Ministerio de Agricultura y Ganadería
Recursos energéticos		Art. 261 y 314 CRE	Ministerio de Energía y Minas
Recursos hídricos	Planificación, gestión y aprovechamiento del agua	Art. 261 y 318 CRE	Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica
Planificar y construir sistemas de riesgo		Art. 314 CRE	Ministerio de Agricultura y Ganadería
Control de la función social, Normar uso sustentable del suelo agropecuario o forestal. Adjudicar propiedad rural, Proteger la tierra rural		Art. 32 LOTRYTA	Ministerio de Agricultura y Ganadería
Política nacional sobre la gestión y promoción de la cultura		Art. 378 CRE	Ministerio de Cultura y Patrimonio
Provisión de servicios públicos	Agua potable, Riego, Energía eléctrica, Saneamiento	Art. 314 CRE	Ministerio de Transporte y Obras Públicas
Minería e hidrocarburos		Art. 261 CRE	Ministerio de Energía y Minas

Elaboración: Autora, 2024.

En virtud de lo señalado en la tabla 2, se parte de entender que la planificación del desarrollo es una competencia transversal en la que confluyen las demás competencias sectoriales. Pauta (2014) en su estudio de la planificación del desarrollo señala, para el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, que la planificación y el ordenamiento territorial pueden ser vistos como competencias horizontales o globales en las que aterrizan las demás competencias (verticales o sectoriales) y con ello, éstas dos, se convierten en una red organizadora y articuladora.⁴⁴ No obstante, para el gobierno central, pese a que la planificación nacional se realiza respecto a los sectores privados y estratégicos, y sus competencias establecidas Constitución; el PND constituye la máxima directriz política y administrativa que rige el diseño e implementación de la política pública⁴⁵; y su ETN, los criterios, directrices y guías ordenan el territorio en escala nacional⁴⁶; así, sigue siendo una directriz de gran escala que termina por asentarse en el respectivo Plan Sectorial.

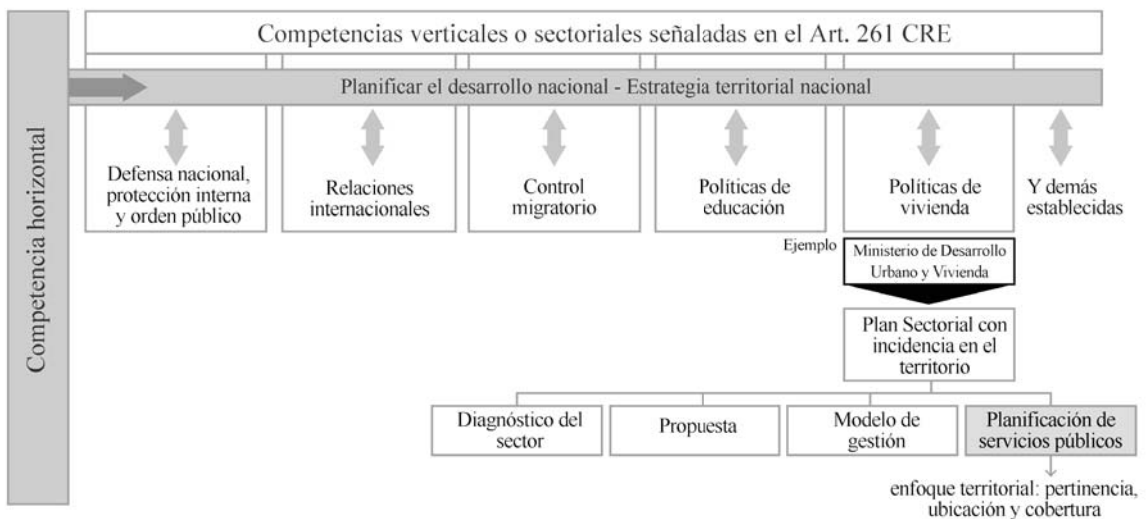


Figura 1. Reparto competencial por niveles de gobierno: competencias transversales y verticales

Elaboración: Autora, 2024. Fuente: Adaptado de Pauta 2014.

44 Fernando Pauta, “Modelo para la gestión de la ordenación territorial en el Ecuador en el marco de su Constitución” op. cit., 32-33.

45 Ecuador, Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-1 *Norma técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*, Registro Oficial 635, Suplemento, 8 de febrero de 2022.

46 Ecuador, *Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014, art. 11.

IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

De la síntesis de los hallazgos más relevantes, destacan tres particularidades. A continuación, se detallarán cada una, proporcionando un marco para la interpretación de los resultados y sus posibles aplicaciones en el ámbito práctico y teórico.

Primero, es crucial destacar que la constitución ecuatoriana de 2008 y las leyes subsecuentes han establecido un enfoque holístico que vincula el desarrollo social, económico y ambiental con las dimensiones territoriales. Este marco legal promueve una visión integrada del territorio promoviendo el reconocimiento de la diversidad cultural y geográfica del país. En este contexto, la planificación del desarrollo se convierte en un proceso multidimensional que busca equilibrar las necesidades de crecimiento económico con la equidad social y la sostenibilidad ambiental, pero sobre todo que apunten a un “buen vivir” y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Este marco legal y normativo dispone alcanzar dicho desarrollo mediante la generación de instrumentos de ordenamiento territorial tanto para los gobiernos locales, como a una macroescala nacional, para el gobierno central. Esta última a través de dos instrumentos, la ETN y los PSE con incidencia en el territorio. Que en grandes rasgos deben proporcionar las directrices estratégicas y lineamientos con enfoque nacional, que permita abordar problemáticas transversales como la urbanización acelerada, el cambio climático, la conservación de la biodiversidad, entre otros.

Segundo, el marco legal respecto a la ETN señala de manera somera su carácter vinculante para el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa y su relación con el análisis integral y la propuesta misma anclada al territorio y a sus dimensiones espaciales; además de prestar relevancia a determinados territorios por su importancia nacional, como es el caso del régimen especial de Galápagos, la Amazonía y la región marino costera. Es en normativa donde se desarrolla con mayor detalle aspectos relativos a la ETN.

Tabla 4. Marco legal y normativo relativo a la ETN

Legislación/norma	Año	Detalle
Constitución de la República	2008	Planificación nacional y su vinculación con políticas, programas y proyectos públicos, PGE, inversión y gastos públicos.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	2010	Vinculación de la ETN con el PND. Se establece a la ETN como vinculante, contenidos.
Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	2014	Contenidos ETN
Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo	2016	Define la ETN como instrumento de ordenamiento territorial
Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-A Norma Técnica del SNPP	2022	Vigencia, responsables, seguimiento, evaluación, formulación

Elaboración: Autora, 2024.

Si bien el marco jurídico logra establecer una visión de lo que se quiere con la ETN, los seis instrumentos hasta ahora desarrollados no logran su objeto. Los contenidos se caracterizan por ser conceptuales, y las dimensiones territoriales se han utilizado netamente para caracterizar y estudiar al territorio; más no en la propuesta; por lo que estos contenidos propositivos presentan una deficiencia significativa. Las propuestas son textuales, carecen de una georreferenciación y dimensiones territoriales integrales que vinculen el análisis con las directrices, metas y lineamientos establecidos.

Por su parte, el marco legal respecto a los PSE con incidencia en el territorio es más complejo; pues no se reduce a la legislación urbanística y relacionada, sino también vincula a aquellas relativas a cada competencia sectorial. En este punto se evidencia primero, que la legislación urbanística propone que, por cada competencia sectorial, se proponga y planifique la dotación del servicio incorporando el componente territorial con el uso de los PSE. La legislación no es tan clara respecto al alcance y contenido mismo de dicho componente territorial; no obstante, es la guía metodológica desarrollada por el Ente Rector la que aclara dicho alcance. Se propone que, dentro de cada PSE, exista un apartado con la planificación de los servicios considerando su ubicación y cobertura.

No obstante, la legislación sectorial no vincula directamente a la planificación y a los instrumentos de ordenamiento territorial al ejercicio de las competencias sectoriales, dando lugar a una desconexión normativa, que ha provocado el escaso desarrollo de instrumentos de ordenamiento territorial de carácter sectorial.

Tercero, abarcando un análisis integral de los instrumentos de ordenamiento territorial local y los de nivel nacional, se evidencia el desfase en las temporalidades de formulación de los mismos, pues la formulación de los del nivel nacional se genera con dos años de desfase por las temporalidades establecidas en el cambio de autoridades (ver figura 2). Por ello, los instrumentos del nivel local dos años posterior a su formulación o actualización deben alinearse al Plan Nacional de Desarrollo del gobierno de turno.

De este enfoque se tienen dos particularidades. La continuidad de los planes locales es sumamente más amplia que la de los nacionales en donde se formula un nuevo PND cada cuatro años con cada gobierno de turno; mientras que el PDOT (instrumento de ordenamiento territorial de los gobiernos locales) tiene una vigencia de largo plazo (20 años), y se actualiza cada cuatro. A ello se suma que, para el nivel municipal, este PDOT tiene un componente normativo establecido en el Plan de Uso y Gestión de Suelo, cuyo componente estructurante tiene una vigencia de 12 años, sin que pueda ser modificado. En este componente se establece la base de estructuración de las ciudades y ruralidades, y es la mirada estratégica y la normativa urbanística la que se puede ir modificando cada 4 años, coincidiendo con el cambio de autoridades locales.

Esta visión supone que la planificación y el ordenamiento territorial son predominantemente desde una lógica bottom up, de abajo hacia arriba, por la temporalidad misma que implica que los planes locales sean de largo plazo y los nacionales de corto plazo, salvando que una vez emitido el PND cada instrumento local debe alinearse. De ahí que la vigencia de cada PND y su ETN tienen una temporalidad de solo cuatro años, es decir de corto plazo; y que sus contenidos obedecen más a la visión estratégica del gobierno de turno, por lo que incluso el nombre mismo de cada PND ha venido siendo parte de la propuesta electoral de cada gobierno, teniendo nombres como del Buen Vivir, de la Revolución Ciudadana o del Nuevo Ecuador.

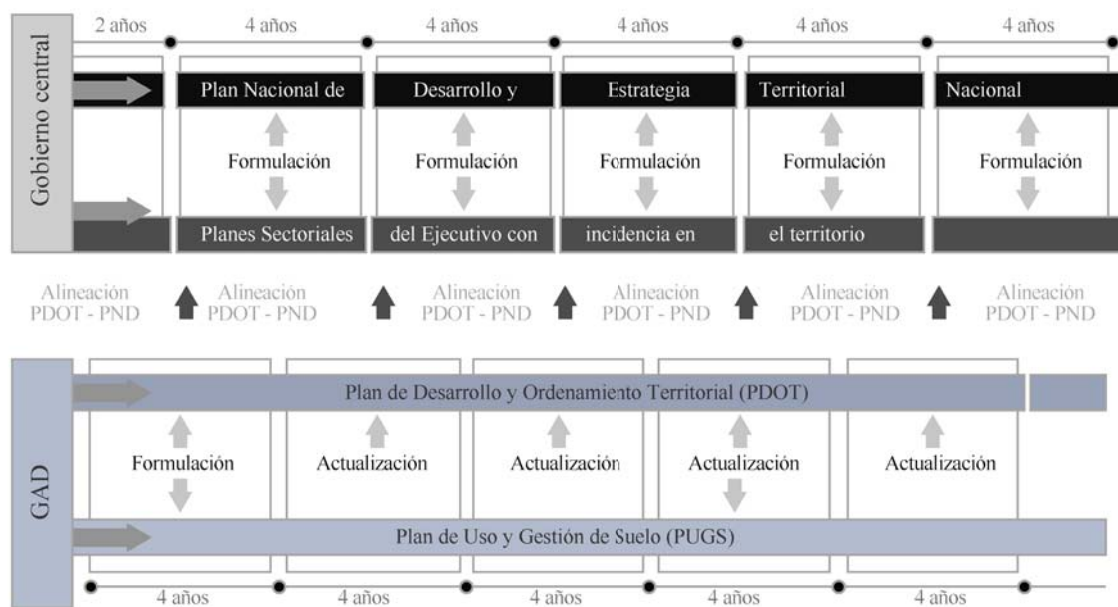


Figura 2. Articulación nacional local de los instrumentos de ordenamiento territorial
Elaboración: Autora, 2024.

REFERENCIAS

- Barros, Katia y Wilman Aldeán. “Homologación de los conceptos e instrumentos de planificación en el Ecuador: los Planes de Uso y Gestión de Suelo”. *Eidos*, 23 (2023): 39-49.
<https://revistas.ute.edu.ec/index.php/eidos/article/view/1250/1130>
- Barros, Katia, Alejandra Salazar y Pablo Iglesias. “Dificultades de la aprobación y retos en la planificación de los instrumentos de ordenamiento territorial en el Ecuador”. *Revista de geografía*, 26 (2023): 37-48. <https://www.revistaiga.unsj.edu.ar/wp-content/uploads/2023/12/Revista-26-LISTA-1.pdf>
- Bozzano, Horacio. “Ordenamiento del Territorio e Inteligencia Territorial. Un enfoque aplicado a casos en La Plata (Argentina) y Minas (Uruguay)”. *Polígonos, Revistas de Geografía*, 26 (2014):181-222.
- Cueto, Walter José y Malina Guardamagna. “¿Hay políticas de Estado en la Argentina? Aproximaciones a un concepto”. *DAAPGE*, 18 (2012): 7-25.
https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-37272012000100001&lng=es&nrm=iso
- Córdoba, Manuel Benabent Fernández de and Lorena Vivanco Cruz. “El ordenamiento territorial y el urbanismo en el Ecuador y su articulación competencial”. *Ciudad y territorio*, 194 (2017): 713-726.
- Crissi, Vanesa. “Un modelo conceptual para el abordaje del ordenamiento territorial”. *Economía Sociedad y Territorio*, 21, 67 (2921): 865-892. <http://dx.doi.org/10.22136/est20211721>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador *Acuerdo No. SNP-SNP-2021-0006-1 Norma técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa*. Registro Oficial 635, Suplemento, 8 de febrero de 2022.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo*. Registro Oficial 790, Suplemento, 5 de julio de 2016.
- Ecuador. *Guía metodológica para la formulación de Planes Sectoriales*. Registro Oficial 28, Suplemento, 24 de marzo de 2022.
- Ecuador. *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*. Registro Oficial 310, Suplemento, 7 de abril de 2008.
- Ecuador. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Registro Oficial 144, Suplemento, 5 de marzo de 2010.
- Ecuador. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Registro Oficial 78, Suplemento, 11 de septiembre de 2017.

- Ecuador. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 Toda una Vida*. Registro Oficial 78, Suplemento, 2017.
- Ecuador. *Plan de Desarrollo para el Nuevo Ecuador 2024-2025*. Registro Oficial 511, Suplemento, 5 de marzo de 2024.
- Ecuador. *Plan Sectorial de Turismo 2021-2025*. 2021.
- Ecuador. *Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014.
- González, Mónica y Cristina Chuquiguanga. “Los planes de desarrollo y ordenación territorial en Ecuador a nivel cantonal. Estudio de caso de la Zona 6 de planificación”. *Estoa*, 13, 17 (2018): 101-110. <https://doi.org/10.18537/est.v007.n013.a08>
- Gudiño, María Elina. “El Ordenamiento Territorial como política de Estado”. *Perspectiva Geográfica*, 1, 20(2015): 11-36. <https://doi.org/10.19053/01233769.4491>
- Guzmán, Víctor. “El método cualitativo y su aporte a la investigación en las ciencias sociales”. *Gestionar: revista de empresa y gobierno*, 4, 1 (2021):19-31. <https://doi.org/10.35622/j.rg.2021.04.002>
- Hidalgo, Antonio y Ana Cubillo. “Orto y ocaso del buen vivir en la planificación nacional del desarrollo en Ecuador (2007-2021)”. *Ediciones Universidad de Salamanca*, 78 (2018): 37-54. <https://doi.org/10.14201/alh2018783754>
- Ordoñez, Darwin y Susana Hinojosa. “La política exterior del Ecuador en el marco del Plan Nacional del Buen Vivir”. *Retos*, 8, 1 (2014): 143-155. <https://doi.org/10.17163/ret.n8.2014.07>
- Pauta, Fernando. “Modelo para la gestión de la ordenación territorial en el Ecuador en el marco de su Constitución”. Tesis de doctorado. Universidad Politécnica de Madrid, 2014.
- Sen, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred Knopf, 2000.
- Stiglitz, Joseph. “Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso post-Washington”. *Desarrollo Económico*, 38, 151 (1998): 691-722.

Recibido: 24/09/2024

Aprobado: 10/10/2024

*La Apatridia en Mujeres,
Acciones del ACNUR y la Nueva Alianza Global
para poner Fin a la Apatridia*

*Statelessness in Women, UNHCR Actions and the
New Global Alliance to End Statelessness*

Sandra Alemán Martínez* <https://orcid.org/0000-0001-9545-5611>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2784>

* Doctora en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Correo electrónico: salemanm@uaemex.mx

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Protección maternal, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

En algunos países las mujeres y niñas son discriminadas por razón de género, las condiciones a que se enfrentan las personas privadas de una nacionalidad “apátridas”, involucran una doble o triple vulnerabilidad para ellas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, tiene encomendada la tarea de acabar con este fenómeno social que denigra y discrimina a millones de personas en el mundo, la mayoría de ellos miembros de minorías; este artículo realiza un estudio de las situaciones que pueden enfrentar día a día, la intervención del ACNUR desde 1951, y el lanzamiento de una nueva Alianza global para poner fin a la apatridia, misma que requiere el involucramiento e intervención de la sociedad en general para lograr la voluntad política de los gobernantes y legisladores del mundo, a quienes corresponde promover, aprobar, y ejecutar leyes de nacionalidad que eviten y prevengan la apatridia.

Palabras clave: *mujer, mujeres, niñas, niños, nacionalidad, apatridia, apátrida. ACNUR.*

ABSTRACT

In some countries, women and girls are discriminated against based on gender, the conditions faced by “stateless” people deprived of a nationality involve a double or triple vulnerability for them, the United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, is entrusted with the task of ending this social phenomenon that denigrates and discriminates against millions of people in the world, most of them members of minorities; This article carries out a study of the situations that they may face every day, the intervention of the UNHCR since 1951, and the launch of a new global Alliance to end statelessness, which requires the involvement and intervention of society in general to achieve the political will of the world’s rulers and legislators, whose responsibility it is to promote, approve, and execute nationality laws that avoid and prevent statelessness.

Keywords: *woman, women, girls, children, nationality, statelessness, stateless person, UNHCR.*

I. INTRODUCCIÓN

La apatridia, vocablo poco conocido fuera del argot jurídico en el continente americano, es el resultado de varios factores, entre ellos los vacíos en las leyes de nacionalidad de algunos Estados, a través de los cuales se margina y discrimina a las personas; de acuerdo a la *Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados*, ACNUR, la mayoría de las personas apátridas pertenecen a grupos sociales vulnerables, minorías, desprotegidos, desplazados, entre otros.

La vulnerabilidad latente en las mujeres por el simple hecho de pertenecer al sexo femenino se acrecienta en aquellos Estados que no les confieren el derecho de ejercer y heredar una nacionalidad de la misma forma que a los hombres, pero ¿Por qué la apatridia afecta más a las mujeres?, la vulneración reiterada de los principios generales del derecho internacional al otorgar derechos de nacionalidad de forma discriminatoria por razón de raza, sexo, entre otras, es una de las respuestas.

La posición reiterada por parte de los Estados de conservar y continuar aplicando leyes de nacionalidad creadas en contravención a lo establecido en el artículo 15 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, donde se instituye la nacionalidad como un derecho humano, el cual debe ser otorgado sin distinción alguna a todos los habitantes mundo y el rechazo sistemático para realizar cambios en sus legislaciones, sabedores que éstas violentan los derechos humanos de ciertos sectores de la población, constituyen a todas luces una responsabilidad internacional de aquellos que insisten en conservar este tipo de leyes.

Los Estados al mantener leyes sobre nacionalidad discriminatorias, en contravención con el artículo 15 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, son verdaderos creadores

de “personas apátridas”, por entorpecer e impedir el pleno goce del derecho humano a la nacionalidad de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción así como de sus nacionales donde quiera que éstos se encuentren; son responsables y si bien es cierto la nacionalidad es una cuestión reservada a la soberanía de los Estados, quizás es tiempo de que se aplique algún tipo de presión por parte de la comunidad internacional para acabar con estas prácticas inhumanas que restringen los derechos de libertad e igualdad condenan a gran número de mujeres en principio y a sus descendientes en consecuencia, a vivir en condiciones desventajosas y distintas a las de sus compatriotas.

Las personas apátridas tienen escaso acceso en principio a documentos adecuados que constituyan prueba de su nacionalidad, y con ello se les limita el acceso a servicios básicos para su sano desarrollo como a la educación, los servicios de salud, así como en el ámbito laboral, donde tienen que aceptar condiciones muy distintas y desfavorables con respecto a los demás; esto en razón de que al no contar con documentación adecuada; se les restringe el acceso a servicios de salud públicos y tienen que acudir a servicios médicos privados que tienen pagar, lo mismo ocurre con la educación para sus hijos.

Las leyes de nacionalidad discriminatorias de al menos 24 países que no cuentan con leyes de nacionalidad igualitarias entre hombres y mujeres imposibilitan a las mujeres el obtener documentación adecuada que les permitan tener un pasaporte y con ello viajar libremente o emigrar si así lo desearan; confinan a estas mujeres y sus descendientes a vivir en condiciones similares a las de confinamiento, sufren discriminación constante tanto a ellas como hacia sus descendientes e incluso se encuentran más expuestas a la trata de personas en el supuesto de que intentasen salir de su país de origen.

Lo anterior, pese a las acciones adoptadas por la *Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados*, en adelante ACNUR, la cual, en su *Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia 2014-2024* en adelante Plan de Acción, reporta que en la actualidad se calcula que más de 10 diez millones de personas en el mundo se hallan en esta condición¹ y 24 países continúan manteniendo vigentes leyes que no consideran a las mujeres dignas de portar una nacionalidad, siendo éste uno de los principales objetivos de la elaboración de este artículo, para difundir lo más posible las situación de las “mujeres apátridas”, ejercer presión ante la comunidad internacional para que esta vergüenza deje de existir en el siglo XXI; es tarea de todos acabar con las desigualdades entre los seres humanos, principalmente de aquellos que han tenido la fortuna de nacer y crecer en Estados que tienen excelentes constituciones, donde el otorgamiento de nacionalidad no hace distinción alguna entre su población, y con las que orgullosamente cumplen casi la totalidad de países en América, estas acciones como afirmaba

¹ The UN Refugee Agency UNHCR, *Apatridia en el mundo*, acceso 20 de abril de 2024, <https://www.unhcr.org/ibelong/es/statelessness-around-the-world-3/#:~:text=Al%20menos%2010%20millones%20de%20personas%20en%20el%20mundo%20actualmente%20son%20ap%C3%A1tridas>

Antony Guidenns, son muy importantes porque se deben impulsar los cambios de abajo hacia arriba, desde las sociedades hacia las cúpulas del poder, fomentar sociedades activas que visibilicen e impulsen a los gobiernos a realizar los cambios necesarios para salvaguardar los derechos humanos de las personas que habitan o transitan en sus territorios.

I. MARCO TEÓRICO

1.1. Nacionalidad, apatridia y ciudadanía

Para hablar de apatridia es primordial y necesario aclarar la esencia y alcance de la palabra “nacionalidad”, misma que en términos claros y sencillos ha sido definida como: “El vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado”, su trascendencia en la vida y desarrollo de los seres humanos es fundamental y gran parte de la población mundial tiene acceso a ella, sin embargo, según reportes del ACNUR, existen personas apátridas en casi todos los países², dichas personas generalmente pertenecen a pequeños grupos o minorías que no cuentan con una nacionalidad, sea que no les ha sido otorgada desde que nacieron, la hayan perdido en ocasiones por migrar de su país de origen, o cuando al tratar de adquirir una nacionalidad distinta a la de su nacimiento, se les haya negado, lo cual ocurre cuando para adquirir la segunda, se les exige renunciar a la de origen; esta transgresión de derechos humanos por parte de los Estados con legislaciones sobre nacionalidad discriminatorias provocan incluso que pequeñas poblaciones caigan en la condición de apatridia.

Es importante recordar que nacionalidad y ciudadanía no son sinónimos, a esta última se le considera como la capacidad de las personas de participar de manera activa en las decisiones políticas de un Estado, por lo general en el país donde se encuentran domiciliados y deben contar con la mayoría de edad, es decir, no aplicable a menores de edad.

En el ámbito internacional, el instrumento que sustenta a la nacionalidad como derecho humano es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, donde se establece:

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

² La agencia de la ONU para los Refugiados UNHCR/ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas*, Ginebra 2014, 1.

Con base en este artículo se puede afirmar que en principio ninguna persona debe carecer de nacionalidad, ni se le puede despojar injustificadamente de ella y tampoco se le debe impedir ejercer su derecho a cambiarla, sin embargo, la realidad es otra.

Consecuentemente, una persona apátrida es aquella que carece de nacionalidad, sea que nunca se le haya otorgado o que la haya perdido.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas contempla el vocablo “apátrida” para designar a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación”³.

Como se menciona en líneas anteriores, el término “apatridia”, sin duda antagónico del concepto de nacionalidad, suele ser entendido como la ausencia de ella y se le relaciona habitualmente como una condición exclusiva de los “refugiados”, esto debido a la idea inexacta de que solo las personas en esta condición son proclives a caer en la apatridia, lo cual es impreciso, como se analiza a lo largo de este artículo, sin embargo, la confusión también puede deberse a la nomenclatura de la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas encargada de la erradicación de la apatridia: *Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)*, cuya conexión e intervención con todo lo relacionado con esta problemática social se detalla en páginas posteriores.

1.2. Causas de la apatridia

Las personas son apátridas por diversas causas, según reportes del ACNUR⁴, el 85% de las personas apátridas viven en 10 países que no han implementado leyes para salvaguardar y prevenir la apatridia en la niñez, aunado a 25 Estados del mundo donde las madres no tienen el derecho de heredar su nacionalidad de la misma manera que los padres, en consecuencia existen personas en el mundo que todavía no nacen y están predestinadas a convertirse en apátridas al nacer, tal es el caso de la aberrante discriminación hacia los hijos de madres solteras y que hoy en día en pleno siglo XXI todavía acontece.

La condición de las personas en Estados donde se les priva del derecho a una nacionalidad por ser descendientes de una mujer sin esposo, donde las mujeres no tienen derecho a heredar ni ejercer su nacionalidad de la misma manera que los hombres, las deja sin oportunidad de contar con una identidad oficial, expuestos a trabajos mal pagados, en condiciones de marginación y tratadas de manera muy distinta y desventajosa con respecto a los demás habitantes de sus países, como si fuesen personas de segunda o de tercera clase y por supuesto más expuestas a la trata de personas cuando pretenden salir de su lugar de origen.

³ Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* adoptada en Nueva York, Estados Unidos, septiembre 1954, acceso junio 25 de 2024, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Apatridia en el mundo*, 2024, acceso 15 de mayo de 2024, <https://www.unhcr.org/ibelong/es/statelessness-around-the-world-3/>

Las circunstancias por las que una persona es o puede llegar a ser apátrida son muy diversas e involucran condiciones tales como la discriminación por pertenecer a un determinado grupo étnico, religioso u otro grupo minoritario, de hecho, la mayoría de las poblaciones apátridas de que se tiene conocimiento, pertenecen a grupos minoritarios; la discriminación o la persecución pueden forzar a las personas a huir, al ser desplazadas o refugiadas, estas personas al haber salido del Estado donde eran nacionales, dejan de recibir asistencia y protección de su gobierno y se convierten en candidatas potenciales a llegar a la condición de apátridas, no obstante el ACNUR hace hincapié en que la mayoría de las personas apátridas nunca han salido de sus países de origen.

La falta de nacionalidad también puede ser resultado de lo que comúnmente se denomina: “lagunas de ley”, fruto de legislaciones sobre nacionalidad insuficientes, inacabadas o imperfectas, con bases sesgadas respecto al otorgamiento de su nacionalidad que no contemplan a la totalidad de su población, por ende no garantizan ni salvaguardan su derecho humano a tener una nacionalidad, esta problemática se contemplada en la “Acción 4 del Plan de Acción decenal del ACNUR” cuya meta es lograr a través de acciones del ACNUR conseguir la voluntad política de los gobiernos de los Estados detectados al inicio del Plan de Acción en 2014, para cambiar sus leyes de nacionalidad en pro de la abolición de la denegación, pérdida o privación de la nacionalidad por motivos de discriminación. De igual forma, hay países en donde los obstáculos burocráticos dificultan e impiden adquirir o demostrar la nacionalidad de ciertas personas que tuvieron algún impedimento para registrar su nacimiento.

También se encuentran casos de apatridia cuando surge un nuevo Estado o se desintegra uno, situación denominada “Sucesión de Estados”, esto ocurre por diversas circunstancias como el no cumplir con los supuestos de la legislación sobre nacionalidad del nuevo Estado; por encontrarse antes o durante el momento del cambio de gobierno en movimiento migratorio; inclusive por motivos discriminatorios como el pertenecer a alguna etnia o grupo social marginado, o por ser mujer en países donde no se otorga el disfrute y goce de la nacionalidad a las mujeres que a los hombres; como se puede apreciar en la sucesión de Estados y la transferencia de territorios conllevan condiciones multifactoriales con alto riesgo para sus habitantes de caer en esta condición.

Como ya se ha mencionado, la mayoría de los apátridas del mundo se encuentran en su lugar de origen, sin embargo, aquellos que se aventuran a salir sin documentación se convierten en migrantes o refugiados, y he ahí el problema cuando se encuentran en Estados que no cuentan con un procedimiento para determinar la apatridia, o que faciliten la naturalización se exponen a largos periodos de detención e incertidumbre.

Es de especial interés en la realización de este artículo, la discriminación por razón de género, pues además de ser una causal importante de apatridia, es una cuestión de principios

para contribuir en su visibilización, toda vez que, a pesar de los esfuerzos desplegados por la *Agencia del Alto Comisionado para los Refugiados*, en especial el *Plan de Acción 2014-2014*, a diez años de su inicio, en pleno siglo XXI, aún existen 24 países en el mundo con leyes que impiden a las madres transmitir la nacionalidad a sus hijos del mismo modo que sus padres.

El derecho de las mujeres a una nacionalidad, es de suma importancia, las consecuencias de no contar con ella y por ende imposibilitarlas para transmitirla o heredarla a sus descendientes, constituye una flagrante vulneración de sus derechos humanos presentes y futuros, sin lugar a dudas también se vulneran y transgreden los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes al colocarlos en estado de indefensión desde su gestación, nacimiento y posible proyecto de vida.

No obstante, la intención primigenia en la elaboración de este artículo era adentrarse en la apatridia a través de una lente de género, se considera pertinente referir y utilizar el sustantivo “mujeres”, en virtud de ser éste el término empleado en sus legislaciones los Estados que continúan transgrediendo las *Convenciones de las Naciones Unidas sobre Apatridia*.

Esa falta de normativa interna con enfoque de género, fomenta grandes desigualdades y desafíos específicos que enfrentan en principio las mujeres y niñas apátridas, sin embargo, la desigualdad provocada por la falta de otorgamiento de nacionalidad a las mujeres en ciertos países, a la postre también vulnera los derechos humanos de todos sus descendientes, es decir, sus hijos e hijas también serán apátridas.

II. MARCO LEGAL INTERNACIONAL

Algunos estudios consideran a *La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* como la piedra angular del régimen de protección internacional para las personas apátridas, seguida por *La Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961*, donde se establecen las obligaciones específicas dirigidas a la prevención y la reducción de la apatridia con miras a su erradicación.

Si bien las convenciones antes mencionadas se enfocan en la apatridia, la protección internacional de los derechos de las personas en general inicia con la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*; continua con el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*; *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965*; *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*; *La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*; *la Convención internacional*

sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994, y La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008.

Con base en las ponderaciones anteriores, a continuación, se describe la relación de dichas convenciones consideradas protectoras de los derechos humanos con la apatridia, intercalando estas últimas en orden de aparición cronológico.

A. *La Declaración Universal de Derechos Humanos* otorga la igualdad de las personas sin distinción alguna, constituye derechos fundamentales para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en el mundo, desafortunadamente estos dispositivos legales son vulnerados de manera sistemática en la vida cotidiana de las personas apátridas, de los cuales a groso modo se detallan los siguientes por su relación con la nacionalidad y apatridia:

El derecho a la igualdad contenido en los artículos 1 y 2, establece que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión, u otra condición.

El derecho a la vida, libertad y seguridad consagrado en el artículo 3, donde estipula que todo “individuo”, empleado como sinónimo de persona, tiene derecho a la vida, libertad y seguridad personal; por lo que se infiere que aplica a hombres o mujeres por igual.

El derecho a no ser sujeto de esclavitud o servidumbre establecido en el artículo 4 donde textualmente emplea la palabra “Nadie” (ninguna persona) debe ser sometido a esclavitud o servidumbre y la trata de esclavos están prohibidas en cualquier forma.

El derecho a no ser sometida a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, contenido en el artículo 5, en el que se establece que “Nadie” (ninguna persona), que puede ser mujer u hombre debe ser objeto de tortura ni de tratos crueles.

El derecho al reconocimiento como persona ante la ley, contenido en el artículo 6, donde dice que “Todo ser humano”, se infiere hombre o mujer, tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

La igualdad de protección ante la ley establecida en el artículo 7, que dispone que “Todos”, mujeres u hombres, tienen derecho a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación.

Los derechos de igualdad procesal, debido proceso, presunción de inocencia, protección legal contra injerencias arbitrarias a su vida privada contenidos en los artículos 8, 9, 10, 11, y 12, en los cuales se otorgan indiscriminadamente a hombres y mujeres.

El derecho al libre tránsito contenido en el artículo 13, en el que claramente se indica que “Toda persona” tiene derecho a circular libremente dentro y fuera de su lugar de residencia, así como de salir y regresar a su país.

El derecho a una nacionalidad establecido para “Toda persona” en el artículo 15, en el que se decreta: “A nadie” se le prive de manera arbitraria de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

El derecho a casarse y fundar una familia con pleno consentimiento se encuentra en el artículo 16 donde se afirma: “Los hombres y las mujeres” tienen el derecho a partir de la edad núbil a contraer matrimonio solo con su libre y pleno consentimiento.

El derecho al trabajo y condiciones justas establecido en el artículo 23, que consagra “Toda persona”, ambos tienen derecho a trabajar, elegir su trabajo libremente y recibir igual salario por trabajo igual.

El derecho a la educación dispuesto en el artículo 26 dispone “Toda persona”, entendiéndose que tanto hombres como mujeres tienen derecho a la educación en igualdad de condiciones⁵.

- B. Antes de entrar al estudio del *Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia*, se considera conveniente explicar a detalle la participación del ACNUR, es decir, el origen del porqué el ACNUR atiende todo lo relacionado a la apatridia.

La respuesta se encuentra en el *Estatuto del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)*, creado inicialmente en el año de 1950 con el objeto de ayudar a las personas que huyeron de Europa en la Segunda Guerra Mundial, encomienda que debían concluir en un periodo de tres años, pero con tan excelentes resultados que a la postre se le asignó la tarea permanente de atender todo lo relacionado con refugiados, y también se establece en el Capítulo II de dicho Estatuto, su competencia respecto de personas que carecen de nacionalidad, todavía no usan el término apátrida, plasmado en las Funciones de ese Alto Comisionado que estipula su competencia respecto de:

- i) [...]
- ii) Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y

⁵ Organización de las Naciones Unidas, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, acceso julio 11, 2024. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.⁶

Dada esa vinculación estatutaria con las personas que carecen de nacionalidad, el ACNUR interviene en la redacción de la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* y en *La Convención para reducir los casos de apatridia del 1961*, en consecuencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de diversas resoluciones extiende sus funciones y mandatos, las primeras dos de ellas: resoluciones 3274 (XXIX) de 1974 y 31/76 de 1976, en ellas incrementa el alcance del ACNUR a las personas descritas en la Convención para reducir los casos de apatridia.

Posteriormente, en 1995 a través de la Resolución 50/152 sustentando la Conclusión N° 78 (XLVI) del ACNUR, “Conclusión sobre la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas”, se encomienda a la Agencia promover la adhesión a la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* y a la *Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1961*, para ello, deberá prestar protección y aplicar acciones preventivas, así como asistencia a los países interesados y asesoramiento en la preparación y aplicación de sus leyes de nacionalidad, en suma reducir y prevenir la apatridia en el mundo⁷.

Por último, en el año 2006, derivado del Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado en el 57° período de Sesiones⁸, sobre la identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas, en el cual dada la subsistencia y nuevas formas de aparición de apatridia en el mundo, la Asamblea General de Naciones Unidas a través de la Resolución 61/137, confiere al ACNUR la responsabilidad de identificar, prevenir, reducir y proteger a las personas apátridas encaminadas al fortalecimiento del régimen de protección internacional conforme a lo dispuesto en el Programa de Protección para lo cual debe brindar ayuda a los gobiernos para cumplir con sus obligaciones en especial apoyando el fomento de la aplicación progresiva de leyes y normas que abatan la apatridia⁹.

6 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Estatuto del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados*, acceso marzo 14 de 2024, <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b07680a4.pdf>

7 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH, *Conclusión N° 78 (XLVI) Conclusión sobre la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas*, acceso agosto 10, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/excomcon/acnur/1995/es/131615>

8 United Nations Digital Library System, *Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado en el 57° período de Sesiones*, acceso septiembre 14, 2024, https://digitallibrary.un.org/record/585870/files/A_61_12_Add-1-ES.pdf?ln=ru

9 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Resolución 61/137 aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2006*, acceso septiembre 14, 2024, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n06/502/68/pdf/n0650268.pdf>

C. Del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* aprobado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, cuenta con varios artículos que también les son transgredidos a los apátridas; en ellos se enumeran derechos para “Toda persona”, término que se encuentra en repetidas ocasiones a lo largo del documento, lo que se traduce en una amplia gama de derechos a hombres y mujeres indiscriminadamente, entre los que destacan los siguientes principios:

- El artículo 2 establece el principio de no discriminación, lo que significa que las mujeres no pueden ser discriminadas por razón de sexo en el ejercicio de sus derechos.
- En el artículo 3 se constituye la garantía a la no discriminación e igualdad ante la ley de todas las personas al establecer la obligación de los Estados parte de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los derechos civiles y políticos.

El derecho a la vida y prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentran en los artículos 6 y 7, protegen el derecho a la vida y prohíben la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, especialmente importantes para las mujeres por ser más vulnerables a la violencia.

La libertad y seguridad de las personas se garantiza en el artículo 9 al tiempo que prohíbe el arresto o la detención arbitraria de otros abusos contra su libertad personal.

El acceso a la justicia contenido en el artículo 14 en el que se declara que “Todas las personas” son iguales ante la ley, garantiza el derecho a un juicio justo, lo que incluye el derecho de las mujeres a acceder a la justicia en igualdad de condiciones que los hombres¹⁰.

Este pacto contribuye a salvaguardar la integridad, la igualdad entre las personas sin distinción alguna.

D. La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965*, cuya entrada en vigor fue el 4 de enero de 1969, en sí misma no tiene artículos específicos que se refieran exclusivamente a las mujeres, pero al igual que las convenciones anteriores, varios de ellos se relacionan con mujeres que enfrentan discriminación interseccional basada en su raza y género; los artículos clave con enfoque interseccional para la protección de las mujeres contra la discriminación racial son los siguientes:

10 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, acceso agosto 2, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

- El artículo 1 define la discriminación racial, que a su vez puede aplicarse en situaciones donde las mujeres experimentan discriminación por razón de género, de raza o de ambos, condición que sufren los apátridas.
- El artículo 2 contempla la obligación de los Estados de combatir la discriminación racial en todas sus formas, la protección de grupos vulnerables con la finalidad de garantizar condiciones de igualdad para el pleno goce de los derechos humanos y fundamentales.
- El artículo 6 garantiza la protección efectiva contra actos de discriminación racial y el derecho a recibir una reparación justa y adecuada, lo que incluye a las mujeres que experimentan discriminación racial¹¹.
- El artículo 5 se concatena con las obligaciones fundamentales de los Estados contenida en el artículo 2 e instaura la obligación de los Estados de garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres ante la ley, a la seguridad personal y protección del Estado contra actos de violencia, así como los derechos políticos como votar y ser votado de todas las personas, sin distinción de raza o etnia, incluidos el derecho a la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, al trabajo y a la educación; y en lo que interesa a este estudio, establece textualmente:
 - d) Otros derechos civiles, en particular:
 - i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
 - ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;
 - iii) El derecho a una nacionalidad;
 - iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;
 - v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;
 - vi) El derecho a heredar;
 - vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
 - viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;
 - ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;¹²

Los derechos establecidos en los incisos i), ii), iii) y vi) de especial importancia en la lucha contra la discriminación de las mujeres en general, así como de las mujeres racializadas y vinculado de manera directa con la apatridia en mujeres en aquellos Estados donde no se les permite heredar su nacionalidad de la misma manera que a los hombres,

11 Organización de Naciones Unidas: Instrumento Universal, Instrumento Principal, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, diciembre 21, 1965

12 Organización de Naciones Unidas: Instrumento Universal, Instrumento Principal, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, diciembre 21, 1965, acceso: agosto 10, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

esta convención confirma la obligación estatal de otorgar derechos de libre tránsito y de heredar entre otros, otorgamiento que debe hacer sin hacer distinción alguna entre hombres y mujeres, reafirma a su vez la vulneración reiterada de los derechos de las mujeres cuando se les impide salir de su país libremente, vetar su derecho a una nacionalidad y con ello imposibilitarlas para heredarla.

E. La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, del 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor 3 de septiembre de 1981 al abordar la discriminación de género y promueve la igualdad de derechos para las mujeres, fortalece las acciones del ACNUR para acabar con la apatridia, a continuación, se vierten los artículos considerados con mayor vinculación al tema de la apatridia en mujeres:

- En el artículo 1 se encuentra la definición de “discriminación contra la mujer”, que abarca cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga el propósito o el efecto de menoscabar o anular el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres.
- En el artículo 2 se establece la obligación de los Estados de integrar en sus Constituciones la condena todas las formas de discriminación contra la mujer, y adoptar todas las medidas necesarias para eliminarla en las esferas política, social, económica y cultural.
- En el artículo 3, se señala que la obligación de los Estados de tomar todas las medidas adecuadas para garantizar el pleno desarrollo y progreso de la mujer, asegurando el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones.
- El artículo 4 versa sobre la adopción de medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres. Estas medidas no se consideran discriminatorias y cesarán al momento en que se logren los objetivos de igualdad de oportunidades y trato.
- En el artículo 5 se promueve la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos.
- En el artículo 6 se insta a los Estados a tomar medidas para combatir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución.
- El artículo 10 garantiza la igualdad de derechos en la educación, promoviendo el acceso igualitario y la eliminación de estereotipos discriminatorios en los planes de estudio.
- El artículo 11 asegura la igualdad de derechos en el empleo, prohíbe la discriminación en cuanto al acceso al trabajo, la remuneración y las condiciones laborales.

- En el artículo 12 se insta a los Estados a adoptar medidas para asegurar la igualdad de acceso a los servicios de atención médica, incluyendo los relacionados con la planificación familiar.
- En el artículo 15 se insta el reconocimiento de los Estados de la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley, afirmando que las mujeres tienen capacidad jurídica y deben gozar de los mismos derechos que los hombres en asuntos civiles.
- En el artículo 16 se confirma la obligación de los Estados de adoptar medidas para asegurar la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, garantizando que las mujeres tengan los mismos derechos que los hombres en cuanto a las decisiones relativas a elegir libremente cónyuge, los mismos derechos y obligaciones en el matrimonio y el divorcio; los mismos derechos y obligaciones en su carácter de progenitoras y en la crianza de los hijos sin importar su estado civil¹³.

Especial interés consagra el artículo 9 de esta Convención, su texto es claro y contundente y constituye sin duda un lineamiento vinculatorio a través del cual se puede poner fin a la apatridia provocada por la falta de derechos de nacionalidad de la mujer y de su derecho a heredarla, tal y como a continuación se transcribe:

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.
2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos¹⁴.

Pocos instrumentos internacionales fuera de la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* y la *Convención para reducir los casos de Apatridia*, abordan y atacan de forma tan certera y precisa los derechos de las mujeres que influyen y trascienden en la pérdida o falta de nacionalidad de las mujeres y niñas e incluso niños; ello se observa en las primeras dos líneas de este artículo, donde se prescribe la igualdad de derechos de hombres y mujeres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad, de negarse cualquiera de estos derechos ellas se deja en estado de indefensión y vulnerabilidad a las

13 Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979, acceso julio 22, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

14 *Idem*.

mujeres, como ocurre en los Estados que condicionan la nacionalidad a las mujeres lo que lógicamente repercute en su derecho a heredarla.

De igual forma, al establecer que el cambio de estado civil de las mujeres, sea a través de matrimonio con extranjero o de nacionalidad del marido, no obliga a las mujeres a cambiar la suya, constituye una especie de candado de protección para impedir que las mujeres sean obligadas a cambiar su nacionalidad al antojo de sus cónyuges, sin tomar en cuenta su opinión, y peor aún con el riesgo de convertirse en apátridas, pues al obtener una nacionalidad de algún país que no les reconozca derechos iguales a hombres y mujeres, se les estaría colocando en estado de indefensión.

Refuerza lo anterior, el último párrafo de este artículo en el que se constriñe a los Estados parte a otorgar a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos, es decir, se infiere que las mujeres tienen el mismo derecho a heredar su nacionalidad a sus hijos.

- F. La *Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*, con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, está diseñada para proteger los derechos de todos los niños, sin distinción de sexo, por tanto su articulado no maneja específicamente el término “niñas”, sin embargo, en el artículo 1 se encuentra plasmada la definición de “niño” como: “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*”¹⁵, en consecuencia se infiere la implicación directa de las niñas en todo el documento, con lo que se garantizan sus derechos en igualdad de condiciones con los niños, sin embargo estos derechos no les son reconocidos ni respetados a los niños apátridas.

Los Estados parte de la Convención deben tener en cuenta las necesidades específicas de las niñas y tomar medidas para evitar discriminarlas, tal es el caso de los artículos considerados vinculados al tema de este artículo:

La no discriminación se encuentra establecida en el artículo 2 donde se observa que los derechos reconocidos en la Convención se aplicarán a todos los niños sin discriminación alguna, incluyendo el sexo.

El interés superior del niño contenido en el artículo 3 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños, la consideración primordial deben ser el interés superior de ellos, esto también implica tomar en cuenta las necesidades específicas de las niñas.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, acceso: septiembre 14, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

El derecho a la vida y al desarrollo establecido en el artículo 6 garantiza el derecho a la vida y a desarrollarse al máximo. Esto incluye el derecho a la salud, la educación y la protección contra la violencia, derechos que son cruciales para las niñas y que de respetarse por igual contribuiría a acabar con las desigualdades.

En el artículo 7 se ordena la inscripción del niño inmediatamente después de su nacimiento, reconociéndole desde ese momento su derecho a un nombre y una nacionalidad, condición que de llevarse a cabo en todos los países del mundo reduciría considerablemente los casos de apatridia.

La protección contra la violencia se encuentra en varios artículos de la Convención se vela por la protección a los niños contra todas las formas de violencia, incluyendo la violencia sexual y la explotación sexual, que afectan de manera desproporcionada a las niñas en virtud de que tener varios factores de vulnerabilidad, una por el hecho de ser niñas y dos por el hecho de pertenecer al sexo femenino, aumentando los riesgos de sufrir algún daño, es decir, tienen mayor vulnerabilidad.

El disfrute del derecho a la salud, se encuentra plasmado en el artículo 24 encomienda a los Estados garantizar el derecho a la salud de los niños al más alto nivel de salud posible. Así como al tratamiento de enfermedades y rehabilitación.

El derecho a la educación se garantiza a los niños en el artículo 28 y en el artículo 29 se establecen los objetivos de la educación, que incluyen promover la igualdad entre los sexos y preparar a los niños para una vida adulta responsable, derechos a los que no tienen acceso los hijos de mujeres que no están casadas al no tener derecho a heredar su nacionalidad.

Al garantizar el derecho a la vida, la salud, la educación y la protección contra la violencia, la Convención proporciona un marco legal sólido para promover la igualdad de género y salvaguardar los derechos de las niñas. Cuando aborda temas como la violencia sexual, la explotación sexual y el matrimonio infantil, la Convención reconoce las vulnerabilidades específicas a las que se enfrentan las niñas¹⁶.

- G. La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, establece la protección implícita de los derechos de las mujeres y niñas cuando hace constar el reconocimiento de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares sin distinción de sexo, raza o religión, garantizando así la no discriminación y la protección de los derechos humanos de todos los migrantes, entre los artículos más relevantes al caso a estudio se encuentran:

¹⁶ *Idem.*

- En el artículo 7 se asegura que los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares los derechos reconocidos en la Convención, sin discriminación alguna por razones de sexo, género o cualquier otra condición.
- El artículo 9 reconoce el derecho a la vida, un derecho especialmente crítico en situaciones donde mujeres y niñas pueden estar en condiciones más vulnerables.
- En el artículo 10 se prohíbe la esclavitud y la servidumbre, que es fundamental para la protección de mujeres y niñas que pueden ser más vulnerables a la trata y explotación laboral.
- El artículo 16 protege el derecho a la libertad y seguridad de la persona, que incluye garantías para proteger a mujeres migrantes contra la violencia de género, detención arbitraria o explotación.
- En el artículo 25 se asegura la igualdad de trato respecto a condiciones de trabajo y remuneración, lo cual es crucial para las mujeres migrantes, quienes a menudo enfrentan discriminación en el ámbito laboral.
- El artículo 29 reconoce el derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a tener un nombre, nacionalidad y a ser registrados al nacer. Con estas acciones se evita la apatridia en niños y niñas migrantes.
- El artículo 30 refiere que los hijos de los trabajadores migrantes deben gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad de trato que reciben los nacionales del Estado donde se encuentren.

Se consideran de mayor vinculación con el tema, los artículos 7, 16, 25, 29 y 30, especialmente el artículo 29 por el reconocimiento puntual de los derechos de los hijos de los trabajadores migrantes a tener una nacionalidad y ser registrados al nacer, además de suma relevancia para mujeres y niñas, considerando la mayor vulnerabilidad que enfrentan en contextos migratorios¹⁷.

H. La *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belém Do Pará"* del 9 de junio de 1994, entró en vigor 3 de mayo de 1995, en ella se constata la obligación de los Estados miembros a tomar medidas concretas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, entre las que se incluyen la violencia física, sexual y psicológica, los derechos contemplados son:

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 18 de diciembre de 1990, acceso septiembre 15 de 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>

- El derecho a una vida libre de violencia, contemplado en el artículo 3 menciona que las mujeres tienen derecho a vivir sin violencia, tanto en el ámbito público como privado.
- Los derechos a la protección, reconocimiento goce y ejercicio de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales se encuentran plasmados en el artículo 4 donde constan entre otros, los derechos de las mujeres de recibir protección por parte de las instituciones estatales y acceso a mecanismos judiciales efectivos para denunciar actos de violencia, así como el derecho a la igualdad y al reconocimiento de su dignidad, derecho a ser tratadas con dignidad e igualdad en todos los aspectos de la vida, así como el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, de igual forma se protege el derecho de las mujeres a expresarse y a participar en la vida.
- El derecho a ser valorada y educada sin estereotipos contemplado en el artículo 6 promueve la eliminación de estereotipos y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en la educación y otros ámbitos.
- La convención abarca el derecho a la salud y el bienestar de las mujeres, menciona que las mujeres tienen derecho a medidas que promuevan su salud y bienestar, así como a vivir sin cualquier tipo de violencia que afecte su desarrollo físico, mental y social.
- El derecho a la protección especial de las niñas y adolescentes, reconoce que las niñas y adolescentes requieren protección especial, para ello se deben modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, especialmente en el ámbito familiar y educativo para contrarrestar prejuicios, costumbres y prácticas sociales estereotipadas basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los géneros con la finalidad de erradicar la violencia contra la mujer.

A su vez, se encuentran establecidos mecanismos para la protección de las víctimas, la investigación de los delitos y las sanciones para los agresores¹⁸.

- I. La *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, busca proteger y garantizar los derechos de todas las personas con discapacidad, incluyendo a las mujeres y niñas, quienes enfrentan desafíos específicos por su vulnerabilidad debido a la discriminación por género y discapacidad.

18 Organización de Estados Americanos: Tratados Multilaterales, *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, Belém Do Pará, Brasil, junio 9 de 1994, acceso septiembre 7 de 2024, <https://oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

Especial atención merece el artículo 3 de esta Convención, en él se encuentran plasmados sus principios rectores, tales como: El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la independencia, la no discriminación, la inclusión social, el respeto por la diferencia y la diversidad, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y la igualdad entre el hombre y la mujer¹⁹.

- En artículo 6 habla de las mujeres con discapacidad, reconoce la vulnerabilidad por discriminación latente en mujeres y niñas con discapacidad por lo que insta a los Estados parte a desarrollar acciones e implementar medidas que les garanticen el pleno goce de sus derechos humanos y libertades, además de promover acciones para garantizar el pleno desarrollo, avance y empoderamiento de las mujeres.
- En artículo 7 trata lo relativo a niños y niñas con discapacidad, establece la obligación de los Estados de garantizar que los niños y niñas con discapacidad disfruten plenamente de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones con otros niños, también se asegura el derecho a expresar su opinión en los asuntos que les afecten, considerando su edad y madurez, así como a recibir atención adecuada acorde a su discapacidad.
- En el artículo 16 se establece la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, los Estados parte deben proteger a todas las personas con discapacidad, incluidas las mujeres y niñas, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, entendida dicha protección dentro y fuera del hogar donde residen, en este artículo se resalta la necesidad de adoptar medidas específicas para proteger a las mujeres y niñas, quienes son particularmente vulnerables a la violencia de género.
- El artículo 25 asegura que las personas con discapacidad, sin distinción alguna, tengan acceso a servicios de salud sin discriminación, incluyendo los servicios de salud sexual y reproductiva.

En general esta convención establece un buen número de consideraciones respecto a las mujeres y los niños, hace especial hincapié en la necesidad de la incorporación de perspectiva de género, llama a los Estados a tomar medidas para concientizar a la sociedad sobre el respeto hacia las personas con discapacidad, la erradicación de los estereotipos, los prejuicios con respecto a las personas en esta condición en especial a las mujeres, subrayan la importancia de abordar la intersección entre el género y la discapacidad, asegurando que las mujeres y niñas con discapacidad no solo sean incluidas, sino que también estén protegidas contra la violencia y la discriminación, y gocen de acceso igualitario a la salud, educación, empleo y otros servicios²⁰.

19 Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 6, diciembre 13, 2006, acceso el 22 de septiembre de 2024 <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

20 *Idem*.

III. ACCIONES DEL ACNUR

Las acciones del ACNUR desde su creación en *Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1950*, han sido claras y contundentes, pues inicia su funcionamiento casi de inmediato, el 1º de enero de 1951; su respuesta a la crisis de personas desarraigadas provocadas por la Segunda Guerra Mundial cumple con el mandato encomendado originalmente, y ofrece ayuda a las personas desplazadas que en su mayoría eran europeos.

En 1954, derivado del empeño y esfuerzo demostrados al llevar a cabo sus labores, en lo que se dio en llamar “su revolucionario trabajo en Europa”, el ACNUR recibió el premio Nobel de la Paz²¹.

Participa en la elaboración de la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* y en la *Convención para reducir los casos de apatridia del 1961*, la Agencia continua su labor y en 1981 recibe nuevamente el Premio Nobel de la Paz por la asistencia brindada a los refugiados a nivel global²². Como se puede observar, su labor ha sido ampliamente difundida principalmente por sus acciones a favor de las personas refugiadas.

Por otra parte, si bien es cierto ya el ACNUR tenía a su cargo la atención de las personas que por diversas circunstancias carecían de una nacionalidad, en el año 2006, debido a la persistencia de nuevas formas de aparición de apatridia a nivel global, basados en el Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado en el 57º período de Sesiones²³, la Asamblea General de Naciones Unidas, alienta al ACNUR a continuar dando asesoría técnica a los Estados para coadyuvar en la comprensión de la problemática que enfrentan los apátridas, para promover el interés entre los Estados reticentes que fructifique en un diálogo regional o mundial, en suma confiere al ACNUR la responsabilidad de identificar, prevenir, reducir y proteger a las personas apátridas.

Especial mención merece la Conclusión No. 105 (LVII) del Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado sobre su 57º Período de Sesiones sobre Las mujeres y las niñas en situación de riesgo, adoptado por el Comité Ejecutivo en el 2006, en ella se reconoce la necesidad de abordar los problemas a que se enfrentan las mujeres y niñas en situación de riesgo y ofrecerles un marco de protección integral que tome en cuenta las condiciones que las diversas culturas del mundo y prácticas religiosas conllevan para las mujeres y niñas, para de manera diplomática hacer frente a los riesgos que se puedan presentar en los diversos

21 La Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, acceso septiembre 14 de 2024, <https://www.acnur.org/mx/acnur/quienes-somos/historia-del-acnur>

22 *Idem.*

23 *Idem.*

ámbitos de derecho internacional humanitario, de los derechos humanos; entendiendo y recordando que esa protección es responsabilidad de los Estados, a quienes el ACNUR debe instar continuamente a realizar una efectiva cooperación, acciones y voluntad política para fortalecer los sistemas de justicia que protejan los derechos de las mujeres y las niñas para que los autores de violencia sexual hacia ellas sean juzgados y bajo un enfoque de género proteger a las víctimas y combatir la trata de personas, fortalecer el liderazgo de las mujeres, promover la identificación de mujeres y niñas en situación de riesgo, y obtener resultados favorables y avances en el combate contra la apatridia²⁴.

Así con base en las encomiendas contenidas en las resoluciones de la Asamblea General del ACNUR, continuó su camino promoviendo buenas prácticas en la comunidad internacional, abogado entre otras cosas a hacer conciencia mundial de las complejas condiciones de los apátridas, y a finales del año 2013, con el objeto de lograr mayor compromiso y soluciones de los sujetos activos en el otorgamiento de nacionalidad; después de realizar una serie de consultas entre los Estados, sociedad civil y organizaciones internacionales, concibió un proyecto a diez años lanzó el *Plan de Acción Mundial para acabar con la Apatridia 2014-2024*, en el que se establecen las siguientes 10 acciones para eliminar la apatridia:

- Acción 1: Resolver las principales situaciones existentes de apatridia.
- Acción 2: Asegurar que ningún niño nazca apátrida.
- Acción 3: Eliminar la discriminación de género en las leyes de nacionalidad.
- Acción 4: Prevenir la denegación, pérdida o privación de la nacionalidad por motivos discriminatorios.
- Acción 5: Prevenir la apatridia en los casos de sucesión de Estados.
- Acción 6: Conceder estatuto de protección a los migrantes apátridas y facilitar su naturalización.
- Acción 7: Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia.
- Acción 8: Expedir documentación de nacionalidad a aquellos con derecho ella.
- Acción 9: Adherirse a las Convenciones de Naciones Unidas sobre la apatridia.
- Acción 10: Mejorar la cantidad y calidad de los datos sobre las poblaciones apátridas²⁵.

Estas 10 acciones a cargo del ACNUR, deben llevarse a cabo a través de tres vertientes encaminadas al progreso y mejoramiento de la identificación y protección de los apátridas,

²⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado sobre su 57º Período de Sesiones: Conclusión No. 105 (LVII)*, acceso septiembre 29, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/excomcon/acnur/2006/es/114519>, 1, 2, 6

²⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014, 7–25.

en la solución de situaciones existentes de apatridia, y, por último, pero no menos importante para precaver casos y circunstancias nuevos de apatridia.

Con eso en mente, se publican una serie de “Documentos de Buenas Prácticas”, se describen las acciones, experiencias y logros relacionados con las acciones transcritas, para auxiliar a los Estados decididos a contribuir al logro del objetivo de acabar con la apatridia, mismo que se realiza en colaboración con otras partes interesadas, coordinados con autoridades nacionales y con organizaciones de la sociedad civil.

El ACNUR promueve acciones para subsanar los vacíos en procedimientos administrativos, concientización a través de campañas públicas, asesoramiento legal y orientación para acceder a los procedimientos; promueve a su vez reformas a las leyes de nacionalidad que prevengan la apatridia en la niñez, especialmente en países que hacen distinción por razón de género, el ACNUR recomienda otorgar la nacionalidad automáticamente al nacer a niñas y niños por igual²⁶.

Respecto a la Acción 3, al momento de la divulgación del “Documento de Buenas Prácticas” el ACNUR tenía conocimiento de 27 Estados que todavía contaban con leyes que marginaban a las mujeres en su capacidad de heredar su nacionalidad a sus hijos, e incluye en ese ejemplar las experiencias positivas logradas en las reformas legislativas de algunos *Estados asiáticos, del Oriente Medio y de la región del Norte de África (MENA)* por sus siglas en inglés *Asian, Middle Eastern and North African States*, destacando también en esta región la “Campaña del Derecho de las Mujeres Árabes a la Nacionalidad”, la cual facilitó los primeros avances y reformas en varios países como Argelia, Marruecos y Senegal; las reformas relativas a la igualdad de transmisión de nacionalidad de hombres y mujeres en el África subsahariana y en países Europeos.

Dicha Campaña se expandió conformando una coalición con los Estados de Argelia, Bahrein, Egipto, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria, Túnez y Yemen, países donde a través del intercambio de información y de estrategias exitosas, se lograron elaborar iniciativas de reformas a sus leyes internas, se promovió el debate social y político, se involucró al Comité de la CEDAW a través de informes paralelos en donde se explican las desigualdades contenidas en sus leyes internas, y se conminó a la Liga Árabe a reformar sus leyes de nacionalidad²⁷.

Para prevenir la discriminación, denegación, pérdida o privación de la nacionalidad por motivos discriminatorios, de raza, origen étnico, por discapacidad, o lenguaje el ACNUR además de brindar asesoría técnica en los procesos de reforma a leyes de nacionalidad, apoya

26 La Agencia de la ONU para los Refugiados, *La Estrategia*, acceso septiembre 24, 2024 <https://www.acnur.org/ibelong-campana-para-acabar-con-la-apatridia>

27 La Agencia de la ONU para los Refugiados, *Acabar con la apatridia en 10 años: Documento de Buenas Prácticas: Acción 3*, acceso septiembre 24, 2024,

la restitución de la nacionalidad a migrantes y refugiados en contextos de acuerdos tripartitas para fomentar la repatriación voluntaria; e interviene en coordinación con otras agencias de las Naciones Unidas y de organismos regionales de derechos humanos en los casos que involucren vulneración o pérdida de nacionalidad por discriminación de cualquier índole²⁸.

El ACNUR prevee la implementación de acciones para los casos de sucesión de Estados a través de enfoques coordinados de nacionalidad entre los involucrados, acciones como la prohibición de retirar la nacionalidad de origen a los habitantes afectados después de la transferencia de territorio de un Estado a otro, mientras no se tenga la seguridad que el nuevo Estado ya les ha otorgado la suya, sin embargo estas directrices no son fáciles de implementar debido al ambiente de inseguridad y agitación social y política imperantes en la sucesión de Estados²⁹.

Se obstaculiza la concesión del estatuto de protección a los migrantes apátridas en los Estados que no pertenecen a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, o en aquellos que a pesar de pertenecer no han establecido procedimientos encaminados a determinar quiénes son apátridas, ya que dicha determinación permite a los migrantes acceder a una residencia y con el tiempo a la naturalización, por ello el ACNUR brinda asistencia técnica en los procesos para mejorar la identificación de personas apátridas en contextos migratorios; promueve la naturalización para remediar estas situaciones y la adhesión de los Estados a la Convención de 1954³⁰.

Como parte del Plan de Acción, en noviembre del año 2014 se lanzó la campaña #Ibelong: Campaña para acabar con la apatridia, reunidos en Brasil, 28 Estados de Latinoamérica y el Caribe manifestaron su apoyo a esta campaña, es importante recalcar que en casi la totalidad de los países latinoamericanos se aplican los principios del “ius soli” y el “ius sanguini” en el otorgamiento de nacionalidad, se garantiza el registro de nacimientos para prevenir la apatridia su normativa interna y se fortalece con el trabajo de instituciones dedicadas al registro civil y de identidad en donde se hacen constar el nombre y nacionalidad de las personas.

En Asia Pacífico al realizar una conferencia en la ciudad de Bangkok donde el ACNUR convocó y logró la participación de 44 Estados, se adoptó una Declaración Ministerial para apoyar al registro civil universal; sistema en el que se registran todos los nacimientos, matrimonios, defunciones y otros eventos vitales de las personas, sin excluir a nadie por razones de nacionalidad, estatus migratorio o cualquier otra característica, dicho sistema constituye un

28 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014, 13.

29 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014, 15.

30 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014, 17.

mecanismo que garantiza a todas las personas tener un registro legal que acredite su identidad y su situación civil desde el momento de su nacimiento hasta su muerte, entre los eventos vitales o importantes en la vida de las personas se encuentran: el nacimiento, el matrimonio, y la defunción, además de adopciones, reconocimiento de paternidad, divorcios, etc. estos últimos, al menos en México, se estila asentarlos al margen de las actas de nacimiento de las personas divorciadas.

A Través del registro civil los gobiernos generan una base de datos de dicho registro civil universal, con la que pueden obtener estadísticas demográficas esenciales y así planificar políticas públicas adecuadas que garanticen y faciliten a las personas registradas el acceso a la educación, a servicios de salud y el reconocimiento legal de identidad fundamental para la protección de los derechos humanos.

Entre los apoyos contemplados por el ACNUR para ayudar al 20% de los Estados con poblaciones que de acuerdo a sus leyes de nacionalidad tienen derecho a ella pero no pueden obtener documentación para probarlo, se encuentran el ayudarles en su identificación, brindarles asistencia técnica para reformar sus leyes, políticas y procedimientos para que la expedición de dicha documentación sea accesible y uniforme³¹.

Según reportes del ACNUR en 2014 el número de Estados Partes de las Convenciones de Naciones Unidas sobre la apatridia de 1954 y 1961 ascendían a 83 en la primera y 61 en la segunda; al respecto implementa sesiones para capacitar periodistas en materia de apatridia en la región de África Occidental, en el año 2015, quince Estados Miembros de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO) adoptaron una Declaración para erradicar la apatridia en esa región, comprometiéndose a reformar leyes para prevenir la apatridia en ellos se encuentra Benín, Ghana, Liberia, y Sierra Leona; en la naturalización de refugiados apátridas nacidos en el país está Malí, y en la intención de adhesión a las Convenciones sobre la Apatridia los Estados de Ghana, Malí y Togo³².

Como resultado de los esfuerzos desplegados el estatus actual de firmantes de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954 es de 101 con más de 40 reservas de diversa índole por parte de Estados como Antigua y Barbuda, Argentina, Austria, Barbados, Botswana, Bulgaria, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, El Salvador, Fiji, Finlandia, Francia, Alemania, Guatemala, Santa Sede, Honduras, Hungría, Irlanda, Italia, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, España y Zambia, entre otros³³.

31 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional *“Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024”*, noviembre 2014, 21.

32 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Acabar con la apatridia en 10 años. Acción 9: Adherirse a las Convenciones de las Naciones Unidas sobre la Apatridia*, 11, abril 28 de 2015, acceso septiembre 29, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/acnur/2015/es/104800>

33 United Nations *Treaty Collection*, acceso septiembre 30 de 2024, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en

Respecto a la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, a la fecha, la suma de Estados partes asciende a 83 con 18 reservas entre las que destacan la de Argentina por el caso de las Malvinas, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Francia, Georgia, Alemania, Irlanda, Italia, Jamaica, Lituania, Nueva Zelanda, Nigeria, España, Togo, Túnez, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y algunas objeciones³⁴.

La complejidad que envuelve a las personas apátridas debido a las condiciones precarias y al margen de la sociedad, dificultan su cuantificación, es por ello que el ACNUR promueve la inclusión de preguntas relacionadas con la apatridia en los cuestionarios aplicados en los censos de población así como llevar a cabo encuestas y estudios a poblaciones apátridas, y hacer hincapié de los beneficios para los Estados partes de la recolección de este tipo de datos para conocer las dimensiones y características de estas poblaciones. De igual forma recabar, estudiar y compartir los resultados de las encuestas y datos recopilados por asociaciones civiles³⁵.

Al inicio de este artículo se menciona que a nivel global un aproximado de 10 millones de personas son apátridas, sin embargo, las cifras divulgadas por la Agencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a finales del año 2023 mencionan que:

Se estima que al menos 4,4 millones de personas de 95 países son apátridas o de nacionalidad indeterminada. Se reconoce ampliamente que la cifra global es significativamente mayor, dada la relativa invisibilidad de la población apátrida en los ejercicios estadísticos nacionales³⁶.

La discrepancia entre estas cifras se explica en la segunda frase del texto anterior cuando menciona la invisibilidad de los apátridas en las estadísticas nacionales; ello es así, por la inexistencia de datos precisos sobre el número de personas en condición de apátridas y las dificultades para su cuantificación imputables en gran parte a los Estados, lo que conduce a razonamientos lógicos de un gran número de sujetos internacionales que reconocen que el número de apátridas es mucho mayor.

Las acciones del ACNUR de los últimos 10 años, se han encaminado a atacar, mitigar y evitar las causas estructurales de la apatridia a nivel mundial, entre las que entran en juego situaciones bien distintas como los conflictos armados, la discriminación en general, la discriminación por razón de género, los cambios en las leyes de ciudadanía, la falta de documentación o bien la imposibilidad de obtener una nacionalidad.

34 United Nations *Treaty Collection*, acceso septiembre 30 de 2024, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdtsg_no=V-4&chapter=5

35 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014, 24-25.

36 La Agencia de la ONU para los Refugiados, *Comunicado de prensa: ACNUR informa sobre los avances en la lucha contra la apatridia, 2023*, acceso septiembre 24, 2024, <https://www.acnur.org/mx/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-informa-sobre-los-avances-en-la-lucha-contra-la-apatridia>

Pese a las denodadas acciones del ACNUR, la participación de diversos organismos internacionales vinculados de manera directa e indirecta con las poblaciones apátridas, así como la participación de una buena cantidad de Estados partes en las Convenciones referidas en el apartado II de este artículo, la prevalencia de la apatridia subsiste y prevalece al término de esos 10 años contemplados en el Plan de Acción decenal para acabar con la apatridia.

La encomienda no es sencilla, los constantes cambios políticos y sociales, las migraciones y los desplazamientos forzados entre otros factores regionales y culturas que aumentan los riesgos de discriminación a grupos minoritarios y vulnerables en su mayoría, hacen más compleja la implementación de políticas públicas que incidan en la voluntad gubernamental necesaria para realizar los cambios suficientes y bastantes para abatir la apatridia. No obstante, lo anterior, el ACNUR continua firme en su postura de erradicar la apatridia, se ha avanzado mucho, muchos países se han comprometido a realizar cambios en sus leyes, pero los procesos son lentos, en atención a ello han decidido cambiar de enfoque y están en proceso para el lanzamiento de la Alianza Global para poner fin a la apatridia.

IV. LA NUEVA ALIANZA GLOBAL PARA PONER FIN A LA APATRIDIA

Con el ánimo y firme convicción de acelerar las soluciones necesarias para poner fin a la apatridia, el ACNUR alberga a la Secretaría de la Alianza Global, dirigida por un miembro de su personal que funge como Coordinador, responsable de la gestión diaria y la participación de los miembros; a cargo de la Secretaría se encuentra la elaboración de un plan de acción anual, supervisar las actividades e iniciativas de la Alianza y realizar el informe de actividades.³⁷

Su lanzamiento está programado para el próximo 14 de octubre de 2024 en el Segmento de Alto Nivel sobre Apatridia en Ginebra, Suiza. La nueva visión de esta alianza involucra a todos los actores posibles, ha decidido aprovechar los avances tecnológicos más recientes y a través de ellos aumentar la participación invitando a colaboradores de cualquier sector sea académico, sociedad civil, organizaciones intergubernamentales, todos están invitados, lo cual puede realizarse en esta liga: **Alianza Global para Acabar con la Apatridia**, no olvidemos que la visibilización abona y fortalece las causas.

La apatridia implica un desafío de inicio, desde la determinación del número de personas en esta condición, la nueva alianza global sabe en principio que la apatridia se oculta, que la

³⁷ United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, *Global Alliance to End Statelessness, Secretariat*, acceso octubre 1, 2024, <https://statelessnessalliance.org/secretariat/>

recopilación de datos de los Estados es nula en algunos de ellos, sin embargo, proporciona un mapa interactivo donde vierte las tendencias globales del año 2022, aclarando desde luego que la cifra puede estar subestimada, dado que aproximadamente el 50% de los Estados incluidos aquellos con poblaciones apátridas bien conocidas no reportan datos sobre ellos; e indicando que los nombres, límites y designaciones del mapa no implican el respaldo o aceptación oficial de las Naciones Unidas.

A continuación, se vierten los datos de los Estados localizados y los datos sobre poblaciones apátridas reportadas en 2022: Canadá 5, 222, México 13, Groenlandia 8,657, Islandia 31, Costa Rica 327, Brasil 5, Perú 32, Paraguay, 5, Chile 1,708, Argentina 22, Paraguay 5, Uruguay 5, Costa de Marfil 930,978, Isla de Jan Mayen 2,046, Portugal 31, España 8,579, Francia 4,174, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte 4,547, Irlanda 53, Bélgica 936, Alemania 28,964, Suiza 1,185, Países Bajos 4,816, Dinamarca 8,657, Polonia 1,533, Suecia 18,698, Noruega 2,046, Finlandia 2,974, Italia 3,000, Eslovenia 10, Eslovaquia 49, Austria 3,194, República Checa 1,611, Croacia 742, Hungría 137, Serbia 2,329, Macedonia del Norte 275, Montenegro 416, Bosnia Herzegovina 21, Bulgaria 817, Grecia 3,743, Turquía 415, Rumania 287, Ucrania 35,765, Bielorrusia 5,567, Lituania 2,331, Letonia 180,614, República de Moldavia 3,267, Estonia 65,944, Federación Rusa 92,209, Mongolia 17, Georgia 530, Kazajistán 7,892, Turkmenistán 3,583, Uzbekistán 22,496, Tayikistán 3,827, Kirguistán 20, Japón 503, República de Corea 246, Paquistán 59, India 22,646, Myanmar 632,789, Tailandia 587,132, Camboya 75,000, Vietnam 26,811, Sri Lanka 111, Filipinas 28, Malasia 117,070, Indonesia 2,093, Australia 8,073, Nueva Zelanda 29, República Árabe Siria 160,000, Iraq 233, Jordania 68, Egipto 10, Arabia Saudita 70,000, Sudán del Sur 10,500, Uganda 67,000, Kenia 9,800, y Ruanda 9,500³⁸.

V. CONCLUSIONES

Las personas apátridas involucran dificultades para acceder a derechos y servicios básicos como educación o atención médica, contraer matrimonio, votar, abrir una cuenta bancaria, conseguir un trabajo formal, tener propiedades o desplazarse libremente.

La apatridia deja a las personas sin protección social o jurídica, ahonda las divisiones y alimenta la desigualdad.

³⁸ United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, *Global Alliance to End Statelessness, Knowledge* acceso octubre 1, 2024, <https://www.statelessnessalliance.org/knowledge-hub/>

Es tarea de todos acabar con las desigualdades entre los seres humanos, los más afortunados también deben involucrarse, hay que recordar a Antony Giddens, los cambios se impulsan de abajo hacia arriba, desde las sociedades que conocen y viven las desigualdades e injusticias para hacerlas llegar a los gobiernos, un pueblo que no habla no es escuchado; la sociedad civil, el tercer sector debe hacerse presente y visibilizar e impulsar los cambios en las políticas y leyes internas.

Corresponde a los Estados cumplir puntualmente con su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas que habitan o transitan por su territorio, aplicando en los casos de apatridia el principio pro persona.

Los Gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil deben tomen medidas concretas especialmente para proteger los derechos de las mujeres y niñas apátridas, toda vez que éstas son más vulnerables.

El ACNUR ha logrado hacer conciencia mundial sobre la apatridia, los desafíos que encierra también obstaculizan el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para 2030 de las Naciones Unidas.

La naturaleza invisible de la apatridia requiere de acciones prácticas para su solución, se requiere acción de la ciudadanía, involucrarse en los problemas sociales, estar atentos a lo que acontece a nuestro alrededor, a las situaciones que solo los pobladores de un lugar pueden percibir en su entorno, hay que accionar, dejar de esperar que los gobiernos resuelvan, si bien esa es su labor, también lo es que la población mundial ha aumentado a cifras alarmantes, por tanto es labor de todos contribuir en la solución de los problemas, sobre todo de aquellos que involucren discriminación de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Acabar con la apatridia en 10 años. Acción 9: Adherirse a las Convenciones de las Naciones Unidas sobre la Apatridia*, abril 28 de 2015, acceso septiembre 29, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/acnur/2015/es/104800>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Apatridia en el mundo, 2024*, acceso mayo 15, 2024, <https://www.unhcr.org/ibelong/es/statelessness-around-the-world-3/>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, *Estatuto del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados*, acceso marzo 14 de 2024, <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b07680a4.pdf>

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado sobre su 57º Período de Sesiones: Conclusión No. 105 (LVII)*, acceso septiembre 29, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/excomcon/acnur/2006/es/114519>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: División de protección internacional “*Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024*”, noviembre 2014.
- Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII) 26 de abril de 1954, *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954 acceso junio 25 de 2024 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>
- La Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, acceso septiembre 14 de 2024, <https://www.acnur.org/mx/acnur/quienes-somos/historia-del-acnur>
- La Agencia de la ONU para los Refugiados, *Acabar con la apatridia en 10 años: Documento de Buenas Prácticas: Acción 3*, acceso septiembre 24, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/acnur/2015/es/104247>
- La Agencia de la ONU para los Refugiados, *La Estrategia*, acceso septiembre 24, 2024, <https://www.acnur.org/ibelong-campana-para-acabar-con-la-apatridia>
- La Agencia de la ONU para los Refugiados UNHCR/ACNUR, *Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas*, Ginebra 2014.
- La Agencia de la ONU para los Refugiados, Comunicado de prensa: *ACNUR informa sobre los avances en la lucha contra la apatridia, 2023*, acceso septiembre 24, 2024, <https://www.acnur.org/mx/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-informa-sobre-los-avances-en-la-lucha-contra-la-apatridia>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH, Conclusión N° 78 (XLVI) *Conclusión sobre la prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas*, acceso agosto 10, 2024, <https://www.refworld.org/es/pol/excomcon/acnur/1995/es/131615>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, acceso agosto 2, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Resolución 61/137 aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2006*, acceso septiembre 14, 2024, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n06/502/68/pdf/n0650268.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 6, diciembre 13, 2006, acceso el 22 de septiembre de 2024. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, acceso julio 11, 2024. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, acceso: septiembre 14, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Organización de Naciones Unidas: Instrumento Universal, Instrumento Principal, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, diciembre 21, 1965, acceso: agosto 10, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979, acceso julio 22, 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Organización de Estados Americanos: Tratados Multilaterales, *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, Belém Do Pará, Brasil, junio 9 de 1994, acceso septiembre 7 de 2024, <https://oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>
- Organización de las Naciones Unidas: Instrumentos de derechos humanos. Instrumento Principal, Instrumento Universal, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 18 de diciembre de 1990, acceso septiembre 15 de 2024, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>
- The UN Refugee Agency UNHCR, *Apátrida en el mundo*, acceso 20 de abril de 2024, <https://www.unhcr.org/ibelong/es/statelessness-around-the-world-3/#:-:text=Al%20menos%2010%20millones%20de%20personas%20en%20el%20mundo%20actualmente%20son%20ap%C3%A1tridas>
- United Nations Digital Library System, *Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado en el 57º período de Sesiones*, acceso septiembre 14, 2024, https://digitallibrary.un.org/record/585870/files/A_61_12_Add-1-ES.pdf?ln=ru
- United Nations *Treaty Collection*, acceso septiembre 30 de 2024, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en
- United Nations *Treaty Collection*, acceso septiembre 30 de 2024, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5
- United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, *Global Alliance to End Statelessness, Secretariat*, acceso octubre 1, 2024, <https://statelessnessalliance.org/secretariat/>
- United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, *Global Alliance to End Statelessness, Knowledge* acceso octubre 1, 2024, <https://www.statelessnessalliance.org/knowledge-hub/>

Recibido: 08/10/2024

Aprobado: 20/10/2024

Acciones Colectivas de Consumo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Collective Consumer Actions in the Autonomous City of Buenos Aires

Carlos Eduardo Tambussi* <http://orcid.org/0000-0003-0444-7937>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2785>

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (1991). Juez de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario y en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de la CABA (actualidad). Master en Derecho de Comercio y Consumo e Investigador Asociado de la Universidad de Cantabria, Santander, España. Profesor Adjunto Regular: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Cátedra: Dr. Roberto Saba, en las asignaturas Derechos Humanos y Garantías y Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios. Docente en seminarios y cursos de posgrado sobre Derechos de Consumidores y Usuarios. Egresado del Programa de Actualización en Derechos del Usuario y del Consumidor, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA). Co Director del Programa de Actualización en Derecho del Consumo (Convenio AABA-UBA). Autor de numerosos capítulos en obras colectivas y artículos sobre la especialidad en revistas nacionales y extranjeras. Integrante de la Comisión para la redacción del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA (Resolución 423/16 de la Subsecretaría de Justicia CABA) y de la Comisión para la Reforma de la Ley 24240 (Programa Justicia 2020). Argentina.
Correo electrónico: cetambu@uolsinectis.com.ar

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Chamán, óleo sobre lienzo 100 x 120 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Las acciones colectivas constituyen una garantía fundamental para la defensa de los derechos de usuarios y consumidores al permitir conforme su diseño constitucional, que amplios legitimados del sector social y del estado, y los propios sujetos involucrados, agrupen reclamos que individualmente sería dificultoso e impráctico llevar a decisión judicial. La discusión sobre su organización procesal en la Argentina lleva inconclusa treinta años y la Ciudad de Buenos Aires ha dado el primer paso en su formulación de la forma que describimos en este trabajo.

Palabras clave: *acciones colectivas, origen constitucional, normas de procedimiento, la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

ABSTRACT

Class actions constitute a fundamental guarantee for the defense of the rights of users and consumers, since according to their constitutional design they allow broad legitimized parties from the social and state sectors, plus the subjects involved, to groups claims that individually would be difficult and impractical to bring to a judicial decision. The discussion on their procedural organization in Argentina has been unfinished for thirty years and the city of Buenos Aires has taken the first step in its formulation in the way we describe in this work.

Keywords: *class actions, constitutional origin, procedural rules, the justice of the Autonomous City of Buenos Aires.*

I. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Constitución Nacional Artículo 43

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...).”

El Artículo 43 de la Constitución Nacional consagra una amplia legitimación para la interposición de la acción de amparo. Su primer párrafo se refiere a toda persona y establece los demás legitimados para los casos especiales del párrafo segundo, (el afectado, Defensor del Pueblo, y asociaciones que propendan a esos fines), protegiendo los derechos establecidos en la Constitución, un tratado o una ley, lo cual es acorde con la letra del artículo 42, primer párrafo, (que se refiere a los consumidores y usuarios -derecho de pertenencia particular y objeto divisible, que incide por su dimensión social en intereses generales-). E igualmente respecto

del artículo 41, que en el caso ambiental se refiere a “todos los habitantes”, involucrando a personas indeterminadas, sobre un bien único, indivisible y no fraccionable).

El desarrollo de los derechos de usuarios y consumidores en cuanto a acceso a la justicia se vincula con la evolución de los derechos humanos en los sistemas legislativos modernos que requieren tanto de tutela o protección como de desarrollo de un sistema especial de garantías, para que sean los propios sujetos de los derechos los que pongan en marcha los mecanismos para hacerlos efectivos.

La posibilidad de acceso a la justicia tiene indisoluble relación con la titularidad del derecho. Significa, en consecuencia, tomar posición sobre la existencia, vigencia y defensa jurídica de los derechos de las personas.

La ampliación de la legitimación especial se extiende también a los procesos de conocimiento, ya que si el amparo es la vía especial y excepcional, debe entenderse como conferida la posibilidad de accionar por las vías ordinarias¹, ya que no existe obligación de interponer una acción de amparo, sino el derecho a hacerlo.

A partir de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, la incorporación de los arts. 42 y 43 a la CN y la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha fortalecido el derecho esencial de acceso a la justicia, a través de un eficaz instrumento que permite la mejor tutela judicial, como lo son las acciones colectivas.

Y desde los precedentes “Halabi”² y “Padec”³ la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la legitimación colectiva cuando considera verificada en el caso: a) la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos; b) efectos comunes a todos los sujetos involucrados, c) no justificación de acciones individuales, dada la escasa significación económica de la pretensión de cada usuario y d) marco de la acción comprendido dentro de los fines estatutarios de la Asociación actora (a fin de determinar que “propenda a los fines”, en virtud de la terminología constitucional del Art. 43). Esto permite además señalar que es posible incluir en acciones colectivas reclamos que conduzcan al reintegro o pago de sumas de dinero, haciendo una interpretación lógica y razonable del Art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor. Con lo cual, la protección constitucional de los derechos de incidencia colectiva no excluye los aspectos patrimoniales en la medida que se presente la característica de la homogeneidad o “causa fáctica común” y toda vez que la restricción a esa temática no surge del texto constitucional. Este requisito se vincula obligatoriamente con la anti-economicidad del reclamo individual. Desde este punto de vista, la acción colectiva se

1 Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, “La defensa del Usuario y del Administrado”, Cap. II.

2 CSJN Fallos 323:111.

3 CSJN 21/08/2013, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (P.361.XLIII REX) CSJ 361/2007 (43-P).

vislumbra en primer lugar como un vehículo de acceso a la justicia, y en su implementación práctica como un procedimiento eficaz de solución de conflictos, propiciatoria del derecho a la jurisdicción.

Por eso señala adecuadamente Bersten⁴ que la legitimación no es un simple tópico de derecho procesal. Significa tanto acceso a la justicia, como formulación de mecanismos institucionales de gran importancia y valor, y se relaciona con la posibilidad de echar mano a remedios efectivos, y en la especial forma que está planteada para los temas de consumidores y usuarios, es sinónimo de poder social. La interpretación de los derechos de incidencia colectiva en general y el de consumidores y usuarios en particular debe sustentarse en un criterio amplio, para que tanto el consumidor como las organizaciones de la sociedad civil y los funcionarios del estado que tienen competencias directas con la vigilancia, control y vigencia de los derechos humanos y/o de consumidores y usuarios tengan también la potestad de poner en marcha el sistema (cada uno con sus particularidades) para su defensa.

Las acciones colectivas son una vía cuyas precisiones podrán formularse mediante las necesarias innovaciones legislativas para la defensa de los derechos de consumidores y usuarios. En especial, se abre un camino para enfrentar desde el derecho las cuantiosas ganancias generadas por prácticas ilegales (generadoras de ventajas ilegítimas) de las empresas amparadas por la certeza de ausencia de reclamos individuales. Esos necesarios temperamentos legislativos deberán basarse en los lineamientos esbozados hasta el presente por la jurisprudencia y determinar clara y efectivamente la publicidad de las decisiones judiciales en acciones colectivas y las características y el alcance de los resarcimientos (fundamentalmente en relación con el beneficio obtenido por la práctica), y consolidar la aplicación del principio de la reparación integral (directamente relacionado con la tutela judicial efectiva).

Para el caso de consumidores y usuarios, la doctrina del máximo Tribunal Nacional en “PADEC” ha significado un precedente oportuno que ha avanzado a paso seguro y firme, tendiente a la consolidación de la jurisprudencia de la Corte Nacional, a tenor de los más de cincuenta fallos dictados, desde el caso citado hasta la fecha, donde podemos apreciar un gran contenido de sentencias “exhortativas” en especial al Poder Legislativo, a fin que reglamente el procedimiento para acciones colectivas que es otra de las deudas que el Congreso Nacional mantiene con la ciudadanía desde la reforma de 1994, de la que aún no se tienen indicios se tenga intención de saldar.

La falta de regulación de este mecanismo tiene como resultante que la Corte Suprema, en soledad, viene siendo la que va delineando los contornos de ese futuro ordenamiento a partir de la superación de los criterios restrictivos para las acciones colectivas desarrollados a partir de

4 Horacio Bersten, *Derecho Procesal del Consumidor*, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2003), p 346.

“Halabi”, y ratificándolos en fallos posteriores, además de dictando Acordadas que crearon el Registro de Juicios Colectivos y regularon la publicidad de las acciones colectivas.

No obstante, cabe destacar en mérito de la tarea legislativa en materia de consumo, que las únicas pautas legales de nuestro ordenamiento jurídico relacionadas con acciones colectivas, existentes al día de hoy, están en la Ley de Defensa del Consumidor (Arts. 54 y siguientes), además de la Constitución Nacional y como señalaremos, en el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CPJRC).

II. PRESENTANDO LA PRIMERA NORMATIVA DE REGULACIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS

Nos ocuparemos en particular de este último supuesto, por ser el primer ordenamiento en contener una normativa sistemática para el proceso colectivo de consumo. En efecto, la ley 6407 que cobija al Código, establece que la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA es competente en los procesos colectivos que involucren relaciones de consumo descriptas en el inciso 1 del art. 5 CPJRC. El Código para la Ciudad contiene, tomado del proyecto de Código de Defensa del Consumidor (reforma de la ley de fondo 24240) elaborado por el programa Justicia 2020, la primera regulación en materia de acciones colectivas, conforme las sentencias exhortativas de la Corte Suprema en términos del art. 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional, normándose lo atinente al trámite, publicidad de los inicios, medidas cautelares, acuerdos y sentencias dictadas, legitimación, gratuidad, determinación de la representación y su vigencia, admisibilidad, alcance de la sentencia y destino de las indemnizaciones.

Su artículo 256 establece el principio de gratuidad para las acciones colectivas, y sólo para el caso de las acciones individuales existe la posibilidad que el demandado ataque esa franquicia probando sumariamente la solvencia del actor. La gratuidad implica tanto la exclusión de la tasa de justicia y los gastos de la causa⁵, como de las costas y costos del proceso⁶. El principio se reitera en el art. 66, por el cual las acciones promovidas por usuarios y consumidores

5 “Pero no puede eludirse en este análisis que este tipo de acciones, en las cuales generalmente se involucran contrataciones en masa cuya prueba no es sencilla ni barata (v.gr. Pericias, gran número de oficios) y que involucraría adelantos de gastos o erogaciones extrajudiciales de similar cuantía ... cuyo pago puede ser exigido inmediatamente (cfr. art. 69 CPCC), todo lo cual actuaría como un valladar más para el ejercicio de los derechos de consumo, en tanto podría amilanar al usuario-consumidor o a la asociación sin fines de lucro actora” (Román Esteban Mariño “El beneficio de litigar sin gastos en la Ley 24.240”, *El Dial*, 05/07/2012, cita: *elDial.com* - DC18DC).

6 CSJN13/11/1990, ED 141-598, criterio reiterado en “Cavaleri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo” (Fallos 335:1080).

sean individuales o colectivas, están exentas del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio, que son detallados en el art. 65. Con la determinación amplia del alcance beneficio de justicia gratuita, se aplica al aspecto procesal el mismo criterio protectorio que el derecho de fondo, buscando a través de la gratuidad de los procedimientos una forma más de equiparar la relación de fuerzas con el proveedor, para que el cálculo económico no sea un impedimento que conspire a la hora de decidir encarar cuestiones de consumo ante los tribunales. El beneficio de justicia gratuita es sin duda un potenciador esencial del acceso a la justicia.

Por su parte, el CPJRC ha tomado una posición al respecto señalando que en casos de acciones colectivas no resulta necesaria la instancia previa (art. 212 último párrafo). El párrafo in fine del art. 258 establece que el procedimiento de mediación previa no resulta de aplicación obligatoria en los procesos colectivos. Recoge así la línea jurisprudencial basada que la ley de mediación nacional 26589 y la del COPREC 26993 no la establecen como obligatoria en estos casos. Cuando se trata del caso de una acción en defensa de derechos de incidencia colectiva, como los efectos se expanden a los individuos alcanzados por el caso, ninguno de ellos podría negociarlos en un espacio extrajudicial, donde el que actúa es un representante cuya función es justamente la de interponer acciones judiciales cuando los intereses de consumidores y usuarios resulten afectados o amenazados⁷.

No obstante, se prevé la posibilidad que se lleguen a acuerdos en el marco de la instancia ante la autoridad de aplicación, caso en el cual deberán preverse los requisitos relacionados con los mecanismos de transparencia y adecuada participación de los interesados, sin perjuicio de la acción que se inicie en caso de arribar a un arreglo.

III. LOS PROCESOS COLECTIVOS DE CONSUMO

1. Introducción

El tema de la reglamentación de acciones colectivas desafía en su diseño grandes complejidades, dadas las evidentes dificultades procesales que traen consigo las acciones de clase y, en definitiva, los procesos colectivos en general. Señala López Alfonsín que “la temática colectiva genera cambios relevantes. Ciertamente se produce una metamorfosis en los paradigmas tradicionales, generada por la insuficiencia de éstos para brindar respuestas a las

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13/03/94, “Acyma Asociación Civil c/ Stratford Book Services S.A. s/ sumarísimo” Microjuris Cita: MJJU-M-85777-AR | MJJ85777.

nuevas realidades. Originariamente los procedimientos eran concebidos como instrumentos que ofrecían solución a los conflictos individuales; en la actualidad esta única función no es adecuada para atender a la problemática más reciente, una herramienta así concebida no se adapta a los problemas colectivos. En consecuencia, este viraje advierte sobre la necesidad de reconsiderar los deberes de los tres poderes del Estado, tanto el ejecutivo, como el legislativo y el judicial”⁸.

2. Las acciones colectivas en la ley nacional 24240

Con las acciones colectivas se abre un camino para enfrentar desde el derecho las cuantiosas ganancias generadas por prácticas ilegales (generadoras de ventajas ilegítimas) de las empresas amparadas por la certeza de ausencia de reclamos individuales.

La ley nacional de defensa del consumidor contiene las siguientes previsiones:

Artículo 54. — Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

Las normas mencionadas aluden a la particularidad de los procesos colectivos, con aspectos propios del régimen tuitivo y de orden público de los derechos del consumidor.

⁸ Marcelo A. López Alfonsín, y Elisabeth Berra, “Procesos colectivos en la CABA: una asignatura pendiente”, *Derecho Público Integral –DPI-*, *Diario Ambiental*, Año 1, N° 4, Publicado el 26 de diciembre de 2013.

Se establece respecto a los acuerdos transaccionales y a las sentencias que requieren:

- La intervención del Ministerio Público Fiscal a los efectos de dictaminar sobre el debido resguardo del orden público en el acuerdo, salvo que sea parte en el proceso, y en el caso de sentencias, el dictamen previo a su dictado, precepto que como hemos visto es receptado por el CPJRC.
- El efecto de la homologación del acuerdo de cosa juzgada para todos los consumidores que integren el colectivo por el que se reclamó, excepto los que hayan elegido apartarse, mediante la forma que determine el juzgado, cuestión que debe plantearse y abrirse como posibilidad con la debida difusión del inicio de la acción y lógicamente con anterioridad a la sentencia o aprobación del acuerdo.
- La garantía del derecho de opción a no ser alcanzado por los efectos de la sentencia.
- El carácter fundado de la aprobación de la resolución homologatoria, que va de suyo por ser característica necesaria de toda decisión judicial.
- La vigencia del principio de reparación integral. Al respecto, señala Novick que “a reparación a los consumidores integrantes de la clase debe ser comprensiva de las sumas cobradas indebidamente, con más sus intereses, costas, costos incluido el I.V.A. si fue percibido. Este criterio de la integralidad de la reparación rige tanto si la causa concluye con una sentencia, como si concluye con un acuerdo transaccional, en el segundo caso puede mediar oposición del Ministerio Público a la homologación del acuerdo si advirtiera que se conculcan derechos de los consumidores y usuarios”⁹.
- La fijación de las pautas para la determinación de la reparación económica bajo el principio señalado en el párrafo anterior. Al respecto, se hace constar que para la restitución de dinero, ésta debe hacerse por el mismo medio que fueron percibidas o de no ser posible, diseñar el sistema de acceso a la reparación de los afectados. Muchas veces los integrantes del grupo han dejado de serlo (por ejemplo, personas que ya no son clientes del banco que por el acuerdo o sentencia debe devolver cargos indebidamente percibidos), siendo necesario entonces implementar según las particularidades de la casuística mecanismos que permitan identificarlos primero, y darles acceso a la reparación después. La ejecución de una sentencia colectiva, atento las multiplicidades que puede presentar, es difícil de legislar en general, por lo que el texto de la norma permite -de ser posible- clasificar a los consumidores según los daños diferenciados que hayan sufrido en categorías o grupos, que con base a la sentencia general podrán estimar, cuantificar y requerir la indemnización que cada uno estime corresponder.

⁹ Marcela Novick, *Ley de defensa del consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*. Carlos Eduardo Tambussi, Director, 1ra. Edición, Ed. Hammurabi, 2017, comentario al art. 54, págs. 351-361.

3. La senda de la CSJN en “Halabi” y “Padec”¹⁰

No es sobreabundante mencionar que el fallo “Halabi” marcó un hito en la jurisprudencia argentina. En este decisorio el Alto Tribunal se encargó de delimitar la naturaleza de los distintos derechos que encuentran tutela en la Ley Fundamental, e identificar los sujetos legitimados para accionar en su defensa; así definió tres categorías: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos.

En esa oportunidad, en relación con los derechos sobre bienes jurídicos individuales que encuentran base normativa en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, destacó que la regla general en materia de legitimación es que los derechos son ejercidos por sus titulares, lo que no varía por el simple hecho que existan numerosas personas involucradas toda vez que en este supuesto estaremos en presencia de un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos. Esta categoría de derechos -especificó del decisorio- encuentra cabida en la tradicional acción de amparo cuya finalidad es la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual de cada uno de los afectados.

La segunda categoría de derechos está conformada por los de incidencia colectiva, que son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional). En estos supuestos la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo indivisible; se trata de bienes que no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que en términos del Máximo Tribunal “(...) ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”. A su vez, la pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho porque puede suceder que la lesión a este tipo de bienes repercuta sobre el patrimonio individual, pero es esta hipótesis la acción corresponderá a su titular ya que “cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación” (Considerando 11 del voto de la mayoría).

Por último, admitió la existencia de una tercera categoría de derechos; los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos que también se encuentran albergados en el segundo párrafo del artículo 43. Aquí -explica la Corte- “(...) no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho,

10 Elisabeth I. Berra y Carlos Tambussi “El amparo colectivo y los sujetos legitimados”, *La Ley*, 15/09/2016, p.2.

único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (Considerando 12 del voto de la mayoría).

Sin lugar a duda, la implantación de los sistemas de acciones y procesos colectivos se apoya y se aprovecha del fenómeno del asociacionismo en materia de consumo, así como de la existencia de organismos públicos de defensa de los consumidores, permitiendo que sean estas estructuras quienes se enfrenten en el juicio, desde una posición de menor desequilibrio, a los grandes profesionales y empresarios. De ahí que el concluyente reconocimiento de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para el ejercicio de acciones colectivas, que efectuó el máximo Tribunal Nacional en “PADEC”, ha significado importante hito a tenor de los más de cincuenta fallos dictados, desde el caso citado hasta la fecha, donde podemos apreciar un gran contenido de sentencias “exhortativas” en especial al Poder Legislativo, a fin de que reglamente el procedimiento para acciones colectivas. Ese precedente, es el primero dictado por la Corte Suprema Nacional en donde expresamente se reconoce legitimación activa a una asociación que propende a la defensa de los derechos de consumidores y usuarios en una acción de incidencia colectiva de consumo, (diferenciándose así del caso “Halabi” cuyo objeto no involucra al régimen tuitivo consumidor). Para así decidir sostuvo, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional las asociaciones de usuarios y consumidores están legitimadas para iniciar acciones colectivas que tengan por objeto la tutela de intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que se cumplieren determinados recaudos; a saber: 1) la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, 2) que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada, y 3) que el no reconocimiento de la legitimación procesal pueda comprometer el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo.

A su vez, se pone especial énfasis en señalar que al ser encuadrada la causa en los términos del artículo 54 de la ley 24240, se deberá identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, y arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio. En síntesis, la Corte Suprema encomienda a los magistrados de grado identificar a la clase, controlar la idoneidad del representante de la misma y organizar un procedimiento que garantice la notificación de la clase previamente identificada¹¹.

11 Marcelo López Alfonsín, “Las asignaturas pendientes sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derecho del consumo” *Revista Relación de Consumo*, Carlos Tambussi (director) Nro. 1, Ed. Hammurabi, 2018 pags. 107-122.

En lo que respecta al caso concreto, y siendo lo novedoso que la demanda se canalizó por un proceso ordinario y no por un amparo, señala la Corte que se encuentra involucrado un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, dado que se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical, este constituye el hecho único susceptible de ocasionar un daño a una pluralidad de sujetos. Por otra parte, destacó que la demanda estaba centrada en los efectos comunes que el contrato impugnado producía para todos los afiliados. A su vez, mencionó que no resultaba razonable exigir que cada uno de los afectados iniciara una acción individual por la exigua significación económica del monto involucrado. Con relación a la legitimación de la parte actora, puntualizó que en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional una asociación que tiene por objeto la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios está plenamente habilitada para interponer la pretensión de autos.

IV. PROCESOS COLECTIVOS EN EL CPJRC

1. Introducción

Las normas incorporadas al CPJRC reconocen su origen en el proyecto de reforma de la ley 24240¹² cuyos fundamentos señalan que se ha tomado como fuentes:

- Las decisiones de la CSJN, sea su doctrina judicial, en particular la iniciada a partir de la causa Halabi (2009), como también la institucional, emergente de sus acordadas sobre procesos colectivos y su contenido exhortativo a legislar en la materia a nivel nacional.
- Asimismo, se han considerado las reglas del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (Ver “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, 2012, Infojus, pág. 689 y ss) que siguieran, a su vez a múltiples antecedentes (vg. el precedente citado en el párrafo anterior; el proyecto de reformas a la ley 25675 — ley general del ambiente—; las conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, entre otros).

12 Nota del autor: fundamentalmente nos referimos al presentado en diciembre de 2018 en el Senado, dentro del marco del Programa Justicia 2020 y con la iniciativa de los Ministerios de Justicia y Producción y Trabajo de la Nación, como resultado del trabajo de una comisión formada por abogados de la matrícula, académicos, autoridad de aplicación, magistrados, provenientes de distintas provincias. La integran Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, Carlos Hernández, Belén Japaze, Sebastián Picasso, Leonardo Lepiscopo, Gonzalo Sozzo, Federico Ossola, Roberto Vázquez Ferreyra, María Eugenia D'Archivio, Javier Wajntraub y el autor de este trabajo (Proyecto S-2576/19), actualmente actualizado y en próxima elevación al Congreso Nacional.

- El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Entre los modelos regulatorios del Derecho Comparado se ha considerado en particular el “Código de Defensa do Consumidor” de Brasil pero también el régimen de class actions de los EEUU, en especial la Regla 23 de Procedimiento Federal, en todos los casos a partir de una fuerte consideración de los mandatos constitucionales de la Constitución Argentina y de la cultura jurídica local.

2. El cumplimiento de un mandato constitucional

La inclusión de la regulación en este Código de las acciones colectivas cumple con una forma de saldar la gran deuda de la democracia que data de 1994 de la que aún no se tienen indicios se tenga intención de honrar, y es la precisión ritual de este tipo de acciones, en el caso, con relación a los juicios de consumo, y con las sentencias exhortativas de la Corte Suprema de Justicia Nacional, que desde hace un buen tiempo vienen requiriendo del Poder Legislativo el cauce procedimental para estas acciones.

Su resultante es que la Corte Suprema, en soledad, viene siendo la que va delineando los contornos de ese futuro ordenamiento a partir de la superación de los criterios restrictivos para las acciones colectivas desarrollados a partir de “Halabi”¹³, y ratificándolos en fallos posteriores como “PADEC”¹⁴ para casos de consumidores y usuarios, en un camino marcado por el ejercicio de un activismo judicial necesario ante la desidia del legislador, que ya cuenta con los lineamientos esbozados hasta el presente por la jurisprudencia y el dictado de Acordadas¹⁵ para ordenar de una vez las normas procesales y de publicidad de las acciones colectivas, que han demostrado ser un mecanismo idóneo para la defensa de bienes colectivos e intereses individuales homogéneos, que de otra manera no tendrían acceso a la justicia.

13 CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN -ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ Amparo” (Fallos: 332:111) 24/02/2009.

14 CSJN Causa P. 361. XLIII “Padec c. Swiss Medical S.A. s./ nulidad de cláusulas contractuales” 21/8/2013, SAIJ, Id SAIJ: FA13000127.

15 Nota del Autor: la Acordada 32/2014, de fecha 01/10/14, dictada con motivo de las bases que sentó el máximo Tribunal en oportunidad de resolver la causa “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión” (del 23/09/14), en materia de publicidad de acciones colectivas para los tribunales nacionales y federales del país, se crea el registro de acciones mediante un registro por vía electrónica especialmente habilitado para ello e incluye los datos de los litigante, el objeto de la causa, otorgamiento, modificación o levantamiento de medidas precautorias o de tutela anticipada, acuerdos totales o parciales homologados, sentencias definitivas, y toda otra resolución que por la índole de sus efectos justifique -a criterio del tribunal- la anotación dispuesta. Por su parte, mediante la Acordada 12/16 se propone regular el criterio que determina la preferencia temporal en los procesos colectivos a través del dictado del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, con base en el principio de prevención, por el cual la inscripción determina la remisión al tribunal inscripto en primer término de toda causa con sustancial semejanza en la afectación de derechos colectivos conforme su objeto.

3. Legitimación activa

Este aspecto se diseñó sobre las categorías de intereses consensuadas ya por la doctrina y jurisprudencia. Dice la norma del art. 255 del CPJRC:

Tienen legitimación activa en los procesos colectivos de consumo

3.1. Fundada en derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la CABA, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación;

3.2. Con sustento en derechos de incidencia colectiva y difusos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la CABA, la autoridad de aplicación, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal, Tutelar y de la Defensa.

A través de esta norma, se toma la senda constitucional del art. 43 párrafo segundo y la jurisprudencial de la Corte Suprema de Halabi y Padec, incluyendo el papel de los Ministerios Públicos y de la Defensoría del Pueblo, por lo que remitimos al comentario respectivo para la acción individual, de la misma forma que respecto al carácter de la inscripción en el registro para las Asociaciones de Consumidores.

Al respecto, en caso de pérdida de la legitimación de una asociación de consumidores por su baja del registro, queda en ciernes la discusión procesal respecto al futuro de la acción, que bien han apuntado los comentaristas¹⁶ podría resolverse en términos del art. 52 de la ley 24240 el cual prevé que en caso de abandono o desistimiento de la acción, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal, cuya misión es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad¹⁷.

4. Intervención del Ministerio Público Fiscal

Art. 256 (parte pertinente)

En los procesos colectivos, excepto que los mismos hayan sido iniciados por el Ministerio público, el Ministerio Público Fiscal actuará obligatoriamente como fiscal de la ley y se aplica el artículo 35 en cuanto fuere pertinente.

16 Francisco Verbic, "Falta de representación colectiva sobreviniente. Efectos de la baja del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores", *La Ley* 13/02/19, p. 7 Cita AR/DOC/113/2019.

17 Carlos Tambussi, "Pérdida de legitimación activa por baja del registro en causas iniciadas por asociaciones de consumidores", *La Ley*, 26/03/2019, p.4.

Remitimos al artículo 52 de la ley de fondo 24240 le otorga al Ministerio Público Fiscal legitimación para iniciar las acciones judiciales en defensa de los consumidores y usuarios, como representante institucional del interés social, otorgándole legitimación activa de parte tanto en acciones judiciales como en colectivas.

El rol del Ministerio Público es entonces una garantía para el consumidor, y su intervención haría útil el trámite transcurrido del litigio, y mantendría la vigencia del reclamo, llevándolo a su resolución, asimilando este supuesto al de desistimiento o abandono, que son casos contemplados legislativamente para motivar su intervención. El Ministerio Público Fiscal se encuentra legalmente dotado de plena capacidad para asumir la representación y defensa de los usuarios y consumidores y como veremos, tiene también intervención obligatoria con carácter previo a la homologación de acuerdos transaccionales.

5. Presupuestos de admisibilidad en general

Conforme el art. 257 del CPJRC, los presupuestos de admisibilidad generales son los comúnmente exigidos en el derecho comparado y sobre los cuales también existe un amplio consenso, entendidos como aquellos requisitos que deben cumplirse para que la cuestión pueda tramitar como tal, que reconocen su origen en los señalados en el precedente “Halabi” y en la Acordada 12/2016 de la CSJN, y son los siguientes:

- *Un número razonable de interesados, que dificulte la sustanciación individual de las respectivas pretensiones:* Se refiere a que la numerosidad de los afectados torne tanto impráctico, como ineficiente y antieconómica la promoción de reclamos individuales, lo que debe verse dentro de las particularidades del caso.
- *Intereses comunes a todos los integrantes de la clase:* Consiste en que todos estén vinculados en la necesidad de la pretensión, aunque sea en distinto grado de afectación (en concordancia con la norma nacional del art. 54 que permite la clasificación por categorías).
- *Argumentos comunes:* todos los componentes del grupo están de acuerdo con la pretensión objeto del juicio ya que el problema es común a sus integrantes.
- *Representación adecuada que sustentan la pretensión de la clase, acreditada mediante la certificación prevista en el art. 259.*
- *En las acciones previstas en el inc. 2) del art 255 de este Código, se deberá acreditar la existencia de la relación de consumo que funda la pretensión, la imposibilidad de sustanciación individual y los antecedentes particulares y/o colectivos de los que se dispone que justifican el*

impulso del proceso colectivo de consumo: acreditar la relación de consumo es consignar el presupuesto de la aplicación del régimen tuitivo consumidor.

6. Presupuestos de admisibilidad en acciones de daños

Para la admisibilidad de los procesos colectivos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos, la letra del art. 258 exige además de los presupuestos de admisibilidad generales, los siguientes:

6.1. El enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados: *“Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”*. (Considerando 13 del voto de mayoría en Halabi).

6.2. Que exista un predominio de las cuestiones comunes de origen fáctico o jurídico, por sobre las individuales, como señaló la CSJN. *“un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”* (Considerando 12 del voto de la mayoría en Halabi).

7. Certificación de la adecuada representación

Consiste en determinar que aquel que lleve adelante el proceso se garante de los derechos del grupo y lo ejerza en forma idónea, en el caso de los legitimados de derecho privado.

Conforme el art. 259 del CPJRC, en el supuesto de que el proceso colectivo sea iniciado por un sujeto de derecho privado, el tribunal efectuará una evaluación previa de la existencia de representación adecuada, para determinar si el actor cuenta con aptitudes suficientes para

garantizar la correcta defensa de los intereses colectivos. Entendemos esta previsión no aplica para el caso de las autoridades legitimadas, atento tener sus competencias determinadas legislativamente.

La norma atribuye al magistrado analizar si el que actúa en nombre del grupo posee las condiciones objetivas, cualidades e idoneidad para hacerlo en debida forma, dado que los derechos del colectivo están, de alguna manera, procesalmente en sus manos y el tribunal está invistiendo a ese sujeto de una función semi pública por la cual se le asigna la gran responsabilidad de defender los intereses generales de la población frente a una problemática social específica.

Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta los siguientes parámetros: a) la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses de modo que los precedentes en causas de esta especie y hasta su éxito en los mismos sean considerados como componente de la idoneidad, b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda, que debe ser compartido entre el representante y la clase, no debiendo perseguirse meramente fines económicos al patrocinarla o conducirla y c) la ausencia de potenciales conflictos de intereses con el grupo afectado o los derechos en juego.

La representación adecuada constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso, incluyendo las eventuales instancias transaccionales, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público Fiscal como resguardo del orden público del régimen tuitivo consumidor. La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso y a la vez garantizar la continuidad del mismo¹⁸.

8. Objeto de los procesos colectivos

La enunciación de los posibles objetos no inhibe la posibilidad de las llamadas acciones de cesación, para que un proveedor este desarrollando alguna actividad contraria a los intereses o derechos de los consumidores y se ordene cesar la conducta, por ejemplo ante el uso de condiciones generales de contratación que se consideren abusivas, que enmarcan dentro de la tutela preventiva.

En una enumeración que entendemos debe ser considerada con un criterio amplio de interpretación¹⁹, a fin de no excluir acciones que contengan cuestiones -incluso conexas- de

18 Francisco Verbic, "Procesos Colectivos en el Nuevo Código Procesal para la Justicia en las relaciones de consumo de la CABA", *RDCO* 308 pp. 185-210.

19 Nota del autor: Coincidimos en que "se trata de un listado enunciativo, ya que de lo contrario la norma sería contraria al art. 43 CN que no limita el objeto que puede ser objeto del proceso colectivo. Entre los supuestos no enumerados tenemos: la declaración de nulidad de cláusulas en contratos de adhesión (ej. caso PADEC c. Swiss Medical), la obligación de convocar audiencias públicas para el aumento de tarifas, habeas data colectivo (CNCom., sala E, "Unión de Usuarios y Consumidores C/ Citibank S/ sumarísimo", 14-15-13" (Véase Gabriel Martínez Medrano, "Los procesos colectivos en el Código Procesal de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires", *La Ley* 04/08/2021, p. 1).

otra naturaleza que se vinculen con la protección de los derechos de incidencia colectiva, conforme el art. 260 del CPJRC el objeto del proceso colectivo podrá consistir en:

8.1. La prevención con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación.

8.2. La reparación de los daños ya producidos, para lo cual se aplica el art. 54 in fine de la ley de fondo 24240.

8.3. La restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores.

Esas pretensiones podrán acumularse en un mismo proceso. Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva colectivos o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador de la afectación. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. En los casos en que el proceso tuviere por objeto la reparación de los daños el juez podrá, a los fines de la mejor gestión del proceso, individualizar subclases de consumidores en razón de la existencia de elementos comunes a cada una de ellas.

La preceptiva analizada en el punto 3 se vincula con la publicidad de las acciones colectivas, donde es fundamental que los integrantes del grupo afectado tomen conocimiento de la decisión judicial de restitución, y sigue la línea de legislar en pautas generales para que el magistrado en cada caso determine el mecanismo adecuado de la devolución, con base al principio de restituir las cosas al estado anterior. De ser imposible la restitución puede reemplazarse por una indemnización que tendrá el destino que asigne el juzgado, que entendemos debe necesariamente estar vinculado a la reparación del grupo afectado, de ahí que se exija el fundamento como resguardo de eventuales alternativas, a fin de poder cuestionar su razonabilidad.

9. Trámite del proceso colectivo de consumo (art. 261 CPJRC)

Cuando el proceso colectivo tenga por objeto la prevención de daños, podrá tramitarse por vía de amparo colectivo o emplearse cualquier otra vía procesal que sea más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores. En estos casos el juez debe armonizar dichas reglas con las que el Código Civil y Comercial establece para la pretensión de prevención del daño.

Los casos que tengan por objeto la reparación de daños tramitarán por la vía procesal más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores.

Si se hubieran iniciado varios procesos sobre el mismo objeto, estos serán atraídos y acumulados en el tribunal que primero notificó la existencia del proceso colectivo, sin perjuicio de la notificación ante el Registro de Procesos Colectivos.

En caso de desistimiento o abandono de la acción la titularidad activa podrá ser asumida por el Ministerio Público Fiscal.

Nuevamente diseñando pautas generales que dependen para el concreto de la casuística que pueden ofrecer los problemas, el juez en este caso puede determinar el tipo de proceso aplicable en el caso de acciones preventivas o de reparación de daños ya sufridos, del modo que entienda más adecuado para el supuesto de la cuestión en trámite.

Una razón de practicidad impone la acumulación de los eventuales distintos tipos de procesos que existieran con el mismo objeto en el juez que previno, en el caso que se hayan iniciado separadamente dos o más procesos por sujetos diversos, pero por la misma acción, o bien que las acciones sean conexas, ya sean colectivas las diversas acciones, o incluso una colectiva y otra u otras de carácter individual, pero referidas al mismo objeto o hecho dañoso. En estos casos, una forma de promover la economía procesal y, sobre todo, de evitar que se dicten sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, es que se proceda a la acumulación de los procesos separados, de forma que a partir de ese momento se sigan en un solo procedimiento y terminen por una sola sentencia. Esta acumulación se producirá siempre ante el tribunal que previno, para lo cual remitimos a lo señalado respecto del Registro de Procesos Colectivos.

También como hemos visto en el art. 261, es posible acumular a la acción especial de cesación otras acciones colectivas, especialmente las tendentes a obtener devoluciones de dinero, indemnizaciones de daños o reparaciones de perjuicios.

10. Publicidad de los procesos colectivos

El ejercicio de una acción colectiva en defensa de los intereses de los consumidores abre la puerta a un proceso cuya trascendencia se traslada más allá de los concretos sujetos que ostenten en él la condición formal de demandante y demandado. Resulta, por ello, necesario que la existencia del proceso no quede «oculta»: si los efectos del proceso van a acabar afectando a terceros, es imprescindible que, cuando menos, esos sujetos tengan noticia de la existencia de aquél y, aunque sea de forma parcial, puedan incidir en su desarrollo –a través de su intervención–.

El camino había sido abierto por la Acordada 12/16 de la CSJN²⁰ que se aventura sobre contenidos obligatorios en los escritos de demanda según el tipo de proceso colectivo que se trate, y la imperativa consulta al Registro Público de Procesos Colectivos en forma previa al traslado de la demanda, lo cual puede originar –según el contenido de la respuesta a la

20 Carlos Tambussi, “La Acordada 12/16 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, En *DPI Cuántico. Diario DPI Administrativo – Consumidores y Usuarios*. Año 2 Nro. 69, 12 de abril de 2016.

consulta- la remisión al juez previniente. De quedar radicada la causa en el tribunal donde se iniciara, el juez en el primer despacho debe identificar provisionalmente la composición del colectivo, el objeto de la pretensión, el o los sujetos demandados y ordenar la inscripción en el Registro. La inscripción determina la aplicación del principio de prevención y la remisión al tribunal inscripto en primer término de toda causa con sustancial semejanza en la afectación de derechos colectivos. Su articulado continúa con el proceso de certificación del colectivo, imponiendo al magistrado su dictado una vez trabada la *litis*, y con anterioridad a la audiencia del art. 360 CPCC, y tomar simultáneamente la medida de hacer saber por medios idóneos a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso. En los pasos procesales siguientes, el Registro se nutre con toda la información que resulte relevante en la causa, en especial la certificación del colectivo, la modificación de representantes, y lo que suceda con las medidas cautelares que se dicten.

Recogiendo esa experiencia y conforme el art. 262 del CPJRC la existencia del proceso colectivo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento conforme el principio de razonabilidad.

Entre las medidas que pueden disponerse proponemos: a) citación por edictos a todos aquellos que de acuerdo al derecho sustancial hubiesen estado legitimados para demandar o ser demandados para que tomen la intervención que les corresponda como litisconsorte de la parte principal y con sus mismas facultades procesales a publicarse en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires y un diario de circulación general, b) la misma citación difundida por el órgano de difusión radial y televisiva de propiedad de la Ciudad, por el término de tres (3) días y c) la información deberá publicarse en la página web del Gobierno y del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires d) a criterio judicial, no descartar que el sitio web del/los demandados pueda ser utilizado para difusión. El contenido de la citación deberá consignar, sin perjuicio de lo que el magistrado disponga a los fines de una notificación adecuada, razonable y proporcional: los datos del tribunal que dictó la admisibilidad de la acción y la individualización de los iniciadores y los demandados con la mayor precisión posible, indicando número de inscripción fiscal y domicilio legal.

En los procesos colectivos que tengan por objeto derechos de titularidad colectiva indivisible: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue, b) que la pretensión se basa en la incidencia colectiva de ese derecho.

En los procesos referidos a derechos individuales homogéneos: a) la causa fáctica normativa común que provoca la lesión a los derechos, b) que la pretensión se basa en esos efectos comunes, y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado en cuanto a que el número potencial de afectados justifica en términos de costos el

sometimiento a la tramitación del procedimiento especial de acciones colectivas. Finalmente, debe difundirse la información respecto a que a los consumidores que no adhieran a la demanda y hagan reserva de sus acciones no les serán oponibles los resultados del juicio. Esto hace referencia al llamado *opt out*)²¹, que es una facultad que tienen aquellos sujetos que integran el colectivo de apartarse de las consecuencias de la acción, por ejemplo por creer que de forma individual podrán ejercer un mejor reclamo, o simplemente no interesarles. El ejercicio de este derecho no está sujeto a ritualidades, y queda incluido en el informalismo como principio del CPJRC, al igual que las presentaciones adhesivas.

La norma también establece que los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento sin perjuicio de la publicidad por medios públicos pertenecientes al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya realización debe ordenarse gratuitamente. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública que, en concordancia con el beneficio de gratuidad se refiere en concreto a sistemas de notificación en sí mismos y no necesaria o directamente a recursos económicos, pudiendo consistir el esquema propuesto por la actora en el empleo de los ejemplos que hemos señalado.

Entendemos que esta previsión de “contar con los medios” no debe aplicarse con sentido restrictivo y que el papel de la notificación en los medios públicos con que cuenta la CABA debe ser la regla del presupuesto mínimo comunicativo de este tipo de acciones, dada la restricción de financiamiento que por ley de fondo tienen las ONG de consumo. El esfuerzo del actor deberá centrarse en concreto en la comunicación del inicio de la acción. Para la etapa de difusión de medidas cautelares, sentencias o acuerdos transaccionales la imposición al proveedor de la comunicación la entendemos procedente, contando generalmente éstos con canales directos con sus clientes.

En términos de lo explicado respecto a la razón de ser de la publicidad en materia de acciones colectivas, el artículo culmina con una previsión por la cual los consumidores que no deseen ser alcanzados por los efectos de la sentencia, deberán expresar su voluntad en ese sentido en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la finalización del funcionamiento del dispositivo dispuesto para la notificación pública de la existencia del proceso.

11. Efectos de la sentencia (art. 263 CPJRC)

La sentencia recaída en un proceso colectivo referido a derechos individuales homogéneos produce efectos “*erga omnes*”, excepto que la pretensión sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa cuando el consumidor optó por quedar fuera.

21 Marcela S. Novick y Carlos Tambussi “Acciones de incidencia colectiva, Acordada CSJN 32/2014, publicidad y derecho de apartamiento”, *La Ley* 2015 C, p. 313.

De esta forma se mantiene el criterio del art. 54 de la ley de fondo, por el cual queda a salvo la posibilidad del planteamiento de la acción en caso de un resultado adverso, en especial por falta de pruebas. Quedan fuera de ese efecto los que hayan ejercido el derecho de apartamiento. De esa manera, el eventual rechazo de la pretensión de fondo no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado. Otro proceso colectivo por la misma causa y objeto puede iniciarse cuando existan nuevas pruebas.

12. Contenido de la sentencia

La sentencia que ponga fin a la acción de incidencia colectiva declarará en términos generales la existencia o no del derecho para la clase y deberá ser dada a conocer conforme el artículo 261, al igual que las medidas cautelares que se dicten durante el proceso. Si se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse sobre sus pretensiones, salvo que se hayan limitado a sostener la pretensión colectiva, en cuyo caso no será necesario.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial, establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación plena. Nuevamente se liga con el art. 54 de la ley de fondo, y remitimos a lo señalado respecto a la vigencia del principio de reparación integral, que asimilamos a la plena, más allá de las diferencias semánticas.

En caso de acciones sobre intereses difusos, donde no puede precisarse la determinación patrimonial concreta, deberá establecerse el procedimiento para esos fines.

En los casos en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente, la sentencia contendrá una condena genérica, que se particulariza una vez notificada la sentencia, donde los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental. Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular. Para ello, el actor, en su demanda, o bien habrá de cuantificar exactamente el importe de la cantidad reclamada, o bien, si no le es posible, habrá de fijar claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que consista en una pura operación aritmética. Y el tribunal, en su sentencia, o bien fijará el importe exacto de la condena, o bien las bases para su liquidación.

Si se trata de la restitución de suma de dinero, se hará por los mismos medios en que las sumas fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados

puedan acceder a la reparación. Si éstos no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que la restitución será instrumentada, de la manera que más beneficie al grupo afectado.

En suma, si es posible la determinación individual de todos los afectados, por ejemplo, que se haya podido armar una nómina desde el inicio o a lo largo del proceso, la sentencia puede remitir a esta o reproducirla. Si la determinación individual no es posible, la sentencia establecerá el mecanismo que a criterio del juez determine las características y requisitos a cumplir para poder presentarse al pago.

13. Alcance de la sentencia

La sentencia afecta a los sujetos que hayan sido señalados en la determinación de la clase, sean litigantes o no, excepto a los que hayan optado expresamente por sustraerse de los efectos de la decisión. Para Verbić²² la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia obtenida por el legitimado colectivo se proyecta, en principio, sobre toda la clase involucrada en el conflicto. El modo en que opera esta expansión de la cosa juzgada puede ser más o menos drástico dependiendo del tipo de sistema que se adopte al respecto.

El alcance, entendemos, salvo que por resolución fundada el juez entienda adecuada alguna particularidad, es sin distinciones geográficas ya que el legislador lo que ha querido en relación con los hechos es que no exista más que un proceso colectivo o a lo sumo una de estas características con adhesiones o juicios individuales acumulados al principal.

14. Destino de las indemnizaciones

El criterio rector utilizado como principio ha sido privilegiar el destino de la indemnización a las víctimas cuando el daño es a intereses individuales homogéneos y destino a un fondo común cuando se trata de los demás tipos de intereses, De acuerdo con el art. 265, se establecen los distintos supuestos:

Cuando la sentencia condene a pagar daños a intereses individuales homogéneos la regla será que la indemnización se destine en su totalidad a las víctimas conforme el criterio emergente del artículo anterior.

Podrá hacerse excepción a esta norma, cuando se trate de atender al aspecto común del interés afectado o a la existencia de un daño progresivo, en cuyo caso el juez deberá promover la creación de un fondo de reparación en cuya administración y gestión establecerá que intervengan todos o alguno de los legitimados activos.

22 Francisco Verbić, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, *La Ley On Line* Cita Online: AR/DOC/1947/2013.

Si el proceso colectivo se basa en intereses colectivos o difusos las indemnizaciones se deberán destinar a la constitución de un fondo especial que tendrá por objeto directo la promoción de políticas públicas de consumo; corresponde a la autoridad de aplicación su administración y gestión.

En el caso de las sentencias que establezcan el deber de reparar daños en favor de los afectados, si luego de transcurridos dos años desde la fecha de la notificación respectiva, restaren sumas de dinero que no han sido objeto de pedido de liquidación por parte de los afectados individuales, el remanente se destinará a un fondo público destinado a la promoción de políticas públicas activas de educación de los consumidores administrado por la autoridad de aplicación.

15. El caso de acuerdos transaccionales (art. 266 CPJRC)

La negociación del acuerdo transaccional estará guiada por el principio de transparencia a cuyos fines el juez podrá instrumentar audiencias públicas, por aplicación del principio de publicidad.

Se regulan contenidos de los acuerdos relacionados con la idoneidad del representante, por el cual éstos deben incluir en forma expresa los honorarios pactados a percibir por los profesionales intervinientes los que, asimismo, deberán integrarse en la difusión del acuerdo homologado que oportunamente se ordenare.

Del acuerdo transaccional deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los afectados. La homologación requerirá de auto fundado. De modo que es insoslayable la intervención del Fiscal en resguardo del orden público, y el auto homologatorio debe ser fundado especialmente en el debido apego a este principio respecto al contenido e implicancias de lo acordado.

El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los afectados individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso, dentro del plazo que ordene la sentencia respectiva, que nunca podrá ser inferior a sesenta (60) días. El plazo comenzará a correr al día siguiente a su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos.

16. Ejecución de la sentencia

El CPJRC no se ocupa específicamente de la ejecución en sí de la sentencia de una acción colectiva, sino de los trámites previos que deben cumplirse, como hemos visto, para conectar la sentencia con el reconocimiento de un sujeto en su condición de beneficiario, o para determinar el *quantum*.

El juez deberá remitirse a las previsiones generales, pudiendo acudir incluso a un sistema especial de multas coercitivas para forzar el cumplimiento de la sentencia una vez cumplido el plazo estimado en la misma, pudiendo utilizarse sanciones conminatorias.

V. CONCLUSIONES

El Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el primero en el país en diseñar un procedimiento para los casos de derecho de usuarios y consumidores que llegan a la justicia, y también es pionero en la regulación procesal de las acciones colectivas, mecanismo de garantías que desde 1994, cuando fuera consagrado constitucionalmente, aguarda a nivel nacional la regulación de su cauce procesal.

De la manera que hemos descripto, y junto con las normas adjetivas que se encuentran en la ley nacional de defensa del consumidor 24240, más la experiencia del activismo judicial a lo largo de todos estos años, consagra legislativamente el proceso colectivo en todas sus particulares y a veces dificultosas etapas, mediante normas generales que a la par que ordenan el trámite de las actuaciones, permiten al magistrado director del proceso el necesario margen de movimiento dentro de la amplia casuística que presentan estas particulares acciones. Hace honra, de la manera descripta a la amplia legitimación constitucional, a la necesidad de amplia difusión e información, a las distintas categorías de objetos, y se aventura en la regulación de los efectos y la ejecución de las sentencias.

REFERENCIAS

- Bersten, Horacio. *Derecho Procesal del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003 p. 346.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, “La defensa del Usuario y del Administrado”, Cap. II.
- Berra Elisabeth I. , Tambussi Carlos. “El amparo colectivo y los sujetos legitimados”, *La Ley*, 15/09/2016, p.2.
- CSJN Fallos 323:111.
- CSJN 21/08/2013, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (P.361. XLIII REX) CSJ 361/(2007): 43.
- CSJN13/11/1990, ED 141-598, criterio reiterado en “Cavaliere, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo” (Fallos 335:1080).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 13/03/94, “Acyma Asociación Civil c/ Stratford Book Services S.A. s/ sumarísimo” Microjuris Cita: MJJU-M-85777-AR | MJJ85777.
- CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN -ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ Amparo” (Fallos: 332:111) 24/02/2009.
- -CNCom., sala E, “Unión de Usuarios y Consumidores C/ Citibank S/ sumarísimo”, 14-15-13”.
- López Alfonsín, Marcelo A., Berra Elisabeth. “Procesos colectivos en la CABA: una asignatura pendiente”, *Derecho Público Integral –DPI-*, *Diario Ambiental*, Año 1, N° 4, Publicado el 26 de diciembre de 2013.
- López Alfonsín, Marcelo A. “Las asignaturas pendientes sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derecho del consumo”, *Revista Relación de Consumo*, Carlos Tambussi (director) Nro. 1, Ed. Hammurabi, 2018 págs. 107-122.
- Martínez Medrano, Gabriel. “Los procesos colectivos en el Código Procesal de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley* 04/08/2021, p. 1.
- Novick Marcela. *Ley de defensa del consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*. Carlos Eduardo Tambussi, Director, 1ra. Edición, Ed. Hammurabi, 2017, comentario al art. 54, págs. 351-361.
- Novick Marcela S., Tambussi Carlos. “Acciones de incidencia colectiva, Acordada CSJN 32/2014, publicidad y derecho de apartamento”, *La Ley* 2015 C, p. 313.
- Román Esteban Mariño “El beneficio de litigar sin gastos en la Ley 24.240”, *El Dial*, 05/07/2012, cita: elDial.com - DC18DC).
- Tambussi, Carlos. “Pérdida de legitimación activa por baja del registro en causas iniciadas por asociaciones de consumidores”. *La Ley*, 26/03/2019, p.4.
- Tambussi, Carlos “La Acordada 12/16 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” En *DPI Cuántico. Diario DPI Administrativo – Consumidores y Usuarios*, Año 2 Nro. 69, 12 de abril de 2016.

- Verbic Francisco. “Falta de representación colectiva sobreviniente. Efectos de la baja del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores”, *La Ley* 13/02/19, p. 7 Cita AR/DOC/113/2019.
- Verbic Francisco. “Procesos Colectivos en el Nuevo Código Procesal para la Justicia en las relaciones de consumo de la CABA”. *RDCO* 308 pp. 185-210.
- Verbic Francisco- “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, *La Ley On Line*, Cita Online: AR/DOC/1947/2013.

Recibido: 10/09/2024

Aprobado: 20/1/2024

*Los Reclamos de las Comunidades Indígenas
de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc
por la Explotación de Litio en el Marco del
Reconocimiento de la Naturaleza
como Sujeto de Derecho**

*Claims of the Indigenous Communities of
Salinas Grandes and Laguna de Guayatayoc
for the Exploitation of Lithium Within the
Framework of the Recognition of Nature
as a Subject of Law*

María Valeria Ferrante** <https://orcid.org/0009-0007-9186-5120>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2786>

* Investigación realizada en el marco del proyecto DECYT “Pueblos indígenas, ambiente y control de convencionalidad” DCT 2219, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Argentina.

** Abogado, UBA. Licenciada en Relaciones del Trabajo UBA. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.
Correo electrónico: mvferrante@mptuler.gob.ar

Lex





Danza del pueblo, óleo sobre lienzo 100 x 100 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto analizar la respuesta jurídica que recibieron las comunidades aborígenes que residen en el territorio de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc, ante sus demandas en defensa de sus intereses culturales y contra la explotación y exploración de litio –llamado “oro blanco del siglo XXI”- que desde el año 2010 se viene desarrollando en dicha zona de la República Argentina. En concreto, se analizará el accionar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su rol de máximo tribunal y de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a la problemática planteada por las comunidades aborígenes en cuanto a la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud, a la propiedad y al ambiente sano, entre otros, en el marco de las acciones judiciales impulsadas por aquellas. Asimismo, resulta imperioso abordar la cosmovisión del Buen Vivir seguida por los pueblos indígenas y de qué manera las corrientes antropocéntrica y ecocéntrica han caracterizado el recorrido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante) con relación al derecho al ambiente sano. Ello, a los fines de verificar el cumplimiento del control de convencionalidad, de conformidad con la postura adoptada por la Corte Suprema. Para ello, se utilizó un marco metodológico de carácter cualitativo con un enfoque jurídico-institucional que involucre el análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial.

Palabras clave: *pueblos indígenas, litio, medio ambiente, control de convencionalidad.*

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the legal response received by the aboriginal communities living in the territory of Salinas Grandes and Laguna de Guayatayoc to their demands in defense of their cultural interests and against the exploitation and exploration of lithium – called “the white gold of the 21st century” – carried out in that area of Argentina since 2010. Specifically, the actions of the Supreme Court of Justice of the Nation will be analyzed, in its role as the highest court, and those of the bodies of the Inter-American Human Rights System concerning the issues raised by aboriginal communities for the violation of their rights to life, health, property and a healthy environment, among others, within the framework of the judicial actions promoted by them. Likewise, it is imperative to address the worldview of Good Living followed by indigenous peoples, and how the anthropocentric and ecocentric perspectives have characterized the path of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR hereafter) in relation to the right to a healthy environment. The aim is to verify compliance with conventionality control, in accordance with the position adopted by the Supreme Court. In order to do this, a qualitative methodological framework was used, with a legal-institutional approach that involves doctrinal, regulatory and jurisprudential analysis.

Keywords: *indigenous peoples, lithium, environment, conventionality control.*

I. LA CRISIS CLIMÁTICA MUNDIAL: ¿LA FUENTE DEL PROBLEMA?

La crisis climática que sufre nuestro planeta desde hace ya décadas se ha intensificado y agravado a niveles inesperados en los últimos años.

El art. 1.2 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático del año 1992, actualmente suscripta por 197 países y la Unión Europea, señala que “*Por “cambio climático” se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.*” Asimismo, su art. 2 establece que el objetivo último de la Convención es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático y observa que ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.

No obstante, este noble objetivo los resultados actuales son otros y de una gravedad preocupante para la población mundial.

Una de las conclusiones que arrojó el Informe “Cambio Climático 2021: Bases físicas”¹, producido por el Grupo de Trabajo I del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés), fue que no hay vuelta atrás respecto de algunos

1 IPCC, 2021: Climate Change 2021: *The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, In press, doi:10.1017/9781009157896.

cambios generados en el sistema climático por lo menos en cientos o miles de años. No obstante, otros cambios podrían ralentizarse o detenerse, limitando el calentamiento a 1,5° C. Se afirmó, además, que los cambios climáticos recientes son generalizados, rápidos y cada vez más intensos, sin precedentes en miles de años o incluso en cientos de miles de años (IPCC, 2021).

Sumado a esto, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente en el “Informe sobre la Brecha de Emisiones 2021”² describe que para fines de siglo la temperatura global aumentará 2,7° C y que las acciones llevadas a cabo por los gobiernos solo evitarán un 7,5% de las emisiones previstas para 2030, mientras que se necesita una reducción del 30% para 2°C y del 55% para alcanzar el objetivo de 1,5° C previsto en el Acuerdo de París, suscrito en 2015. Lejos, muy lejos, nos encontramos de lograrlo.

En línea con lo expresado, el informe intitulado “Cambio Climático: Impactos, Adaptación y Vulnerabilidad”, confeccionado por el Grupo de Trabajo II y aprobado por el IPCC el 28 de febrero de 2022³, sostuvo que los combustibles fósiles están asfixiando a la humanidad y que los gobiernos deben dejar de financiar obras en combustibles fósiles e invertir en energías renovables.

Una de las apreciaciones más alarmantes apunta a que más allá de 2040 y dependiendo del nivel de calentamiento global, el cambio climático generará numerosos riesgos para los sistemas naturales y humanos, especialmente para el futuro de los más jóvenes. En tal sentido, los expertos resaltaron que ellos nunca experimentarán las condiciones climáticas vividas por las generaciones anteriores, incluso en escenarios futuros de emisiones muy bajas. La generación nacida en 2020, por ejemplo, experimentará siete veces más episodios de calor extremo que los nacidos en 1960, pero también el doble de incendios forestales y sequías, y casi el triple de inundaciones y malas cosechas.

Pese a tales advertencias, el último informe de la ONU Cambio Climático que analizó la información aportada por 195 Partes del Acuerdo de París arrojó como conclusión que los planes nacionales de acción contra el cambio climático continúan siendo insuficientes para alcanzar el objetivo propuesto en dicho Acuerdo⁴.

En definitiva, el mensaje está claro: ***acelerar el despliegue de las energías renovables es crucial para el futuro de la humanidad.***

2 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y Asociación PNUMA-DTU: <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2021>

3 IPCC, 2022: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University Press. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, 3056 pp., doi:10.1017/9781009325844.

4 Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement Fifth Session United Arab Emirates, 30 November to 12 December 2023 *Nationally determined contributions under the Paris Agreement*. FCCC/PA/CMA/2023/12.

1.1 La transición energética

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁵, también conocidos como Objetivos Globales, fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015 como un llamamiento universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad. Los 17 ODS están integrados, pues reconocen que la acción en un área afectará los resultados en otras áreas y que el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad social, económica y ambiental.

El ODS 13 está dedicado a la **Acción por el Clima: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos**. Este considera que el cambio climático extiende sus consecuencias más allá de las fronteras nacionales. Exhorta a reducir la emisión de gases de efecto invernadero. Específicamente, el objetivo 13.2 aspira a incorporar medidas relativas al cambio climático en las políticas, estrategias y planes nacionales.

1.2 El Litio

En el año 2008, un artículo de la revista Forbes intitulado “La Arabia Saudita del litio”⁶ expresaba que el motor de gas había convertido al petróleo en el producto básico más importante del mundo, y que el coche eléctrico podría hacer lo mismo con el litio. En este artículo periodístico se describía la potencialidad de Chile, Bolivia y Argentina⁷ destacando esta zona geográfica como estratégica para la inversión y explotación del tercer elemento de la tabla periódica.

En las últimas décadas, el grupo de países integrado por Chile, Bolivia y Argentina, ubicados en lo que se denomina el “Triángulo del Litio”, se ha convertido en objeto de atención ya que es una región que posee salares con altos niveles de concentración. El Informe “Presupuestos Exploratorios en Argentina”, publicado en julio de 2023 por la Secretaría de Minería del Ministerio de Economía de la Nación, detalla un ranking mundial de países que explotan litio, ubicando a Argentina en el puesto N° 1 con 107 millones de toneladas de recursos y reservas, explicado por 22 proyectos activos radicados en el país. Asimismo, aclara que el Servicio Geológico de Estados Unidos (USGS) posiciona a Argentina dentro de los principales países con recursos y reservas. El ranking continúa, en orden, con Estados Unidos, Bolivia, Chile, Canadá, Australia, Alemania, República Democrática del Congo, China y México.

Actualmente, la demanda de litio tiene dos grandes destinos: el primero se refiere a los usos tradicionales, como los vidrios y cerámicas, aplicación de grasas y lubricantes, en industrias

5 Para más información, véase <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

6 B. Koerner, “The saudí arabia lithium” *Forbes*. 182. 34-42.

7 El salar de Atacama (Chile), el salar del Hombre Muerto (Argentina) y el salar de Uyuni (Bolivia) conforman este triángulo geográfico.

plásticas, producción de medicamentos y cuidado de la salud, secado industrial y placas de blindaje, entre otros. Por otra parte, el litio también se utiliza en baterías para dispositivos electrónicos como celulares, consolas de juego, dispositivos médicos o usados en la industria de la salud y la electromovilidad.

En nuestro país, desde el año 2013, la Universidad de La Plata impulsa proyectos relacionados con el litio como uno de los ejes de su política científica. Constituyó una Mesa de Trabajo sobre Litio de la que participan diversos organismos⁸. Los avances del trabajo conjunto se vieron plasmados en la implementación de transportes eléctricos que funcionan íntegramente con baterías de litio como el triciclo eléctrico, el Eco-bus Universitario y el Ecoauto. Además, en el año 2023, las provincias de Jujuy y Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han puesto en funcionamiento ómnibus con propulsión eléctrica y baterías de litio⁹.

El litio se ha convertido en un metal estratégico para lograr la transición a energías renovables dado su uso en baterías recargables. En este escenario en el que se entrecruzan cuestiones económicas, tecnológicas, ambientales y geopolíticas, Argentina está posicionada en un lugar privilegiado por la potencialidad de los recursos naturales (que una vez más) le brinda para lograr el mentado crecimiento económico y social que todos los gobiernos prometen a sus ciudadanos.

1.3 El lado B de la fiebre del “Oro blanco del siglo XXI”

En Argentina, actualmente existen más de una treintena de proyectos avanzados en la explotación de litio¹⁰. El sector minero se caracteriza por la participación de empresas internacionales provenientes de Australia, Canadá y Estados Unidos.

Una de las regiones afectadas por la explotación del litio es la de Las Salinas Grandes y la Cuenca de Guayatayoc, ubicadas en el altiplano, la Puna, donde se dividen las provincias de Jujuy y Salta. Allí habitan 33 comunidades indígenas atacameñas y kollas que, según estudios científicos, han ocupado la zona desde hace miles de años¹¹. Estas sobreviven a base de una vida pastoril que depende fundamentalmente de la provisión de agua que se destina a los animales y el consumo humano, así como de la producción artesanal cooperativa de sal.

8 *Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina* (s.f.) Recuperado 8 de julio de 2024 de <https://unlp.edu.ar/investigal/especiales/litio-17104-22104>

9 *Con el financiamiento de 49 millones de pesos de la Agencia I+D+i se pone en marcha el primer ómnibus argentino eléctrico que funciona con baterías de litio* (5 de junio de 2023). <https://www.argentina.gob.ar/noticias/con-el-financiamiento-de-49-millones-de-pesos-de-la-agencia-idi-se-pone-en-marcha-el-primer>; *El primer colectivo eléctrico inteligente de Latinoamérica ya recorre Buenos Aires* (16 de abril de 2024). <https://energiaonline.com.ar/el-primer-colectivo-electrico-inteligente-de-latinoamerica-ya-recorre-buenos-aires>; *Morales presentó el prototipo de bus eléctrico con baterías de litio* (9 de noviembre de 2023) <https://prensa.jujuy.gob.ar/morales-presento-el-prototipo-bus-electrico-baterias-litio-n113372>

10 Ministerio de Economía Argentina, Secretaría de Minería “Catalog of Advanced Lithium Projects in Argentina”, 2023; https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/portfolio_lithium_feb2023_1_0.pdf

11 Rodrigo Solá, Kachi Yupi: “Un ejercicio de autodeterminación indígena en Salinas Grandes” en *Informe Ambiental Anual 2016* de Fundación Ambiente y Recursos.

Existen dos tipos de depósitos que son fuente de explotación actual del litio, las pegmatitas (mineral) y los salares. Con respecto a los segundos, el proceso productivo implica perforar profundamente el salar para llegar a la salmuera (agua saturada de sal) que, a través de un sistema de bombeo, se somete a distintas etapas de evaporación en piletones cavados en las propias salinas e impermeabilizados, a fin de recuperar las sales que están contenidas en la solución.

Este proceso de extracción explica la razón por la cual las comunidades indígenas han denunciado que las empresas utilizan millones y millones de litros de agua afectando así la provisión de agua en la zona.

II. LA RESISTENCIA DE LAS COMUNIDADES ABORÍGENES

En el año 2009, el gobierno de la provincia de Jujuy otorgó permisos a empresas mineras con el fin de realizar procesos de exploraciones de litio en la zona de Salinas Grandes. En tal contexto, las comunidades aborígenes denunciaron que la empresa australiana Orocobre, las francesas Bolloré y Eramet, y la canadiense Dajin Resources realizaron perforaciones a mantos acuíferos del salar por sondajes dejando graves fugas de aguas y otros impactos que dañaron los equilibrios hídricos de los que dependen las especies nativas y las actividades económicas que permiten la subsistencia de las comunidades aledañas.

Ante dicho escenario las comunidades crearon la “Mesa de Comunidades Originarias de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc para la Defensa y Gestión del Territorio”, integrada por las 33 comunidades que habitan dicha cuenca.

El objetivo de la organización es frenar el avance minero dentro de la cuenca. Para lograrlo, la Mesa llevó adelante acciones directas, acciones legales y acciones de reinterpretación comunitaria. La idea central del colectivo es visibilizar en la agenda pública el conflicto minero, tanto a nivel local como nacional y hasta regional y global. Además, organizaciones ambientalistas como la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), la Fundación Henrich Boell, la Natural Justice, entre otras, apoyaron sus objetivos.

Entre las acciones directas se destacaron los bloqueos transitorios de la Ruta 52, que conecta con el paso internacional con Chile, Jama, así como también la organización de protestas y asambleas que exigían al gobierno provincial gestiones concretas para el cumplimiento de sus reclamos.

En cuanto a las acciones de reinterpretación comunitaria, durante los años 2014 y 2015, la Mesa de las comunidades confeccionó el primer protocolo biocultural comunitario de

la Argentina, al cual llamaron “Kachi Yupi” (que en español significa “Huellas de Sal”). En el mismo se propone un procedimiento formal para la consulta a las comunidades ante la posibilidad de ejecutar proyectos en sus territorios, ello con fundamento en la defensa de su autonomía y autodeterminación. Asimismo, este documento comunitario dispone un modelo de desarrollo sustentado en la filosofía del Buen Vivir, es decir, en el respeto y el cuidado de la Pachamama y las personas que habitan en las salinas.

En lo atinente a las acciones legales, en noviembre de 2010, las comunidades presentaron un amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objeto de subsanar las omisiones atribuidas a las provincias de Jujuy y Salta y al Estado Nacional y que se les ordene arbitrar las medidas necesarias para que puedan hacer efectivos sus derechos de participación y consulta y, en consecuencia, expresar su consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en los territorios que ocupan en la zona de Laguna de Guayatayoc – Salinas Grandes, en particular en relación a aquellos expedientes administrativos en trámite vinculados con el otorgamiento de permisos de exploración y explotación de litio y borato.

En dicho proceso, la Corte Suprema convocó una audiencia que se celebró el 28 de marzo de 2012. En tal ocasión, la letrada apoderada de la parte actora aclaró que el derecho esgrimido no era de índole ambiental, sino de naturaleza indígena, ya que la pretensión tenía por objeto la implementación de un proceso de consulta a sus representados que cumpla con los estándares internacionales de derechos humanos. También expuso que el pedido se circunscribía a la zona en las que habitaban las comunidades indígenas, pues el fundamento en el que se sustentaba era la propiedad comunitaria que invocaban sobre las tierras que ocupaban, y no se vinculaba de manera inmediata con la prevención de un eventual perjuicio que pudiera causarse al ambiente o con la reparación de un daño producido.

Por su parte, el Fiscal del Estado de Jujuy señaló –con relación al litio- que no existía ninguna exploración ni explotación en la zona que se denunciaba en la demanda; que sí existían peticiones, pero sin trámite alguno. Asimismo, en relación con la perforación denunciada por la actora, sostuvo que se trató de una actividad inconsulta de una empresa, no autorizada por el gobierno de Jujuy y respecto de la cual no se tenía conocimiento. Añadió que verificado el hecho se constituyó la autoridad minera en el lugar y le impidió continuar con los trabajos.

Finalmente, el 18 de diciembre de 2012, la CSJN resolvió, por el voto de la mayoría de sus miembros, en primer lugar, rechazar la acción de amparo interpuesta contra la Provincia de Jujuy. Ello bajo el argumento que no existía un “caso” o “causa” que autorizara su intervención jurisdiccional, toda vez que las comunidades demandantes no habían proporcionado ningún elemento de convicción que justificara un interés jurídico -de las características descriptas en los

considerandos 5 y 6-, de modo que la inadmisibilidad de la solicitud se derivaba de la carencia del mínimo de apoyatura fáctica y probatoria que exige una actuación de las características de la requerida. (Véase Considerando 7). En segundo lugar, dispuso declarar que las acciones entabladas contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional eran ajenas a su competencia originaria (Véase Considerandos 8 a 13)¹².

Ante este escenario, en noviembre de 2011, las comunidades aborígenes decidieron presentar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Asimismo, presentaron una denuncia ante el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) planteando la vulneración a los derechos al agua, al territorio, al desarrollo, a la alimentación, a la cultura y al patrimonio e identidad. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Indígenas, James Anaya, en su informe del 6 de julio de 2012, tomó en cuenta la situación que se originaba en la provincia de Jujuy y Salta.

En punto a ello, el Relator señaló que “(...) *En la región de las Salinas Grandes que abarca las provincias de Salta y Jujuy, por ejemplo, se teme que la propuesta de explotación del litio afecte el nivel de agua en esta zona árida, el cual es necesario para la cría de ovejas, cabras y llamas, y es asimismo esencial para la producción y cosecha de la sal, una actividad importante para la economía tradicional de la zona*”¹³.

Por otra parte, en la audiencia celebrada el 23 de marzo de 2012 por la CIDH, en la que participaron el Estado Argentino y defensores de derechos indígenas¹⁴ intitulada “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina”, se hizo especial hincapié en la intención del gobierno de turno en hacer efectivos los compromisos asumidos por el Estado en la materia; sin embargo, se denunció la falta de respuesta ante los reclamos de las comunidades indígenas de todo el país, incluyendo la creciente criminalización de las protestas y reclamos, así como de la persecución y muerte de algunos indígenas¹⁵.

2.1 Suenan nuevas alarmas en Salinas Grandes: Las comunidades aborígenes piden información al Estado Provincial

Atento el avance de proyectos de minería de litio y borato, el 3 de noviembre de 2021, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y la Comunidad El Angosto Distrito El

12 Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros el Jujuy, Provincia de y otros s/amparo. Fallo c. 1196. XLVI. 18 de diciembre de 2012. CSJN.

13 Anaya, J., *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47*, ONU: Consejo de Derechos Humanos, 6 Julio 2012, <https://www.refworld.org/es/ref/themreport/unhrc/2012/es/88400>, Párr. 42.

14 Abogados y abogadas del Noroeste argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Estado de Argentina, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI)

15 *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*. Audiencia 23 de marzo de 2012. OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 144 período de Sesiones.

Moreno –una de las 33 comunidades- en conjunto con dos abogadas presentaron una nota a la Secretaría de Minería e Hidrocarburos del gobierno de la provincia de Jujuy solicitando informe sobre proyectos de minería de litio y borato en la Cuenca de Salinas Grandes y Guayatayoc. La administración local abrió un expediente para dar curso al pedido y requirió la intervención a la Dirección Provincial de Minería. Sin embargo, no se logró obtener la información solicitada.

En razón de ello, el 25 de marzo de 2022 se iniciaron las actuaciones judiciales cuyo motivo consistió en la arbitraria omisión de brindar en tiempo y forma la información pública ambiental solicitada incumpliendo con lo dispuesto por los Arts. 7 y 9 de la Ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental¹⁶, arts. 16 y 18 de la Ley 25.675 General del Ambiente¹⁷, Acuerdo Regional de Escazú¹⁸ y demás normativa nacional e internacional.

El 15 de noviembre de 2022 el Juzgado Ambiental dictó sentencia en la que resolvió ordenar al Estado local a brindar la información pública ambiental solicitada de manera integral y completa. Resulta importante destacar que se analizó la conducta de las demandadas a la luz del Acuerdo de Escazú. En tal sentido, se mencionó que “(...) *Dicho acuerdo establece que los estados deben facilitar el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, (...) Este estándar eleva la obligación de estado cuando se trata de peticiones de acceso a la información pública ambiental realizada por pueblos indígenas, intensificando su obligación de asegurar el efectivo acceso a la información pública ambiental*”¹⁹.

2.2 Las comunidades aborígenes y un nuevo pedido de auxilio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el año 2019, la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras comunidades indígenas que habitan la zona, en su carácter de afectadas directas en sus derechos a un ambiente sano, a la vida, al agua y a la autodeterminación (art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y Convenio 169 de la OIT), y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), dedujeron acción de amparo contra las Provincias de Jujuy y Salta y el Estado Nacional con el objeto de que (a) se ordene suspender todos los actos administrativos que promueven y autorizan la exploración y explotación de litio y borato en la Cuenca Salinas Grandes que abarca ambas jurisdicciones y a realizar una gestión ambiental conjunta de la Cuenca Hídrica Salinas Grandes, a fin de prevenir el daño grave e irreversible que provocara la minería del litio

16 B.O. n° 30312. 7 de enero de 2004, p. 1.

17 B.O. n° 30036. 28 de noviembre de 2002, p. 2.

18 El Acuerdo de Escazú es el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe. Es el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales. Fue adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. Argentina lo aprobó en 2020 mediante la Ley 27.566.

19 Juzgado Ambiental Civil de la Provincia de Jujuy. C-197.695/22. Amparo Ambiental: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Comunidad Aborigen de Tres Pozos y otros c/ Estado Provincial, Dirección Provincial de Minería, Secretaría de Minería e Hidrocarburos; 15 de noviembre de 2011.

y borato en el sistema hídrico compartido por ambas provincias; (b) que las demandadas lleven adelante una gestión integral de la cuenca Salinas Grandes-Guayatayoc que garantice el cuidado del ambiente; (c) que se efectúe una línea de base de la cuenca y luego la Evaluación de Impacto Ambiental adecuadas para el ecosistema y la actividad en cuestión, que deberá ser acumulativa para cada petición de exploración minera en la superficie de la zona; o adoptar las medidas que el Tribunal estime necesarias y suficientes para proteger el ambiente. Asimismo, piden la conformación de un comité de expertos independientes, con participación de especialistas a designar por las partes, que estudien con un enfoque ecosistémico de hidrología, la biodiversidad y los aspectos socioculturales de la Cuenca Salinas Grandes-Guayatayoc y establezcan una línea de base de la cuenca y determinen los posibles impactos en el ambiente físico, social y cultural de la minería de litio en sus diferentes técnicas y con variables de intensidad.²⁰

Adicionalmente, solicitaron el dictado de una medida cautelar de no innovar por la cual se ordene a ambas provincias abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo o exploración y explotación minera en la zona de riesgo en cuestión, especialmente las referidas al litio y borato, así como también que se suspenda la ejecución de los permisos ya otorgados, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos.

Fundaron su pretensión en los arts. 16, 41, 43, 75, incs. 17 y 18 de la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional enunciados en el inc. 22 de ese precepto, en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y la Ley 25.675 General del Ambiente.

En relación a las demandadas, sostuvieron que las provincias de Salta y Jujuy son las titulares de las jurisdicciones afectadas, pero, además, son quienes han autorizado permisos para la exploración y explotación de litio y borato en la zona.

A su vez, dirigieron su demanda contra el Estado Nacional debido a la presunta conducta omisiva en que incurrió, a través del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda - Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica-, por su carácter de encargado de la coordinación e implementación del Plan Nacional del Agua en todo el territorio nacional y por incumplir los deberes a su cargo de garantizar la efectividad y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Destacaron la inexistencia de instancias de participación ciudadana previas al otorgamiento de cualquier autorización, diferentes de la consulta a los pueblos originarios, por lo que cualquier permiso concedido resultaría inválido y afirmaron que la afectación al ambiente que se busca prevenir, en caso de producirse, configurará una violación a otros derechos humanos fundamentales, tales como el agua, la salud, la dignidad, la vida y la autodeterminación, además de la protección al humedal que se encuentra en la zona.

20 CSJ. 2637/2019 ORIGINARIO. Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental.

Es pertinente mencionar que el contexto económico y social es diferente al del año 2012. La demanda mundial de litio se ha incrementado y la necesidad de llevar adelante la transición energética se ha vuelto un imperativo para los Estados.

Recuérdese que el 12 de diciembre de 2015 en la COP 21 los Estados firmaron el Acuerdo de París, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2016 y a través del cual más de 200 países se comprometieron a realizar los esfuerzos necesarios para revertir el curso actual del calentamiento global. Argentina ratificó el Acuerdo de París en el año 2016 a través de la Ley n° 27.270 y para cumplir con los compromisos asumidos presenta regularmente sus inventarios y sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional.

Por otra parte, los proyectos para la exploración y explotación del litio revisten carácter estratégico en las políticas públicas en el ámbito provincial y nacional. Los gobiernos sostienen sus propuestas de desarrollo en la oportunidad inédita que brinda la industria del litio que promete prosperidad y empleo para las diferentes regiones en donde se encuentra el metal. Esta situación implicó que se incrementaran las inversiones destinadas a la explotación del litio.

Asimismo, se incorpora en la demanda la materia ambiental en tanto las comunidades aborígenes sostienen que los cambios negativos en el ambiente a causa de la actividad de las empresas mineras en la cuenca Olaroz (Jujuy), donde también se realiza la explotación de litio, se pueden verificar claramente.

a. La respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El máximo Tribunal dictó el 28 de marzo de 2023 una resolución mediante la cual requirió al Estado Nacional que informe y acompañe copia de todas las actuaciones vinculadas a la exploración y/o explotación de litio y borato en las provincias de Jujuy y Salta, las empresas y/o consorcios vinculados a las mismas y las proyecciones económicas de tal actividad. Además, solicitó a las provincias de Salta y Jujuy, que presenten copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas y de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin, de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos. Todo en el plazo de 30 días.

En los considerandos 6, 7 y 8, la CSJN presenta los argumentos que propiciaron la resolución referida. Se resalta la importancia de las cuencas hídricas, de la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país y que exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”. Al mismo

tiempo, destaca que la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años, pasando de un paradigma antropocéntrico a uno eco céntrico o sistémico y que los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* especialmente el principio *in dubio pro aqua*.

III. BREVE SÍNTESIS SOBRE LAS PERSPECTIVAS ANTROPOCENTRIA, ECOCÉNTRICA Y LA COSMOVISIÓN INDÍGENA DEL “BUEN VIVIR”

Previo a analizar la postura jurídica asumida por la Corte Suprema de Justicia en relación con la protección del medio ambiente, resulta necesario revisar las distintas perspectivas que han dotado de sentido y significado al mundo para luego entender, siguiendo las ideas de Thomas Khun, la crisis del paradigma vigente y el surgimiento de una nueva cosmovisión. Asimismo, se aborda el paradigma de los pueblos indígenas llamado “Buen Vivir” como una propuesta ética civilizatoria, con implicancias políticas, económicas y culturales, que rescata la ancestral experiencia de los pueblos indígenas latinoamericanos.

3.1 Antropocentrismo

El Antropocentrismo surge del desplazamiento que se produce en la Edad Media de una filosofía tecnocéntrica hacia una filosofía antropocentrista. En este sentido, el pensamiento europeo experimenta un cambio debido a que ya no se busca la certeza en Dios sino en el Hombre, quien se erige en fundamento de la verdad.

Según Micaela Anzoátegui, *“Antropocentrismo” significa que el ser humano es el centro y punto de referencia de todas las cosas. (...) el mundo es pensado al servicio del hombre, y exclusivamente en función de él cobraría sentido. Así, todo lo entendido como no-humano puede ser utilizado en función de un interés social, económico, político y/o personal.*²¹

En definitiva, el Antropocentrismo convierte a los animales y a la naturaleza en objetos, susceptibles de ser conquistados y usados, puestos al servicio exclusivamente de los intereses humanos.

3.2 Ecocentrismo

En la década de 1970 surge la corriente filosófica llamada Ecocentrismo, caracterizada por contener un conjunto de valores morales que percibe a la Naturaleza como punto central e

21 Anzoátegui, M., Carrera Aizpitarte, L., Domínguez, A. (2015) *“Hacia un nuevo paradigma no antropocéntrico: cambios en la relación hombre-animal-naturaleza en el pensamiento contemporáneo.”* Instituto de Investigaciones en Humanidades y Ciencias Sociales Universidad Nacional de La Plata. XVII Congreso Nacional de Filosofía AFRA / UNIV. NACIONAL DEL LITORAL · Santa Fe, 4 - 8 de agosto 2015

inclusivo como más importante que el ser humano. Se fundamenta en que toda actividad o pensamiento llevado a cabo por las personas deben centralizarse en salvaguardar y conservar el entorno natural. Se caracteriza por ocuparse de todos los sistemas naturales y todos los seres vivos que allí subsisten.

Entre las posturas se cuenta con la Ecología Profunda, propuesta por el filósofo noruego Arne Naess, para quien existen dos tipos de Ecología: la Ecología Superficial y la Ecología Profunda. La primera se encarga de estudiar el ecosistema y la relación que existe con los humanos y exige cuidar la naturaleza porque es la que propicia los recursos para poder sobrevivir en este planeta. Afirma que el capitalismo convierte al ecosistema en uno superficial y utilitario, porque le da un valor económico al ecosistema.

Por otra parte, la Ecología Profunda sostiene que se perciba al medio ambiente como algo vivo, activo y productivo, en el que se incluya a las personas como parte de la naturaleza compartiendo la vida con ella y no a su costa. El mundo humano y el no humano se deben entender como una unidad que permita la autorrealización y desarrollo de todas las especies que habitan el planeta.

En línea con lo expuesto, también a partir de la década de 1970, el biólogo estadounidense Eugene F. Stoermer²² comienza a utilizar informalmente el concepto “Antropoceno” pero alcanzó formalidad y popularidad cuando el Premio Nobel de Química 1995 Paul Crutzen²³ le propone escribir sobre dicho concepto para explicar el contexto de transformación que el planeta estaba experimentando. En mayo de 2000, ambos científicos publicaron su hipótesis sobre una nueva era geológica en el *Global Change News Letter*, el boletín del Programa Internacional Geosfera-Biosfera (IGBP por sus siglas en inglés)²⁴.

El concepto “Antropoceno” designa la fuerza de transformación planetaria que tienen las actividades humanas, asimilable a un volcán en erupción, al movimiento de placas tectónicas o a la caída de un meteorito como el que contribuyó a la desaparición de los dinosaurios hace sesenta y seis millones de años. Los científicos explicaron que el “Antropoceno” ha generado una gran crisis de habitabilidad global devenida por los visibles cambios climáticos, la extinción masiva de especies, la pérdida de la biodiversidad y la extracción y el agotamiento de los recursos naturales.

22 Eugene F. Stoermer (7 de marzo de 1934 - 17 de febrero de 2012) fue un investigador líder en diatomeas, con especial énfasis en las especies de agua dulce de los Grandes Lagos de América del Norte. Fue profesor de biología en la Escuela de Recursos Naturales y Medio Ambiente de la Universidad de Michigan. originalmente acuñó y utilizó el término Antropoceno a principios de la década de 1980 para referirse al impacto y la evidencia de los efectos de la actividad humana en el planeta Tierra. La palabra no fue utilizada en cultura general hasta que fue popularizado en 2000 por el Premio Nobel Paul Crutzen que considera que la influencia del comportamiento humano en la atmósfera de la Tierra en los últimos siglos fue tan significativo como para constituir una nueva era geológica.

23 Este científico holandés obtuvo el máximo galardón científico gracias a sus investigaciones sobre los cambios en la composición de la atmósfera, en particular, la descomposición de la capa de ozono que protege a los seres vivos contra los efectos negativos de los rayos ultravioletas del sol. En su opinión, se trataba de una alteración dramática cuyas consecuencias potenciales en la vida en la Tierra demostraban que una nueva etapa había iniciado en la historia del planeta.

24 Crutzen, P.J. and Stoermer, E.F. (2000) “The Anthropocene”. *Global Change Newsletter*, 41, 17.

a. El “Buen Vivir” de los pueblos aborígenes

Según Cubillo-Guevara, A.P., Hidalgo-Capitán, A.L., García-Álvarez²⁵, S. el “Buen Vivir” puede ser definido como *forma de vida en armonía o vida en plenitud*, idea que se halla implícita en las Constituciones de Ecuador (2009) y Bolivia (2008) y que parte de una concepción de la vida deseable inspirada en la cultura de los pueblos indígenas andino-amazónicos.

Para las comunidades de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc *“el Buen Vivir es el proceso de la vida comunitaria en plenitud en nuestro territorio. Es ser uno mismo con la comunidad desde sus propias raíces. Alcanzar el Buen Vivir, implica saber vivir y luego saber convivir”*.

Las comunidades han plasmado esta idea en el documento *“Kachi Yupi. Huellas de la Sal”*. Resulta clara la existencia de una interconexión poderosa entre la naturaleza y los seres humanos, estos no son separables, por el contrario, conforman una sola unidad en armonía: *“La Pacha es espacio, tiempo, materia, espíritu y también las proyecciones trascendentales. Además, la vida humana tiene sentido en cuanto se desarrolle en conjunto con los demás”*²⁶.

IV. LA RECEPCION DEL PARADIGMA ECOCÉNTRICO EN LA NORMATIVA AMBIENTAL: LA OPINIÓN CONSULTIVA N° 23/17. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO AUTÓNOMO

El 15 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó la Opinión Consultiva N° 23 (en adelante OC 23/17) sobre medio ambiente y derechos humanos. La opinión consultiva fue solicitada por el Estado de Colombia el 14 de marzo de 2016 y varios Estados de la región, órganos de la OEA, organismos estatales, organizaciones y personas individuales de la sociedad civil y centros académicos presentaron observaciones escritas.

En lo que aquí interesa, la Corte reformuló el alcance del derecho al medio ambiente sano consagrándolo como un derecho autónomo dentro del Sistema Interamericano.

Específicamente lo hace en la OC 23/17 al resaltar que *“...Como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos actualmente múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos ...”*²⁷

25 A. P. Cubillo-Guevara., A. L. Hidalgo-Capitán, S. García-Álvarez, (2016). *El Buen Vivir como alternativa al desarrollo para América Latina*. En *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 5(2) (2016):30-57

26 Yupi Yupin Kachi. *Protocolo Consulta Previa Comunidades Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc*. 2015. <https://farn.org.ar/kachi-yupi-huellas-de-la-sal/>, p. 12.

27 Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, S Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, Nro. 25, párr. 55.

A mayor abundamiento, definió concretamente los componentes del medio ambiente que son merecedores de tutela judicial. Es así como mencionó a los bosques, ríos, mares y otros *“como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales”*²⁸.

La Corte IDH incorpora las ideas ecocéntricas a la interpretación del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo. La conservación de la naturaleza ya es un objetivo en sí mismo independientemente del ser humano. La importancia de las especies animales, la vegetación, los organismos no humanos, los entes inertes (bosques, ríos) trasciende a la utilización que el ser humano opera sobre estos. La naturaleza en sí misma se ubica como un bien jurídico y un sujeto merecedor de protección dentro del SIDH.

Resulta interesante destacar que la Constitución de Ecuador, aprobada en 2008, ya había plasmado el establecimiento de los derechos de la Naturaleza al articular los saberes occidentales con los de los pueblos indígenas, ello en paralelo a los derechos humanos de tercera generación tales como la calidad ambiental. En consecuencia, en la aplicación de la Carta Magna ecuatoriana se puede petitionar la protección del ambiente tanto desde los derechos humanos a un ambiente sano como por los de la naturaleza.

En el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina, la Corte IDH resolvió el 6 de febrero de 2020 refiriéndose a la OC 23/17.

4.1 La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Del Antropocentrismo al enfoque Ecosistémico

A partir del año 2017, la CSJN ha fundado sus decisorios en materia ambiental en un enfoque ecosistémico en una clara consonancia con la Corte IDH. Hasta entonces, las causas ambientales habían sido resueltas en base a los derechos humanos, el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho de las comunidades indígenas, el derecho de las generaciones futuras, desde una visión antropocéntrica.

Sin embargo, la Corte Suprema, como intérprete último de la Constitución Nacional, afirmó que el medio ambiente comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales

²⁸ Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, S Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, Nro. 25, párr. 62.

y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema. Sostuvo que es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; además los consideró heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, también naturales o artificiales y con un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de “coexistencia” y/o “convivencia”²⁹.

En la sentencia dictada el 1° de diciembre de 2017 en los autos “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”³⁰, la CSJN expresamente subraya el cambio de paradigma en los siguientes términos: *“La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.”* (véase Consid. 5).

Luego, el 4 de junio de 2019 en la causa “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”³¹, repite los fundamentos del Considerando 5 del fallo mencionado y resalta además el art. 1° de la Ley 26.639 sobre el Régimen de presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial que establece que “las reservas estratégicas de recursos hídricos no son solo para el consumo humano o con fines turísticos, sino también para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad.” (véase Consid. 18).

En el mismo año, la CSJN se expidió en los autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental”³², en dicho fallo ratificó el paradigma ecocéntrico al denominar a la

29 CSJN, “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y Daños y Perjuicios”, 18/11/2021, Fallos: 344:3476

30 CSJN, “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/Uso de aguas”, 1/12/2017, Fallos: 340:1695

31 CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4/6/2019, Fallos: 342:917

32 CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ amparo ambiental”, 11/7/2019, Fallos: 342:1203.

cuenca hídrica como una unidad, un sistema integral que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, en estrecha interdependencia entre las partes del curso de agua, incluyendo a los humedales y ligado a un territorio y a un ambiente en particular.

Es importante destacar que en el Considerando 10, fundándose en el art. 85 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, la CSJN estableció que el sujeto jurídicamente protegido eran los sistemas de humedales y proclamó la libertad de sus aguas, sin mencionar a los seres humanos o su utilidad para la comunidad en su conjunto.

En el año 2021, la CSJN nuevamente esbozó los argumentos mencionados previamente para fundar las resoluciones dictadas en las causas: “Cohiue S.R.L. c/Santa Cruz, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y daños y perjuicios”³³ y “Apen Aike S.A. c/Santa Cruz Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”³⁴, entre otros.

En conclusión, teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, es posible afirmar que la postura adoptada por el Máximo Tribunal en relación a la tutela ambiental es conteste con la desarrollada por la Corte IDH, verificándose entonces el control de convencionalidad que rige en el SIDH.

V. CONCLUSIONES

Los cambios en el modo de producción de bienes y servicios implementados por el ser humano a finales del S. XVIII han generado graves consecuencias al planeta al punto de ser el origen de la creación de una nueva era geológica: el “Antropoceno”.

Los altos índices de concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera han provocado un drástico cambio climático que afecta a todas las especies y a los componentes de la Naturaleza, haciendo peligrar la subsistencia de unas y provocando el deterioro de los otros. Las consecuencias están a la vista: aumento de temperatura, incendios forestales, graves inundaciones, olas de calor, extinción de especies, escasez de agua, etc.

En este marco, los Estados se han visto obligados a buscar soluciones para evitar y mitigar -en lo posible- el fuerte impacto, resultando una de las salidas a este problema la transición a energías renovables para reducir la cantidad de gases de efecto invernadero. En este contexto, el litio, “el oro blanco del siglo XXI”, tiene un papel protagónico.

33 CSJN, “Cohiue S.R.L. c/Santa Cruz, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, 18/11/2021, Fallos: 344:3476

34 CSJN, “Apen Aike S.A. c/Santa Cruz Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, 18/11/2021.

En este trabajo, se ha intentado presentar la problemática que la exploración y explotación del litio representa en la comunidad indígena que habita el norte de Argentina y la respuesta que han merecido sus reclamos por parte de la jurisdicción.

En tal sentido, se ha señalado que las valoraciones antropocéntricas de la Naturaleza que marcaron la concepción del derecho a un ambiente sano se han complementado con una visión ecocéntrica de aquélla, con la finalidad de propender un desarrollo sostenible, no solo para el ser humano sino para la Naturaleza misma.

En efecto, la cosmovisión indígena y la ética ambiental han penetrado en la normativa ambiental, tal vez como salvaguardia para frenar el caos planetario. En ese sendero, la valoración ecocéntrica resulta ser una consecuencia ineludible y sostener que la Naturaleza y sus componentes pueden ser considerados sujetos de derecho es una contribución fundamental para afrontar las transformaciones sociales. Esperemos que ello haya sido adoptado a tiempo porque, según los ecologistas, nos queda solo “medio” ambiente.

REFERENCIAS

- Acuerdo de París adoptado el 12 de diciembre de 2015. Entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.
- Amnistía Internacional Argentina. 2019. “*Las 33 comunidades de Salinas Grandes y Laguna Guayatayoc de Jujuy, Argentina, exigen la realización de la Consulta Indígena de acuerdo al Convenio 169 de la OIT*”. Acceso en septiembre de 2021. <https://bit.ly/3Cwh0oQ>
- Anzoátegui, Mi., Carrera Aizpitarte, L., Domínguez, A. *Hacia un nuevo paradigma no antropocéntrico: cambios en la relación hombre-animal-naturaleza en el pensamiento contemporáneo*. Instituto de Investigaciones en Humanidades y Ciencias Sociales Universidad Nacional de La Plata. XVII Congreso Nacional de Filosofía AFRA / UNIV. NACIONAL DEL LITORAL · Santa Fe, 4 - 8 de agosto 2015.
- Calderón Gamboa, J. *Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Desafío Verde. Derechos Humanos: Actualidad y Desafíos* Tomo. III. México: Fontamara, 2014.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/68204>
- Castillo Galvis, S. H., D’Janon Donado, M. Ligia, Ramírez Nárdiz, Alfredo. *El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación*. Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2019
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/archive>
<https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.41.13952>

- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Art. 1.2
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Art. 2
- Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, S Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, Nro. 25
- CSJN, “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros el Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo”. 18/12/2012. Fallo c. 1196. XLVI.
- CSJ. 2637/2019 ORIGINARIO. Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental.
- Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020.
- CSJN, “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/Uso de aguas”, 1/12/2017, Fallos: 340:1695
- CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4/6/2019, Fallos: 342:917.
- CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ amparo ambiental”, 11/7/2019, Fallos: 342:1203.
- CSJN, “Cohiue S.R.L. c/Santa Cruz, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, 18/11/2021, Fallos: 344:3476.
- CSJN, “Apen Aike S.A. c/Santa Cruz Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, 18/11/2021.
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2016. 432 p.; 23 x 16 cm. ISBN 978-987-29259-3-2.
- Cubillo-Guevara, A.P., Hidalgo-Capitán, A.L., García-Álvarez, S. *El Buen Vivir como alternativa al desarrollo para América Latina*. En *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 5(2) (2016): 30-57. https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.184
- Houtart, F. “El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad (Tema Central)”. En: Ecuador Debate. Acerca del Buen Vivir, Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, (no. 84, diciembre 2011): pp. 57-76. ISSN: 1012-1498.
- Guandinango Vinueza, Yuri Amaya (2013). *Sumak kawsay - buen vivir: comprensión teórica y práctica vivencial comunitaria, aportes para el ranti ranti de conocimientos*. Maestría en Estudios Socioambientales; FLACSO Sede Ecuador. Quito, 147.
- Gudynas, E. “Avances y ensayos sobre el reconocimiento jurídico de una naturaleza con derechos”. Seminario Ambiental. La Ley. AÑO XXV N° 1(2018): p. 11.
- Informe Ambiental Anual 2016: Premio Adriana Schiffrin 14va Convocatoria / Santiago Cané ... [et al.]; editor literario Ana Di Pangraccio; Andrés Nápoli ; Federico Sangalli. - 1a ed.

- IPCC, 2021: *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Masson-Delmotte, V. ; Zhai, P. ; Pirani, A. ; Connors, S.L. ; Péan, C; Berger, S; Caud, N. ; Chen, Y. ; Goldfarb, L. ; Gomis, M. I. ; Huang, M. ; Leitzell, K. ; Lonnoy, E. ; Matthews, J.B.R. ; Maycock, T. K. ; Waterfield, T. ; Yelekçi, O. ; Yu, R. and Zhou B. (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, In press, doi: HYPERLINK. <https://dx.doi.org/10.1017/9781009157896>
- IPCC, 2022: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Pörtner, H. O. ; Roberts, D.C. ; Tignor, M. ; Poloczanska, E.S. ; Mintenbeck, K. ; Alegría, A. ; Craig, M. ; Langsdorf, S. ; Löschke, S. ; Möller, V. ; Okem, A. ; Rama B. ; (eds.)). Cambridge University Press. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, 3056 pp. <https://dx.doi.org/10.1017/9781009325844>
- Juzgado Ambiental Civil de la Provincia de Jujuy. C-197.695/22. Amparo Ambiental: Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Comunidad Aborigen de Tres Pozos y otros c/ Estado Provincial, Dirección Provincial de Minería, Secretaría de Minería e Hidrocarburos; 15 de noviembre de 2011.
- Martínez, A. N., & Porcelli, A. M. “Recepción de la nueva visión ecocéntrica adoptada por la Corte Suprema Argentina en la jurisprudencia provincial”. Posición. *Revista Del Instituto De Investigaciones Geográficas*, (8), (2016): 1–15. Recuperado a partir de <https://posicion-inigeo.unlu.edu.ar/posicion/article/view/52>
- Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación. Secretaria de Minería de la Nación. *Informe Litio* (2021). https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_litio_-_octubre_2021.pdf
- Nielsen, A. *Cosmovisión Andina: La Tierra como Madre*. Ministerio de Cultura de la Nación. https://www.cultura.gob.ar/cosmovision-andina_7959/
- “Litio: un tesoro escondido en la Puna Argentina”. *Investiga Agencia CyT UNLP en Informes Especiales*. <https://unlp.edu.ar/investiga/especiales/litio-17104-22104/>
- Pragier, D., Novas, M. A., Christel, L. G. “Comunidades indígenas y extracción de litio en Argentina: juridificación y estrategias de acción”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 2022. <http://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.5030>
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/68204>
- Kachi Yupi. (2015) *Protocolo Consulta Previa Comunidades Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc*. <https://farn.org.ar/kachi-yupi-huellas-de-la-sal/>
- Solá Rodrigo, Kachi Yupi: “Un ejercicio de autodeterminación indígena en Salinas Grandes” en *Informe Ambiental Anual 2016* de Fundación Ambiente y Recursos Naturales (F.A.R.N.) https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/2016_IAF.pdf

Recibido: 01/10/2024

Aprobado: 30/10/2024

Análisis Comparativo de las Cifras de Feminicidio en México, Ecuador y Perú

Comparative Analysis of Femicide Figures in Mexico, Ecuador and Peru

Adelaida Rojas García* <http://orcid.org/0000-0002-0963-9252>
Sandra Jackeline Urgilés León** <http://orcid.org/0000-0003-0822-6816>
Krupskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte*** <http://orcid.org/0000-0001-5226-4807>
Brenda Nathaly Valdes Perez****

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2787>

- * Dra. en Investigación Psicológica. Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Correo electrónico: rojasgarcia.adelaida@gmail.com
- ** Dra. en Trabajo Social. Ecuador. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
Correo electrónico: surgiles@ecacue.edu.ec
- *** Dra. en Derechos Humanos. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.
Correo electrónico: krupskaya74@hotmail.com
- **** Estudiante, apoyo en la Investigación. Universidad Autónoma del Estado de México,
México.
Correo electrónico: bvaldezp002@alumno.uaemex.mx

Lex





Desaparecidas, óleo sobre lienzo 100 x 160 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Uno de los grandes retos que aqueja a todo el mundo, es la violencia e inseguridad, principalmente aquella relacionada con la violencia de género y el camino al feminicidio. Existe desde los años 70, la lucha por la discriminación de la mujer y sobre todo por la erradicación de la violencia contra niñas y mujeres. Se han creado diversos documentos políticos que plantean las diversas tareas para combatir este grave problema que inicia con la violencia física, psicológica, sexual, entre otras, y culmina en la muerte de las víctimas, Las mujeres. Se llevó a cabo una investigación documental tipo exploratoria. El objetivo de la investigación es realizar un análisis comparativo de las cifras reportadas sobre feminicidio en los Países de México, Ecuador y Perú. Se utilizaron los datos reportados en diferentes bases de datos y estadísticas de los tres países. Los resultados arrojaron principalmente, que México es el país con mayor índice de feminicidios, seguido de Perú y con menor incidencia Ecuador. De la relación agresor-víctima, el mayor número de perpetradores fueron la pareja o expareja de la víctima. Y el mayor número de feminicidios se presenta en los espacios privados o sea la casa, la familia.

Palabras clave: *feminicidio, alerta de género, violencia de género, políticas públicas, pareja o expareja.*

ABSTRACT

One of the great challenges that afflicts the entire world is violence and insecurity, mainly that related to gender violence and the path to femicide. The fight for discrimination against women and, above all, for the eradication of violence against girls and women has existed since the 1970s. Various political documents have been created that outline the various tasks to combat this serious problem that begins with physical, psychological, sexual violence, among others, and culminates in the death of the victims, the women. Exploratory documentary research was carried out. The objective of the research is to carry out a comparative analysis of the reported figures on femicide in the Countries of Mexico, Ecuador and Peru. Data reported in different databases and statistics from the three countries were used. The results mainly showed that Mexico is the country with the highest rate of femicides, followed by Peru and Ecuador with the lowest incidence. Of the aggressor-victim relationship, the largest number of perpetrators were the partner or ex-partner of the victim. And the greatest number of femicides occurs in private spaces, that is, the home, the family.

Keywords: *femicide, gender alert, gender violence, public policies, partner or expartner.*

I. INTRODUCCIÓN

El feminicidio es un problema mundial de salud público¹ (OPS/OMS, 2022) y en cada país se han realizado esfuerzos importantes para contrarrestarlo. A lo largo de la historia, la desigualdad de género ha sido una constante, origen de múltiples delitos y atrocidades como la violencia de género. Esta condición, considera una posición de subordinación, marginalidad y riesgo respecto a los hombres², y aunque puede darse de forma sutil, también puede llegar a ser extrema hasta la muerte, denominada feminicidio.

Los feminicidios se han considerado como una de las manifestaciones más grave entre la discriminación y la violencia contra las mujeres “solo por el hecho de ser mujeres”, se vulneran sus derechos humanos tanto en los espacios públicos como privados; se caracteriza también por conductas de odio o rechazo hacia las mujeres hasta terminar en homicidio y otras formas de muerte violenta³.

En 2022, a nivel mundial se reportan aproximadamente 89,000 mujeres y niñas víctimas de feminicidio. Aproximadamente 48,800 casos fueron perpetrados por sus parejas algún miembro de la familia, representando más de 133 mujeres asesinadas al día⁴.

Según Dador y Llaja, en Pontón C.⁵ mencionan que uno de los primeros intentos en nombrar esta realidad se da con Mary Anne Warren (1985), quien en su libro *Gendercide: The*

1 OPS/OMS, 2022. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud. *Violencia contra la Mujer*

2 CONAVIM, 2016. *Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*

3 CONAVIM, op.cit.16.

4 UNODC, 2022. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

5 Pontón, *Feminicidio en el Ecuador: Realidad latente e ignorada*. (2009) 3.

implications of sexselección. Posteriormente, Jill Radford y Diana Russell, 1992, desarrollaron por primera vez el término femicide para nombrar el asesinato de mujeres por razón de género, y lo definen como:

“... la forma más extrema de violencia de género, entendida ésta como la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por la violencia intrafamiliar y la violencia sexual”⁶ (Radford y Russell, 1992 en Carcedo y Sagot).

De las primeras definiciones de feminicidio reconocida internacionalmente, fue la propuesta en la Declaración sobre el femicidio de la Organización de los Estados Americanos (OEA), retomando los términos femicidio y feminicidio como sinónimos para referirse a:

“la muerte violenta de mujeres por razones de género ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”⁷.

El Comité de expertas/os participan en la primera Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de aquí surge la Convención de Belém Do Pará (MESECVI), posteriormente se da la Reunión celebrada en Washington, D.C., en el año 2008. En esta reunión se reconoció el grave problema sobre el feminicidio que aqueja a América Latina y el Caribe. En esos días se realizaron trabajos que arrojaron diversas declaraciones que se citan a continuación:

“Que en América Latina y el Caribe, los femicidios son la manifestación más grave de discriminación y violencia contra las mujeres. Los altos índices de violencia contra ellas, su limitado o nulo acceso a la justicia, la impunidad que prevalece a los casos de violencia contra las mujeres y la persistencia de patrones socioculturales discriminatorios, entre otras causas, inciden en el aumento del número de muertes”⁸.

“Que consideramos que los femicidios son la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”⁹.

“Que las víctimas de femicidio son las mujeres en sus diversas etapas, situaciones o condiciones de vida”¹⁰.

6 Carcedo y Sagot, *Feminicidio en Costa Rica 1990-1999*, (2000) 11.

7 OEA. *Declaración sobre el femicidio. Aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI)*, celebrada el 15 de agosto de 2008, p. 6.

8 OEA 2008, op. cit. p.6.

9 OEA 2008, op. cit. p.6.

10 OEA 2008, op. cit. p.6.

“Que numerosos casos de femicidio se producen como resultado de relaciones desiguales de poder en las parejas en las que la mujer ha sufrido violencia de forma grave o prolongada sin haber encontrado alternativas o apoyo para salir de ella”¹¹.

“Que la situación de impunidad en femicidios se exagera cuando existen situaciones de emergencia, conflictos armados, desastres naturales u otras situaciones de riesgo”¹².

“Que la mayoría de los femicidios quedan impunes debido, entre otras causas, al limitado acceso de las mujeres a la justicia, así como a los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales. Estos casos o son archivados por una supuesta falta de pruebas, o son sancionados como homicidios simples con penas menores, donde en muchas ocasiones se aplican los atenuantes de “emoción violenta” para disminuir la responsabilidad del victimario”¹³.

Con base a estas declaraciones, el Comité de expertas/(os) hace un sin número de recomendaciones a los estados para evitar utilizar el atenuante de “emoción violenta y con ello disminuir la responsabilidad a los feminicidas. Procurar una legislatura que provea la autonomía de las mujeres, respetar sus derechos y libertades, incluir los riesgos de vida e integridad física y otras formas de violencia en las políticas públicas y de seguridad ciudadana, de igual manera recomiendan a los medios de comunicación se les adopten códigos de ética para el tratamiento de los casos de violencia contra las mujeres y en especial de los feminicidios, evitando la difusión de detalles morbosos, estereotipos sexistas o descalificadores de las mujeres”¹⁴.

El Código Penal Federal define al feminicidio como:

“La muerte violenta de las mujeres por razones de género, tipificada en nuestro sistema penal como feminicidio, es la forma más extrema de violencia contra la mujer”¹⁵.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV), define el feminicidio con:

“La forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”¹⁶.

Por otro lado, Phumzile Mlambo-Ngcuka Directora Ejecutiva de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres¹⁷, al respecto, refiere:

11 OEA 2008, op.cit. p.7.

12 OEA 2008, op.cit. p.7.

13 OEA 2008, op.cit. p.7.

14 OEA 2008, op.cit. p.7.

15 CONAVIM, op.cit.2016.

16 LGAMVLV, 2007. *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*.

17 ONU MUJERES, 2017

“El feminicidio, el asesinato de mujeres por el mero hecho de ser mujeres, arroja cifras cada vez más escalofrantes. Este tipo de violencia no conoce fronteras y afecta a mujeres y niñas de todas las edades, de todos los estratos económicos, de todas las razas y de todos los credos y culturas. Desde las zonas de conflicto hasta los espacios urbanos y los campus universitarios, se trata de violencia que nos obliga a todas y todos a actuar como agentes preventivos de esta pandemia y a tomar medidas ahora”¹⁸.

Con estas definiciones se da mayor precisión para tipificar la muerte de una mujer desde la perspectiva de género ya que hasta el año 2015 se reconoce como feminicidio y se establece por primera vez las alertas de género, iniciando en el Estado de México y en la Asamblea Nacional del Ecuador realizada en el año 2014, el gobierno promulgó el Código Orgánico Integral Penal (COIP), mediante esa normativa penal se reconoció por primera vez al femicidio: *“la persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 23 años”*¹⁹.

Según el análisis penológico realizado por la Fiscalía General del Ecuador, entre los años 2014-2015, se establece el tipo penal de femicidio, mismo que se convertiría en una herramienta a través de la cual el Estado ecuatoriano podrá *“investigar, juzgar y sancionar la muerte de las mujeres debido a su género”*²⁰.

II. POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE FEMINICIDIO EN MÉXICO, ECUADOR Y PERÚ

Cabe destacar que, en el año 2015, en la reunión de los líderes de las naciones a nivel mundial acordaron trabajar una agenda con el compromiso de que para el año 2030 las sociedades fueran más justas, pacíficas e inclusivas, al respecto, se crearon 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en donde los 193 países, se comprometieron a alcanzar las metas propuestas para el 2030.

De los objetivos de esta agenda destacan los relacionados a este tema de trabajo los siguientes:

ODS 5: Igualdad de Género. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.

18 Echarri, *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016*. SEGOB.

19 COIP 2014, art. 141.

20 Fiscalía General del Ecuador, 2016, 4.

“Si bien se han producido avances a nivel mundial con relación a la igualdad entre los géneros a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (incluida la igualdad de acceso entre niñas y niños a la enseñanza primaria), las mujeres y las niñas siguen sufriendo discriminación y violencia en todos los lugares del mundo”

“Si se facilita a las mujeres y niñas igualdad en el acceso a la educación, atención médica, un trabajo decente y representación en los procesos de adopción de decisiones políticas y económicas, se impulsarán las economías sostenibles y se beneficiará a las sociedades y a la humanidad en conjunto”²¹.

ODS 16 Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. Promover sociedades pacíficas para el desarrollo sostenibles, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

Este objetivo tiene como metas principales relacionadas a este trabajo las siguientes

16.1 “Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo”

16.2 “Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños”²².

Así, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), declaró en 1975, “año Internacional de la Mujer”. Posteriormente se lleva a cabo la primera Conferencia Mundial de la Mujer, cuya sede fue la Ciudad de México. el tema fue la igualdad para las mujeres y su participación en la construcción de la paz y el desarrollo, dentro de la Declaración de esta conferencia, se adicionó el siguiente párrafo:

“Las mujeres de todo el mundo deben unirse para eliminar las infracciones de los derechos humanos que se cometen contra mujeres y muchachas, por ejemplo: violaciones, prostitución, agresión, crueldad mental, matrimonios entre niños, matrimonios por la fuerza y el matrimonio como una transacción comercial”²³.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), aprueba en 1979 los postulados de la Conferencias Mundial de la Mujer, misma que entra en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, una vez ratificada por 20 países. posteriormente el Comité de la CEDAW desarrolló ampliamente en su Recomendación relativo a la violencia contra las

21 ONU, *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe* (LC/G.2681-P/Rev.3), Santiago 2018.

22 ONU, 2018 op. cit. 73.

23 ONU, “Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer”, 1975.

mujeres se estableciera y reconociera a la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación²⁴.

En la segunda Conferencia de la Mujer realizada en julio de 1980 en Copenhague, Dinamarca, se revisaron temas sobre la educación, la salud y el empleo, los estereotipos y la discriminación hacia las mujeres en la sociedad. En el acuerdo final del Programa de Acción se incorporó por primera vez una disposición, para legislar en contra de la violencia que a la letra dice:

“Debería también promulgarse legislación encaminada a evitar la violencia doméstica y sexual contra las mujeres. Debería adoptarse todas las medidas apropiadas, incluso legislativas, para que las víctimas recibieran trato justo en todo el procedimiento legal”

La siguiente Conferencia se realizó en el mes de Julio de 1985 en Nairobi, Kenia, el tema que se abordó fue el de las mujeres en el desarrollo económico y social, entre otros. En el mismo año se celebra la Conferencia de Derechos Humanos en Viena, Austria, donde finalmente se reconoció “la calidad de ser humano de todas las mujeres y se identificó a la violencia contra ellas como una violación a sus derechos humanos”.

Finalmente, en esta lucha por el reconocimiento de que los derechos de la mujer son derechos humanos y que la violencia contra las mujeres constituye una violación a sus derechos humanos y la obligación del Estado de tomar medidas de prevención y atención para las mujeres víctimas, esto se llevó a cabo en la Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing, China en 1995²⁵.

Perú

En 2011 crea la ley que tipifica al feminicidio en el Código Penal. En 2015 se crea la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres y los integrantes del Grupo Familiar. En 2016, por decreto supremo se aprueba el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021.

La respuesta del Estado al feminicidio se organiza según el Protocolo Institucional de acción frente al feminicidio, tentativa de feminicidio y violencia de pareja de alto riesgo. Las instituciones se distinguen entre las que administran justicia y las que brindan protección social. Dentro del primer grupo tenemos a la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia. Las instituciones que brindan protección social a las víctimas de

24 CEDAW. (S/F). *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. <http://www.gob.mx>

25 CEDAW, s/f, P. 7

feminicidio o tentativa de feminicidio son: El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio Público, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y las Gobiernos Regionales y Locales.

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es el ente rector que articula las políticas públicas de protección social de las víctimas de feminicidio o tentativas de feminicidio, es decir, brinda el patrocinio legal y apoyo psicosocial a las víctimas de violencia contra la mujer y/o el grupo familiar. Este año 2019, desde enero hasta setiembre, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha registrado a través de los 383 Centros de Emergencia Mujer a 113 581 casos de violencia contra la mujer. Hasta setiembre del 2019, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha realizado 73 mil 19 acciones preventivas y promocionales²⁶.

El gobierno de este país aprobó el 4 de julio de 2018 el Protocolo interinstitucional de acción frente al feminicidio, tentativa de feminicidio y violencia de pareja de alto riesgo. Este protocolo considera los procedimientos para la atención integral, eficaz y oportuna a las familias de las víctimas, y la recuperación física y emocional de las sobrevivientes y de su entorno familiar. El protocolo también aporta a la prevención de feminicidios mediante la aplicación de una Ficha de Valoración del Riesgo, que permite identificar en las mujeres víctimas de violencia de pareja, su situación de riesgo como leve, moderado o severo. Su aplicación está a cargo de los operadores policiales o fiscales, quienes activan las medidas de la gestión del riesgo correspondiente, logrando la inmediata protección y el acceso a la justicia de las víctimas.

Ecuador

Ecuador cuenta desde 1995 con La Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia (No. 103) y su reglamento, que sanciona las agresiones cometidas en el ámbito intrafamiliar; posteriormente en el año 2005 se realizaron reformas al Código Penal Ecuatoriano que mejoraron y ampliaron la tipificación de ciertos delitos sexuales; y más adelante en el 2006 se aprobó un nuevo Código de Salud que precautela los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Además, como se mencionó anteriormente, el Estado ecuatoriano es suscriptor de los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos de las mujeres y las protegen contra la violencia de género.

En términos de políticas públicas, el Ecuador cuenta desde 1997 con el Consejo Nacional de la Mujeres - CONAMU, organismo rector de políticas públicas de género en el país; con la Dirección Nacional de Género - DINAGE, como el organismo que coordina y controla las Comisarías de la Mujer y la Familia a nivel nacional; y con la Oficina de Defensa de los Derechos de la Mujer y la Familia – ODMU, que es la unidad de la policía que ejecuta las

26 M. Cruz, J. Aragón, *Feminicidios en Perú. Gobierno y Políticas Públicas* (Lima-Perú:PUCP 2021).

órdenes dispuestas por las comisarías y demás oficinas de administración de justicia para la protección e investigación de casos de violencia contra las mujeres. Asimismo, cuenta con el Plan de Igualdad de Oportunidades - PIO (2005 -2009) declarado como política de Estado mediante decreto ejecutivo 1207-a en marzo de 2006, y el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género que igualmente fue declarado política de Estado mediante decreto ejecutivo No. 620 el septiembre de 2007.

La Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres (2019) reveló que en el país 65 de cada 100 mujeres han sufrido algún tipo de violencia en algún momento de su vida, ya sea ésta de carácter psicológica, física, sexual y/o patrimonial. Es decir, a nivel nacional, 5,785.295 millones de mujeres fueron víctimas de violencia, siendo las mujeres afroecuatorianas y las indígenas las más afectadas (INEC, 2019a).

La violencia contra las mujeres en el Ecuador es un fenómeno generalizado y naturalizado, un infortunio a los derechos humanos que no distingue territorios ni niveles socioeconómicos. Lamentablemente, los efectos de la violencia siguen consternando a la ciudadanía ecuatoriana ya que la punta final del ovillo de la violencia es la muerte de las mujeres²⁷.

Según la Subcomisión Técnica de Validación de Estadísticas de Femicidio del Ecuador, entre agosto de 2014, año en el que se tipificó el femicidio dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y diciembre de 2020, se registraron un total de 449 víctimas de este delito; en su análisis respecto a los rangos de edad sobre los que se generan mayores prevalencias de violencia están las mujeres en edades entre 15 y 24 años y entre 25 y 34 años²⁸.

E-991 Estado ecuatoriano en el 2007 (Decreto 620 el 10 de septiembre), estableció la construcción del Plan Nacional para la Erradicación de la violencia de género contra niñas, niños, adolescentes y mujeres (2007-2010). Un plan que involucró a instituciones gubernamentales encargadas del área social y de justicia.

El Plan buscaba ser paraguas de otros planes nacionales en la temática y que facilitaba la coordinación con el Ministerio Fiscal y el Consejo de la Judicatura.

Sus líneas estratégicas en ese entonces fueron:

- Transformación de patrones socioculturales.
- Construcción y fortalecimiento del Sistema de Protección Integral.
- Construcción e implementación del Sistema Único de Registro.
- Acceso a la justicia. – Institucionalidad

27 SDH, (2019). Secretaría de Derechos Humanos, Ecuador

28 COIP, (2014). *Código Orgánico Integral Penal. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ecuador

Se llevó a cabo una investigación de corte documental de tipo exploratoria, cuyo objetivo es realizar un análisis comparativo de las cifras reportadas sobre feminicidio en los Países de México, Ecuador y Perú.

Técnicas de recolección de datos, se utilizaron las diferentes bases de datos como los de CEPAL (Observatorio de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe)²⁹, INEGI de México³⁰, Estadísticas de Seguridad y Justicia de Ecuador³¹, Estudio de expedientes Judiciales Defensoría del Pueblo de Perú³². Documentos oficiales de las Políticas Públicas de los tres países.

III. RESULTADOS

En los 26 países de América Latina y el Caribe que reportaron datos para el año 2022, se observa que, las tasas más altas de femicidios, feminicidios o muertes violentas de mujeres por razón de género se registraron en Honduras (6,0), la República Dominicana (2,9), El Salvador y el Uruguay (1,6 en ambos países). Las tasas más bajas (es decir, menos de 1 víctima de femicidio o feminicidio por cada 100.000 mujeres) se presentaron en Puerto Rico, el Perú, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Chile y Cuba. Este último país es el que presenta la tasa más baja (0,3 casos de homicidios por razón de género por cada 100.000 mujeres). Las cifras de este indicador se han mantenido con leves variaciones en los últimos cuatro años, para 12 países (Uruguay, Paraguay, Colombia, Nicaragua, Perú, Brasil, Ecuador, Panamá, Costa Rica, Chile, México y Argentina). Otro grupo de países y territorios (Honduras, Puerto Rico y República Dominicana) exhibe un aumento del indicador en los últimos cuatro años. (Boletín N°2: Violencia Feminicida en cifras).

Es muy relevante advertir que la información actual sobre las víctimas de feminicidio o femicidio no permite comparar las series temporales existentes para los países de la región y que el número total de feminicidios anual ha variado retroactivamente los últimos años, así los datos de 2021 y otros años, para algunos países variaron respecto a los publicados en 2022 y modificaron la cifra publicada en años anteriores. Esto se debe a correcciones en los procesos de mejoramiento de los registros administrativos de femicidio o feminicidio desarrollados a

29 CEPAL, *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe*, 2022.

30 INEGI, "La Medición del Feminicidio en México". *Cuaderno 28* (2024).

31 Estadísticas de Seguridad y Justicia de Ecuador.

32 Feminicidio del Perú: Estudio de expedientes judiciales, (2010).

nivel nacional, por modificaciones legislativas, por el desarrollo de ajustes metodológicos o por la aclaración de los casos judiciales.

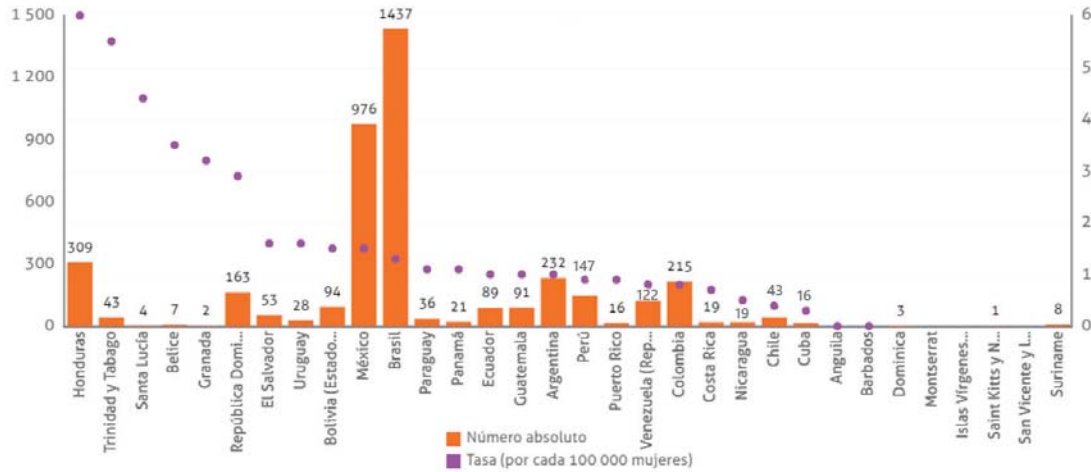


Figura 1. Total de femicidio o femicidio en América latina y el Caribe
Fuente: CEPAL Observatorio de igualdad de Género en América latina y el Caribe

En el año 2022, Brasil reportó el mayor número de feminidios en América Latina en 2022, con 1.437 casos. México registró 976 feminidios, lo cual lo posiciona en el segundo lugar en este rubro. Perú 107, Ecuador 89.

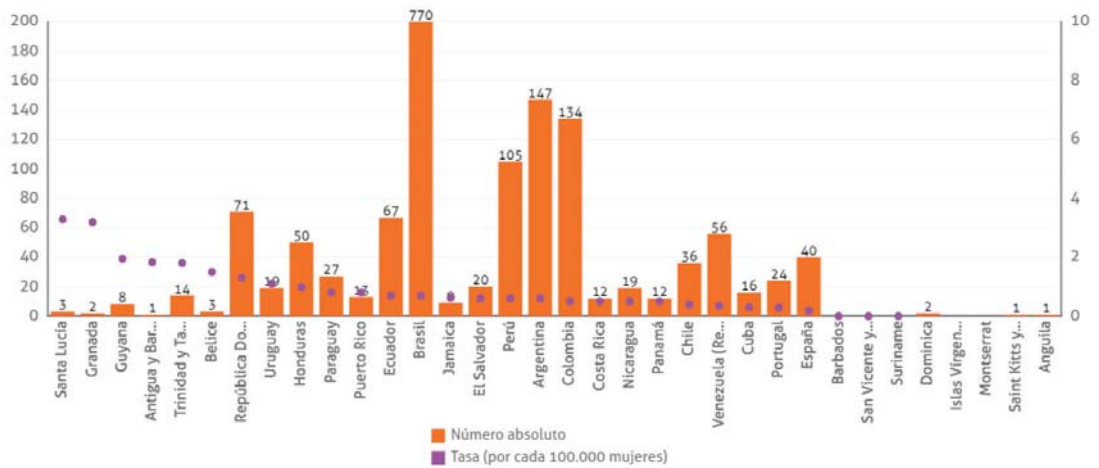


Figura 2. Total de muerte de mujeres ocasionado por su pareja o expareja
Fuente: CEPAL Observatorio de igualdad de Género en América latina y el Caribe

Para el 2022 el reporte de femicidio o feminicidio perpetrado por la pareja o expareja de la víctima se tiene reportado para Perú 105 casos, mientras que en Ecuador se registraron 67, resaltando que en esta gráfica no se obtuvieron datos registrado por parte de México.



Figura 3. Tendencia de homicidios de mujeres en el ámbito privado y público en América del Sur (2017-2020)
Fuente: Estimaciones de UNODC basadas en el conjunto de datos sobre homicidios de UNODC.

Se puede observar la disminución de homicidios de mujeres ocasionados fuera del ámbito privado, de 2017 a 2020. Resaltando que en los años recientes los homicidios de las mujeres no solo están relacionados con la pareja o la familia, ahora suceden también, en los escenarios públicos.

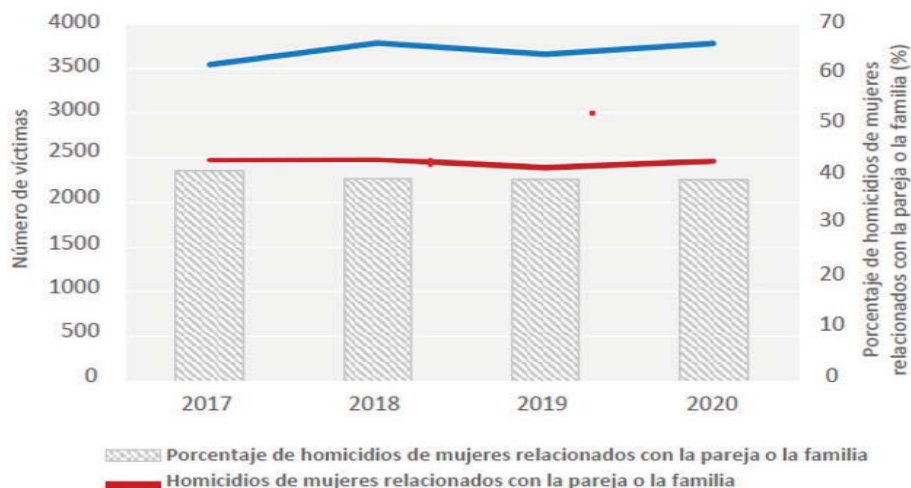


Figura 4. Tendencias de homicidios de mujeres en el ámbito privado y público en América Central (2017-2020)
Fuente: Estimaciones de UNODC basadas en el conjunto de datos sobre homicidios de UNODC.

Se aprecia un ligero aumento de homicidios de mujeres de 2017 a 2020; sin embargo, los homicidios no relacionados con la pareja y la familia siempre han sido más altos en esta área de América.

Tabla 1. Número de víctimas de feminicidio en Ecuador de 2014-2023

Año	Víctimas
2014	26
2015	56
2016	70
2017	100
2018	67
2019	64
2020	72
2021	69
2022	88
2023*	77
Total	689

Fuente: Grupo de fortalecimiento estadístico de indicadores de seguridad y justicia de la Comisión Especial de Estadística de Seguridad, Justicia, Crimen y Transparencia

La tabla nos deja ver que el año en el que se reportaron mayores feminicidios fue el 2017, seguido del 2022. Es importante resaltar que solo 6 casos fueron reportados en el 2014, siendo este año en donde aún no estaba tipificadas las muertes de mujeres como feminicidio.

Tabla 2. Relación víctima-agresor de 2014-2023 en Ecuador

Relación	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	Total
Amigo/a	1	0	1	3	0	0	2	0	0	1	8
Conocido/a	0	0	0	1	0	2	4	1	4	3	15
Conviviente	6	22	22	34	19	18	26	27	31	19	224
Cónyuge	6	8	13	17	11	13	10	7	12	12	109
Desconocido	0	0	2	0	1	2	2	0	1	0	8
Ex conviviente	4	7	7	15	14	20	5	12	9	11	104
Ex cónyuge	0	0	2	0	1	2	2	0	1	0	8
Ex pareja	0	3	1	4	4	0	1	0	2	2	17
No identificado	4	7	7	7	4	4	8	7	10	20	78
Otros familiares	1	1	2	3	2	1	2	2	4	1	19
Pareja	4	8	12	16	10	1	8	10	12	5	86
Pariente consanguíneo	0	0	2	0	2	2	4	1	2	3	16
Compañero/a laboral	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	2
Total general	25	56	70	100	67	64	72	69	68	77	689

Fuente: Grupo de fortalecimiento estadístico de indicadores de seguridad y justicia de la Comisión Especial de Estadística de Seguridad, Justicia, Crimen y Transparencia

El 63.43% del total de los casos de femicidio el agresor era conviviente, cónyuge o ex conviviente, mientras que el .044% fue perpetrado por desconocidos.

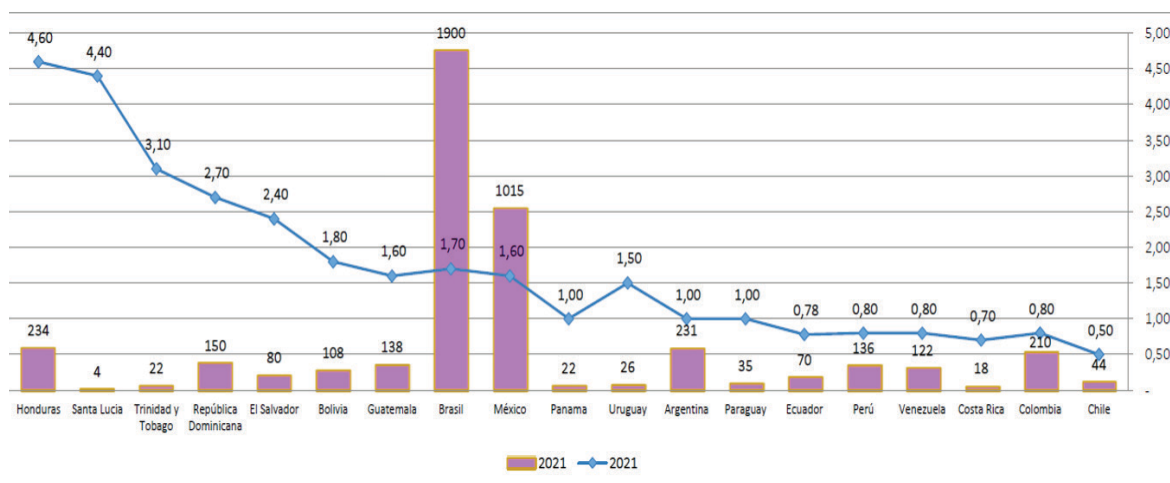


Figura 5. Total de feminidios o femicidio en el año 2021

Fuente: Bases de datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL tomado de: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>

Dentro de esta gráfica se pueden observar a los tres países objeto de este documento, en donde México ocupa el primer lugar en el número de feminidios 1015 tan solo en el año de 2021, seguido de Perú con 136, y Ecuador con 70 víctimas, en el mismo año.

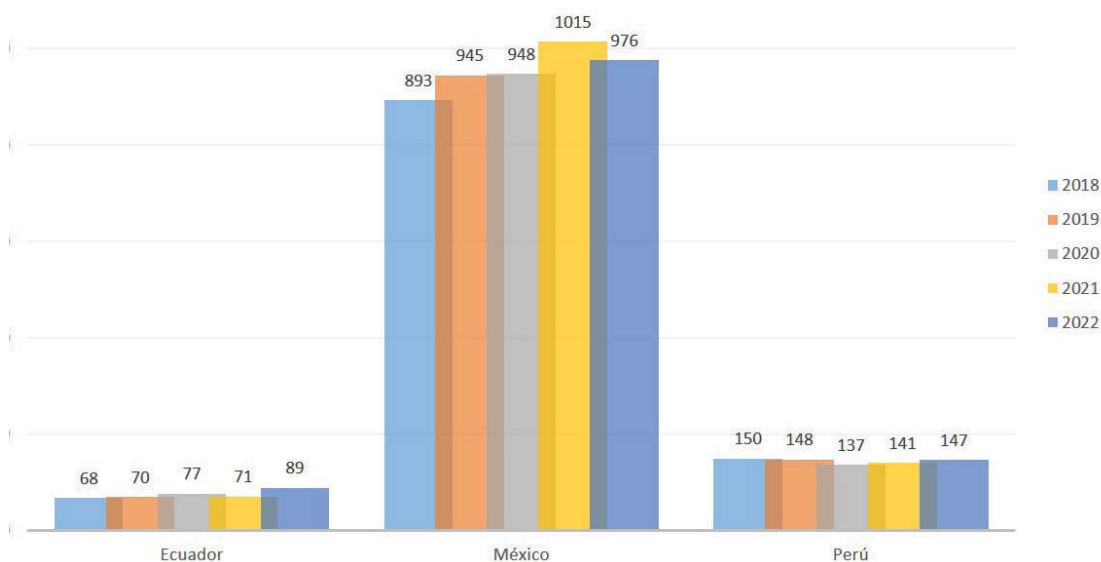


Figura 6. Número de feminidios por año y país

Como se puede observar, la gráfica es más que evidente, México el país con mayor número de feminicidios desde el 2018 al 2022, en comparación con Perú y Ecuador, estando Perú en segundo lugar.

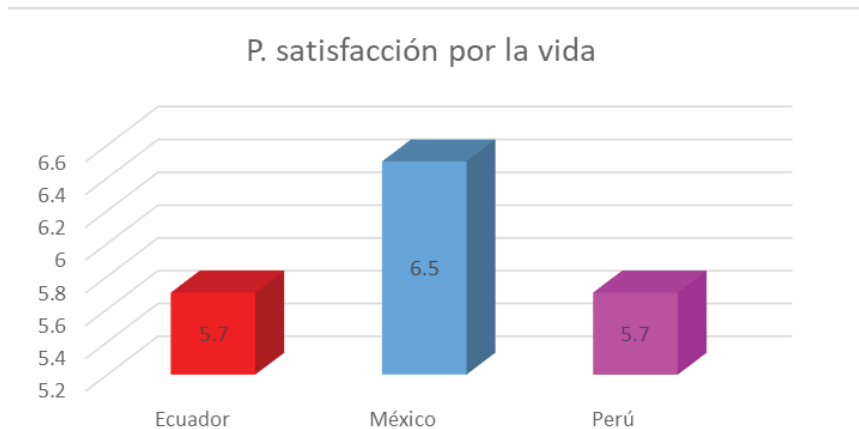


Figura 7. Promedio Satisfacción por la vida

Cabe resaltar que a pesar de los altos índices de feminicidio que se reportan cada día en los tres países, encontramos que de acuerdo con el informe de la CEPAL donde se les pregunta a los ciudadanos de los tres países sobre qué tan satisfechos están de vivir en su país, se puede observar que hay un 6.5% de mexicanos que refieren estar satisfechos, y con igual porcentaje (5.7%), en Ecuador y Perú.

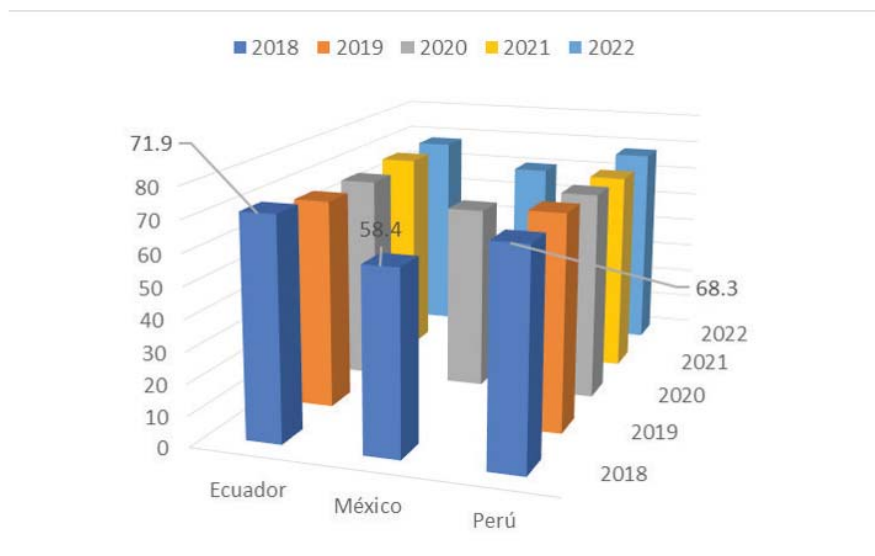


Figura 8. Comparativo de la población que se encuentra incorporada al sistema educativo por año y en los tres países

Se reportan los datos sobre la población activa en el sistema educativo de los tres países desde la edad de 7 y hasta los 24 años, mismos que incluyen la educación básica y hasta profesional, en donde se puede observar.

V. CONCLUSIONES

La violencia ejercida contra la mujer es un problema que obedece a estructuras jerárquicas patriarcales que reproducen una cultura donde las mujeres son vistas como objetos desechables y maltratables.

El feminicidio o femicidio ha sido un problema de salud pública a nivel mundial, fue conceptualizado por la OEA en el 2008, como la muerte violenta de mujeres por razones de género, y utiliza los términos de feminicidio y femicidio como sinónimos.

Al respecto es importante documentar en que momento los países de México, Ecuador y Perú, documentan por primera vez este problema tan relevante en la actualidad.

En México se presentan los primeros reportes sobre asesinatos de mujeres en el municipio Ciudad Juárez, Chihuahua en 1993, sin tipificarlas como feminicidios o muertes por motivo de género.

En Ecuador se empieza hablar de muerte de mujeres específicamente en los años 2005 y 2007, fecha en la que se acuña el término femicidio a la coincidencia de que las víctimas eran exclusivamente mujeres.

Por su lado, Perú inicia sus registros solo de violencia contra las mujeres en el año 1999; sin embargo, al revisar que algunas de ellas culminan en la muerte, para el año 2003 inician a diferenciar los homicidios por género, para el 2005 ya se habla de feminicidio.

Una vez que estos tres países, dan cuenta de que las muertes de mujeres no son una coincidencia sino más bien un hecho real de que son asesinadas por el simple hecho de ser mujeres y que la gran mayoría de éstas habían realizado denuncias por violencia psicológica, física, sexual y otras, se inicia la incursión de políticas públicas en favor de las mujeres.

A nivel internacional la ONU declaró en 1975 el día internacional de las mujeres que dio paso a la primera Conferencia Mundial de la Mujer, y su sede fue en México, posteriormente, en el año 1979, se celebra la primera Convención sobre la eliminación de todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), seguidas de las Conferencias en Copenhague (1980), la tercera en 1985 en Nairobi, Kenia y la cuarta en Beijing, China en 1995.

Y en cada país se han desarrollado diversas políticas públicas que dan cuenta del importante interés por atender de manera apremiante la protección contra la violencia de género y sobre todo intentar disminuir los feminicidios; sin embargo y como se aprecia en los resultados que fueron obtenidos de diversas bases de datos y estadísticas de cada país, la tendencia sobre este fenómeno sigue en incremento.

Siendo México el país que reporta mayor índice de feminicidios, seguido por Perú y con menor incidencia se encuentra Ecuador.

Otro dato de importancia para resaltar es que la mayoría de los feminicidios fueron perpetrados principalmente por la pareja o ex pareja de la víctima, seguido de algún otro familiar, y el menor de los casos por desconocidos; así también, la mayor parte de este delito se llevó a cabo en el ámbito privado, teniendo ya registros en el ámbito público, similar en los tres países.

Cabe hacer una acotación sobre un dato registrado que es el nivel educativo de cada país, se da en una diferencia importante, donde Ecuador cuenta con un nivel educativo mayor, seguido de Perú y al final el reporte que se tiene para México que es bajo.

Con lo cual podemos aseverar que el feminicidio no es selectivo de una formación profesional. A pesar de esto se encontró una encuesta donde se pide a los habitantes de cada país que refieran qué tan satisfechos están de vivir en su país, llama la atención que, aunque en muy bajo porcentaje, aún existan personas que refieren estar satisfechas, México en primer lugar, seguido por igual porcentaje en Ecuador y Perú.

Concluyendo que las políticas públicas no han tenido el efecto esperado y los tres países y que éstos aún presentan un enorme reto en poder alcanzar las metas planteadas por la Agenda 2030, en sus Objetivos de desarrollo Sostenible, 5 Igualdad de Género. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas y 6 Paz, Justicia e Instituciones Sólidas. Promover sociedades pacíficas para el desarrollo sostenibles, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

REFERENCIAS

- Carcedo, Ana y Montserrat Sagot. “Femicidio en Costa Rica: 1990 -1999”. San José: OPS 200. http://www.isis.cl/Feminicidio/doc/doc/Femicido%201990-1%8Arcedo_Sagot.doc
- CEDAW. (S/F). *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. <http://www.gob.mx>
- CEPAL. “Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe”, 2022. Recuperado https://statistics.cepal.org/portal/databank/index.html?lang=es&indicator_id=2780&area_id=https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio
- COIP *Código Orgánico Integral Penal*, (2014). Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Subsecretaría de Desarrollo Normativo. Quito, Ecuador. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_c%C3%B3d_org_int_pen.pdf
- CONAVIM, (2016). *Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*. <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-feminicidio-y-como-identificarlo?idiom=es>
- Cruz, M., Aragón, J. *Feminicidios en Perú. Gobierno y Políticas Públicas*. PUCP. Perú, 2021. <https://gobierno.pucp.edu.pe/reporte/feminicidios-en-el-peru/#:~:text=En%202011%20se%20adopt%C3%B3%20la,Violencia%20de%20G%C3%A9nero%202016%2D2021>.
- Echarri, C. *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016*. SEGOB, INMUJERES, ONU Mujeres, 2017
- Fiscalía General del Ecuador, (2016: 4). “Femicidio. Análisis penológico 2014-2015”. <https://repositorio.dpe.gob.ec/39000/1234>
- Gobierno de Ecuador. “4° Informe estadístico de feminicidio” 2023. https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/2023/10/40_Informe_estadistico_de_Feminicidio.pdf
- INEGI, “Medición del Femicidio en México”, Cuaderno 28, (2024).
- LGAMVLV (2007). *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 21*. <https://campusgenero.inmujeres.gob.mx/glosario/terminos/feminicidio>
- OEA. *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres* (Convención de Belém do Pará). Belém do Pará, Brasil. De 6 de septiembre de 1994. Publicada en el DOF el 19 de enero de 1999. Artículo 1.
- OEA. *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres* (Convención de Belém do Pará). Belém do Pará, Brasil. De 6 de septiembre de 1994. Publicada en el DOF el 19 de enero de 1999. Artículo 2.
- OEA. Organización de los Estados Americanos. *Declaración sobre el femicidio*. Aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008. P. 6. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidioes.pdf>

- Olamendi, P. “Feminicidio en México. Gobierno de la República Mexicana”, *Inmujeres* (Instituto Nacional de las Mujeres), 2016
- ONU. *Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer*. 1975
<https://www.un.org/es/conferences/women/mexico-city1975>
- ONU. *Declaración sobre la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993*. A/RES/48/104. 23 de febrero de 1994.
- ONU. *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe* (LC/G.2681-P/Rev.3), Santiago, 2018.
- OPS/OMS, Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud(2022). *Violencia contra la mujer*.
<https://www.paho.org/es/temas/violencia-contramujer#:~:text=La%20violencia%20contra%20las%20mujeres%20y%20las%20ni%C3%B1as%20es%20un,millones%20de%20mujeres%20y%20ni%C3%B1as>.
- Pantón, C. “Femicidio en el Ecuador: Realidad latente e ignorada. XXVII” Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII jornadas de Sociología. Universidad de Buenos Aires, 2009. <https://www.academica.org/000-062/2252>
- *Plan de acción mundial 1ª Conferencia mundial de la mujer*, párrafo 131, México, 1975.
- CDH, Secretaría de Derechos Humanos. Ecuador. Resolución Nro. SDH-SDH-2019-0023-R. 2019.
<https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2020/01/Reglamento-de-procedimiento-para-ordenar-medidas-Administrativas-de-protecci%C3%B3n-inmediata-para-detener-y-prevenir-la-vulneraci%C3%B3n-de-derechos-de-las-Mujeres-en-toda-su-diversidad.pdf>
- UNODC, UN WOMEN. *Towards a common statistical framework on Gender-Related Killings of Women and Girls (Femicide/Feminicide)*, 2013.
- UNODC. *Asesinatos de mujeres y niñas por parte de su pareja u otros miembros de la familia*. 2020.
https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/UNODC_BriefFemicide_ESP_CA.pdf
- UNODC. *Medición del feminicidio 2022*. <https://www.cdeunodc.inegi.org.mx/index.php/medicion-del-feminicidio/>

Recibido: 10/10/2024

Aprobado: 20/10/2024



Latinoamérica, óleo sobre lienzo 100 x 100 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*Derechos de Infantes,
Perspectiva en Madres Privadas de su Libertad*

*Children's Rights,
Perspective in Mother Deprived of their Freedom*

Rolando Castillo Santiago* <https://orcid.org/0000-0001-8764-9168>
Arturo Maldonado Pulgar**

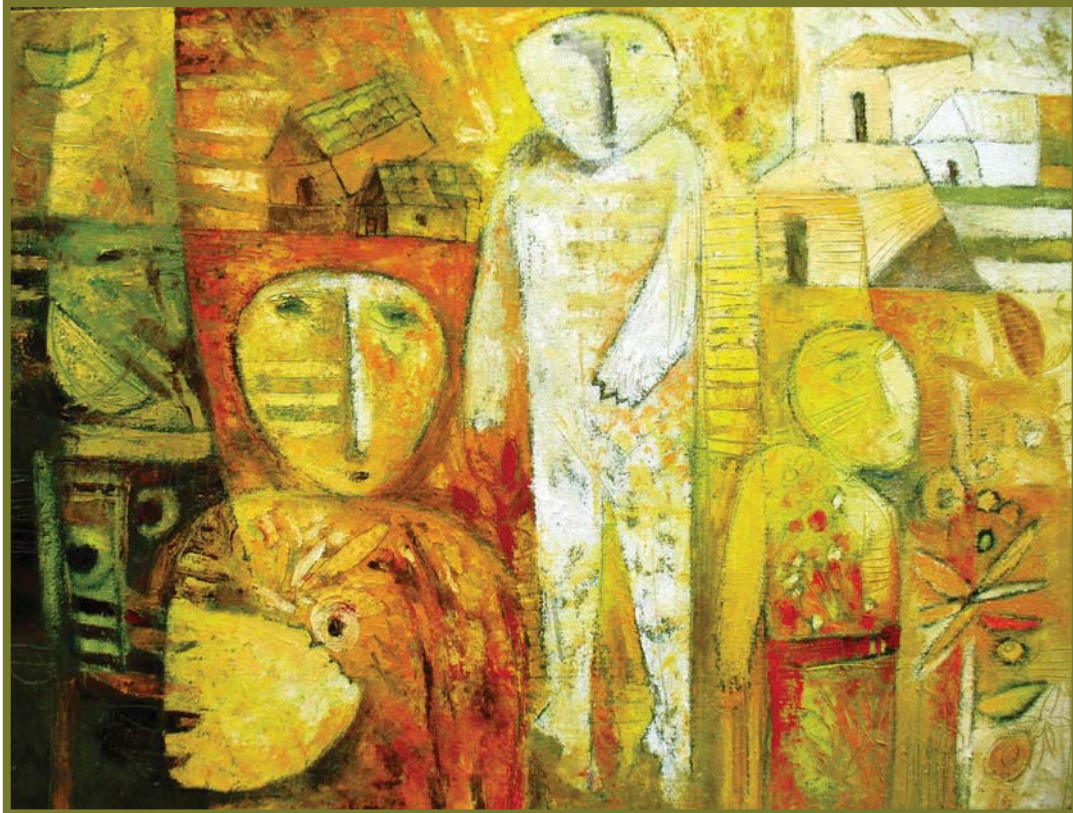
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2788>

* División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco; Doctor en Estudios Jurídicos. México
Correo electrónico: rolando.castillo@ujat.mx

** División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco; Maestro en Administración de Justicia. Apoyo a la investigación. México.

Lex





Sobreviviendo, óleo sobre lienzo 60 x 80 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Este estudio investiga el impacto de la encarcelación de madres en la infancia en México, exponiendo datos duros y características sobre el tema en el estado de Tabasco utilizando una metodología cualitativa que incluye análisis documental y crítico, así como un examen del marco legal. Se presentan datos concretos que evidencian cómo la privación de libertad de las madres repercute negativamente en el bienestar emocional y desarrollo de sus hijos. Se analizan los principales instrumentos internacionales relacionados con este tema y se lleva a cabo un derecho comparado con los casos de España, Italia y Chile, para identificar mejores prácticas. La investigación destaca la urgencia de reformas legales que protejan los derechos de los menores y promuevan su interés superior. Finalmente, se puede concluir que es necesario desarrollar programas de apoyo y reintegración que beneficien a los niños afectados, enfatizando la necesidad de una respuesta institucional efectiva que garantice su desarrollo integral y bienestar.

Palabras clave: *privación de libertad, mujeres, derechos de los infantes.*

ABSTRACT

This study investigates the impact of maternal incarceration on children in Mexico, exposing hard data and characteristics on the issue in the state of Tabasco using a qualitative methodology that includes documentary and critical analysis, as well as an examination of the legal framework. Concrete data are presented that show how the deprivation of liberty of mothers has a negative impact on the emotional well-being and development of their children. The main international instruments related to this issue are analyzed and a comparative law study is carried out with the cases of Spain, Italy and Chile, to identify best practices. The research highlights the urgency of legal reforms that protect the rights of minors and promote their best interests. Finally, it can be concluded that it is necessary to develop support and reintegration programs that benefit the affected children, emphasizing the need for an effective institutional response that guarantees their integral development and well-being.

Keywords: *deprivation of liberty, women, children's rights.*

I. INTRODUCCIÓN

El principio del Interés Superior del Menor ha sido fundamental para la protección del infante desde su reforzamiento en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en sus dimensiones doctrinales y legislativas en México, así como en su horizonte internacional.

La presente investigación aborda de manera integral la problemática de los hijos e hijas de mujeres privadas de la libertad en centros de reclusión en México, con un enfoque particular en la entidad federativa de Tabasco, así como la exposición de los avances legislativos en la materia en países como España, Italia y Chile. Se examina la situación desde diversas perspectivas, incluyendo el marco teórico, legal y las estrategias propuestas para proteger el interés superior del infante en la complejidad de ese contexto.

Se destaca la importancia de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en este contexto, enfrentando condiciones adversas como la ausencia de involucramiento de los padres, acceso limitado a servicios de salud, educación, la influencia y exposición a la violencia, así como la inestabilidad dentro de las cárceles. El texto subraya la necesidad de implementar políticas públicas efectivas para proteger a esta población en situación de vulnerabilidad, enfocada en las carencias de infraestructura necesarias para prevenir la discriminación que viven las familias en los centros penitenciarios.

El artículo también aborda la protección del interés superior del infante en el sistema penitenciario mexicano, la falta de servicios y programas para los niños que viven con sus madres en prisión. Se enfatiza la importancia de implementar estrategias jurídico-normativas para atender las necesidades de este grupo en situación de vulnerabilidad.

Se menciona la falta de información sobre la situación de estos niños como un obstáculo para la toma de decisiones y la generación de políticas públicas adecuadas. Se subraya la necesidad de investigar y visibilizar esta problemática para crear entornos adecuados para su desarrollo.

Se hace referencia a instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, y otras instrumentaciones internacionales y nacionales que establecen la convivencia familiar en condiciones dignas y el establecimiento de medidas de actuación y evaluación de las políticas implementadas.

II. METODOLOGÍA

Para desarrollar el presente artículo, se empleó el método científico con un enfoque cualitativo¹, basándose en las experiencias, aportaciones de especialistas, juristas y demás. Este enfoque permitió una comprensión profunda de la situación vivida por los menores y sus madres, así como de las implicaciones legales y sociales de su condición. El tipo de investigación es explicativa² ya que expondrá un conjunto de características de las hijas e hijos de madres privadas en centros de reinserción social. Es descriptiva en la medida que se busca definir la situación en la que los infantes viven estas condiciones y la manera en que el Estado ha intervenido en estos contextos.

De manera enunciativa más no limitativa, los métodos de investigación utilizados para la construcción del arquetipo de este trabajo contempló algunos de los siguientes:

Análisis Documental: Se realizó un análisis documental exhaustivo que incluyó la revisión de libros, revistas, informes y opiniones de especialistas en la disciplina del derecho. Este método permitió recopilar y analizar información relevante para comprender la problemática de las hijas e hijos de madres privadas de la libertad en centros de reinserción social.

Análisis Crítico: A través del análisis crítico, se evaluaron las estrategias existentes para fortalecer la protección del interés superior del menor en los sujetos de estudio. Este método facilitó la identificación de áreas de mejora y la propuesta de soluciones innovadoras.

Estudio del Marco Legal: Se comprendió el contexto legal y normativo de la investigación desde el ámbito internacional, nacional y local. Este método fue crucial para establecer las

1 Joseph A. Maxwell, *Diseño de investigación cualitativa* (Barcelona: Gedisa Editorial, 2013), 1-25.

2 Roberto H. Sampieri, Carlos Fernández y Pilar Baptista, *Metodología de la investigación* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 2014), 154-156.

particularidades del interés superior del menor en las hijas e hijos de las madres privadas de su libertad, analizando tratados internacionales y legislación relevante.

Derecho comparado: método utilizado para conocer el abordaje legislativo en países como España, Italia y Chile. Fortaleciendo el soporte argumentativo en cuanto a normas y nuevas perspectivas que favorezcan los derechos de los infantes y de sus madres en el ámbito del presente estudio y su esfera de derechos humanos y fundamentales.

III. LOS DERECHOS DEL INFANTE SEGÚN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de los Derechos del Niño (CDN)³ como instrumento jurídico transversal de Derechos Humanos para este sector de la población está compuesta de una gran diversidad de derechos fundamentales para todos los niños, niñas y adolescentes, entre estos el derecho a la protección contra cualquier forma de discriminación y el derecho al cuidado especial para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Del instrumento citado con anterioridad en artículo tercero hace alusión al interés superior del niño en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Colocando como base la prioridad que tiene para la comunidad internacional los derechos de los infantes en cualquier sentido, lugar o circunstancia estableciendo así que ellos sean sujetos de derechos humanos y protegidos ampliamente en situaciones carentes.

Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ en su artículo 25.2 menciona que: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*, esto se concatena con la dirección y orientación de padres y madres de la CDN en su artículo 5⁵ respecto a la obligación del Estado de respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.

3 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 44/25. México, 20 de noviembre de 1989.

4 Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su (Resolución 217 A (III)). París, 10 de diciembre de 1948.

5 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5.

La situación de los hijos de madres privadas de libertad pone a relieve el riesgo de estos derechos, y las atenciones necesarias que deben tener estos grupos en situación de vulnerabilidad especialmente cuando los infantes viven con sus madres en centros penitenciarios bajo condiciones precarias, ya que de acuerdo al artículo 16⁶, todo niño tiene derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y a no ser atacado en su honra y reputación.

Este panorama convencional de derechos humanos del niño coloca al tema que atañe en este opúsculo respecto a la vulneración de los infantes cuando existe una colisión de múltiples de derechos humanos respecto a los derechos fundamentales que tienen las mujeres privadas de su libertad y los derechos de los infantes reflejando esta relación de conflicto por ausencia de actuaciones concretos por parte del Estado.

IV. LOS DERECHOS DE LOS INFANTES EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS DE SUS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco, en su artículo 22⁷, reconoce en espectro amplio los derechos de los infantes respecto a la convivencia con sus madres en Centros de penitenciarios:

Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad. Las autoridades estatales y municipales competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior.

6 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16.

7 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco de 23 de diciembre de 2015 (Periódico Oficial del Estado de Tabasco, última reforma del 11 de mayo de 2017) artículo 22.

Poniendo en especial énfasis en la garantía que posee este derecho bajo condiciones específicas, imperando nuevamente el interés superior de la niñez. En virtud de lo anterior la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁸ en su Informe sobre la situación de los hijos e hijas de madres privadas de su libertad en los Centros de Reclusión, revela después de estudios concretos y metodológicos en centros penitenciarios que:

En cuanto a la infraestructura, en la mayoría de los centros, no se dispone de un espacio adecuado, por lo que se observa que en ocasiones se comparte la cama entre madres, hijas e hijos, encontrando algunos casos en donde la interna tiene a más de una niña o niño con ella. En cuanto a las condiciones en las que viven los menores de edad en los centros penitenciarios, solamente tres de ellos cuentan con espacio suficiente para que las internas con hijas o hijos pequeños coloquen cunas, situación que pone en riesgo a los menores.

Este fenómeno social, y el conflicto de derechos entre los infantes y las madres privada de libertad, ocasiona violaciones considerables de derechos humanos. El estado de Tabasco, no exento de esto, lo que pone a colación la urgente necesidad del Estado Mexicano en darle un carácter prioritario de acción jurisdiccional y de Política Pública que genere mejoras en los centros penitenciarios de la entidad federativa antes mencionada.

De acuerdo a datos estadísticos del Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria elaborado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁹ el estado de Tabasco tiene una calificación de 5.32 en una escala de evaluación 0 a 10 respecto a la garantía de la integridad de personas privadas de la libertad, una estancia digna, reinserción social, así como la protección de los derechos humanos de grupos de personas con necesidades específicas. Resultando en evaluaciones precarias en los 17 municipios como deficiencia en los servicios de salud, de alimentación, insuficiencia de vías para la remisión de quejas de probables violaciones a los derechos humanos.

La Revictimización de los Infantes y las violaciones a sus derechos humanos relucen cuando se develan condiciones como las anteriores, ya que los hijos de madres privadas de su libertad enfrentan una forma de revictimización al ser sujetos indirectos de la condena de sus progenitoras. Esta revictimización se materializa en la exposición en condiciones de vida inadecuadas y que son contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en protección al interés superior de la niñez

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios¹⁰, mejor conocida como “Las reglas de Bangkok”, establece en el numeral 51 lo siguiente:

8 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana*. México, 2016, 11.

9 Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*, México 2022, 476-494.

10 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457) 16 de marzo de 2011) Regla 51.

1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.
2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.

Este instrumento internacional protector de derechos humanos del niño, continua generando y exponiendo las obligaciones que tiene el Estado de salvaguardar las condiciones de vida de los menores, ya que un niño, verbigracia, atendido a la regla 51 del citado instrumento sería contraproducente en un contexto como el Estado Tabasco, ya que entonces, los derechos de los menores serían respetados al permanecer con sus madres, sacrificando los otros derechos, tales como el derecho a la recreación, servicios de salud, educación etc. Por lo tanto, este conflicto entre derechos de los menores y los derechos de sus madres privada de libertad ameritan un tratamiento especializado con un corte transversal de conocimientos en aras de proteger y defender los derechos humanos de los menores de edad.

El Estado y Gobierno están obligadas en consecuencia a que todas las autoridades penitenciarias están obligadas a servicios de atención, cuidado y desarrollo integral para los infantes dentro de la prisión.

De acuerdo a investigaciones desde perspectivas socioculturales, la maternidad de las personas privadas de libertad requiere de un análisis múltiple en el que ciencias como la sociología, la psicología, el derecho o la historia también deben realizar su aportación constante. Se trata, por tanto, de un análisis inicial con el que continuar desgranando los múltiples significados sociales que ha tenido esta práctica social¹¹.

El derecho de las mujeres privadas de su libertad bajo las condiciones anteriores no cumple con los parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal¹² respecto reinserción social puesto que el sistema penitenciario aún se avoca en mayor medida a sancionar la falta con el propósito de que no se repita y con la consigna de que quien es privado de su libertad en un centro penitenciario será rehabilitado y posteriormente reinsertado a la sociedad con un comportamiento funcional¹³. Dejando de lado los derechos humanos y

11 Ignacio Alcalde., y Rocío López, “La maternidad en un centro de internamiento de menores infractores. Una revisión sociocultural de este proceso descontextualizado”, *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 18, a1802. (2019): 5.

12 Ley Nacional de Ejecución Penal del 16 de junio de 2016 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 01 de abril de 2024) artículo 36°.

13 Lucía María Dolores Zúñiga, María Inés Gómez del Campo y Yoalli Cruz, “Reinserción social, sentido del trabajo y psicología en preheliberadores de Michoacán, México”, *Revista de la Asociación Latinoamericana para la Formación y Enseñanza de la Psicología*, 9,25 (2021): 74.

fundamentales de las madres en privación de libertad, así como los de los menores de edad. Además, la falta de políticas públicas enfocadas en las necesidades específicas de estos niños agrava su situación de vulnerabilidad.

V. OBLIGACIONES DEL ESTADO AL BIENESTAR DEL INFANTE.

Las obligaciones del Estado principalmente queda develadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴, así como en numeral 19 del citado instrumento en relación a los Derechos del niño, ya que como bien establece la Convención¹⁵: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

El Estado tiene la obligación de garantizar el bienestar de todos los niños; el Derecho de los infantes en el contexto de este trabajo de investigación proclama no solamente asegurar las condiciones y especificidades jurídicas convencionales para proteger los derechos de estos, sino además se centran, tal como lo establece el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador) en su artículo 15¹⁶ en razón del derecho a la constitución y protección de la familia, así como los derechos expuestos en su artículo 16¹⁷:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Esto implica la implementación de políticas públicas que sean diseñadas con criterios de evaluación ilustradas con prácticas reales y representación social¹⁸ y bajos los parámetros de

14 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1º.

15 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19º.

16 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, artículo 15 º.

17 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador), artículo 16 º.

18 Jean – Baptiste Harguindéguy, *Análisis de Políticas Públicas* (Madrid: Tecnos, 2020) 108.

regularidad constitucional como los establecidos en su artículo cuarto, párrafo noveno, así la implementación de un control difuso de convencionalidad enfocado en los derechos de los menores de edad, que puedan asegurar mecanismos garantes de sus derechos en situaciones complejas que estos sufren en centros penitenciarios, obteniendo acceso a servicios de salud, educación, buena alimentación, cumpliendo todo el estado de bienestar de forma integral para su desarrollo.

Además, es fundamental que se realicen protocolo de actuación especializados en los derechos tanto de los menores de edad como de las madres privada de libertad en los centros penitenciarios para permitir una convivencia que respete los derechos de los niños y se promueva la reinserción social de las madres sin comprometer el bienestar de sus hijos.

VI. DERECHO COMPARADO

Las implicaciones legales dentro del derecho interno son un paso más para la debida protección integral del infante y de las madres privadas de su libertad. En consecuencia, instrumentos jurídicos de corte internacional como los ya invocados hasta ahora develan un soporte necesario para la salvaguarda de estos grupos en situación de vulnerabilidad. Los avances en materia legislativa y directrices gubernamentales respecto a la materia en países como España, Italia y Chile son los siguientes.

ESPAÑA

Hasta el año de 2023, el total de la población reclusa en cuanto a mujeres es de 4000, esto de acuerdo a datos duros proporcionados por el Anuario Estadístico del Ministerio Interior del Gobierno de España¹⁹. Lo que representa 7.1% del total de las personas privadas de la libertad en todo el país²⁰. El Estado Español en materia de mujeres privadas de su libertad por situación de centro penitenciarios el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 1/1979 conocida también como Ley Orgánica General Penitenciaria²¹, contempla el derecho de las madres a mantener a sus hijas e hijos con ellas hasta que cumplan los tres años de edad. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha procurado generar modelos que ofrezcan a los infantes un ambiente y servicios adecuados.

19 Ministerio Interior, Anuario Estadístico del Ministerio Interior del Gobierno de España, Instituciones Penitenciarias. La población reclusa en España, Julio 2024, 303.

20 Ministerio Interior, Anuario Estadístico del Ministerio Interior (España: Secretaría General Técnica, 2024), 303.

21 Ley Orgánica 1/1979 del 05 de octubre de 1979 (Boletín Oficial del Estado, última actualización publicada el 05 de junio de 2021) artículo 38.2.

Respecto a datos cuantitativos de mujeres privadas de libertad que tienen hijos o hijas, la maternidad es un fenómeno social en aumento dentro de los centros penitenciarios en España, esto se reproduce en el 75% de mujeres internas que tienen hijos. Las variables de estudio de mujeres que entran embarazadas o que quedan embarazadas son en eje importante de análisis, ya que es necesario tomar en cuenta que si el infante tiene menos de 3 años y la madre lo desea, el niño o niña puede entrar y vivir con ella hasta la edad de 3 años²².

A través del Ministerio Interior del Gobierno de España, se crearon en el año de 2004 las Unidades Externas de Madres, consistente en un modelo totalmente externo y separado del entorno carcelario. En la actualidad, aproximadamente unos 100 infantes comparten condena con sus madres en uno de los modelos disponibles. A finales del año 2015, de un total de 111 niñas y niños que vivían en centros penitenciarios con sus madres, más de la mitad se encontraban en un módulo para madres en una prisión común²³. Sin embargo, respecto a espacios suficientes al aire libre y habitaciones adecuadas para permitir una correcta libertad de movimientos eran carentes.

En Estado Mexicano y español existen políticas establecidas para la atención del interés superior del menor en las circunstancias antes descritas. Se describen algunas similitudes y diferencias entre estas políticas:

En ambos países, se reconoce que los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad son un grupo en situación de vulnerabilidad que necesita protección especial y atención específica. Asimismo, buscan garantizar los derechos de las niñas y niños, incluyendo la transversalidad de derechos a una vida digna, la salud, la educación, la protección contra la violencia y la no discriminación.

En ambos países, la promoción de la corresponsabilidad de la sociedad y las autoridades es latente respecto a los derechos de los infantes. Se busca además la participación activa de los padres y madres en la influencia de la vida de sus hijas e hijos de acuerdo a las circunstancias de casa caso.

En México, existe una política específica materializada bajo el nombre Modelo de atención para mujeres madres y sus hijas e hijos en contacto con el sistema penitenciario²⁴, perteneciente al programa de Reinserta. Tiene el objetivo de proporcionar una atención integral a la niñez

22 Gloria Tartajado, “Mujeres con hijos en prisión” (tesis de grado, Universidad de Jaén, 2019), 25.

23 Corina Giacomello, *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018), 90.

24 Banco Interamericano de Desarrollo “Reinserta – Modelo de atención para mujeres madres y sus hijas e hijos en contacto con el sistema penitenciario” BID, (2016), párr. 3, acceso el 20 de septiembre de 2024, https://desarrollo-infantil.iadb.org/es/innovaciones/region_lac/reinserta-modelo-de-atencion-para-mujeres-madres-y-sus-hijas-e-hijos-en

en prisión, brindando herramientas de apoyo a las madres para fomentar sus habilidades de crianza y fortalecer el vínculo materno-infantil.

La Ley Nacional de Ejecución Penal, en México establecen los derechos de las mujeres privadas de libertad, así como la obligación y el deber de garantizar que las instituciones penitenciarias cuenten con espacios adecuados para las mujeres privadas de libertad que tienen hijos e hijas menores de edad²⁵. En España, no se han desarrollados parámetros legislativos sobre el deber o la obligatoriedad sobre el tema en específico. Se busca garantizar el bienestar de los infantes, no obstante, no existe una política concreta para esa regulación.

ITALIA

El Estado Italiano ha tenido amplia progresividad legislativa en materia de mujeres privadas de su libertad en centros penitenciarios. Se han realizado esfuerzos concretos a partir de cada instrumento jurídico protector con énfasis en la protección de los derechos de los infantes, cohabitantes de estos centros. Desde el año 1975 a partir de la Ley N° 354 “Reglamento del sistema penitenciario y de la ejecución de las medidas privativas y restrictivas de la libertad”, que atendió por primera vez el contexto integral de las mujeres embarazadas y recién paridas en prisión, permitiendo que los niños pudieran estar con ellas hasta los tres años de edad²⁶.

Esto provocó la imperiosa necesidad de trabajar en forma interdisciplinaria para la protección de derechos de los niños y sus madres, donde a partir del decreto presidencial de república número 431 de 1976, se anexaron especialistas como pediatras, ginecólogos, parteras, entre otros profesionales de la salud. Estas medidas protectoras permitieron la posibilidad de entrada en vigor de la “Ley Gozzini” (Ley N° 663) que introdujo la posibilidad de la detención domiciliaria en caso de buena conducta por parte de la madre por penas no superiores a 2 años²⁷.

Lo innovador en materia de derechos humanos para Italia consistió en obtener, al menos en parte, medidas alternativas para evitar el contacto con el entorno carcelario de la madre y el niño en sus primeros años de vida.

La Ley N° 165, de 27 de mayo de 1998, por la que se promulgó la “ley Simeone-Saraceni”, también conocida como la “ley de vaciamiento de las cárceles”. Este instrumento legislativo se consideró ampliamente progresista por lograr que los niños o las niñas tenga una mejor y más amplia relación con su madre ya que aumentó el límite de la pena que se podía cumplir en el domicilio de 2 a 4 años, elevando la edad del niño a 10 años, siempre que conviva con la persona condenada²⁸.

25 Ley Nacional de Ejecución Penal, artículo 10.

26 Pietro Ferrara, Luca Benacquista, Alessia De Matteis “Niños en prisión con sus madres: el panorama actual”, *Pediatrics* 1,2 (2022): 18-19.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

Este plano de evolución jurídica-protectora en la materia, dio paso la legislación vigente. Y es que el año 2011 se aprobó la Ley n.º 62. Promoviendo y aplicando reformas al Código de Procedimiento Penal y a la Ley n.º 354 de 26 de julio de 1975, para proteger la relación entre las reclusas y los hijos menores²⁹. Estos últimos avances legislativos reforzaron el aumento del límite de edad de los infantes para poder vivir en prisión con sus madres de 3 a 6 años y la custodia en instituciones ICAM (Instituciones con custodia atenuada para mujeres privadas de libertad) y en hogares familiares protegidos.

Según los datos más recientes del Departamento de Administración Penitenciaria (DAP)³⁰, a 31 de enero de 2023, había hasta ese momento 17 niños y 15 madres en las cárceles italianas. El núcleo más numeroso, compuesto por 8 mujeres con 9 niños, se encontraba en el ICAM de Lauro, seguido por 3 mujeres y 3 niños en el ICAM de Milán San Vittore y una mujer con 2 niños en el ICAM de la Prisión de Mujeres de Venecia³¹.

Los ICAM son instituciones regidas bajo un modelo organizativo de tipo comunitario, ubicadas fuera de las instituciones penitenciarias tradicionales, en equipados con sistemas de seguridad. Tienen la particularidad de la no promoción a referencias que sean consideradas como cárceles. Esto en beneficio de la población infantil dentro de las mismas. Las autoridades y personales dentro de estas no usan uniforme como en los centros penitenciarios y apoyan a las madres en el cuidado infantil promoviendo que salgan al aire libre con regularidad³².

México e Italia tienen políticas públicas y avances legislativos previsores para atender el interés superior del menor cuyas madres se encuentran privadas de su libertad, existen diferencias en la forma en que se aborda esta situación en cada país como las antes expuestas, incluyendo la obligatoriedad de contar con áreas especiales para madres con infantes en prisión, los programas de atención psicológica y educativa para los niños y niñas, y los programas para la reintegración social y laboral de las madres.

CHILE

En virtud con datos proporcionados por la Gendarmería de Chile hasta 2009, “la existencia de una población femenina dentro del sistema carcelario representada por el 6% en relación a la población masculina recluida: a nivel nacional existen unas 3.500 mujeres que ingresan

29 Ley N.º 62 del 21 de abril de 2011 (Normattiva el portal del derecho).
<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2011-04-21;62!vig=>

30 Departamento de Administración Penitenciaria “Instituciones de Custodia Atenuada para Madres Presas (ICAM)”, Ministerio de Justicia (2023), acceso el 15 de septiembre de 2024,
https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/termine_del_glossario?contentId=GLO127414

31 Sofia Antonelli, “Niños en Prisión”, *Antigone* (2023), párr. 5, acceso el 15 de septiembre de 2024,
<https://www.rapportoantigone.it/primo-rapporto-sulle-donne-detenute-in-italia/bambini/>

32 Laura Giusti, “¿Qué son los ICAM?”, *Giuridicamente* (2024) párr. 2-3, acceso el 15 de septiembre de 2024,
<https://acortar.link/hTgVfC>

al sistema penal”³³. De esos datos, el número ha crecido considerablemente ya que, en los años posteriores en el Estado Chileno, hay poco más de 53,000 mujeres cumpliendo penas en cárcel. Lo que corresponde al 15% de la población Penal. El 95% de ellas son madres y unas 25, 000 mujeres tienen hijos menores de edad³⁴.

En materia de mujeres privadas de su libertad y los efectos en la infancia de acuerdo al objeto de estudio de esta investigación, el gobierno chileno ha implementado un programa de unidad madre-bebe denominado “Residencias transitorias” que permite que las madres privadas de libertad vivan con sus hijos menores de un año al interior de los recintos penitenciarios. Sin embargo, este programa es de acceso limitado ya que cuenta con pocas plazas para beneficiar a toda la población de mujeres en estos centros³⁵.

En el Decreto Ley N° 321, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en su artículo tercero ter, exponen que se “podrá conceder libertad condicional una vez cumplida la mitad de la pena privativa de libertad de forma efectiva a las mujeres condenadas en estado de embarazo o maternidad de hijo menor de 3 años”³⁶. Esto, como forma alterna de protección de acuerdo al Interés Superior del Menor cuando hay hijas o hijos en centros penitenciarios.

VI. CONCLUSIÓN

La situación de los menores de edad cuyas madres están privadas de su libertad es un reflejo de las múltiples formas en que las políticas penitenciarias pueden impactar indirectamente en los derechos de los niños. La Convención de los Derechos del Niño establece un marco para la protección de estos derechos, pero la implementación efectiva de este marco requiere un compromiso activo por parte del Estado para desarrollar políticas públicas que aborden las necesidades específicas de estos niños.

La revictimización de los infantes es una preocupación agravada por la falta de políticas públicas específicas que atiendan a sus necesidades particulares. La ausencia de un enfoque integral que considere las necesidades de los menores y las condiciones específicas de su entorno penitenciario contribuye a perpetuar ciclos de desventaja y exclusión.

33 Nayan Pavez, Paz Mena, Natalia Lobos “Percepción frente a un eventual ingreso al ciclo delictivo de hijos/as adolescentes. Madres privadas de libertad”. *Revista Estudios Criminológicos y Penitenciarios* 9, (2009):14.

34 Alejandra Cortazar, et al “¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad.” Instituto de Políticas Públicas udp, (2015):1.

35 *Ibidem*.

36 Decreto Ley N° 321, Que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, del 12 de marzo de 1925 (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, última modificación de 09 de noviembre de 2023) artículo 3 terº.

La situación de los menores de edad en centros penitenciarios no solo es un reflejo de las deficiencias en el sistema penitenciario, sino también de las fallas en el sistema de protección social y de derechos humanos. La falta de infraestructura adecuada, servicios médicos y educativos, y la inexistencia de programas de apoyo específicos para estos niños y niñas, son indicativos de una negligencia estatal que vulnera sus derechos más fundamentales.

Además, la exposición a ambientes insalubres, la falta de privacidad, y el acceso limitado o inexistente a educación y servicios de salud, configuran un escenario de revictimización y vulneración de derechos que afecta el desarrollo integral de los menores y su bienestar a largo plazo.

De la investigación desarrollada con anterioridad se esbozan las siguientes áreas de oportunidad que con medulares para la optimización de la situación entre los hijos e hijas de madres privadas de la libertad en centros de reinserción social:

- a. **Infraestructura y Servicios Básicos:** Una de las áreas de oportunidad más críticas es la mejora de la infraestructura y la provisión de servicios básicos dentro de los centros penitenciarios. Esto incluye asegurar el acceso a alimentación adecuada, servicios de salud, educación y espacios seguros y dignos para el desarrollo de los menores. La falta de estos servicios básicos pone en riesgo el principio del interés superior del menor, evidenciando la necesidad de una inversión prioritaria en estos aspectos.
- b. **Capacitación y Especialización del Personal:** Otra área de oportunidad importante es la capacitación y especialización del personal que trabaja en los centros de reinserción social. Esto es crucial para garantizar un trato adecuado y especializado tanto para las madres privadas de la libertad como para sus hijos e hijas. La capacitación debe enfocarse en los derechos de los menores, el interés superior del menor y las mejores prácticas para su cuidado y desarrollo dentro del entorno penitenciario.
- c. **Desarrollo de Políticas Públicas Integrales:** Finalmente, se identifica la necesidad de desarrollar e implementar políticas públicas integrales que aborden de manera holística las necesidades de los menores y sus madres. Esto incluye la creación de programas de apoyo psicosocial, la facilitación de la convivencia familiar en condiciones dignas y el establecimiento de mecanismos de seguimiento y evaluación de las políticas implementadas. La participación activa del Estado y la colaboración entre diferentes sectores (público, privado y sociedad civil) son fundamentales para garantizar el bienestar y el interés superior de estos menores.

Estas áreas de oportunidad, debidamente abordadas, pueden contribuir significativamente a mejorar la calidad de vida y el desarrollo de los hijos e hijas de madres privadas de la libertad, asegurar mejorar la calidad de vida y el desarrollo de los hijos e hijas de madres privadas de la libertad, asegurando su bienestar y derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Alcalde, Ignacio., y López, Rocío “La maternidad en un centro de internamiento de menores infractores. Una revisión sociocultural de este proceso descontextualizado”, *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 18, a1802. (2019): 1-23.
- Antonelli, Sofia. “Niños en Prisión”. *Antigone* (2023), párr. 5. Acceso el 15 de septiembre de 2024 desde <https://www.rapportoantigone.it/primo-rapporto-sulle-donne-detenuite-in-italia/bambini/>
- Banco Interamericano de Desarrollo “Reinserta – Modelo de atención para mujeres madres y sus hijas e hijos en contacto con el sistema penitenciario” BID, (2016), párr. 3, acceso el 20 de septiembre de 2024 desde https://desarrollo-infantil.iadb.org/es/innovaciones/region_lac/reinserta-modelo-de-atencion-para-mujeres-madres-y-sus-hijas-e-hijos-en
- Briseño, Marcela. *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2006.
- Cadoni, Luciano., Rival, Juan Martín., y Tuñón, Ianina. *Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*. Documento de trabajo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, 1ª ed. 2019.
- Castillo, Rolando. La actuación de los jueces de orden familiar en derechos de los menores de edad. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 22 (2020): 29-43. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7484111> <https://doi.org/10.25115/ridj.v0i22.3049>
- Castillo, Rolando y Hernández, Enma. *El interés superior del menor*. México: Editorial Tirant, 2019.
- Cisneros, Erika Berenice. “La reinserción social como derecho humano del sentenciado.” *Revista Hechos y Derechos*, 50 (2019).
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las condiciones de hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad en los centros de reclusión de la República Mexicana*. México, 2016, 11.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*. CNDH. México 2022.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 44/25. México, 20 de noviembre de 1989.
- Córdova, Cynthia Alejandra. “Política de reinserción social en México: La cárcel y su potencial para la reincorporación de los delincuentes a la 90 sociedad.” *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, 9.18 (2016): 105-141.

- Corina Giacomello, *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018), 90.
- Cortazar, Alejandra et al “¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad.” *Instituto de Políticas Públicas udp*, (2015): 1-10.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su (Resolución 217 A (III). París, 10 de diciembre de 1948.
- Decreto Ley N° 321, Que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, del 12 de marzo de 1925. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, última modificación de 09 de noviembre de 2023.
- Departamento de Administración Penitenciaria “Instituciones de Custodia Atenuada para Madres Presas (ICAM)”, Ministerio de Justicia (2023), acceso el 15 de septiembre de 2024.
https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/termine_del_glossario?contentId=GLO127414
- Ferrara, Pietro; Benacquista, Luca; De Matteis, Alessia “Niños en prisión con sus madres: el panorama actual”, *Pediatrics* 1,2 (2022): 18-20.
- Giusti, Laura “¿Qué son los ICAM?”, *Giuridicamente* (2024) párr. 2-3. Acceso el 15 de septiembre de 2024 desde <https://acortar.link/hTgVfC>
- Harguindéguy, Jean – Baptiste. *Análisis de Políticas Públicas*. Madrid: Tecnos, 3ra ed. 2020.
- Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco de 23 de diciembre de 2015. Periódico Oficial del Estado de Tabasco, última reforma del 11 de mayo de 2017.
- Ley Nacional de Ejecución Penal del 16 de junio de 2016. Diario Oficial de la Federación, última reforma del 01 de abril de 2024.
- Ley N.º 62 del 21 de abril de 2011 (Normativa el portal del derecho).
<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2011-04-21;62!vig=>
- Ley Orgánica 1/1979 del 05 de octubre de 1979. Boletín Oficial del Estado, última actualización publicada el 05 de junio de 2021.
- Maxwell, Joseph A. *Diseño de investigación cualitativa*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2013.
- Pavez, Nayen, Mena, Paz Lobos, Natalia “Percepción frente a un eventual ingreso al ciclo delictivo de hijos/as adolescentes. Madres privadas de libertad”. *Revista Estudios Criminológicos y Penitenciarios* 9, (2009): 10-34.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457) 16 de marzo de 2011.

- Sampieri, Roberto H., Fernández Carlos y Baptista Pilar, *Metodología de la investigación*, Ciudad de México: McGraw-Hill, 2014.
- Tartajado, Gloria “Mujeres con hijos en prisión”. Tesis de grado, Universidad de Jaén, 2019.
- Zúñiga, Lucía María Dolores, del Campo, María Inés Gómez y Cruz, Yoalli “Reinserción social, sentido del trabajo y psicología en preliberadores de Michoacán, México”, *Revista de la Asociación Latinoamericana para la Formación y Enseñanza de la Psicología*, 9,25 (2021): 73-83.

Recibido: 1/10/2024

Aprobado: 30/10/2024



Herencia del alma, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*Inteligencia Artificial y Derecho Penal.
¿Será necesario un Nuevo Concepto de Delito?*

*Artificial Intelligence and Criminal Law.
Will a New Concept of Crime be Necessary?*

Liuver Camilo Momblanc* <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2789>

Lex

* Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Oriente, Cuba.
Correo electrónico: liuverc@uo.edu.cu





Dios de la noche, óleo sobre lienzo, 90 x 145 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

En el presente artículo se reflexiona sobre la viabilidad de aplicar la teoría del delito en situaciones donde la inteligencia artificial se involucre en un hecho delictuoso o si, por el contrario, existen supuestos para los que este sistema teórico resulta en la actualidad insuficiente y deba reformularse. En este tenor se toma como referencia la legislación sustantiva penal cubana en lo que respecta al concepto de delito y la responsabilidad penal. Como conclusión principal se defiende que en la actualidad es totalmente inviable el considerar responsable en el orden penal a un sistema inteligente. En cualquier caso, el responsable siempre será un humano, ya sea de manera intencional o culposa.

Palabras clave: *inteligencia artificial, sistema inteligente, teoría del delito, responsabilidad penal, derecho penal.*

ABSTRACT

This article reflects on the viability of applying the theory of crime in situations where artificial intelligence is involved in a criminal act or if, on the contrary, there are assumptions for which this theoretical system is currently insufficient and must be reformulated. . In this sense, the Cuban substantive criminal legislation is taken as a reference with regard to the concept of crime and criminal responsibility. The main conclusion is that it is currently totally unfeasible to consider an intelligent system responsible in the criminal order. In any case, the person responsible will always be a human, whether intentionally or negligently.

Keywords: *artificial intelligence, intelligent system, theory of crime, criminal responsibility, criminal law.*

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad actual, intitulada “sociedad del riesgo”¹, “sociedad del riesgo regulado”², “sociedad sentimentalizada”³ o “sociedad inteligente”⁴, se caracteriza por la celeridad del cambio, el conocimiento científico-tecnológico, su rápida transferencia en tiempos de globalización y la autorización de ciertas conductas, procesos o creaciones que generan riesgo, en tanto sean necesarios para el logro de fines lícitos y ventajosos a la colectividad. Sociedad, ciencia y tecnología se encuentran en constante intercambio con notables implicaciones jurídicas mientras se presenta el desafío de mantener equilibrados los niveles de comunicación entre ellas⁵.

La problemática radica en el hecho de que los avances que marcan el impulso de la sociedad contemporánea pueden llegar a ser incontrolables en muchas esferas, al estar condicionados por una dinámica suscrita bajo los pares desarrollo-vulnerabilidad, progreso-inseguridad. De ahí que se deba actuar con el máximo cuidado posible, extremando la diligencia debida para

1 U. Beck, “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Diálogo Científico. *Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía*, Tübingen, 6(1) (1997); U. Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (R. S. Carbó, Trad.), (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A. 2008).

2 L. Varela, “Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-02-2019): 1-31.

3 Universidad de Capellania., “Los riesgos de la sociedad sentimentalizada”. cap.info, 2001, 132.
<http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada>

4 UIT-Comisiones de Estudios, “Un enfoque holístico para crear sociedades inteligentes”, 2019.
www.itu.int/es/ITU-D/study-groups

5 Ana Dobratinich, G. “Derecho y tecnologías. Diálogo in-calculables”, *Derecho y nuevas tecnologías* 1.a ed. (2021): 1-13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

evitar resultados lesivos a bienes fundamentales, pues el ritmo del crecimiento alcanzado por los avances tecnológicos se hace cada vez más visible en los más diversos ámbitos.

En este escenario, la tolerancia de determinados niveles de riesgos obedece a la valoración social de las conductas humanas que conduce a aceptar como normales y prudentes, acciones que en abstracto entrañan un peligro, en la medida en que los beneficios que producen deben ser superiores a los posibles perjuicios. Sin embargo, al mismo tiempo, se manifiesta una resistencia psicológica a la admisión de la producción de daños por azar, en el entendido de que la mayor parte de los peligros no se pueden concebir sin algún tipo de intervención de las decisiones humanas⁶. En otras palabras, es ostensible el rechazo de la propia sociedad a que ciertos daños puedan no tener su origen en un comportamiento descuidado de alguien como persona física o natural.

La inteligencia artificial (IA) o sistemas inteligentes en sus diferentes expresiones, ya sea como algoritmos de aprendizaje autónomo (*Machine Learning*) y aprendizaje profundo (*Deep Learning*), la mecatrónica y la robótica, son merecedores de un análisis particular como expresión del referido desarrollo científico-técnico. De una parte, su uso funcional e impacto en diversos sectores —industria, medicina, servicios asistenciales en general, educación, cine, negocios, marketing, biotecnología, medioambiente, agricultura, etc.—⁷ es indiscutible y convenientemente útil. En cambio, su progresiva instrumentación también revela complejas cuestiones morales asociadas a los daños que estos sistemas pueden ocasionar. Por ende, no es de extrañar que al jurista le apasione y al mismo tiempo preocupe el ritmo del actual fenómeno tecnológico social⁸.

El derecho no debe mantenerse al margen de esta realidad frente a la necesaria evaluación de la responsabilidad por las acciones lesivas que los denominados sistemas inteligentes puedan ocasionar. Un sistema jurídico que se muestre ajeno a los avances tecnológicos, los beneficios y peligros que le son inherentes, reflejará un estado anacrónico de su ordenamiento legal que conlleva riesgos para la seguridad colectiva, objeto último de tutela por el derecho, especialmente desde una perspectiva jurídico-penal.

En 1981 un robot en Japón confundió a un trabajador de una fábrica de motocicletas con una amenaza para sus tareas y calculó que la forma más eficiente de eliminar esta amenaza era

6 J. M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. (Madrid: Civitas, 2001).

7 A. Morán Espinosa, “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?” *IUS*, 15(48) (2021): 289-323.

8 J. R. Agustina, J. R. “Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del cibercriminológico?” *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI; I Laguna Pérez, “Inteligencia Artificial y Atribución de la Responsabilidad Penal”, Tesis de grado. Leioa: Universidad del País Vasco 2021; G. Laín Moyano, “Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente”. *Ars Iuris Salmanticensis*, 9, (2021): 197-232.

empujándolo a una máquina adyacente en movimiento y le causó su muerte. De la misma forma, en Estados Unidos (2016) un auto con un sistema inteligente y automático de conducción confundió a un camión cuya parte trasera era del color del cielo, con el cielo mismo y, por ende, siguió su camino ocasionando un choque mortal para el conductor⁹. Estas situaciones que fueron imaginadas por la ciencia ficción comienzan a tener una auténtica virtualidad en la era de la ciber-civilización en la que la sociedad se mueve al ritmo que le marca la tecnología.

Bienes jurídicos como la vida de las personas se están viendo afectados por la introducción de la IA en determinados ámbitos del tráfico jurídico. Así, el derecho penal viene obligado a plantearse si su sistema y teorías responden o no a las problemáticas que están surgiendo. Es más, como señala Morales¹⁰, las nuevas tecnologías suelen dejar obsoletos de manera instantánea no solo productos, sino teorías que no pueden acompañarlas.

A la vista de los casos anteriores, resulta inevitable enunciar las siguientes interrogantes: ¿Quién sería el autor del hecho: la máquina, robots, sistema inteligente o su productor? ¿Quién debe ser responsabilizado por el resultado lesivo? ¿Será necesario un nuevo concepto de delito? Urgen respuestas, cuando, infelizmente, no se han formulado todas las preguntas. En cambio, como señala Ana¹¹, la única certeza que tenemos es que la tecnología continúa ampliando sus producciones y alcances.

La IA plantea desafíos importantes al derecho penal, tanto en relación con la teoría del delito como la teoría de la intervención delictiva y la responsabilidad penal. De ahí que se haya afirmado que este “es uno de los muchos retos a los que tiene que hacer frente la justicia del siglo XXI”¹².

Sobre esta temática las publicaciones científicas son cada vez más frecuentes y las posturas en particular no son pacíficas. Sin embargo, los cultores del derecho penal en Cuba le han dedicado poco espacio, esencialmente desde la perspectiva de la teoría del delito. Debido a las limitaciones en el acceso a determinadas tecnologías, constituye un tema que en este pequeño archipiélago del Caribe se miraba con ciertos tintes de futurismo.

En el país, la IA no es tema del futuro lejano, se trata ya de un asunto tangible. Desde hace unos pocos años un grupo de investigadores avanza en un proyecto sobre IA con una

9 F. Emilia Raffó, F. *Nuevas tecnologías y derecho penal: la responsabilidad penal en la era de la inteligencia artificial*, (Tesis de grado. Buenos Aires: Universidad San Andrés 2019), 1; A.M. Morales Moreno, “Inteligencia Artificial y Derecho Penal: primeras aproximaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 53, (2021): 177-202, pp181.

10 A. M. Morales Moreno, op. cit.

11 G. Ana Dobratinich, op. cit.

12 F. Castillo y S. Tomás, “Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral”, *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, (Roma: Roma TrE-Press, 2023), 215.

prestigiosa universidad en China¹³ e incluso se reconoce que el país cuenta con especialistas muy bien formados en esa materia. El proyecto se inscribe en la Estrategia Nacional de Desarrollo de la IA en Cuba, que a su vez responde al programa sectorial de la industria cubana del *software* y al proceso de informatización de la sociedad, dirigido por el Ministerio de Comunicaciones. Hoy, se puede afirmar que la IA se considera imprescindible para avanzar en la informatización de la sociedad cubana. En efecto, se pronostica que su empleo generalizado ocurrirá de manera vertiginosa, a un ritmo que las personas no imaginan¹⁴.

Lo anterior justifica que desde un enfoque proactivo nos insertemos en el debate que en el derecho comparado se desarrolla sobre la posible responsabilidad penal derivada de los usos, acciones y omisiones de estos sistemas inteligentes, lo cual constituye el objeto de análisis de este artículo. Con tales propósitos se realiza una breve introducción al concepto de IA y sus principales características para presentar, una vez definido el contexto objeto de evaluación, las reflexiones que se están promoviendo en relación con la teoría del delito y la IA.

Para dar cumplimiento al objetivo, se acudió a una metodología de tipo descriptiva analítica, que se fundamenta en los métodos analítico-sintético, inductivo-deductivo y exegético-jurídico, apoyados por la técnica investigativa de la revisión bibliográfica. El texto se divide en dos ejes: 1) La IA. Una necesaria e ineludible definición accesible al jurista, 2) La IA en la teoría del delito: ¿se le puede atribuir responsabilidad penal? En este sentido, la responsabilidad jurídico-penal, derivada de la actuación perjudicial de un sistema inteligente, se torna una cuestión crucial, la cual debemos abordar para garantizar el imprescindible grado de transparencia, coherencia y seguridad jurídica que esta nueva realidad demanda.

13 El proyecto de creación del Instituto Internacional de Investigaciones en Inteligencia Artificial en la Universidad de Estudios Internacionales de Hebei, lo dirige a nivel de país la Universidad de Camagüey, aunque participan en él otros centros de altos estudios como la Universidad Central de Las Villas, la UCI, la Cujae, entre otros. Surgió en el año 2019, fruto de la colaboración bilateral entre Cuba y China. *Inteligencia artificial en Cuba: y no es ciencia ficción*. <https://www.citma.gob.cu/inteligencia-artificial-en-cuba/>

14 Granma “Inteligencia artificial en Cuba: Y no es ciencia ficción”, 2023, <https://www.citma.gob.cu/inteligencia-artificial-en-cuba/> ; A. Perera Robbio, *Inteligencia Artificial: el bienestar posible*, 2023 <https://www.presidencia.gob.cu/es/noticias/inteligencia-artificial-el-bienestar-posible/> ; L. Soler Milanés, *Estrategia de Desarrollo de la IA en Cuba, un proyecto para la transformación digital*, 2023. <https://www.cubahora.cu/ciencia-y-tecnologia/estrategia-de-desarrollo-de-la-ia-en-cuba-un-proyecto-para-la-transformacion-digital>

II. LA IA. UNA NECESARIA DEFINICIÓN ACCESIBLE AL JURISTA

En una obra colectiva relativa a los sistemas inteligentes, el apartado sobre su evaluación como posibles fuentes generadora de responsabilidad penal, tema que concierne a la *ultima ratio* del derecho, con certeza se encuentra precedido por varios trabajos que se habrán referido de manera brillante a la definición de la IA. Ello nos evita tener que detenernos en este aspecto; sin embargo, no lo omitimos totalmente en tanto siempre hay quienes tras una revisión del índice ubican aquellas temáticas que resultan de su particular interés y realizan el estudio de la obra sin ajustarse a la sistemática seguida en su concepción; máxime cuando el potencial lector no tiene por qué entender o saber inicialmente las especificidades de la temática a abordar. Es por ello que, sin ninguna pretensión de exhaustividad, a riesgo de parecer reiterativo, se presenta una definición de IA que consideramos imprescindible para incursionar en el arcano más complejo de su relación con el derecho penal, desde la perspectiva de si pueden estos sistemas considerarse responsables de la comisión de delitos.

La génesis de la expresión IA se ubica en el año 1955 vinculado a diferentes áreas de conocimiento que van desde la filosofía, la computación, las matemáticas, psicología o biología. De ahí que existan multitud de aristas alrededor de este concepto que dificultan una concreción terminológica unitaria o unívoca al respecto¹⁵. Sea como fuere, su concepción se fundamentaba en la idea de la realización de actividades que requieren algún grado de inteligencia, mediante determinados sistemas y de los programas que pueden desarrollarlos.

La diversidad de definiciones que se atesoran en la literatura científica es muestra irrefutable de la preocupación que existe sobre la IA y de las dificultades para alcanzar un consenso en esta dirección. De hecho, constituye un campo extenso en constante y vertiginosa evolución. Al mismo tiempo, la explicación cambia dependiendo de la disciplina que trata de abordarla, los objetivos que se pretenden conseguir con ella o el criterio (qué hace o por cómo funciona atendiendo a sus características técnicas) que se tome como referencia¹⁶.

Así, por ejemplo, la Asociación por el avance de la IA, la definió como “la disciplina científico-técnica que se ocupa de la comprensión de los mecanismos subyacentes en el pensamiento y la conducta inteligente y su incorporación en las máquinas”¹⁷. John McCarthy,

15 F. Miró Llinares, “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), (2018): 91; D. L. Morillas Fernández, “Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho Penal”, *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, 64. Roma: Roma, TrE-Press, 2023; A. B. Muñoz Rodríguez, “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36) (2020): 699; J. Valls Prieto, “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24(27) (2022): 5.

16 F. Miró Llinares, op. cit.

17 AAI, 2016, 1, Association for the advancement of artificial intelligence.
<https://ai100.stanford.edu/2016-report/section-i-what-artificial-intelligence/defin- ing- ai>

a quien se le atribuye el término, lo definía como la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial máquinas inteligentes de computación¹⁸. Como señala Valls¹⁹, en el ámbito de la ingeniería estos conceptos pueden ser suficiente para abarcar todos los aspectos que van surgiendo en esa disciplina. En cambio, desde el punto de vista jurídico no aportan los puntos claves que faciliten el análisis a la hora de resolver los problemas legales que puedan surgir derivado de su instrumentación en la sociedad.

Desde esta perspectiva, destaca la definición que realiza un Grupo de Expertos de Alto Nivel en IA de la Unión Europea, por cuanto facilita determinar el contenido y alcance de esta tecnología. También establecen pautas para su uso adecuado con la creación de las correspondientes guías éticas. Referente a la definición sostienen:

Los sistemas de inteligencia artificial son elementos de software (y en su caso, también de hardware), diseñados por seres humanos y que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital, perciben su entorno mediante la adquisición e interpretación de datos estructurados o no estructurados, razonan sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivada de estos datos e identifican y adoptan la(s) mejor(es) medida(s) a tomar para lograr el objetivo determinado²⁰.

Como se puede apreciar, existe una gran diferencia entre las conceptualizaciones que interesan a los creadores y las que interesan a los juristas. Particularmente esta definición formulada en las guías éticas de la Comisión Europea se considera acertada para el mundo jurídico, porque de su lectura se vislumbra con claridad que la IA es un instrumento creado por los seres humanos y, en principio, no va a realizar ninguna tarea que no sea predeterminada por estos. Toda su actuación está basada en datos obtenidos previamente, detrás de los cuales, en algún momento anterior, ha intervenido un ser humano. Además, cada sistema tiene un objetivo determinado en su función, y por ello, al demarcar el ámbito de aplicación práctico es posible definir medidas de cuidado concretas para evitar un impacto negativo de su instrumentación²¹.

Desde la perspectiva que interesa al jurista, la asunción del concepto de IA fiable que aporta este grupo de expertos atendiendo al cumplimiento de los principios que enumeran [Intervención y supervisión humanas, solidez y seguridad técnicas, privacidad y gestión de datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y medioambiental, rendición de

18 G. Laín, op. cit., 200; Morales, op. cit., 182; Muñoz, op. cit., 699

19 J. Valls, op. cit., 7.

20 J. Valls, op. cit.; D. L. Morillas, op. cit., 68; Comisión Europea (2019b) 6. High-level expert group on artificial intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI.
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

21 D. L. Morillas Fernández, op. cit., 68; J. Valls Prieto, op. cit. 10.

cuentas²² nos va a permitir determinar qué ha de entenderse como comportamiento debido en el desarrollo y uso de estos sistemas y poder centrarnos en qué elementos son importantes para delimitar la responsabilidad penal²³.

En síntesis, desde una perspectiva jurídica se debe tener presente que el origen del sistema de IA se encuentra embrionariamente ligado al ser humano y no goza de absoluta autonomía. Hasta hoy estos sistemas no son capaces de alcanzar una independencia total, lo cual resulta fundamental al objeto de delimitar el ámbito de la responsabilidad penal derivada de actuaciones ilícitas en las que puedan estar implicados²⁴.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA IA: ¿PERSONA NATURAL, JURÍDICA O ELECTRÓNICA?

Hart subrayó que el término responsabilidad puede entenderse al menos en cuatro sentidos: 1) responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel o rol social (*role-responsibility*); 2) responsabilidad en el sentido de factor causal (*causal-responsibility*); 3) responsabilidad como capacidad o estado mental (*capacity-responsibility*) y; 4) responsabilidad como sancionabilidad (*liability-responsibility*)²⁵.

Según su postura la “responsabilidad como sancionabilidad” se erige en concepto central que abarca la mayoría de los supuestos en los que aparece el término en los diferentes ámbitos normativos²⁶. Por otra parte, Molina Fernández, aunque bajo en *nomen iuris* “responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo”, también sostiene que es la noción más habitual de esta expresión en la ciencia jurídica. Con ella se identifica quién o quiénes deben responder por un hecho, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a su existencia²⁷.

22 Comisión Europea (2019a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”.

23 J. Valls, op. cit., 11.

24 D: L. Morilla, op. cit., 87.

25 P. Larrañaga Monjaraz, “El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea”. (Tesis doctoral. Alicante: Universidad de Alicante, 1996), 107-112; C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho* (2.a ed. ampliada y revisada). (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea 2003), 165-235.

26 P. Larrañaga, op. cit., 373; M.B. Méndez López. “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales”. (Tesis doctoral. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente 2009), 10; Nino, op. cit., 187.

27 F. Molina Fernández, “Presupuestos de responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (2000): 172-176.

De acuerdo al esquema propuesto por Hart, este concepto sigue la senda: deber-antijuridicidad-responsabilidad²⁸. En palabras de Vodanovic: “Primero aparece el deber; después, sucesiva y condicionalmente al incumplimiento, la responsabilidad por no haber cumplido”²⁹. Una lógica elemental conecta las responsabilidades a los deberes pues, como asevera Valdés: “Al deber jurídico le acompaña siempre la responsabilidad por su incumplimiento”³⁰. Por tanto: “La responsabilidad: no es sino un deber jurídico sucedáneo de un deber primario. Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior”³¹.

Desde la perspectiva del derecho penal, en la doctrina cubana Quirós señala: “[...] la responsabilidad jurídico-penal consiste en la obligación que tiene un sujeto imputable de sufrir las consecuencias legalmente instituidas (las sanciones o penas), por la perpetración de un hecho socialmente peligroso (diríamos hoy socialmente lesivo) y antijurídico también previsto en la ley (los delitos)”³².

También, Méndez, define la responsabilidad penal: “[...] como aquella que se origina ante la vulneración del deber de abstención de [...] cometer delitos, que implica la sujeción de quien quebrantó dicho deber de la obligación de sufrir una pena y soportar otras consecuencias”³³. En efecto, la responsabilidad penal es la obligación que tiene un sujeto imputable de sufrir las consecuencias legalmente instituidas como consecuencia de la comisión de un delito.

Conforme a esas definiciones, la responsabilidad en sede penal se origina en el momento en que se comete un hecho que reviste carácter delictivo dando lugar a una relación jurídica entre el Estado y el agente comisario. Sobre la base de esa relación, el primero se encuentra legitimado para imponer la sanción correspondiente y el infractor tiene la obligación de sufrir las consecuencias jurídico-penales del acto delictivo realizado. Por ende, su determinación remite al examen de aspectos teóricos de viva polémica en el derecho penal como los relacionados con la teoría del delito, la cual ofrece un esquema metodológico que permite su establecimiento³⁴.

28 M. B. Méndez López, y M. Goite Pierre, “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba”, en *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 179.

29 A. Vodanovic, *Manual de Derecho Civil* (Vol. I), (Santiago de Chile: Editorial H. T. 1995), 191.

30 C. del C Valdés Díaz. “La relación jurídica civil”, en *Derecho Civil Parte General*, (La Habana: Editorial Félix Varela 2005), 98; C. del C. Valdés Díaz, Artículo 22. En *Comentarios al Código Civil Cubano* (t. I. Disposiciones Preliminares. Libro Primero Relación Jurídica). (La Habana: Editorial Félix Varela, 2013), 348.

31 A. Vodanovic, op.cit., 191. Vodanovic, A. (1995). *Manual de Derecho Civil* (Vol. I). Santiago de Chile: Editorial H. T.

32 R. Quirós Pírez, *Manual de Derecho Penal* (vol. III). (La Habana: Félix Varela, 2002), 3.

33 M. B. Méndez López, “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales”, (Tesis doctoral. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 2009), 19.

34 F. Muñoz Conde, & M. García Arán, M. *Derecho Penal Parte General* (8.a ed., revisada y puesta al día), (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010) 201 y ss. ; C. Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (D.-M. Luzón Peña, M. D., García Conlledo y J. De Vicente Remesal, trads.) 2.a ed., vol. I. (España: Civitas, S. A. 1997) 196 ; E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, A. *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1.a ed. (Buenos Aires: Ediar, 2005), 292.

No obstante, antes de entrar en el ámbito de la teoría del delito, resulta prudente hacer referencia a los sujetos de la responsabilidad penal y los requerimientos que deben cumplir para que esta le pueda ser exigible. En la doctrina jurídica consolidada no existe duda en que la responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y, en términos generales, la opinión dominante sostiene que también lo es a las personas jurídicas. Así lo establece el vigente Código Penal en su artículo 17 (Ley 151/2022). En este sentido, la interrogante que habría que responder es la de si se podría concebir a los sistemas inteligentes como personas físicas o jurídicas.

El concepto de persona física supone un ente humano, cuya personalidad jurídica la adquiere al momento de nacer con vida: ello demanda el cumplimiento de dos exigencias biológicas esenciales: nacer, lo cual se traduce en el desprendimiento del claustro materno, y nacer con vida³⁵. En consecuencia, por muy avanzada que pueda llegar a ser la IA y por mucho que pueda emular la inteligencia humana, no puede clasificarse bajo esta categoría jurídica para introducirse en el ordenamiento jurídico³⁶.

Además, como reza el concepto de responsabilidad jurídico-penal, esta es exigible a un sujeto imputable. La imputabilidad desempeña en este terreno un cometido significativo de tal forma que sin imputabilidad no hay responsabilidad. Ella consiste en la capacidad exigida por el derecho penal a un sujeto determinado para que deba responder en el orden jurídico-penal. Para alcanzar esa capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y autodeterminarse, se requiere tanto un determinado nivel de salud mental, como una cierta madurez de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas. Si la salud mental está totalmente abolida o si el nivel de madurez psíquica resulta insuficiente, se dice que el sujeto es un inimputable. De ahí que no todas las personas físicas sean sujetos de la responsabilidad jurídico penal³⁷ (Laín, 2021, p. 208; Quirós, 2002, p. 4). A la luz de nuestra legislación sustantiva penal, solo quien tenga cumplido los 16 años de edad al momento de cometer el hecho punible y además posea adecuada salud mental puede ser sujeto de la responsabilidad penal³⁸.

La otra posibilidad es la de considerar y, por tanto, equiparar a los sistemas inteligentes con las personas jurídicas, figura legal ficticia —en tanto no tiene existencia individual física— a la que se le reconoce capacidad legal para ser sujeto de derechos y obligaciones³⁹. Sin embargo, esta posibilidad también es definitivamente inviable pues se vislumbran diferencias que determinan una valoración jurídica diferente.

35 L. B. Pérez Gallardo, *Código Civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (Anotado y Concordado)*, (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales 2011) 33 art. 24 ss.

36 G. Laín, op. cit., 202.

37 G. Lain, op. cit., 208; Quiroz, 2002, op. cit., 4.

38 Ley 151/2022, p. 22562, 2564 arts., 18.1 y 22.1

39 L. Pérez, op.cit, 41 arts. 39.1 ss.

En particular, resalta el hecho de que las personas jurídicas, al carecer de cuerpo físico, actúan a través de representantes. De hecho, estas se configuran sobre la unión de un grupo de personas físicas, algo claramente alejado de los sistemas inteligentes. Además, la IA en determinados supuestos podría realizar operaciones jurídicas por sí misma sin necesidad de la participación de una persona física. Del mismo modo, puede causar daño de forma autónoma; sin embargo, una persona jurídica no causa daño por sí misma, sino a través de sus representantes⁴⁰. Lo anterior, en virtud de que para la consumación de un tipo penal se requiere la confluencia de un comportamiento humano lesivo a los intereses de la sociedad.

De cualquier forma, a la persona jurídica se le reconoce personalidad jurídica con base en la capacidad de obrar de las personas naturales que integran esas entidades jurídicas. Los miembros que integran esas entidades son, por supuesto, seres humanos. De ahí que, en sentido jurídico, la capacidad de obrar demande tener un determinado grado de madurez o discernimiento. Esa capacidad de autogobierno es lo que nos convierte en personas capaces. En efecto, la IA podría en un futuro llegar a autogobernarse, pero, como señala⁴¹ si algo así sucediese, sería indiscutiblemente con una inexistencia total de la dignidad típica de la personalidad jurídica. De cualquier modo, la IA con capacidad de autoconsciencia, autogestión y autoaprendizaje creativo está muy lejos del presente.

En síntesis, siguiendo el esquema de Hart, tomando en consideración todo cuanto se ha expuesto, no se configura la responsabilidad jurídica como sancionabilidad en relación a la IA porque, al menos, no se cumplen dos de los presupuestos. La responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel o rol social (*role-responsibility*) y la responsabilidad como capacidad o estado mental (*capacity-responsibility*). En el primer caso porque hasta la fecha la IA adolece de personalidad jurídica y en relación al segundo presupuesto, porque igualmente adolece de capacidad o estado mental.

Finamente, no se puede obviar en este estudio la posibilidad que se plantea por un sector doctrinal sobre la creación de una nueva categoría jurídica denominada persona electrónica, que representaría una figura intermedia entre las personas físicas y las personas jurídicas. Exponen que, al crear una condición específica, se eludirían confusiones y malentendidos de las normas aplicables a otras categorías jurídicas. Bajo este término se concedería personalidad jurídica a los sistemas dotados de IA fuerte; básicamente aquellos sistemas inteligentes más complejos, que tomen decisiones autónomas o se relacionen con terceros de forma independiente. En consecuencia, podrían ser responsables de reparar los daños que ocasionen en el tráfico jurídico⁴².

40 E. Almazán Salazar, *Personalidad electrónica de los robots. Implicaciones y retos legales de la Inteligencia Artificial. Propuesta lege ferenda de lex robótica*, (Madrid: Juristas con Futuro, 2021) 37; Morillas op. cit., 77; M. J. Santos González, "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (4) (2017): 39.

41 G. Laín, op.cit., 203.

42 G. Lain, op. cit., 204.

Sin embargo, la opinión dominante señala que aún no existe claridad sobre el grado de desarrollo idóneo para otorgar legalmente el estatus de persona electrónica a la IA y al parecer aún está lejos de concretarse de una forma precisa⁴³. Al menos hoy para crear una nueva categoría de persona tan compleja y delicada, los argumentos que se han planteado por quienes defienden esta idea son absolutamente cuestionables y su asunción devendría en peligrosa fuente de confusiones.

Por muy singulares y cautivadores que resulten, los sistemas inteligentes no pueden ser, en modo alguno, personas o sujetos de derechos sino objetos de derecho. Habrá que buscar la responsabilidad en el origen humano para garantizar así la seguridad jurídica, tanto para las personas que participan en su fabricación y producción como para los consumidores y usuarios.

IV. LA IA EN LA TEORÍA DEL DELITO: SE PONE A PRUEBA LA CAPACIDAD DEL SISTEMA

De acuerdo con Roxin: “En la moderna dogmática del derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad”⁴⁴. Conforme a este modelo teórico de larga tradición dogmática: “(...) toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad”⁴⁵.

Quien tenga que emitir un juicio sobre la relevancia jurídico-penal de una conducta debe proceder siguiendo el orden previamente marcado por este esquema dogmático. Si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y los demás criterios de la punibilidad. Este carácter secuencial de la definición del delito obliga a tratar y resolver en cada categoría los problemas que en ella se presentan antes de pasar a la siguiente, de modo que si no se materializa alguna, no hace falta examinar la siguiente y no se completa el juicio de la responsabilidad penal como sancionabilidad^{46, 47}.

43 Idem.

44 C. Roxin, op. cit., 193.

45 Idem.

46 L. Camilo Momblanc, “Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica”, (Tesis doctoral, Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 2021) 10 y ss.; M. B Méndez López y M. Goite Pierre, “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba”, *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España* (Valencia: Tirant lo Blanch 2012) 120; C. Roxin, op. cit., 207.

47 La teoría del delito, en tanto que estructura conceptual que pretende facilitar el análisis normativo de la realidad delictiva, sirve con vocación de permanencia a la función de dotar de una mayor previsibilidad y seguridad a los operadores jurídicos en la tarea de interpretar las categorías dogmáticas y, en última instancia, los tipos penales. (H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (Traducción de la 5.a ed. alemana, vol. I), (Perú: Instituto Pacífico S. A. C. 2014) 290.

Por lo que respecta al presente estudio, la interrogante que conviene analizar es si el referido sistema, anclado en sus principios clásicos, también se erige como un modelo válido para resolver los problemas de atribución de responsabilidad jurídico-penal a la IA o será necesario un nuevo concepto de delito.

Sobre esta incógnita reciente, propia de la sociedad moderna, asombrosamente hay montañas de bibliografía y como es natural las posturas distan mucho de ser pacíficas. Algunos autores⁴⁸ plantean la existencia de tres modelos de responsabilidad: perpetrador por medio de otro, consecuencia natural probable, y el de responsabilidad directa. Según su opinión se pueden aplicar, incluso de forma combinada, en función de las circunstancias que presente cada caso. No obstante, otros distinguen la responsabilidad atendiendo a los sujetos que intervienen en la fabricación o en el empleo de la IA⁴⁹.

Sea como fuere, esta problemática puede ser analizada desde tres constelaciones de casos⁵⁰. En primer orden, pueden ejecutarse delitos por una persona que se sirve de la IA mediante una programación específica, mediante el *hakeo* del sistema, etcétera. En segundo lugar, se valora la responsabilidad del creador del sistema o del usuario con base en la inobservancia de los deberes de cuidado. Finalmente, se nos muestra el reto de la posible consideración de los sistemas de IA más avanzados como sujetos susceptibles de reproche penal en tanto se abre la posibilidad de que puedan adoptar decisiones al margen de la voluntad humana de su creador o usuario.

El primer supuesto no presenta dificultad desde el punto de vista de su valoración jurídico-penal. Como sostiene Quintero, el que dispone de capacidad para programar la “actuación” de un robot inteligente —ya sea un humanoide o una máquina sin forma humana— con la finalidad de delinquir, habrá cometido un delito. En ese caso solo han cambiado los medios de tal modo que nos encontramos ante la delincuencia tradicional que se vale de estos sistemas como un instrumento, herramienta o medio más de ejecución del delito⁵¹. En efecto, la utilización de la IA para cometer un ilícito penal presupone que el dominio del hecho siempre le corresponderá al humano y, por tanto, la imputación se realizará con base en la comisión directa y personal de la acción típica por la persona física⁵².

48 A. Morales, op.cit.

49 J. Valls, op. cit.

50 F. Emilia, op. cit.

51 G. Quintero Olivares, G. (2017). La robótica ante el Derecho Penal. El vacío de respuestas jurídicas a las desviaciones incontroladas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (1),(2017). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6395897>

52 E. Almazán, op.cit., 46; D. S. Dupuy de Repetto, “Inteligencia artificial aplicada al Derecho Penal y Procesal Penal”, en *Cibercrimen II*. (Buenos Aires: Editorial B de f, 2018) 297; I. Laguna, op. cit., 13; D. L. Morillas, op. cit., 78.

El segundo supuesto inevitablemente remite al régimen de la responsabilidad penal culposa⁵³. En consecuencia, ante la producción de un resultado lesivo causado por la IA, corresponde analizar, como en cualquier otro supuesto culposo, si las fallas del sistema o en su operación obedecen a la infracción del deber objetivo de cuidado, ya sea por su creador (defecto de construcción) o el usuario. Al mismo tiempo, se deberá valorar el elemento de la previsibilidad y la evitabilidad; es decir, si tales irregularidades eran previsibles y si el daño ocasionado podría haberse evitado de haberse tenido más cuidado en su producción o en su operación. Por consiguiente, es sin duda viable, coherente y sensato considerar a los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios, como objetivamente responsables de los daños que puedan causar los sistemas dotados de IA.

A la luz de lo anterior, el fabricante puede exonerarse si se considera que, aplicando los conocimientos de la ciencia y de la técnica imperante en el momento en el que se causa el daño, este era del todo inesperado e imprevisible y, por tanto, el defecto no se podía prever ni se podía evitar. De lo contrario, el no tratar con sumo cuidado la excepción de los riesgos del desarrollo de estos sistemas constituye un gran peligro, pues es muy posible que en la mayoría de los casos de IA se pueda dejar una puerta abierta para la negligencia⁵⁴.

Sobre este extremo, Valls hace especial hincapié en la necesidad de determinar cuáles son las normas de cuidado que se tienen que respetar y que son exigibles a los ciudadanos en el diseño y uso de sistemas inteligentes para poder delimitar quién ha cometido el delito. De ahí la importancia de establecer medidas de seguridad previa, estándares mínimos que deben cumplir los productores y usuarios en la creación y utilización de estos sistemas⁵⁵. No debemos estimular el desarrollo de la IA para temerle y en razón de ello no se deberá introducir en la sociedad lo que el ser humano no sea capaz de controlar dentro de ciertos márgenes de riesgo.

Cualquier tecnología es en potencia dañosa y no por ello se prescinde de su utilización o frena la innovación, dado los beneficios que ofrece. Es imposible garantizar al 100 % que un producto no será capaz de causar un daño. Para una justa evaluación de la responsabilidad culposa y su distinción con el caso fortuito o supuestos que se consideren imprevisibles o inevitables, se recomienda realizar una valoración en dos momentos cruciales: 1) antes de empezar a diseñar el sistema inteligente; y 2) antes de su lanzamiento al público en general. De esta evaluación debe quedar constancia, de tal forma que el juez pueda determinar si se

53 L. Camilo Momblanc y M. E. Jardines O’RyanI, “Infracción del deber de cuidado y responsabilidad penal del profesional de la salud” *Revista Información Científica. Universidad de Ciencias Médicas de Guantánamo*, 102(2023): 1-12; L. Camilo Momblanc, y L. Medina López, “La defensa técnica efectiva en los delitos por imprudencia”, *Boletín ONBC, Revista Abogacía*, (68), (2022): 29-46.

54 G. Lain, op. cit., 213.

55 J. Valls, op. cit., 33.

han cumplido las medidas adecuadas para mitigar los riesgos conocidos y, en algunos casos, también los desconocidos⁵⁶.

En la doctrina alemana Jescheck y Weigend distinguen entre un “deber de cuidado interno” y un “deber de cuidado externo”, como dos dimensiones de la diligencia y atención exigibles al sujeto en aras de evitar lesiones de bienes jurídicos. Estas dimensiones sirven para determinar cuándo la conducta se encuentra dentro del riesgo permitido. El primero obliga a identificar y valorar los peligros que acechan al bien jurídico protegido, porque todas las precauciones destinadas a evitar un daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante. El segundo exige la adopción de un comportamiento externo adecuado que evite la ocurrencia del resultado típico que la identificación y valoración del peligro amenazante supone⁵⁷.

Con arreglo al deber de cuidado interno o deber de examen preliminar, el sujeto ha de advertir la presencia del riesgo y prever, como presupuesto de todo comportamiento prudente, el riesgo potencial que conlleva la conducta. El deber de cuidado interno exige observar las condiciones bajo las cuales tiene lugar una actuación, valorar su evolución, las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como la forma en que puede desenvolverse y repercutir el riesgo identificado. La culpa inconsciente, que supone la imprudente falta de previsión del peligro del resultado, puede castigarse por la existencia de este deber de advertir el peligro⁵⁸ (Daunis, 2020, pp. 62 y ss.; Jescheck y Weigend, 2002, pp. 622 y ss.; Mir, 2016, p. 299). En efecto, en un primer momento ese deber de examen previo frente a la posible lesión del bien jurídico resulta el mínimo exigible a los productores de la IA.

Luego, el deber de cuidado externo consiste en la obligación de comportarse con el grado de diligencia y atención necesario a fin de enervar el peligro o riesgo previamente advertido. Este solo puede imputarse subjetivamente en la culpa consciente. Contiene tres supuestos principales en los que se puede mostrar: a) como deber de omitir acciones peligrosas, b) como deber de actuar con prudencia en situaciones peligrosas y, c) como deber de preparación e información antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas⁵⁹.

- a) Como deber de omitir acciones peligrosas. Consiste en la obligación de abstenerse de una acción cuya peligrosidad es tan elevada que no puede ser emprendida sin lesionar

⁵⁶ D. L. Morillas, op. cit., 73; J. Valls, op. cit., 23.

⁵⁷ H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (5a edición, renovada y ampliada), (Granada: Colmares, 2002), 622 y ss.

⁵⁸ A. Daunis Rodríguez, *La graduación de la imprudencia punible*, (España: Editorial Aranzadi, 2020) 62 y ss. ; H. Jescheck y T. Weigend, op. cit., 2002, 622 y ss. ; S. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (10. a ed. actualizada y revisada) (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 299.

⁵⁹ H. Jescheck y T. Weigend, op. cit., 2002, 624 y ss.; F. Muñoz Conde & M. García Arán, op. cit. 2010, 283.; R. Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal* (vol. II), (La Habana: Félix Varela, 2005), 58.

el deber de cuidado; por ende, es adecuada para la realización del tipo que describe el delito imprudente.

- b) Como deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. A diferencia del caso anterior, en este supuesto la acción peligrosa puede ser llevada a cabo porque a causa de su utilidad social en la vida de la sociedad moderna no puede prescindirse de ella (p. ej. las intervenciones quirúrgicas con empleo de la IA, la conducción de vehículos autónomos en el marco del tránsito terrestre). El deber de cuidado consiste en emplear, con ocasión de la ejecución de la conducta, todas las medidas necesarias de precaución, control y supervisión para eliminar el riesgo vinculado a aquella o, al menos, para mantenerlo dentro de sus límites (riesgo permitido) y evitar que el peligro se convierta en lesión.
- c) Como deber de preparación e información antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas. Sobre esa base, se exige que antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas deben ser tomadas medidas externas de preparación e información. El sujeto ha de obtener a tiempo los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción significaría un actuar irresponsable. El deber de información puede consistir en comprender el alcance de las disposiciones jurídicas y reglas impuestas para una actividad determinada, así como la revisión de la literatura científica y su constante actualización⁶⁰.

En términos generales, al margen de la denominada IA fuerte, cada sistema de IA tiene un objetivo determinado en su función; esto permite concentrarse en medidas concretas para evitar un impacto negativo en los derechos fundamentales de los ciudadanos, facilitando la concreción de las medidas exigidas de protección al estar el ámbito de actuación muy limitado⁶¹. En este punto, la labor de los fabricantes radicará en establecer un límite en el pensamiento y actuación de la IA al momento de programarlas, de tal forma que, si no se puede evitar cualquier conducta delictiva desde la programación, entonces asumiría un deber de garante que lo conmina a evitar riesgos futuros⁶².

Finalmente, se nos muestra el reto de la posible consideración de los sistemas de IA más avanzados como sujetos susceptibles de reproche penal. En este tenor, de las variadas formas en las que se ha clasificado la IA, se parte del criterio que la diferencia en dos tipos: IA débil e IA fuerte, según la capacidad para tomar decisiones (programadas/independientes) o nivel de autonomía⁶³.

60 H. Jescheck y T. Weigend, op. cit., 2002, 625 y ss.; Mir, op. cit., 300; Roxin, op. cit., 1009.

61 J. Valls, op. cit.

62 D. F. Martínez Hernández, "Inteligencia artificial, derecho penal y compliance", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, (13), (2021): 64-70.

63 G. Laín, op. cit., 199; A. Morán, op. cit., 292; D. L. Morillas op. cit., 70.

La IA débil tiene un grado de autonomía limitado y están diseñadas para el ejercicio de una actividad concreta⁶⁴. En cambio, la IA fuerte puede realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano. Se afirma que puede llegar a tener una inteligencia igual o incluso superior a la humana. Por esta razón pudiera llegar a plantear la búsqueda de nuevas respuestas jurídicas a los problemas que puedan surgir de ocasionar daños con cierto grado de autonomía. No obstante, todos los avances logrados hasta ahora en el campo de la IA son manifestaciones de IA débil y específica⁶⁵.

Además, como se ha afirmado en el apartado precedente, hasta donde se alcanza a ver, por muy avanzados que resulten los sistemas inteligentes siempre tendrían el nivel de autonomía que establezca su programador y en su caso, el usuario. En cualquier supuesto, conminados por la estricta observancia del deber de cuidado en sus dos dimensiones: internas y externas. Siempre bajo la máxima de cómo debería de ser en estos casos la situación ideal con respecto al mínimo exigible del comportamiento humano, frente a la obligación de cuidar de un bien jurídico. No está permitido obviar los principios éticos que deben inspirar el desarrollo y ejecución de la IA en la sociedad y en concreto en sus ámbitos de actuación. Entre otros: intervención y supervisión humanas, solidez y seguridad técnicas.

En palabras de Giraldi, las máquinas quedan al servicio del hombre, tanto en el caso de que sea dirigida por el ser humano, como cuando ella actúe de forma independiente. Si se accede a desvincular la actuación inhumana del control humano, se daría rienda suelta a la ausencia de responsabilidad moral de los individuos, que lleva aparejada una inaceptable debilitación de la tutela de los bienes jurídicos⁶⁶.

No se puede perder de vista que son sistemas que carecen de sentido común, carecen de valores y de capacidad para comprender el alcance de sus actos y autodeterminarse. En efecto, habrá que buscar la responsabilidad en el origen humano para garantizar así la seguridad jurídica tanto para las personas que participan en su fabricación y producción como para los consumidores y usuarios. Es más, de seguir el orden previamente marcado por la teoría del delito frente a los posibles ataques sufridos y causados por estos sistemas inteligentes, tendríamos que concluir que el juicio de la responsabilidad penal como sancionabilidad queda desvirtuado desde el análisis del primer escalón de imputación.

Si se analiza el concepto de acción penalmente relevante, los sistemas inteligentes por sí solos, no pueden considerarse responsables de actos u omisiones que causan daño a terceros. En el

64 I. Laguna, op. cit., 13.

65 I. Laguna, op. cit., 7; G. Laín, op. cit., 201; A. Morales, op. cit., 6.

66 A. Giraldi, A. "Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito, *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, (Roma: Roma TrE-Press, 2023), 142.

ámbito del derecho penal está arraigado lo suficiente que entender por acto, comportamiento o conducta. Conducta es, en su definición más sintética, un hecho humano voluntario. De ahí que no todo hecho que causa un resultado califique como una conducta humana, aunque sea una persona la que origine la causalidad que desemboca en el resultado. Por consiguiente, entre los hechos humanos solo los voluntarios pueden ser conducta relevante conforme al derecho penal⁶⁷.

Como señala Plascencia, en épocas históricas se suscitaron serias discusiones cuando algunos hablaban de responsabilizar en sede penal a todo lo que ocasionaba un daño a la sociedad, siendo notable en la Edad Media el caso de procesos contra perros, cerdos, elefantes, topos, etcétera⁶⁸. Finalmente, prevaleció la concepción de que la persona humana es la única reconocida con capacidad para exteriorizar una voluntad dañosa. En efecto, ante la carencia de pruebas científicamente satisfactorias que permitan averiguar un verdadero elemento volitivo, ni las cosas inanimadas o con cierta autonomía mecánica (“conducta” inhumana), ni los animales, pueden ser considerados sujetos activos del delito y ejecutar acciones penalmente relevantes.

El ser humano por tradición ha sido el obligado a acatar las normas contenidas en los diversos ordenamientos reguladores de la vida del hombre en sociedad, siempre que tenga capacidad para autodeterminarse. Es cierto que en la medida del desarrollo socioeconómico se han considerado a las personas jurídicas como sujeto de derecho penal⁶⁹. Sin embargo, ello se fundamenta en el hecho de que para la consumación de un tipo penal se requiere la confluencia de un comportamiento humano lesivo a los intereses de la sociedad⁷⁰.

Cuando el legislador describe o tipifica las acciones prohibidas lo hace pensando en la acción, no como un simple proceso causal voluntario, sino como un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin, sea éste relevante, o lo sean los medios elegidos para su realización o los efectos concomitantes⁷¹. Por tanto, en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de esta, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le

67 F. Muñoz & García, op. cit., 216; E. Zaffaroni et al., op. cit., 307.

68 «Durante la edad media se presentan ejemplos de numerosos procesos contra animales. Addosio ha podido reunir 144 de dichos procesos relativos a caballos homicidas, cerdos infanticidas, perros acusados de crimen bestialitis, topos, langostas y sanguijuelas, etcétera. Chassané y Bally ganaron celebridad como abogados defensores de tales absurdos sujetos. Aún en el siglo pasado, Jiménez de Asúa registra más ejemplos: en Troyes (1845) fue sentenciado un perro por cazador furtivo; en Leeds (1861), un gallo por haber picoteado el ojo de un niño, y en Londres (1897) un elefante llamado “Charlie”, al que el jurado absolvió por legítima defensa. Los revolucionarios bolcheviques fusilaron en Ekaterimburg (1917) “por burgués”, al caballo “Krepich”, pensionado por su dueño, el zar, después de haber ganado el “derby”. (R. Plascencia Villanueva, R. Teoría del delito (Tercera reimpresión). (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México 2004), 70).

69 Ley 151/2022, p. 2563 art. 19.1; F. Muñoz y García, op. cit., 2010, 214; R. Quirós, op. cit. 2002, 18.

70 R. Plascencia Villanueva, op. cit. 70.

71 F. Muñoz & M. García, op. cit. 2010, 216.

da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado⁷². El concepto de la motivación es innato en el ser humano.

Todo aprendizaje o realización de tareas de la IA se basa en precedentes que pueden venir de los datos o de situaciones que dan información de supuestos anteriores similares, pero no es capaz de actuar de forma efectiva ante situaciones completamente nuevas. De ahí que en el análisis jurídico se deba descartar, cualquier intento de equiparar las acciones de los humanos con las de los sistemas inteligentes por muy eficaces que puedan ser. En todo caso no habrá una independencia absoluta del ente artificial, pues la intervención del ser humano resulta fundamental en el diseño de la posterior intervención del sistema, aspecto nuclear a tener muy presente a la hora de delimitar la responsabilidad penal por el hecho ilícito producido⁷³.

La IA no puede describir estados emocionales reflejados del entorno y de su aprendizaje, sino calcular o ampliar escenarios posibles en función de la información suministrada. La combinación de algoritmos es un proceso de combinación tecnológica de datos, no es equivalente a un proceso de razonamiento conceptual. En consecuencia, son incapaces de analizar semánticamente la realidad. Pueden procesar datos y combinar soluciones, pero siempre desde la implementación de un programa *ad hoc* generado por su creador, esto es el fabricante y/o programador o profesional correspondiente⁷⁴.

Siguiendo la misma línea argumental y conforme al esquema de la teoría del delito, si resulta que los sistemas inteligentes son entes incapaces de acción en sede penal, como se ha afirmado, ya no hace falta para nada examinar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La específica función de la acción consiste en ofrecer el soporte mínimo del edificio del delito⁷⁵ que en cualquier caso está fundada en una conducta humana.

De hecho, la tipicidad, en tanto primer rasgo de la acción, a partir de los cultores del finalismo va a estar determinada por la existencia de un tipo objetivo y un tipo subjetivo. La gran aportación de la teoría final de la acción consistió en demostrar que la acción subsumible en el tipo no es un simple proceso causal invidente, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin; de esta manera se opusieron al criterio doctrinario según el cual todo lo objetivo pertenecía a la tipicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, de lo que se colige que ya a nivel de la tipicidad deba tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad —determinación del fin, selección de medios, previsión de los efectos concomitantes, etc.—⁷⁶.

72 F. Muñoz & M. García, op. cit. 2010, 218.

73 D. Morillas, op.cit., 70; J.Valls, op. cit., 10.

74 F. Lledó Yagué, y I. Benítez Ortúzar, (s. f.), *La disrupción distópica de la máquina pensante y la superación del hombre óptimo*.

75 S. Mir, op. cit., 199; F. Muñoz & M. García, op. cit., 213; Zaffaroni et al., op. cit, 307.

76 L. Camilo Momblanc, *El error de prohibición en la legislación penal cubana* (Tesis de especialidad. Santiago de Cuba: Uni-

No es posible que un artefacto que utilice IA pueda actuar de forma dolosa o culposa (tipicidad subjetiva), con base en las mismas razones que se han expuesto. En términos generales, aunque puedan hacer cosas, siempre será a través de unos patrones impuestos por los humanos, que son el origen de la actividad que desarrollen. Por otra parte, la intitulada IA fuerte que se presumen con capacidad de desarrollar comportamientos autónomos, deben contar con la posibilidad de supervisar exhaustivamente su proceso de autoaprendizaje. De no ser así, es decir, de desvincular la actuación inhumana del control humano, se daría rienda suelta a la derresponsabilización moral de los individuos, que lleva aparejada una inaceptable debilitación de la tutela de los bienes jurídicos. Así, por ejemplo, cualquier sujeto interesado en cometer un delito podría alcanzar su objetivo amparándose en la utilización de la IA y en su capacidad de autoaprendizaje, habida cuenta de las dificultades probatorias y causales que propiciarían su impunidad⁷⁷.

Por su parte, la culpabilidad aparece siempre como un juicio de valoración concreto, de cuyo resultado se pueda afirmar que de un hecho responde su autor porque ha sido quien le ha dado sentido y significación. La cuestión de cuáles son esos elementos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución, dependerá de la posición que se asuma entre las diversas corrientes que han tratado de explicarla. Según Estrada, Goite y Méndez, se considera que es a partir de: a) la capacidad de culpabilidad que se sustenta en la edad, salud mental, factores socioculturales y libertad positiva; b) el conocimiento potencial de la antijuridicidad según el acceso a la norma y la valoración social del hecho; c) la inexigibilidad de otra conducta conforme a la anormal situación motivacional, lo cual se refiere a las situaciones en la que no se pierde la capacidad de culpabilidad, pero se actúa con un umbral bajo de determinación⁷⁸.

El primero de los elementos coincide con uno de los cuatro sentidos que Hart atribuyó al término responsabilidad (*capacity-responsibility*), en el cual se incluyen aquellos supuestos referidos a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse, es decir, cuando puede comprender el valor o desvalor de su conducta. Es evidente que hasta la fecha esta capacidad no existe ni en los supuestos de IA fuerte. Todavía no se aporta evidencia científica sobre la posibilidad de que las máquinas inteligentes lleguen a desarrollar una conciencia de sí mismos que les permita comprender el valor social negativo de sus acciones y captar la función preceptiva del derecho penal. Esta es una capacidad naturalmente humana aún no emulada ni por la IA más avanzada.

versidad de Oriente 2014) 21 ss; C. Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y Parte general* (Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), (Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1998) 180; Nuñez y García, op. cit., 2010, 265) 265.

77 A. Giraldi, op. cit., 2023, 142.

78 M. Estrada Chacón, M Goite Pierre y M. Méndez López, “La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica”, en *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier* (pp. 33-73). (La Habana: Editorial UNIJURIS. 2018), 72.

Por último, desde el punto de vista penológico, estos sistemas no son capaces de percibir el efecto disuasorio de la pena, y, menos aún, garantizar la función especial de prevención ya que la sanción no sería adecuada para reeducar ni resocializar a la IA⁷⁹.

V. CONCLUSIONES

- La IA puede ofrecer grandes beneficios para el desarrollo de la sociedad, pero también puede generar riesgos a importantes bienes jurídicos como la vida e integridad física de las personas y al patrimonio. A razón de ello, por más avanzados y autónomos que pudieran llegar a ser los sistemas inteligentes, deberán permitir una intervención humana adecuada y la necesaria supervisión, en aras de proteger a los ciudadanos frente a los riesgos o consecuencias negativas derivadas, ya sea de las negligencias en su fabricación, de su uso indebido o malintencionado.
- Hasta la fecha existen tantas expectativas como incertidumbres en torno al progreso y aplicación de la IA, al extremo de plantearse el desarrollo de sistemas inteligentes con capacidad de autoaprendizaje y la toma de decisiones autónomas. Es un tema que desde el punto de vista jurídico-penal ha sido poco tratado en nuestro país; sin embargo, si el desarrollo de la IA mantiene el ritmo que ha tenido en los últimos años, hasta la consecución de sistemas capaces de actuar independientemente de la voluntad humana, entonces sí que habrá que replantearse la regulación jurídica frente a los posibles ataques sufridos y causados por estos sistemas inanimados.
- Frente al supuesto de resultados relevantes conforme al derecho penal producidos por sistemas inteligentes, siendo al día de hoy los seres humanos los que determinan por entero su proceder, el sistema de la teoría del delito sigue siendo válido para resolver los diferentes problemas causales y de atribución de responsabilidad, la que podrá ser dolosa, imprudente o que no exista. No es necesario un nuevo concepto de delito; en consecuencia, habrá que buscar la responsabilidad en el origen humano para garantizar así la seguridad jurídica tanto para las personas que participan en su fabricación y/o producción como para los consumidores y usuarios. Existen pautas que deben observar los fabricantes para cumplir con el deber de cuidado propio de la creación de sistemas inteligentes y al mismo tiempo se establecen reglas de prudencia para el usuario del sistema, de manera que estos tengan en cuenta las responsabilidades que persisten para ellos.

79 Morillas, op. cit., 2023, 76; I. Salvadori. “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, (133), (2021): 151.

REFERENCIAS

- AAA. Association for the advancement of artificial intelligence. 2016
<https://ai100.stanford.edu/2016-report/section-i-what-artificial-intelligence/defin- ing- ai>
- Agustina, J. R. “Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI, (2021):705-777.
<https://doi.org/https://doi.org/10.15304/epc.41.6718>
- Almazán Salazar, E. *Personalidad electrónica de los robots. Implicaciones y retos legales de la Inteligencia Artificial. Propuesta lege ferenda de lex robótica*. Madrid: Juristas con Futuro 2021.
- Ana Dobratinich, G. “Derecho y tecnologías. Diálogo in-calculables”. En *Derecho y nuevas tecnologías* (1.a ed.) (2021) 1-13. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba (2022, 15 de mayo). Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93). *Gaceta Oficial*, 93, Ordinaria, 1 de septiembre de 2022.
https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf
- Beck, U. “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. *Diálogo Científico. Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía. Tübingen*, 6(1) (1997).
- Beck, U. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. (R. S. Carbó, Trad.). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A. 2008.
- Camilo Momblanc, L. “El error de prohibición en la legislación penal cubana”. Tesis de especialidad. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 2014.
- Camilo Momblanc, L. “Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica”. Tesis doctoral. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 2021.
- Camilo Momblanc, L. y Jardines O’RyanI, M. E. “Infracción del deber de cuidado y responsabilidad penal del profesional de la salud”. *Revista Información Científica. Universidad de Ciencias Médicas de Guantánamo*, 102, (2023):1-12.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.8105048>
- Camilo Momblanc, L. y Medina López, L. “La defensa técnica efectiva en los delitos por imprudencia”. Boletín ONBC. *Revista Abogacía*, (68), (2022): 29-46.
- Castillo Felipe, R. y Tomás Tomás, S. “Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral”. En *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*. 215-245. Roma: Roma TrE-Press, 2023.
- Comisión Europea (2019a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:5 2019DC0168&from=PT>
- Comisión Europea (2019b). High-level expert group on artificial intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI.
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

- Daunis Rodríguez, A. *La graduación de la imprudencia punible*. España: Editorial Aranzadi, 2020.
- Dupuy de Repetto, D. S. “Inteligencia artificial aplicada al Derecho Penal y Procesal Penal”. En *Cibercrimen II*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2018.
- Emilia Raffo, F. “Nuevas tecnologías y derecho penal: la responsabilidad penal en la era de la inteligencia artificial”. Tesis de grado. Buenos Aires: Universidad San Andrés, 2019.
- Estrada Chacón, M., Goite Pierre, M. y Méndez López, M. “La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica”. En *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier*, 33-73. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2018.
- Fontán Balestra, C. *Derecho Penal. Introducción y Parte general* (Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma). Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT, 1998.
- Giraldi, A. “Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito”. En *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, 119-158. Roma: Roma TrE-Press, 2023.
- Granma. “Inteligencia artificial en Cuba: Y no es ciencia ficción”, 2023.
<https://www.citma.gob.cu/inteligencia-artificial-en-cuba/>
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (5a edición, renovada y ampliada). Granada: Colmares 2002.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (Traducción de la 5.a ed. alemana, vol. I). Perú: Instituto Pacífico S. A. C. 2014.
- Laguna Pérez, I. *Inteligencia Artificial y Atribución de la Responsabilidad Penal* (Tesis de grado). Leioa: Universidad del País Vasco, 2021.
- Laín Moyano, G. Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente. *Ars Iuris Salmanticensis*, 9, (2021): 197-232.
<https://doi.org/https://doi.org/10.14201/AIS202191197232>
- Larrañaga Monjaraz, P. de. “El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea”. Tesis doctoral. Alicante: Universidad de Alicante, 1996.
<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/6709/1/Larra%c3%blaga-Monjaraz-Pablo-de.pdf>;
<http://hdl.handle.net/10045/6709>
- Lledó Yagué, F. y Benítez Ortúzar, I. (s. f.). *La disrupción distópica de la máquina pensante y la superación del hombre óptimo*.
- Ley 151/2022, p. 22562, 2564 arts., 18.1 y 22.1
- Martínez Hernández, D. F. “Inteligencia artificial, derecho penal y compliance”. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, (13), (2021): 64-70. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v4i14.434>

- Méndez López, M. B. “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales”. Tesis doctoral. Santiago de Cuba, Universidad de Oriente.2009.
- Méndez López, M. B. y Goite Pierre, M. “La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba”. En *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, 173-276. Valencia: Tirant lo Blanch.2012.
- Mir Puig, S. *Derecho Penal Parte General* (10. a ed. actualizada y revisada). Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- Miró Llinares, F. “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), (2018): 87-130.
<https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.706>
- Molina Fernández, F. “Presupuestos de responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, LIII*, (2000): 167-283.
- Morales Moreno, Á. M.”Inteligencia Artificial y Derecho Penal: primeras aproximaciones”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 53, (2021): 177-202.
- Morán Espinosa, A. “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA)”. ¿La próxima frontera? *IUS*, 15(48), (2021): 289-323. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.706>
- Morillas Fernández, D. L.”Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho Penal”. En *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias*, 59-91. Roma: Roma TrE-Press, 2023.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. *Derecho Penal Parte General* (8.a ed., revisada y puesta al día). Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.
- Muñoz Rodríguez, A. B. “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), (2020): 695-728.
<https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695>
- Nino, C. S. *Introducción al análisis del derecho* (2.a ed. ampliada y revisada). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 2023.
- Perera Robbio, A. “Inteligencia Artificial: el bienestar posible” 2023.
<https://www.presidencia.gob.cu/es/noticias/inteligencia-artificial-el-bienestar-posible/>
- Pérez Gallardo, L. B. *Código Civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (Anotado y Concordado)*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2011.
- Plascencia Villanueva, R. *Teoría del delito* (Tercera reimpresión). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Quintero Olivares, G. “La robótica ante el Derecho Penal. El vacío de respuestas jurídicas a las desviaciones incontroladas”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (1), (2017).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6395897>
- Quirós Pérez, R. *Manual de Derecho Penal* (vol. III). La Habana: Félix Varela, 2002.
- Quirós Pérez, R. *Manual de Derecho Penal* (vol. II). La Habana: Félix Varela 2005.

- Roxin, C. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.-M. Luzón Peña, M. D. y García Conlledo y J. De Vicente Remesal, trads.) (2.a ed., vol. I). España: Civitas, S. A. 1997.
- Salvadori, I. “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”. *Cuadernos de Política Criminal*, (133), (2021): 137-174.
- Santos González, M. J. “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (4), (2017): 25-50. <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i4.5285>
- Silva Sánchez, J.-M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001. <https://doi.org/10.22199/S07189753.2001.0001.00010>
- Soler Milanés, L. *Estrategia de Desarrollo de la IA en Cuba, un proyecto para la transformación digital*. 2023. <https://www.cubahora.cu/ciencia-y-tecnologia/estrategia-de-desarrollo-de-la-ia-en-cuba-un-proyecto-para-la-transformacion-digital>
- UCLV. *La inteligencia de Cuba en la Inteligencia Artificial*, 2021 <https://www.uclv.edu.cu/la-inteligencia-de-cuba-en-la-inteligencia-artificial/>
- UIT-Comisiones de Estudios. *Un enfoque holístico para crear sociedades inteligentes*, 2019. www.itu.int/es/ITU-D/study-groups
- Universidad de Capellania. *Los riesgos de la sociedad sentimentalizada. cap.info*, 132, 2001. <http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada/>
- Valdés Díaz, C. del C. “La relación jurídica civil”. En *Derecho Civil Parte General*, 77-100. La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.
- Valdés Díaz, C. del C. Artículo 22. En *Comentarios al Código Civil Cubano* (t. I. Disposiciones Preliminares. Libro Primero Relación Jurídica, pp. 335-350). La Habana: Editorial Félix Varela, 2013.
- Valls Prieto, J. “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24(27), (2022): 1-35.
- Varela, L.. “Apuntes sobre la proceduralización en el Derecho penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-02), (2019): 1-31.
- Vodanovic, A. *Manual de Derecho Civil* (Vol. I). Santiago de Chile: Editorial H. T. 1995.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. *Manual de Derecho Penal: Parte General* (1.a ed.). Buenos Aires: Ediar 2005.

Recibido: 30/06/2024

Aprobado: 10/11/2024



Confinamiento, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*Necesidad del análisis económico del derecho en
el Derecho Administrativo Sancionador*

*Need for Economic Analysis of the Law in
Administrative Sanctioning Law*

Carlos Ponce Rivera* <https://orcid.org/0000-0002-2878-6303>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2790>

* Abogado. Magister en Derecho Constitucional y especialista en Derecho Administrativo. Docente Universitario y Gestor Público en instituciones gubernamentales. Investigador independiente. Perú
Correo electrónico: carlosponcerivera@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-Non Commercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Dulzura de mujer, óleo sobre lienzo 60 x 50 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La legislación punitiva del Estado, cuando no es diseñada técnicamente, tiende a deslegitimar al sistema democrático por lo que es necesario que esta, en un marco de legalidad y protección a los derechos de las personas sea diseñada de forma adecuada buscando crear las condiciones para que cumpla con su finalidad. En ese sentido, el Análisis Económico del Derecho brinda las herramientas que permiten al legislador cumplir con esa finalidad, garantizando que contribuyan a solucionar los problemas públicos encontrados sin perjudicar a la sociedad en general encontrando el justo y adecuado equilibrio entre la necesidad de castigar y la protección de los intereses sociales superiores, que van desde la protección a los derechos fundamentales hasta la defensa del mercado. El presente artículo presenta una crítica al denominado “populismo legislativo” que establece como medida para cualquier problema el incremento de las sanciones o la penalización de las conductas problemáticas y plantea algunas consideraciones que deberían tomarse en cuenta al momento de regular conductas infractoras penales y administrativas.

Palabras clave: *análisis económico del derecho, efectividad, equidad, sanción.*

ABSTRACT

The State's punitive legislation, when not technically designed, tends to delegitimize the democratic system. Therefore, it is necessary that such legislation, within a framework of legality and protection of people's rights, be properly crafted, seeking to create conditions for it to fulfill its purpose. In this regard, the Economic Analysis of Law provides tools that allow legislators to achieve this objective, ensuring that the measures contribute to solving public issues without harming society as a whole, by finding a fair and appropriate balance between the need to punish and the protection of higher social interests, ranging from the protection of fundamental rights to the defense of the market. This article presents a critique of so-called “legislative populism,” which proposes as a solution to any problem the increase of sanctions or the criminalization of problematic behaviors, and suggests some considerations that should be taken into account when regulating penal and administrative infractions.

Keywords: *economic analysis of law, effectiveness, equity, sanction.*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo Sancionador. - Concepto y finalidad

La potestad sancionadora de la Administración es una expresión de la potestad del Estado para reprimir, que coexiste de forma paralela a la represión penal y que está sujeta al control del Poder Judicial como parte del sistema de pesos y contrapesos que es la base que sostiene al sistema democrático y republicano moderno. El carácter de ser una expresión de la misma potestad estatal hace que los principios inspiradores del Derecho Penal le sean de aplicación con matices propios de sus singulares características, pero finalmente cumplan en mismo rol garantista frente a las posibles arbitrariedades de la Administración.

No es necesario explicar que a través de su *Ius puniendi* el Estado tiene en sus manos a todas las personas sujetas a su poder; esta realidad motiva que el poder político sea perseguido inclusive por quienes cuentan con un gran poder económico o influencia social. El control del Estado y las posibilidades que éste ofrece a través de la Administración no sólo para protegerse sino para deshacerse de los enemigos es notorio e innegable; en efecto, el poder punitivo del Estado puede usarse, al amparo de la ley, para eliminar o humillar a cualquier persona, en ese sentido como señala Nieto “*el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Este es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho*”¹.

1 A. Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. (Madrid. Ed Tecnos 2005) 29.

El Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son parte de la misma prerrogativa estatal; sin embargo, no tienen las mismas funciones por cuanto el Derecho Penal y la pena más propiamente dicha no buscan sólo castigar sino prevenir y resocializar; en cambio la sanción administrativa busca ser un complemento para el cumplimiento de las funciones estatales vinculadas a la administración pública, siendo por tanto diferente en su aplicación y finalidad.

El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho es un derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la ordenación racional de los asuntos de interés general según la justicia, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general... El derecho administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general, entendida desde la concreción, la motivación, la vinculación a la dignidad humana y a la participación ciudadana².

II. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y FINALIDAD

Una infracción administrativa puede ser definida como una acción típica antijurídica y culpable o también como *“toda conducta considerada ilícita por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar”*³.

A su vez, de forma general la sanción puede definirse como un castigo o mal que impone la administración pública ante el incumplimiento de una. En esa línea, *“para poder considerar a una actuación como sanción es necesario que cumpla con los siguientes requisitos: que el castigo consista en una restricción de derechos que el infractor tenía previamente antes de ser sancionado, que sea adecuada al mal causado, que tenga por finalidad ser disuasoria de futuros incumplimientos, y muy especialmente, que se imponga en retribución del incumplimiento”*⁴.

Así una sanción será considerada como tal en la medida que reúna dichos requisitos y no en función a la nomenclatura que pueda tener en la norma.

Las sanciones administrativas pueden ser de dos tipos diferenciados en razón al bien jurídico afectado por la medida: personales cuando las medidas afectan los derechos y situaciones subjetivas del infractor y comprenden medidas restrictivas de derechos, como la inhabilitación, la

2 J. Rodríguez Arana. Prólogo En: *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*. Pierino López Raygada. (Lima. Ed Palestra, 2024) 9-10.

3 C. Guzmán. *Procedimiento Administrativo Sancionador* (Instituto Pacífico. Lima 2019) 19.

4 Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Aranzadi. Madrid 2005) 113.

suspensión de un derecho o las amonestaciones; y reales cuando las medidas afectan el patrimonio de las personas tales como las multas pecuniarias, el decomiso de dinero o los recargos⁵.

Entonces, la sanción administrativa debe buscar siempre la tutela de bienes jurídicos, porque sin esta condición será considerada como arbitraria y debe implicar además la imposición de un castigo, un detrimento para el infractor que debe ser proporcional al daño cometido no debiendo ser imperceptible de modo que pierda su carácter disuasivo y se convierta en un incentivo para incumplir la norma, lo cual lleva a considerar que debe existir, en palabras del maestro Morón Urbina una necesaria relación entre la naturaleza y gravedad de la infracción los hechos del caso y el objetivo de la sanción⁶.

En ese sentido, se verifica que la finalidad de la imposición del castigo en vía administrativa debe estar enfocada hacia la prevención sin que ello implique que tenga una función resocializadora; al respecto Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que

las sanciones administrativas no podrían ir orientadas a la prevención especial, fin este último irrenunciable desde la perspectiva penal. Si las sanciones administrativas tuvieran un carácter resocializador, o reeducador, llegaríamos a la absurda conclusión de que el Estado tiene que prácticamente reeducar a todo sujeto y casi de forma continuada comete ilícitos administrativos.... Ni en el Derecho Penal la finalidad resocializadora puede entenderse como una finalidad ineludible asociada a toda pena, ni en el Derecho Administrativo sancionador se renuncia a ella. En cuanto a lo primero, se ha destacado que sólo la pena de prisión y no el resto de las penas guardan relación con la finalidad resocializadora. Lo expuesto es particularmente claro en relación con las penas de multa, pero también con la pena de inhabilitación absoluta (cuyo contenido es próximo a ciertas sanciones administrativas), la cual por su carácter definitivo es incompatible con fines preventivos especiales. En cuanto a lo segundo, tampoco se puede decir que ninguna sanción administrativa carezca de finalidad reeducadora⁷.

En ese sentido, luego de señalar que esta función no tendría sentido cuando se habla de personas jurídicas los mismos autores señalan que la función de la sanción administrativa sería una de prevención general lo cual lleva a considerar que dado que comparte esta finalidad con la sanción penal, es que es posible la aplicación de los principios y garantías del proceso penal en el proceso administrativo sancionador en la medida que estos sean compatibles con el cumplimiento de la función a que están destinados.

5 J. Morón Urbina. *Las multas administrativas* (Lima. Ed Praxis. 2024) 39.

6 J. Morón Urbina, op. cit. 35.

7 M. Gómez Tomillo e I. Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (Madrid: Thomson Reuters. 2010 2da Ed.) 102.

III. EL DERECHO PENAL NO SIEMPRE ES LA *ÚLTIMA RATIO*

Frecuentemente se considera que el Derecho Penal es la última vía a través de la cual el Estado impone su voluntad y protege bienes jurídicos. El argumento es que no hay sanción posible de imponer más intensa que la que priva de la libertad individual a una persona. Ese argumento sin embargo pierde validez cuando se verifica por un lado que no toda inconducta puede ser sancionada a través de un proceso penal y por otro que no toda sanción penal es más intensa que la que pueda ser impuesta a través de una sanción administrativa.

En efecto, con relación a la posibilidad de que cualquier inconducta pueda ser considerada como delito, es necesario considerar que sólo debe ser incorporado en el Código Penal aquella inconducta considerada como muy gravosa para los intereses generales o bienes jurídicos protegidos lo cual, siguiendo la línea de Ferrajoli, hace que aquellas conductas cuya prohibición no considere la protección de un bien jurídico no sean consideradas como delitos sino como faltas administrativas excluyendo también a aquellas que consideran como sanción la multa⁸. Por otro lado, con referencia a que la sanción penal siempre es más intensa que la administrativa, esto no siempre es cierto desde la perspectiva del infractor y la afectación a sus intereses, por cuanto, si al infractor se le prohíbe ejercer su profesión o actividad por ejemplo extinguiendo su título habilitante, prácticamente se le está condenando a volverse un paria económico, empujándolo hacia la informalidad, una posible pobreza económica y la exclusión social.

En esa línea de pensamiento, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que

desde nuestra perspectiva, en determinadas circunstancias cabe la posibilidad de que otras sanciones incidan mucho más gravemente en la esfera de los derechos individuales que la pena de prisión, por lo que merecen desde el punto de vista político criminal un nivel de garantías y controles en su imposición próximo al de la pena de prisión. Puede ser significativo considerar sanciones hoy en manos de la Administración como, por ejemplo dentro del Derecho disciplinario, la separación del cargo en el caso de los funcionarios públicos, la cual posee un carácter definitivo; asimismo, puede pensarse en el traslado con cambio de residencia o la inhabilitación o suspensión para el ejercicio de una profesión, oficio empleo o cargo. En una sociedad donde el trabajo representa un bien muy escaso, la pérdida del derecho a trabajar puede ser tan grave como la pérdida del derecho a la libertad ambulatoria No cabe duda de que un cierto porcentaje de los potenciales sujetos pasivos de la pena preferiría una restricción de su libertad ambulatoria por un tiempo reducido que la pérdida definitiva de los medios de los que dispone para garantizarse su sustento, sean éstos su puesto de trabajo, su habilitación para el desarrollo de una profesión u oficio, de sus posibilidades de contratación con las administraciones públicas. Incluso, si bien de forma mucho más excepcional, habría siempre quien, de tener la posibilidad, optaría por una pena privativa de libertad no excesivamente amplia, antes que hacer frente a una considerable reducción de su patrimonio como consecuencia de una fuerte sanción pecuniaria⁹.

8 L. Ferrajoli. "Derecho y Razón", 479 En: *Derecho Administrativo Sancionador Parte General*. M. Gómez Tomillo y I Sanz, op. cit. 46-47.

9 M. Gómez Tomillo e I Sanz. op cit 62.

En efecto, en la práctica, por ejemplo, para un pescador que ha realizado esa actividad desde niño es difícil considerar que una sanción que implique la imposibilidad de hacer lo único que sabe hacer que es pescar sea insignificante o de poca trascendencia para su vida; lo mismo para un profesional que durante toda su vida adulta sólo ha sabido ejercer su profesión. Entonces, no es que en todos los casos la pena privativa de libertad sea la sanción más gravosa, sino que en muchas situaciones la sanción administrativa puede ser más intensa como sucede por ejemplo cuando ésta incluye el cierre definitivo de un establecimiento comercial lo que conlleva en la práctica la pena de muerte para la persona jurídica. Lo que sucede es que una sanción que incorpora una sanción que incapacite para realizar la actividad económica que el infractor realiza de forma permanente, es tan intensa que resulta teniendo los mismos efectos que la pena privativa de libertad, lo cual no quiere decir que estar preso sea igual a estar libre, pero sí que en ambos casos le va a impedir trabajar, lo va a aislar económica y socialmente y finalmente lo va a llevar a redibujar su vida de forma definitiva.

IV. EL PRINCIPIO DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA NECESARIA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA FALTA Y LA SANCIÓN A IMPONER

Para la aplicación de una sanción, siguiendo a Cobo, es necesario establecer la adecuada correlación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada; asimismo, la discrecionalidad de la que goza la administración debe ser ejercida ponderando en todo los casos las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida¹⁰ lo cual implica determinar el alcance de la antijuridicidad de la conducta y el reproche social que merece¹¹.

El principio de proporcionalidad supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas¹². Dicha obligación encontraría sustento constitucional como extensión del principio de legalidad, lo cual implica que para la imposición de una sanción primero debe definirse la conducta infractora, establecerse su sanción y luego individualizar el conducta valorando sus particularidades, ejercicio este que implica realizar un proceso de adecuación de esa conducta a la norma con la finalidad de establecer si es que aquella presenta los elementos establecidos por el legislador para determinar si esta es típica ósea si es que encaja o no con la descripción dada por el legislador para considerarla

10 Tribunal Supremo Colombia STS de 28-02-2000, en: *El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo*, Tomas Cobo Olvera (Barcelona: Ed Bosch 2008) 60.

11 Tribunal Supremo Colombia STS 12-04-1999, en: Tomas Cobo Olvera, op. cit. 60.

12 E. García de Enterría y T. Ramón Fernández. En: Tomás Cobo Olvera, op. cit. 60.

como punible; y a la vez considerar las particularidades de la acción misma con la finalidad de permitir sancionarla de forma adecuada.

Entonces, la necesidad de establecer criterios de proporcionalidad para imponer una sanción implica la necesidad de considerar circunstancias que agraven o atenúen la sanción, los cuales pueden ser, entre otros, la existencia de intencionalidad, reiteración o reincidencia, así como la naturaleza de los perjuicios causados.

Sin embargo, además de estas consideraciones para establecer el tipo de sanción y su *quantum* es necesario que el operador jurídico considere su finalidad o sea el porqué de que el legislador haya considerado que la conducta sea sancionable administrativamente; esto es importante porque este conocimiento permite reconocer el bien jurídico protegido y a partir de ello determinar la existencia o no de un perjuicio que agrave la sanción, pero además también permite establecer de mejor forma la sanción a imponer ya que debería ser diferente cuando la finalidad de la norma sea simplemente castigar que cuando busque con su aplicación precedente para que constituya un ejemplo que disuada a otros de cometer el acto punible, tarea esta que parece corresponder al legislador que establece la sanción -porque la establecerá normativamente en función a dicha finalidad- pero también al operador que diseña el mecanismo para establecerla, esto debido a que cada vez es más frecuente que la normatividad establezca formulas generales para imponer sanciones dejando a la norma reglamentaria la responsabilidad de fijar el mecanismo para imponerla a través de la aplicación de fórmulas matemáticas que generalmente parten de la consideración del beneficio ilícito, la posibilidad de detección y el daño u otros elementos que atenúen o agraven la sanción.

La necesidad de establecer, partiendo de la aplicación del principio de legalidad, una sanción proporcional tiene por finalidad evitar el exceso de punición, la arbitrariedad o el efecto confiscatorio de la multa que se pueda imponer como sanción. Es decir *“la razonabilidad o proporcionalidad funcionan como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.”*¹³

En efecto, una sanción que no tenga relación directa con el daño producido, el beneficio ilícitamente obtenido con su comisión y la existencia de dolo o culpa, va a resultar siendo ilegítima inclusive cuando esta se encuentra preceptuada en la legislación (lo legal no siempre es legítimo) porque su imposición afecta derechos fundamentales de forma excesiva o innecesaria. Debe considerarse que la sanción para ser legítima no debe ser considerada como el fin del procedimiento administrativo sancionador sino como una consecuencia de este, lo que equivale a no considerarla como que su imposición es la finalidad del mismo sino

13 J. Morón Urbina, op. cit. 38.

que es el lógico resultado de éste lo que equivale a no considerarla como un fin en sí misma sino como una consecuencia del accionar ilegal del infractor; esto equivale a reconocer el carácter meramente instrumental de la sanción destinado no a lograr un mero perjuicio para el infractor o un beneficio económico para la autoridad estatal cuando el gravamen es una multa o el mero castigo.

Debe considerarse que la idea de que la sanción administrativa tiene como finalidad castigar no es aislada en la doctrina; así Santamaría Pastor afirma que *“sanción, en sentido técnico existe solamente cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado”*.¹⁴

Al respecto, es necesario considerar que la sanción administrativa no tiene o no debe tener carácter resarcitorio porque para ese fin está el proceso civil indemnizatorio ni tampoco correctivo porque para esta finalidad el ordenamiento considera la imposición de medidas correctivas que tienen una naturaleza distinta al de la sanción; en efecto dichas medidas tienen por objeto *“la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños a terceros”*¹⁵ y tienen como característica el que se pueden acumular a la sanción a imponer, por lo que el considerar este concepto como parte de la sanción implicaría una doble reprochabilidad; de otro lado, a diferencia de las sanciones las medidas correctivas tienen por finalidad restaurar el orden jurídico quebrantado por la acción del infractor¹⁶. En ese sentido, Rebollo señala que la potestad sancionadora de la Administración, no puede ya considerarse *“como un medio de realización abstracta de la justicia ni pueden predicarse de las sanciones las justificaciones de la pena, como la retribución del daño o la reeducación o reinserción social”*¹⁷.

En esa línea de pensamiento, la imposición de una sanción debe ser idónea para cumplir con su finalidad y estrictamente proporcional a la falta cometida lo que extirpa de plano cualquier arbitrariedad o discrecionalidad en su imposición, justificando de esa manera la necesidad de establecer criterios de agravamiento o progresividad para su establecimiento tal como por ejemplo se señala en el numeral 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444 cuando se consagra como derecho del administrado que las actuaciones de las entidades que le afecten sean llevadas en la forma menos gravosa posible.

14 J. Santamaría Pastor. *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002) 380.

15 J. Morón Urbina, “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”, *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, (Lima 2010): 135..

16 Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España, op. cit. 11.5.

17 M. Rebollo “Potestad sancionadora, alimentación y salud pública” (Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 1989) 443-444 en: Alejandro Nieto, op. cit. 91.

En esa misma línea, la proscripción de la arbitrariedad para la imposición de una sanción obliga a considerar criterios como el de evitar que la sanción constituya un incentivo para seguir infringiendo la norma y esto se produce cuando el infractor al momento de realizar el análisis costo beneficio de su conducta evalúa no solo la probabilidad de que sea descubierto sino el posible beneficio económico que pueda obtener a través del costo evitado, postergado o retrasado o el ingreso adicional obtenido como consecuencia del acto infractorio. En ese sentido, la sanción debe buscar que ese beneficio sea igual a cero luego de la imposición de la sanción, motivo por el cual las fórmulas matemáticas diseñadas para imponer multas consideran como parte del elemento base para su determinación el beneficio económico obtenido, esto con la finalidad de evitar el efecto arriba señalado y que para el infractor le sea más rentable pagar una multa que cumplir con la legislación.

Ahora, la finalidad preventiva de la norma no se cumpliría si es que el costo final es sólo igual a cero, sino que debe incluir un elemento adicional que incorporado al cálculo genere finalmente un detrimento en el patrimonio del infractor el cual no debe ser excesivo sino que debe ser proporcional al daño y a la conducta lo cual no siempre es fácil determinar especialmente cuando se utilizan fórmulas matemáticas que por su generalidad excluyen muchas veces elementos individualizantes que permitirían poder establecer una sanción proporcional y que no sea o muy baja como para que el infractor no sienta la afectación y por tanto no la considere o muy alta como para ser considerada como confiscatoria, discriminatoria o excesiva al punto de hacer que, por ejemplo, el autor deje de realizar la actividad económica que motiva la intervención estatal y la posterior sanción.

Así, la sanción a imponer para cumplir su finalidad debe considerar un elemento de castigo, ósea de perjuicio real al infractor y otro que considere la eliminación del beneficio ilícito. *“En realidad, debe aspirarse no sólo a que resulte beneficiosa la comisión de infracciones sino a que resulte verdaderamente perjudicial; es decir, que lo ideal no es simplemente que el infractor pierda sólo los beneficios ilícitos obtenidos, sino bastante más pues de lo contrario todavía valdría la pena arriesgarse a ser sancionado”*¹⁸.

18 M. Rebollo Puig, *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*. (Madrid: Lex Nova, 2002) 172.

V. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA PARA EL DISEÑO NORMATIVO

Para poder establecer si una norma es finalmente eficiente o no, en términos del análisis económico del Derecho, es necesario entender su finalidad, ósea la intención del legislador; así, una norma será eficiente si en su aplicación produce los efectos deseados al momento de aprobarla.

Con relación a la sanción administrativa, la finalidad concebida por el legislador en principio puede ser meramente disuasiva, lo cual se logra estableciendo exclusiones como la inhabilitación para contratar con el Estado, reparaciones como las indemnizaciones, o diferenciaciones como el figurar en un registro de sancionados que evita que aunque se haya cumplido la sanción el hecho sea olvidado, lo cual implica un detrimento para el infractor al generarle una mayor dificultad para realizar sus actividades económicas, lo que sucede por ejemplo con el registro de sancionados administrativamente o el registro deudores morosos.

Determinar que sanción corresponde a cada conducta implica dos evaluaciones a cargo del legislador: la determinación del porque la conducta a sancionar debe ser considerada como infractora, y la finalidad que se busca con dicha determinación. En la primera estamos ante una evaluación que puede ser moral, ética, incluso religiosa (en un Estado o sociedad que no es laica) o de carácter práctico que lleva a considerar la conducta como una que afecta a un interés social ósea un bien jurídico protegido lo que implica a su vez la necesidad de valorar esa afectación de modo que en función a ella se considerará que la infracción debe ser administrativa o penal, o que deba quedar fuera del alcance del ordenamiento punitivo. Esta valoración, por su naturaleza, varía con el tiempo, lo cual implica que una misma conducta pueda ser en un espacio tiempo histórico determinado punible penalmente, en otro sólo administrativamente y en otro ser considerada como atípica y esto es porque la valoración depende de la sociedad que la realiza y del legislador que ostenta dicho poder.

A su vez, una vez determinado el carácter punible de la conducta, queda establecer la finalidad de la sanción a imponer lo cual implica reconocer el efecto que se busca tener, para lo cual entre otros aspectos es necesario reconocer el tipo de sociedad en el que se va a aplicar. En ese sentido, Morón Urbina, siguiendo a Foucault, señala que:

a cada una de las mencionadas tácticas (excluir indemnizar marcar o encerrar) no corresponde un tipo exclusivo de penas, sino que, al contrario, las penas posibles de aplicar no corresponden a la misma táctica según la sociedad de que se trate o su estado de evolución. Por el contrario, una misma sanción puede responder a una u otra táctica según sea el perfil de la sociedad. Así, por ejemplo, la sanción de multa puede funcionar perfectamente en las diversas sociedades tanto bajo la táctica de marcación como en la táctica de indemnización. En la táctica de marcación, la función de la multa no es la de compensación a nadie, sino poseer exclusivamente un carácter simbólico de señalar, señalizar, sellar, etiquetar o estigmatizar públicamente al infractor, sin

disminuir necesariamente su estatus económico. En estas sociedades o ámbitos, la multa tiene más una función simbólica de designar al culpable, marcarlo, como tal, y sobre todo, imponerle una marca visible de la soberanía del poder. En el sistema de marcación pagar una multa es doblegarse ante un poder en virtud del cual alguien, una autoridad puede efectivamente obligarnos a dar una suma de dinero, aunque esta sea simbólica en comparación con la fortuna poseída¹⁹.

Este ejercicio obliga a conocer las características de la sociedad en donde se va aplicar la sanción, como también al sistema que la va a imponer. Por ejemplo, incrementar una pena privativa de libertad para casos de extorsión no es ni preventiva ni disuasiva cuando se verifica que quienes extorsionan ya están en la cárcel; entonces la medida idónea no parece ser esa sino aislar más a los presos. Asimismo, cuando se verifica una especial incidencia de extranjeros en la comisión de crímenes la solución parece ir por una restricción a su ingreso y mayores y mejores medidas administrativas para impedir su permanencia, no una penalización que considere su origen o el incremento de las penas ya existentes cuando se verifica que las vigentes ya son altas. Este mismo razonamiento se aplica para los delitos como para las infracciones en donde la mejor alternativa para el castigo a infracciones ambientales parece no ir solamente por la multa sino principalmente por la suspensión del título habilitante acompañada de la remediación que en algunos casos puede ser inclusive más costosa que el pago de una multa, cuando no una mejor prevención.

Reconociendo las características de la sociedad en la que se va a aplicar es posible determinar la finalidad de la sanción que puede ser, como se ha dicho, disuasiva o simplemente castigadora. Así, por ejemplo, en el caso de las multas estas buscan generalmente disuadir o desincentivar la comisión de la conducta infractora; este carácter preventivo se caracteriza por la representación de un castigo económico de tal magnitud que desincentive al infractor de cometer la infracción o de prevenir su recurrencia. En otros términos

bajo este supuesto, la severidad del apremio debe ser lo suficientemente alta para generar en los individuos un autocontrol que los lleve a abstenerse de ejecutar el comportamiento constituido en infracción por considerarlo muy alto de cara al beneficio esperado, o por lo menos no lo bastante atractivo para asumir el riesgo, pero sin exceder los límites razonables del patrimonio de los ciudadanos para que puedan pagar el mismo²⁰.

Así, la disuasión expresada en la tipificación previa de la conducta como sancionable, busca desalentar no solo a través de la sanción misma sino a través de la generación de la sensación que produce respecto de la actuación eficiente de la administración que se genera cuando se impone la sanción, lo cual implica la percepción en el ciudadano de una alta posibilidad de detección que va a determinar que se vea limitada su intención de infringir la norma. En ese

19 J. Morón Urbina. *Las multas administrativas* (Lima: Ed Praxis. 2024) 51-52.

20 M. Safar Díaz: A. Montaña Plata y J. Rincón Córdova. "El poder sancionador de la Administración Pública: discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo". (Colombia: Universidad de Bogotá. 2018) 915. En J. Morón Urbina, op. cit. 53.

sentido, en una sociedad donde la percepción de ineficiencia del Estado es elevada el carácter disuasivo se difumina hasta ser casi imperceptible debido a que el ciudadano percibe que su conducta infractora no va a tener castigo porque la administración no la podrá identificar, evitando de esa forma que la norma cumpla con su finalidad, dejando paso a que el legislador entendiéndolo, considere como finalidad el castigo para que a través de este se pueda generar la sensación de que en caso el infractor sea detectado su aflicción será elevada y esa amenaza sea la que evite su comisión o reincidencia.

En esa línea Morón Urbina señala que

La multa puede ser empleada tanto bajo la perspectiva de enfoque punitivo, de confrontación o disuasivo (deterrence) como bajo el enfoque alternativo o de regulación responsiva. En el primer esquema, la gestión está centrada en detectar incumplimientos legales para penalizar a quien los comete, porque se presupone que los ciudadanos responden directamente a incentivos negativos, por lo que, si son sancionados gravemente, o si conocen que otros agentes del mercado en similares circunstancias son multados fuertemente, se sujetarán al mismo en adelante. Este enfoque plantea que mientras más alta sea la multa más efectiva será la disuasión en los agentes del mercado. Es el símil al “Populismo punitivo” que en la vía penal promueve el incremento incesante de las penas y hasta de las penas máximas para disuadir a los delincuentes de cometer sus crímenes. Este enfoque tiende no solo a conflictuar con el principio de proporcionalidad, sino a justificar diversos argumentos para imponer multas más onerosas, relativizar los derechos de los infractores y hasta desaparecer/modificar sucesivamente los topes máximos legalmente impuestos a las multas

En cambio, en el segundo esquema surgen los mecanismos de cooperación (conocidos en inglés como compliance approach) englobando distintas estrategias (incentivos, prácticas educativas o de planificación para promover el cumplimiento de los deberes legales)²¹.

Si bien es cierto en ambos casos lo que se busca es siempre el cumplimiento de la norma, en el enfoque punitivo, la sanción expresada en una multa económica es prácticamente la única alternativa mientras que en la segunda opción será la última ratio a aplicarse luego de ver otras opciones, como la amonestación o el cumplimiento de otras actividades.

Entonces, el establecimiento de la sanción en la norma deberá depender de la evaluación técnica y sensata de parte del legislador sobre la finalidad que se busca con su establecimiento lo cual parte del reconocimiento de la sociedad en donde se va aplicar de modo que se evite imponer una sanción que no será disuasiva ahí donde la sociedad es reactiva a los incumplimientos o, de forma contraria, se imponga una que no cumplirá la función de disuadir ahí donde la sociedad tenga una percepción de ineficiencia de la autoridad o sea reactiva al cumplimiento voluntario de la norma. En ese esquema debe entenderse que la tipificación de una conducta como

21 J. Morón Urbina, op. cit. 55.

punible no debería ser la única opción del legislador, sino que esta prerrogativa sólo debería reservarse para las conductas más gravosas es decir que generen una mayor afectación y no para aquellas que por su carácter no tienen esos efectos, debido además a la imposibilidad de hacerla cumplir lo que finalmente incrementa la sensación de impunidad y deslegitima más al sistema.

Además, debe considerarse que una sanción excesivamente severa, no solo representará un desincentivo para la comisión de las infracciones que pretende castigar sino que además desalentará las conductas que están vinculadas a la conducta misma con el efecto de afectar el mercado encareciendo los costos de transacción o la actividad estatal como sucede cuando la legislación abre la posibilidad para que cualquier omisión o error o inclusive actuación proactiva tendiente al cumplimiento de la función pública termine siendo sancionada. El resultado, es que al final el operador eliminará de su comportamiento cualquier iniciativa para solucionar los problemas que la gestión le presenta limitándose al cumplimiento literal de lo establecido en la norma o simplemente a alejarse de la función pública²².

En palabras de Nieto

...(cuando por ejemplo se procesa a una heladería) por el simple hecho de instruir se un expediente sancionador, el daño ya está producido y con frecuencia es irremediable, aunque luego termine en absolución administrativa o judicial. Independientemente de los gastos, la heladería expedientada por una denuncia contra la higiene perderá sus clientes como perderá su tranquilidad el ciudadano acusado gratuitamente de defraudación. De esta manera puede la Administración arruinar económica y moralmente a cualquier ciudadano al margen de que haya existido o no el ilícito imputado y de que sea absuelto con posteridad²³.

En ese sentido cuando los defensores del populismo legislativo afirman que quien hace las cosas de forma correcta no tiene porque tener miedo a la sanción, olvidan que, como lo señala Morón Urbina *“no se trata de la apreciación personal sobre la corrección de la actividad del propio agente, sino de la inseguridad que representa anticipar lo que pueda llegar a pensar o concluir la autoridad administrativa”*²⁴.

El mismo efecto tiene el establecimiento de reglas de responsabilidad contractual o extracontractual que afecten el ejercicio del acto médico o la aplicación desproporcional de reglas en perjuicio del médico tratante al pretender responsabilizarlo por cualquier efecto adverso o consecuencia negativa producida por el tratamiento establecido un paciente, desconociendo la singularidad del cuerpo humano así como también la imposibilidad de prever todos los efectos que un tratamiento pueda tener en una persona. Cuando esto sucede se

22 E. Conterno: “El sistema de control debe cambiar” *Diario Gestión*, 8 de setiembre de 2024.

23 A. Nieto, op. cit. 29.

24 J. Morón Urbina, op. cit. 58.

generaliza la práctica de la llamada “medicina defensiva” (definida como aquella práctica clínica adoptada atendiendo más al riesgo de ser objeto de una reclamación del paciente, o de sus familiares, que a la evidencia científica²⁵) en donde el médico tratante antes de tomar cualquier decisión dispone la realización de infinidad de análisis y exámenes auxiliares para disminuir la posibilidad de error dejando de lado la práctica clínica y encareciendo el acceso a los servicios de salud, perjudicando no a los que tienen recursos sino principalmente a los más pobres que son quienes, al no poder pagar los análisis dispuestos, se ven privados de un diagnóstico y consecuente tratamiento. El costo social en este caso parece ser superior al beneficio que la regulación y la jurisprudencia pretenden otorgar porque la práctica de la medicina defensiva incrementa los costos de atención en el sector privado y, en el sector público además de ello evita, debido a las restricciones presupuestales existentes, que los médicos lleguen a diagnósticos definitivos en menos tiempo, incrementando el riesgo y el gasto de bolsillo para el paciente, así como los costos de atención y tratamiento que son financiados con presupuesto público.

Es que en la práctica punitiva del Estado es necesario tener la capacidad de poder predecir las consecuencias del efecto de la regulación en las personas para evitar generar efectos contrarios a los que se pretende tender. Un ejemplo de esta necesidad se encuentra en la penalización del aborto ordenada por Nicolai Ceaușescu en 1966 que produjo ciertamente un incremento exponencial de la población en Rumania pero que determinó el desarrollo de una generación que finalmente terminaría derrocándolo en 1989 para luego juzgarlo y fusilarlo sumariamente junto a su esposa.

En el Perú, la historia está repleta de ejemplos en donde el legislador ha tenido que dejar sin efecto sus propias normas bajo la presión de la población por cuanto, normas con rango de ley y otras de tipo reglamentario son frecuentemente sujetas al escrutinio popular para luego ser dejadas sin efecto o modificadas de tal forma que terminan siendo inejecutables para no lidiar con la presión popular. Un ejemplo de ello fue la llamada “Ley de la selva” una norma destinada a regular el sistema de explotación de recursos forestales en la Amazonía y modificaba el estatus quo existente especialmente en la explotación de madera y que pretendía romper con los círculos mafiosos que existen alrededor de dicha actividad pero que luego más de 30 muertos, la mayoría policías terminó siendo derogada por el Congreso. Otro ejemplo es la ley que pretendió regular la comercialización de combustible en la región de Madre de Dios, -punto focal de la explotación ilegal de oro en afluentes de ríos en la Amazonía- pero que tuvo que ser derogada después de más un mes de movilizaciones. En general, la falta de conocimiento de la realidad local llevó en ambos casos al Estado a retroceder en su intento

25 JJ. Mira e I. Carillo “Medicina defensiva: significado vs medición” *Anales Sis San Navarra* vol.42 no.1 Pamplona ene./abr. 2019. pub 21-Oct-2019.
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272019000100018. Acceso 8 de setiembre de 2024

de regular actividades con alto impacto ambiental, debido a su falta de conocimiento de la realidad y, como no decirlo, a imposibilidad de hacer cumplir sus propios mandatos.

Por tanto, regular implica conocer la realidad; pero además tener un justificante legítimo que justifique la regulación; para ello no es suficiente decir, como algunos señalan que el Estado es libre de regular lo que considere necesario. El principio de mínima intervención del Estado en la vida de las personas exige considerar no solo la prerrogativa normativa sino justificar su uso en la finalidad que se persigue. De ahí que es necesario volver a la finalidad de la sanción. Como se tiene dicho anteriormente, el legislador al tipificar como infracción una conducta debe buscar no solo castigarla sino principalmente a evitar que esa conducta se materialice, es decir debe buscar que la norma tenga un fin disuasivo. Los discursos populistas que reclaman de la sanción una finalidad meramente punitiva o castigadora pierden de vista la finalidad del Derecho en general que no es castigar y perseguir sino en principio proteger a las personas, mantener el orden social y eso se logra haciendo que las personas no infrinjan las normas es decir previniendo antes que sancionando.

En efecto, la finalidad de la sanción debe ser fundamentalmente preventiva y no castigadora, y ello implica la necesidad de establecer el mecanismo legal que determine que la norma sea eficiente al cumplir esa finalidad sin que ello implique la vulneración de los derechos del administrado lo cual obliga a que los legisladores manejen correctamente la técnica legislativa manteniendo todo el tiempo el carácter afflictivo de la misma evitando incorporar elementos que la distorsionen elevando o reduciendo desproporcionalmente su quantum y que desincentiven la comisión del hecho infractorio sin afectar ni al mercado ni la prestación de servicios, o las relaciones productivas. Este ejercicio obviamente es complejo y no es propio de profanos o personas ajenas al análisis de calidad regulatoria.

Para lograr los objetivos antes señalados, consideramos importante la necesidad de establecer en los procedimientos de determinación de la sanción la situación económica del administrado, e incorporarla en la fórmula de cálculo especialmente cuando de multas económicas se trata, lo cual además resulta imponiendo una ventaja adicional que es la generación de la apariencia de que la sanción impuesta es objetiva porque ésta en teoría es impersonal, disminuyendo el cuestionamiento dirigido a la arbitrariedad de la medida impuesta.

El problema de este criterio es que su aplicación genera disparidades haciendo que la medida pierda su finalidad. En efecto, la aplicación de un criterio general que no considera la peculiaridad de la condición del administrado, hace que para el mismo hecho se considere la misma sanción, lo cual en principio podría parecer correcto, eso desde el punto de vista de la aplicación de la medida pero no desde la finalidad de su imposición, porque por ejemplo, imponer 1000 dólares de multa a alguien que tiene por ingreso 100 dólares mensuales, no

tiene el mismo efecto que para alguien que tiene 1000 o 10 mil dólares de renta, porque en este último caso el monto equivale al 10 por ciento de su ingreso, y en el primer caso representa su ingreso multiplicado por 10 haciendo impagable la multa, obligando al infractor a evaluar si es que realmente puede pagarla o, si vale la pena hacerlo. Entonces estamos ante una misma sanción con diferentes efectos, lo cual lleva a considerar si es que realmente su imposición cumple con el principio de no confiscatoriedad pero también si es que es justa o no.

En defensa del modelo que ahora es muy difundido se dirá que el mismo hecho debe tener la misma respuesta del Estado independientemente de la condición del agente, lo cual es correcto, pero dicho argumento se diluye cuando se verifica que al tener la imposición de la misma sanción diferentes efectos, su finalidad no se cumple y obviamente termina afectando al que menos tiene en todos los casos, lo cual la vuelve ilegítima. Además, al afectar de diferente forma al infractor dependiendo de sus condiciones particulares, tampoco cumplirá con la finalidad preventiva porque representará un estímulo para el infractor que más tiene mientras que para el que menos tiene no solo será disuasiva sino que desalentará la continuidad de la actividad que realiza.

El Análisis Económico del Derecho permite solucionar esa problemática porque precisamente aporta herramientas para que el legislador pueda establecer las consecuencias de su regulación evitando que se generen efectos perversos como los antes mencionados.

Existe un sector de la doctrina que considera al Análisis Económico del Derecho como un instrumento que aleja al abogado del Derecho al incorporar en la evaluación de las normas fórmulas matemáticas que contienen generalizaciones simplistas y ajenas a la realidad; además los críticos consideran que la base axiológica que lo sostiene vale decir aquella que considera que la norma debe ser eficiente desde una perspectiva de mercado ósea de asignación de recursos, es inaplicable al mundo del Derecho porque en principio el objeto del sistema jurídico debe ser aplicar la ley de modo que se logre justicia.

Estas afirmaciones son parcialmente ciertas en la medida de que efectivamente, el mundo real contiene variaciones en tal proporción que ninguna fórmula matemática las puede considerar en su totalidad y cualquier esfuerzo que se haga puede terminar o en hacer que la fórmula o enunciado sea de difícil o imposible aplicación o que al contrario, sea de tan simple operativización que considere solo elementos muy generales y dejen de lado las particularidades que, a veces son más importantes que la generalidad para llegar a la verdad material. De otro lado, a pesar que el concepto de equidad debe siempre estar vinculado a la elaboración, interpretación y aplicación de la ley, también es necesario reconocer que, como se tiene dicho, determinar su contenido es difícil y va a depender generalmente del concepto individual que tenga el operador sobre que es lo que le corresponde a cada uno.

Se debe considerar que la economía y el Derecho estudian la conducta de las personas, como dice el profesor Alfredo Bullard finalmente estudian lo mismo ósea a las personas y sus reacciones frente a estímulos o incentivos de diferente naturaleza.

El uso de instrumentos económicos es común en el mundo del Derecho. Sin embargo, el legislador muchas veces no los usa de forma adecuada lo cual se refleja por ejemplo en el contenido de los proyectos de ley presentados al Congreso de la República. En efecto, el Reglamento que regula el procedimiento parlamentario establece que es necesario incorporar un análisis costo beneficio para sustentar la idoneidad de la medida propuesta, pero en la práctica muchas veces este sustento se reduce a señalar que su implementación no generará costo económico para el Estado. En ese sentido, el cumplimiento del requisito exigido se reduce a la verificación de que se considere el título sin analizar su contenido. El resultado es la aprobación de normas declarativas, contradictorias y que se oponen el bien común.

El no realizar un análisis adecuado de una medida normativa genera una diversidad de efectos negativos que parten por la creación de una sobre carga procesal en las comisiones especializadas del Parlamento lo cual genera que no se evalúen los proyectos realmente importantes y obliga a los equipos técnicos dictaminadores a realizar una evaluación desde cero retrasando su trabajo, distrae a los congresistas y evita que la agenda nacional realmente trascendente sea discutida.

De otro lado, la excesiva carga procesal en las comisiones hace que los proyectos normativos no sean discutidos con profundidad y eso se refleja en los dictámenes aprobados, que muchas veces no tienen mayor contenido rescatable respecto de la evaluación de la idoneidad de la medida, y se limitan a realizar evaluaciones de carácter general que impiden establecer con certeza las razones que motivan la aprobación de las propuestas. La ausencia de debate técnico hace que los problemas abordados que se pretenden solucionar no sean ni establecidos de forma clara ni suficiente, lo cual produce que su análisis no se realice de forma adecuada teniendo como resultado el que la norma aprobada no cumpla con la finalidad que debería tener que es solucionar un problema y hacer más fácil la vida a los ciudadanos; la consecuencia es que la norma una vez vigente no es eficiente, ni contribuye a lograr equidad; es decir no es buena ni desde la perspectiva económica ni desde el Derecho y muchas veces inclusive logra un efecto contrario al que se busca obligando al mismo legislador que la aprobó a modificarla parcialmente o inclusive a derogarla.

El costo económico, social y político de tener normas que no responden a la realidad para un sistema democrático es su debilitamiento lo que genera el caldo de cultivo que las autocracias necesitan para implantarse. Ahora, es necesario reconocer que la principal carga generada por la aplicación de una norma ineficiente e inequitativa la tiene quien es más pobre

porque este tiene menos elementos para sobrevivir y para sortear las barreras que el sistema crea artificialmente, esto hace que el sistema sea además de ineficiente, inequitativo e injusto, y por tanto sea ilegítimo. Siguiendo los preceptos de los pensadores de la ilustración, un régimen que no busca la solución a los problemas de su pueblo, no tiene el elemento de legitimidad que justifica el ejercicio del poder; legalidad no es sinónimo de legitimidad, la primera se mantiene en tanto persistan condiciones legales de la elección, mantener la segunda es un esfuerzo permanente y se pierde cuando el que ostenta el mandato o no puede o no quiere hacer las cosas de forma correcta.

Sin embargo, este ejercicio es altamente complejo por lo que demanda también altas cualidades técnicas para enfrentarlo; el problema está en que cuando se deja de regular se estimula el desorden especialmente en sociedades donde existe poco respeto entre las personas lo cual lleva a que, cuando se presenta un problema, sean las mismas personas que antes reclamaban por la excesiva regulación reclamen ahora por la inacción del Estado, su negligencia o excesiva tolerancia para no controlar a los causantes del problema. Entonces, se trata de encontrar un punto de equilibrio que no sobre proteja ni tampoco sobre regule, por eso la importancia de responder a la pregunta de hasta donde es necesario regular.

En ese sentido, se debe considerar que una sobre regulación afecta también a la misma administración porque al final esta va a terminar siendo víctima de su propia acción por cuanto generalmente no va a tener la posibilidad de hacer cumplir todo lo que exige. Como señala Nieto:

Si las administraciones públicas quisieran aplicar puntualmente las normas sancionadoras y obligar a los ciudadanos a cumplirlas tendrían que dedicar todos sus funcionarios a la tarea y, aun así, no darían abasto. Además, el sistema normativo represivo es tan defectuoso (piénsese en los medios de prueba lícitos y, toda la prescripción y en las dificultades de ejecución o cobro de multas) que la mayor parte de los expedientes están condenados de antemano a no llegar a buen fin. Con la consecuencia de que de ordinario la Administración ha de contemplar impotente cómo se cometen infracciones ante sus mismos ojos. Aunque eso sí, el que es sancionado, paga por todos.

(...)

En cuanto a los ciudadanos, sus actitudes frente a la potestad sancionadora de la Administración son muy fáciles de categorizar. La inmensa mayoría son, pura y simplemente, víctimas que soportan resignadamente el peso de una ley que solo oscuramente conocen. El ciudadano sabe perfectamente que está en falta y que su castigo depende exclusivamente del azar y del capricho de la Administración. ... El ciudadano medido no puede defenderse: en parte porque se sabe infractor y en parte porque los gastos de la defensa son de ordinario más elevados que la multa. Por ello únicamente se defienden los acosados, los desesperados y los pleitistas vocacionales. Con su sacrificio -y a costa y paciencia de los Tribunales- ha ido prosperando paso a paso el

Derecho Administrativo Sancionador, pero en nada mejora la práctica administrativa, puesto que la Administración -último y más sangrante sarcasmo del sistema. Deja escapar ciertamente a los beneficiarios de una sentencia, pero no por ello deja de sancionar a los que se encuentran en las mismas circunstancias y no han recurrido...”²⁶.

Esta ácida crítica realizada por uno de los más importantes referentes del Derecho Administrativo a nivel hispano refleja que la reflexión realizada tiene un sustento técnico y normativo. En realidad, la norma sancionadora debe servir para proteger a las personas y garantizar el ejercicio de sus derechos y no para satisfacer intereses personales o políticos del legislador. La verificación de que la práctica legislativa persigue intereses personalísimos antes que generales, obliga a que los requisitos para legislar -no para ser legislador- se hagan más exigentes que los actualmente existentes con la finalidad de obligar al proponente a realizar una adecuada exposición de motivos y un análisis técnicamente válido respecto del problema que plantea solucionar a través de una ley. La evidencia en ese sentido muestra que, colocar en el reglamento procesal la exigencia de realizar un análisis costo beneficio sin establecer en que consiste este y que elementos debe tener para ser considerado como técnicamente válido, es totalmente insuficiente y no cumple la finalidad buscada en el sentido de que el legislador ordinario, para cumplir con el requisito formal generalmente coloca el título y, como se ha señalado anteriormente, un estribillo referido al costo económico de la propuesta para el Estado sin realizar ningún examen respecto al costo económico que representará su implementación para los obligados para evitar incurrir en la infracción propuesta, o el costo social que ello implicará.

Cuando el mismo Nieto reflexiona acerca de la necesidad de encontrar un límite al ejercicio de regular todo, recurre al ejemplo del mercado señalando que cuando este es regulado por el Estado termina llenándose de expedientes referidos a las faltas contra la regulación impuesta; sin embargo en un sistema de libre mercado debido a la menor regulación no solo disminuye el número de expedientes sino que al final son los mismos actores del mercado quienes sancionan a quienes infringen las reglas de la oferta y la demanda castigando a los vendedores con una menor compra o a los compradores con una menor demanda, en donde intervienen factores como la calidad y el precio que hacen tolerable finalmente el juego impuesto el mismo que precede al Derecho y haciendo que el Estado deba intervenir regulando no al juego mismo sino a otros factores tales como salubridad o seguridad.

De ahí que el mismo autor proponga que las leyes sancionadoras *“deben tener por objetivo la reducción de los riesgos, y por supuesto de los daños, y no el proporcionar una cobertura a la irresponsabilidad del Estado garante, al tiempo de exigir del ciudadano un mayor rol en las exigencias al Estado para que cumpla sus funciones y garantice que se cumpla con la ley, por cuanto considera que no suficiente con que la ley esté publicada, sino que es necesario garantizar que esta se cumpla”*.

26 A. Nieto, op. cit. 29-30.

En efecto, la línea de lo señalado anteriormente parte de que el diseño de una sanción es establecer el factor de detección de modo que mientras mayor elevada sea la posibilidad de que el infractor sea detectado menor será la sanción. Entonces, uno de los retos es garantizar que el Estado sea eficiente no en regular sino en implementar su regulación por cuanto como señala el mismo Nieto: *“el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”*²⁷.

En ese sentido, el autor realiza las siguientes proposiciones:

1. Las medidas de intervención y su corolario de infracciones y sanciones tienen un límite: la posibilidad real de ser cumplidas por los destinatarios. Lo cual significa que no deben ser impuestas cuando se sabe de antemano que no pueden ser cumplidas ya que el mercado o la situación económica o el nivel tecnológico o cultural no las consiente.
2. Las infracciones no pueden llegar más allá de adonde alcancen las fuerzas del aparato inspector y represivo del Estado. Regular y conminar con sanciones actividades que pueden ser incumplidas, pero no controladas, es una arbitrariedad y convierte al Derecho en una lotería.
3. Una norma cuyo incumplimiento es sistemáticamente tolerado no puede luego, sin advertencia previa, ser exigida a los particulares ni generar una sanción.
4. La eficacia de una norma sancionadora no debe limitarse a su publicación sino que es necesaria su difusión, más o menos larga y detallada según sea el grado de especialización de sus destinatarios.
5. El principio represivo fundamental (o sea, el de que el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la “última ratio” del Estado, quien no sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones.
6. La sanción tiene que insertarse en una lista de opciones enderezadas común: el asegurar el respeto a la legalidad y castigar el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones legalmente impuestas. El infractor tiene que asumir las consecuencias de su incumplimiento que, por lo demás, no suelen limitarse a una sanción. Los efectos de la revocación de una licencia suelen ser de ordinario mucho más dolorosos que los de una multa y de lo que se trata es de articular eficazmente estas medidas complementarias, no subsidiarias y muchos menos excluyentes.

27 A. Nieto, op cit. 34.

7. El objeto del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino el castigo de éste con respeto de sus garantías legales. En otras palabras, las garantías procedimentales y materiales son de un modo, una limitación de la actuación administrativa represora que en ningún caso puede paralizarla o hacerla inoperante.
8. No debe calificarse como infracción las conductas de contenido antijurídico mínimo, puesto que el costo administrativo del aparato represivo de control y sanción, así como el costo social de la irradiación producida por su uso (o el desprestigio producido por su tolerancia) son mayores que los beneficios esperados por su establecimiento.²⁸

En general, el incremento de la criminalización de las conductas a nivel penal o administrativo no constituye una solución a los problemas de una sociedad. No existe evidencia fáctica que permita demostrar que la reducción de la comisión de infracciones va de la mano con el incremento de sanciones; el caso del Perú es una muestra de ello porque de forma progresiva muchas conductas sancionables penalmente y administrativamente han visto incrementadas sus sanciones a lo largo de las últimas dos décadas pero eso no ha significado que las penas se reduzcan sino al contrario estas han aumentado en su número e intensidad, lo cual se produce por varias razones entre las que destaca la baja capacidad del Estado para identificarlas, la modificación de los patrones culturales debido a la inmigración y la desestructuración del sistema procesal.

El populismo punitivo trata de solucionar cualquier problema a través del incremento de penas, por ejemplo, cuando se presentan casos de violación de tipo mediático siempre vuelve la discusión sobre la pena de muerte para los violadores, a pesar de que reiteradamente se ha señalado que no es posible su aplicación ni tampoco conveniente. Asimismo, cuando se incrementan las denuncias por la comisión de delitos contra la seguridad personal la respuesta siempre es incrementar la pena para estos ilícitos; sin embargo, la respuesta no parece ir por ese lado. Lo mismo sucede con las infracciones administrativas las cuales han ido penalizándose progresivamente al punto que actualmente es posible encontrar decenas de figuras penales que son igualmente sancionadas en la vía administrativa, sin que claramente se visibilice la existencia de bienes jurídicos protegidos diferentes, dando la apariencia de una sobre punición que es justificada en la existencia de una responsabilidad penal diferenciada de la administrativa.

Otro elemento a tomar en cuenta en el procedimiento regulatorio es el presupuesto destinado a hacer cumplir lo regulado. De común el legislador ordinario al momento de legislar olvida considerar el costo de implementación de la medida, lo que en términos administrativos significa dos cosas: mejor implementación a nivel técnico y humano para identificar la sanción y mayor capacidad operativa para tramitar los procedimientos administrativos

28 A. Nieto, op cit. 35-36.

iniciados producto de la labor de fiscalización. Por ejemplo; si se incrementan las conductas punibles en materia ambiental para combatir la minería ilegal entonces deben existir mayores elementos para determinar la existencia de esas infracciones lo cual implica mayor número de fiscalizadores, técnicos y personal policial de apoyo e inclusive capacidad tecnológica para verificar vía satelital la existencia de actividades ilegales. Pero nada de esto será útil si es que la intervención administrativa no termina en un PAS o en una sentencia penal. Entonces la norma necesita implementarse sobre la base de mayores recursos, para lo cual se necesita un previo cálculo del costo de implementación.

El problema es que cuando no se costea una norma el perjuicio es mayor porque al acto material de inobservancia se suma la incapacidad del Estado para cumplir sus propios mandatos incrementando la sensación de impunidad lo cual representa un incentivo para incumplir con la norma. Además, la mayor efectividad está vinculada a otros factores que pueden hacer que el mandato sea de difícil o incluso imposible implementación. Adicionalmente a ello se encuentra el factor relacionado al costo mismo del ejercicio de la función sancionadora; si el costo de sancionar es mayor al de la posible multa a imponer entonces la pregunta es para que se sanciona si es que la sociedad se va a perjudicar económicamente con el procedimiento.

Relacionado a esto último está por ejemplo la capacidad del Estado de hacer efectiva la sanción administrativa. Al no poder privar de la libertad individual al infractor la administración muchas veces se ve impedida de ejecutar su mandato especialmente cuando de multas se trata. Ejemplo claro de esto se encuentra en los vehículos de transporte público que tienen a cuestras multas por infracciones de tránsito en algunos casos de millones de soles y que circulan por la ciudad sin ningún tipo de restricción. Otro ejemplo son las sanciones de multa impuestas a quienes realizan actividades informales; el Estado puede requisar su mercadería, decomisar su maquinaria, cerrar el área donde la realizan, pero no puede cobrar la multa impuesta. Entonces en estos casos las medidas correctivas y preventivas impuestas son más útiles que las sanciones mismas porque cumplen con su finalidad por lo menos temporalmente. Sucede que establecer la misma medida para diferentes problemas no parece ser la mejor política porque no todos los problemas son iguales ni tienen la misma naturaleza. En algunos casos la prevención a través de la educación puede resultar mejor que el incremento de sanciones, como sucede por ejemplo con las prácticas más sencillas vinculadas a la limpieza de la ciudad, el cuidado del ornato o la protección animal.

Esta realidad obliga a reconfigurar la política criminal destinada a sancionar cualquier ilícito sin medir las consecuencias de dicha regulación. Es necesario considerar para el diseño de la respuesta punitiva los efectos de su aplicación; no se puede recurrir al facilismo de sancionar cualquier conducta cuando se está en una situación en la que no es posible combatir lo que ya existe, sino que se deben evaluar otras medidas que sean más efectivas, sin renunciar

al deber del Estado de combatir las amenazas a los bienes jurídicos más importantes. A nivel administrativo, la modernización de la administración es más importante que perseguir a los infractores, asimismo, es más importante verificar las consecuencias económicas y sociales de la persecución que esta misma la cual no debe ser vista como un fin en sí misma sino como un medio de control social; para ello la realización de un análisis costo beneficio que considere el real daño de la conducta a la sociedad, el costo de implementarla así como el beneficio real que ello producirá, resulta siendo una herramienta útil que debe ser implementada con mayor rigurosidad en el Poder Legislativo que es quien tiene el privilegio de regular conductas punitivas en mérito al principio de reserva legal de esta facultad.

REFERENCIAS

- Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Cobo Olvera Tomás*. “El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo”. Barcelona: Ed Bosch 2008.
- Conterno Elena. “El sistema de control debe cambiar”, *Diario Gestión* 8 de setiembre de 2024.
- Conterno Elena. “No vuelvo al Estado es lo que escucho de excolegas que enfrentan juicios sin sustento”, *Diario Gestión* 29 de agosto de 2024.
<https://gestion.pe/opinion/elena-conterno-no-vuelvo-al-estado-poder-judicial-fiscalia-noticia/>
- Abogacía General del Estado Ministerio de Justicia del Reyno de España. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Aranzadi. Madrid 2005) 113.
- Gómez Tomillo Manuel e Sanz Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Madrid: Thomson Reuters, 2da. Ed. 2010.
- Guzmán Christian. *Procedimiento -Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- Instituto Apoyo. “Informe sobre la situación del consumo de tabaco en menores de edad y programas de prevención de fumar en menores en el Perú. Lima, 2004”, p.11
https://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/1053_GRAL739.pdf . Acceso 9 setiembre de 2024
- López Raygada Pierino. *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*. Lima: Ed Palestra, 2024.
- Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed Tecnos 2005.
- Morón Urbina Juan. *Las multas administrativas*. Lima: Ed Praxis. 2024.
- Morón Urbina Juan. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. En *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. Lima (2010).

- Mira J.J y Carillo I. “Medicina defensiva: significado vs medición” *Anales Sis. San Navarra vol.42 no.1 Pamplona* (ene./abr. 2019). pub 21-Oct-2019. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272019000100018. Acceso 8 de setiembre de 2024
- Rebollo Puig, M. *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*. (Madrid: Lex Nova, 2002) 172.
- Seguro Social de Salud. Nota de prensa “EsSalud advierte que consumo de tabaco se incrementa en adolescentes” 29 de mayo de 2017. <https://www.essalud.gob.pe/essalud-advierde-que-consumo-de-tabaco-se-incrementa-en-adolescentes/> acceso. 9 de setiembre de 2024.
- Santamaría Pastor Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

Recibido: 27/08/2024

Aprobado: 30/10/2024

*Definición y Alcances del
Concepto Jurídico de Funcionario Público a la
luz del Artículo 425° del Código Penal Peruano*

*Definition and scope
of the Legal Concept of Public Official under
Article 425° of the Peruvian Criminal Code*

Carlos Alberto Juárez Muñoz* <https://orcid.org/0000-0003-4385-5300>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2791>

Lex

* Abogado. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima. Perú.
Correo Electrónico: c_juarezm@hotmail.com





Mi madre me criaba entre retamas, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El legislador nacional, primigeniamente, al momento de establecer el Código Penal peruano de 1991, no vio la necesidad de regular de forma extensiva la categoría jurídica de funcionario y servidor público dentro de la gama de los delitos, en los cuales, estos eran pasibles de responsabilidad por su condición de tal. Situación que, debido a la praxis judicial, fue enmendada hasta en dos ocasiones, siendo la reforma del 2013, la que materializó un vasto inventario de categorías que determinan – para el derecho penal – cuando nos encontramos frente a un funcionario o servidor estatal. Sin embargo, esta delimitación resulta un tanto abierta y, muchas veces, problemática al momento de establecer un título de imputación respecto del infractor de la ley. En tal sentido, el objetivo principal del presente artículo se delimita en la necesidad de determinar un concepto claro y preciso - bajo el marco de la teoría actualmente vigente - respecto de lo que, en nuestro sistema jurídico penal consideramos como trabajador público, así como su consideración dentro del análisis de su intervención delictiva especial, y de los terceros implicados que no dotan de dicha calidad. Para tales efectos, hemos utilizado un método dogmático-jurídico a fin de, tras el análisis de la norma vinculante, desarrollar una noción clara de lo que se considera en la actualidad como funcionario y servidor público.

Palabras clave: *funcionario público, tipo penal, rol funcional, intervención delictiva, funcionario de facto, delito contra la administración pública.*

ABSTRACT

The national legislator, originally, at the time of establishing the Peruvian Crime Code of 1991, didn't see the need to regulate extensively the legal category of public official and public servant within the range of crimes in which they were passible for liability for their status as such. This situation, due to the judicial praxis was amended up to two times, being the 2013 reform the one that materialized a vast inventory of categories that determine - for criminal law - when we are in front of public official and public servant. However, this delimitation is somewhat open and, many times, problematic at the time to establishing a title of imputation with respect to the offender of the law. In this sense, the main objective of this article is delimited in the need to determine a clear and precise concept - under the framework of the theory currently in force - regarding what, in our criminal legal system, we consider as a public official, as well as its consideration within the analysis of special criminal intervention, and of the third parties involved that don't endow with such quality. For such purposes we had use a dogmatic-legal method in order to, after the analysis of the binding norm, develop a clear notion of is currently considered as public official and public servant.

Keywords: *public official, criminal type, functional role, criminal intervention, facto official, crime against public administration.*

I. INTRODUCCIÓN

El funcionario¹ público es una figura jurídica de amplio espectro en materia penal, que ubica su desempeño en el ejercicio de una función pública en una entidad del Estado. En tal sentido, se puede deducir, en prima facie, que su rol se reduce en prestar un servicio público debidamente regulado por la ley.

Esta frase conceptualmente la encontramos desarrollada en el artículo 425° del Código Penal (en adelante CP); el mismo que, de forma extensiva, nos otorga un concepto de “funcionario público” un tanto distinto a la que otras ramas del derecho determina dentro de su propia doctrina.

El presente trabajo, analítico y, en algún momento, descriptivo, está basado en el estudio de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, con el objetivo de esclarecer, desde distintos ángulos, la figura del funcionario o servidor público; generando de esta manera, un concepto diferenciado, respecto de las demás ramas jurídicas que otorgan una definición propia; y estableciendo el rol que cumple en el quebrantamiento de las figuras penales que le dan cabida.

En tal sentido, se nos hace menester desarrollar, a su vez, los fundamentos por el cual el legislador, determinado por el interés que tiene con el Estado de proteger su organización y su sistemática, ha desarrollado, a lo largo de nuestra historia jurídica penal, un concepto extenso a partir de la normativa sustantiva, con el objeto de sancionar a todo aquel que dote, desde el concepto normativo y jurisprudencial, de un rol como agente estatal.

1 Entiéndase, en adelante, funcionario o servidor público de forma indistinta.

Bajo esta perspectiva se han encauzado los distintos puntos que conforman este trabajo, que, por su reducido espacio, nos es imposible tocar algún tema a profundidad, como lo es los distintos niveles de participación de personas ajenas a la actividad funcional, pero, que terminan apoyándolo en el crimen de delitos especiales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es casi unánime, sin dejar pasar algunas excepciones, visualizar que el inicio de una regla de custodia de un bien gubernamental, está relacionada - para el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos -, con la calidad diferenciada del sujeto que la transgrede, sabemos que, por la amplia variedad de tipos penales que identifica una de las características de la parte general del plexo que unifica las reglas de coerción, la norma cualificada también puede ser lesionada, como cualquier otra, indistintamente, por terceros que no cuentan con la competencia institucionalizada que legitima la actuación del agente en ámbitos de la norma especial, titularidad que se les otorga, como más adelante desarrollaremos, en calidad de *extreñei*.

Una norma especial de carácter propio o impropio, aspira a ser transgredida por los sujetos reconocidos normativamente, y -en casos amplios- como, por no consignados; pero sí consideramos en la parte inicial del estamento legal, es universalmente irreversible posponer esta situación referida a la consideración de una persona no caracterizada que accione el comportamiento que la ley pretende disuadir.

En el contexto comentado, la singularidad del tipo de persona es una característica personal, unívoca, individual e inconfundible de la que abusa el sujeto contextualizado para inmiscuirse en la cosa pública, a fin de exponerla, desprotegerla, teniendo como consecuencia: el resquebrajamiento utilitario de la cosa estatal, o como bien se ha desarrollado, el correcto funcionamiento de la administración pública.

Esto es, conforme al desarrollo de la norma especial, la ley busca sancionar, principalmente, el comportamiento detestable de nadie más que del sujeto consignado de forma expresa en el dispositivo normativo; sin embargo, ello no resta de que un sujeto impropio, también coadyuve de forma directa en la realización del hecho delictivo, o tal como se ha evidenciado, en la actualidad, por funcionarios determinados de forma fáctica, y no mediando un ingreso regular.

En tal sentido, el legislador, en la tarea de efectivizar la aplicación de la sanción penal frente a las distintas formas en las que los criminales buscan afirmar la impunidad, ha creído

pertinente establecer una defición listada de lo que podría ser considerado como funcionario y servidor público; asimismo, dentro del espectro de los que no calzan en la definición del vigente artículo 425° de nuestro CP, pero que sin lugar a duda, aportan, y hasta determinan la materilización del hecho delictivo, también se les ha establecido, doctrinaria y legalmente, un supuesto jurídico, mediante el cual, se les castiga por su intervención en la configuración de la actividad criminal.

La conclusión que nos lleva este pensamiento, es que la universalidad de personas están totalmente facultadas (fácticamente) a ser consideradas como autores o partícipes (en el extremo de los terceros que no detentan de un puesto como funcionario o servidor público, o que no dotan del rol funcional exigido por la norma penal) de conductas prohibidas por tipos penales, sean estos reservados al campo del dominio del hombre sobre el mundo circundante, como a supuestos en los que esto no cuenta, asimilándose ambos, con el mismo resultado de efectividad sobre la norma deslegitimada.

Por ello, la problemática que se pretende abordar, se reduce en el encasillamiento de los sujetos activos del ilícito penal, frente a las nuevas formas de intervención delictiva en los delitos contra la administración pública, en los cuales, el trasgresor responde a un rol especial dentro de la sociedad, y de tal manera se genere una reafirmación a la teoría actualmente vigente, mediante la cual, se determina la autoría y participación de los sujetos activos del ilícito penal.

III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Funcionario Público, sin perjuicio de los criterios sostenidos en el artículo 425° del CP, es un concepto jurídico de alcances netamente nacional que integra a las personas que, aun sin ostentar un alto rango en la organización estatal, ejecutan funciones públicas, o sea, de las que realiza cualquier estamento estatal, al final de todo, conforme indica, Valeije, en beneficio del bien común o generales de la comunidad², por ejemplo, la persona que recepciona la declaración jurada para el pago de impuestos.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada el 6 de abril de 1997, conformante del derecho nacional de acuerdo con el artículo 55° de la Constitución, plantea

2 I. Valeije, citada por Dino Caro Coria, “El Delito de Enriquecimiento Ilícito”. en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*. (Perú: Jurista Editores, 2002), 498.

que los Estados parte consideren que funcionario público es lo mismo que oficial gubernamental y que servidor público, por lo que centrándose en la condición de empleador del Estado, señala que lo son: a) cualquier funcionario o empleado del Estado, b) cualquier funcionario o empleado que conforman las entidades del Estado, c) las personas que han sido seleccionadas, designadas o electas, siempre que lo hayan sido para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado; y d) cualquier persona que se desempeñe en cualquier nivel jerárquico del Estado.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 16 de noviembre de 2004, con rango de ley al igual que la anterior (art. 200.4 Constitución), los entiende en relación a lo siguiente: a) ocupe un cargo en el Estado, y b) desempeñe una función pública.

Para el primer supuesto, incluye al poder legislativo, ejecutivo y judicial, así como al administrativo. Y, ampliando la responsabilidad de estos, precisa, a los designados o elegidos. Le otorga las características de permanencia en el cargo o simplemente temporal, así como, podría ser un cargo remunerado u honorario. Asimismo, sin interesar su estancia en el cargo, esto es, la antigüedad en el cargo.

En el segundo supuesto, el ejercicio de la función pública, se considera a la que se realiza para un organismo del Estado, una empresa del Estado, así como, lo será la que preste un servicio público, según normas internas.

En ese sentido, quien sirve al Estado, labora para él, ocupa un cargo, realiza una función para él, tiene un empleo del Estado, donde el Estado es una institución jurídica que incluye toda aquella institución que realiza una función pública al servicio del bien común. Debiendo considerar función pública, aquella que se realiza en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Por lo tanto, será funcionario público, por ejemplo, el Embajador del Perú ante un país, como, la persona que tiene un contrato de tercero como auxiliar en una empresa que brinda servicio a la ciudadanía.

En tal sentido, el artículo 425° del CP define que es empleado estatal, sí y solo sí, aquel sujeto que responda de forma cualitativa, al acervado conjunto de criterios y títulos que desarrolla la precitada normativa; dicho dispositivo penal regula de forma expresa, y de cierta forma, inacabada, al sujeto activo propio sobre quien recae el título de imputación como autor de los delitos en los cuales se exige la habilitación de funcionario o servidor público (sin adelantar a aquellos tipos penales que exigen, además, las vulneración de sus roles especiales).

Así las cosas, el dispositivo normativo desarrolla un listado de supuestos en los cuales se determina de forma expresa quien podría ser pasible, preliminarmente, de sanción penal

producto de la configuración de un ilícito penal de aquellos delitos que requiera, literalmente, un rol especial para que dicha actividad criminal sea perpetrada.

En tal sentido, esta nomenclatura será utilizada cuando se determine que el sujeto interviniente en el delito, se entienda con un servidor gubernamental, ya sea en el ámbito desarrollado por delitos agrupados principalmente por la teoría del dominio del hecho desarrollada por Claux Roxin, como en el caso de los que de manera puntual, el direccionador de la conducta ilícita tiene el título propio de empleado estatal con el rol específico que la norma penal requiere para su efectiva configuración.

Aún más, para identificar al funcionario público como emisor del acto transgresor, que se quiere conocer, no es necesario, mucho menos, fundamental, tener en mente cuál es el título que otras unidades jurídicas le otorgan, pues, nada de eso sería imprescindible. Tanta fuerza y potencial jurídico-penal se encuentra en el artículo 425° CP, para los efectos de identificar al *Publicus officialis* como sujeto consignado en un delito de autoría especial, que otras normas (inclusive la Constitución) no aplican interpretativamente cuando pretenden estatuir un régimen diferenciado al que establece la citada disposición penal.

Como conclusión de lo previamente descrito, la interpretación que se debe otorgar respecto del sujeto activo que desdeña el tipo penal especial en calidad de autor (siendo su accionar conforme a su rol como funcionario o servidor público), únicamente puede extraerse a la luz citado artículo, no siendo factible utilizar otras definiciones de funcionario o servidor público respecto de otras ramas del derecho.

En realidad, en el contexto del artículo 425° del CP - de manera lata - , podemos definir globalmente al funcionario público por el lazo o, inclusive, el trato que una persona tiene con la Administración Pública o viceversa, no siendo necesario para establecer su definición, que ostente poder de mando, ni que ocupe algún cargo de alta dirección en una entidad pública, como sería, en el primer caso, un miembro del Tribunal Constitucional (autoridad) o, en el segundo, el Secretario General de un Despacho Ministerial; pues, según nuestro sistema punitivo, no se requiere de ese atributo, sino, basta que el actor tenga relación con la Administración Pública, incluso, en el nivel primario de la organización.

Para tales efectos, desde otras ramas ajenas al derecho penal, la idea de administración pública representa al Estado como persona pública soberana, incluso cuando es meritorio que los actos administrativos de las otras entidades que fraccionan el poder a través del accionar de sus miembros, también trasuntan la representación del Estado. Complementariamente, se debe incluir a este breve concepto, la concepción de las entidades descentralizadas, que se complejizan con personería jurídica, también, de carácter estatal, pero propia y ajena de la

persona pública del Estado, a la cual se unen lazos de tutela y de garantía de sus actos frente a los que no son propios de la administración³.

Asimismo, Fidel Rojas sostiene que es entendida como un conjunto de entidades, instituciones u organismos del Estado, debidamente sistematizados y organizados, cuyo norte es el servicio al país, equiparando a estas, las empresas del Estado, quienes son las únicas habilitadas a ejercer una función pública⁴. De forma sincrética, podemos señalar que la administración pública responde a un conjunto de entidades que emanan del Estado con el objetivo de concretizar la finalidad propia de la existencia de la personería jurídica estatal.

En ese entendido, para los efectos de la disposición mencionada, no resulta del todo acertado reemplazar al empleado estatal con el nombre que los identifica ante la sociedad, por ejemplo: “presidente regional”, “regidor”, “director general de administración”, “gerente de logística”, “director de abastecimiento”, “abogado II”, “auxiliar”, y otros análogos a cualquiera de ellos, porque esta mención resulta reductora y, hasta podemos pensar, con pretensiones de confusión o delimitación del entendimiento jurídico penal.

En efecto, y teniendo en cuenta lo sostenido por el autorizado Salinas Siccha, el sujeto infractor del tipo penal, para ser acreedor del título de autor - en la mayoría de los delitos contra la administración pública- debe dotar de un atributo especial de funcionario o de servidor público, pero no circunscrita a la definida por el derecho administrativo, sino de acuerdo al artículo 425° del CP. En tal sentido, el derecho penal, considera una definición de funcionario y servidor público más extensa que en otras ramas adyacentes propias del derecho⁵. Esto es, el derecho penal diseña una definición de “sujeto público”, meramente de carácter normativo, lo cual no desestima que, en cierto, extremo pueda coincidir con el parámetro administrativo que establece la ley; sin embargo, la norma penal, expande los parámetros.

Ahora bien, dentro del ámbito del artículo en comento, para el caso de los sujetos no reconocidos por otras normas legales como funcionarios o servidores públicos, el derecho penal solo hace incidencia a partir de cuando se vulnera un objeto identificado para el servicio público que la norma defiende y custodia; pues, por ejemplo, un secigrista que realiza sus prácticas para el Estado, seguirá en ese nivel mientras no se encuentre en alguna de las facetas de una figura penal que requiere su intervención; en tal sentido, solo será pasible de la intervención del ius puniendi del Estado, cuando este acepte un provecho a fin de realizar, o no, alguna función encomendada por ley.

3 Juan Cassagne, *Derecho Administrativo*, 1er Tomo, (Perú: Palestra Editores, 1era Ed., 2010), 241.

4 Fidel Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración Pública*. (Perú: Gaceta Jurídica, 2021), 49.

5 Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Editorial Iustitia, 2023), 8.

Por otro lado, no se es funcionario público en el ámbito social (reconocido por otras ramas del derecho) meramente por estar señalado en el artículo de referencia. Lo que se quiere decir es que, el derecho penal no es fuente de origen para determinar la calidad de funcionario o servidor público; en ese entendido, aun cuando el dispositivo penal que define la condición de agente del estado precisa que: “son funcionarios o servidores públicos” y detalla un complejo organigrama de tal mención, no acepta ser tomado como disciplina creadora del un concepto imponible en el marco regulatorio general; sino mas bien, dicha definición normativa es invocable, toda vez que, el funcionario público se encuentra inmerso en una actividad criminal imputable desde su condición de tal.

Si el derecho penal no acepta ser dador de títulos funcionariales en la sociedad, tampoco permite que otras ramas del derecho le recomienden o impongan quién es, o no, funcionario, si no es que pasa por el análisis del conjunto de supuestos que enarbola el artículo 425° del CP.

Sin embargo, es posible asimilar la noción de funcionario gubernamental desde las reglas penales, siempre que sea bajo los alcances de la grandiosa nomenclatura que engloba el artículo 425° del CP; lo que, en nuestra opinión, se encuentran en la Administración Pública el elemento que los unifica conceptualmente.

Desligándose del artículo 425° del CP, dentro del terreno de las normas que incluyen dentro de sus componentes al sujeto especial, la doctrina mayoritaria ha dicho que funcionario público es aquel que estando regulada su relación con un bien en específico, infringe el deber que le es exigible, así regulado⁶. Es decir, en este caso, se vincula la identificación del funcionario público con la relación funcional que se tiene para con el objeto material del delito -integrado, muchas veces, por recursos públicos- que no es más que la justificación de su presencia en el puntual ámbito no privado en el que se desenvuelve.

Precisamos que, para el derecho penal, en algunos ilícitos penales contra la administración pública, el sujeto activo, aparte de tener la condición de funcionario o servidor público, debe tener una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del aparato público⁷.

Así las cosas, funcionario público es quien tiene alguna relación o nexo legal con el Estado, los poderes que lo integran, empresas públicas, destinadas, según su rol, a realizar una función o actividad que se caracteriza por ser propia de la administración estatal.

En ese sentido, para el derecho penal, en el delito de peculado, se requiere, además, que el funcionario o servidor, realice un acto o comportamiento en específico, en que deslegitimando

6 José Reaño Peschiera, *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*, (Perú: Jurista Editores, 2010), 23.

7 Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Editorial Iustitia, 2023), 16.

su posición, esto es, sus roles o funciones según el cargo o título adscrito, confronte recursos públicos debidamente asignados para su ámbito de gobierno.

Por lo que, tratándose de la norma especial, por ejemplo, en el delito de *peculatus* - para ser considerado como el sujeto determinado - no basta con aparecer en cualquiera de los supuestos del artículo 425° del CP, puesto que, el funcionario público al que se refiere el tipo penal especial, tiene como particular entendimiento el deber que tiene el agente para con la administración pública, el mismo que vulnera, no únicamente, un nivel preponderante en el Estado propia del Derecho Administrativo⁸.

Mientras que, bajo la regla antes dicha, se es funcionario público, por sus características inherentes que caen dentro de cualquiera de las posiciones que tiene una persona en relación al ente público como tal, en cualquiera de sus manifestaciones; y que, por cuya razón -que desarrolla nítidamente este dispositivo penal general- se ingresa al servicio público, lo que, a diferencia del precedente, no tiene entre sus regulaciones un deber u obligación específica en movimiento relacionada con un objeto público determinado.

En tal sentido, el 425° enmarca de forma genérica una definición propia de lo que es considerado como trabajador estatal, lo que no estima de forma tajante que, frente a la participación de uno, dentro de la configuración de un ilícito penal, de manera directa y sin cuestionamiento alguno, se le debería imputar a título de autor. Para dichos efectos, el tipo penal específico (respecto a alguno de los delitos contenidos en el capítulo de los Delitos contra la Administración Pública), señala entre línea que, dicho accionar imputable debe ser uno contrario a sus funciones definidas por la administración pública, esto es, debe existir una correlación entre funcionario imputado, y rol afectado.

Como toda norma de alcance penal, el artículo 425° del Código Penal se rige en base del principio de legalidad, por lo que, los supuestos y requisitos que en esta se contemplan son inamovibles (pétreos). Ello garantiza (con seguridad inalterable) un filtro insoslayable con efectos sobre las personas que no son las indicadas, ingresen a ser consideradas en ese estamento.

Es decir, sirve para saber a quién debemos identificar como tal. Por ejemplo, reza el acápite 1, es agente del estado, los que están comprendidos en la carrera administrativa y, como es de esperarse, a esta se accede por concurso público de mérito⁹, el que concluye con su nombramiento, mediante el acto administrativo respectivo; en cambio, en el supuesto puntual del numeral 6, muy diferente al anterior, referido a “los designados, elegidos o proclamados”, no menciona a la resolución que reconozca tal calidad de nombrado.

8 Corte Suprema de Justicia de la República (2018), Revisión de Sentencia N° 503-2017-CALLAO, F.J. 5, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>

9 Tribunal Constitucional (2005), sentencia contenida en el Expediente N° 00025-2005-PI/TC., F. J. 50, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>

Por lo tanto, para los casos de este último acápite, no se requiere de la resolución de nombramiento, mucho menos, que una persona hubiere participado en un concurso público de méritos, ni que hubiere sido examinado por un jurado calificador, tampoco, que hubiere sido sometido a etapas preclusivas y eliminatorias, por el contrario, bajo dicho dispositivo legal, únicamente se necesita que una autoridad competente, indistintamente, designe o elija o proclame a una persona particular, con lo que a partir de ese instante, es tildado de funcionario o servidor público, sin que resulte obligatorio que hubiere ingresado a desempeñar la labor; inclusive, como sucede en otros casos, acepte y jure el cargo, así, por ejemplo, un fiscal luego de ingresar al servicio, para que lo ejerza no basta que se publicite su nombramiento o se expida al título que así lo acredite, sino, debe juramentar el cargo, firmando el acta respectiva.

La situación de los designados, elegidos o proclamados, como personas que en el futuro ejercerán un cargo público, obedecerá a una mayor protección otorgada al bien jurídico protegido en los delitos que se tiene al *Publicus officialis* como su autor, contra el abuso de poder y falta de ética de estos, que podría sobrevenir a su designación. En ese sentido, el legislador ha visto por conveniente la colocación de mayores exigencias de punibilidad a los que aún no ocupan el cargo público, menos todavía, desempeñan la función pública, siendo esto, una especie de barrera que refuerza la protección del objeto tutelado, desde que son pasibles de implicancias penales antes del ejercicio del cargo, con lo que se aplaca cualquier interés que podría tener el “seleccionado” al momento que lo ejerza. De este modo, como apunta León, se prohíbe cualquier acto desleal que desmerezca el cargo¹⁰.

IV. AUTORÍA DIRECTA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, Y LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS*

Tal como precisa Villavicencio, la descripción de los elementos típicos del ilícito penal, se despliegan a partir de la determinación del sujeto activo, el cual, el derecho penal, lo concibe como una calificación dogmática que resulta útil para describir las características y requisitos que debe reunir la persona al momento en el que ejecuta conducta pasible de responsabilidad penal. Generalmente, el tipo penal describe a un sujeto genérico, indeterminado, sobre el cuál se refiere como “el que”, sin precisar una cualidad específica que lo pueda diferenciar de otros¹¹.

10 Vladimir León Vidal, Hésbert Benavente Chorres y Leonardo Calderón Valverde, *El Funcionario Público*, (Perú: Gaceta Jurídica, 2015), 27.

11 Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*, (Perú: Grijley, 1era Ed., 2006) 304-305..

En cambio, cuando se está encabezado por una persona específica, cualquiera que lo cometiere, no incurriría en ese delito, pues, su calidad no ha sido legalmente considerada por el tipo penal. En este último caso, solo puede ser autor el que reúne el requisito de autoría establecido en la norma penal; por lo que se trataría de un delito exclusivo, debido a la particularidad de la persona que lo comete; es, como apunta Villa: un tipo especial¹².

Tan es así que, en concordancia con lo señalado por Salinas, en gran parte de los delitos contra la administración pública (tal como lo hemos señalado) no todo sujeto puede ser autor. Para dotar de dicha condición en los tipos penales en los que el rol establecido sea uno de funcionario o servidor público, se requiere – en correspondencia con el tipo penal correspondiente –, de la condición de funcionario o servidor público (en el marco del artículo 425° de nuestro código penal sustantivo) e incluso en algunos delitos, además de dicha condición, se necesita portar de un vínculo funcional especial con el objeto del delito al interior del estrato estatal. Por lo que, en dichas situaciones nos solo se requiere la condición de agente del estado por parte del sujeto activo del hecho delictivo¹³.

La llamada participación, por su parte, resulta ser otro modo de intervención en el delito, a la que se le concede un rol de signo secundario, y que se manifiesta bajo la idea de un acto de apoyo o de instigación al ilícito¹⁴. Tratándose de complicidad, el dispositivo legal (art. 25° del CP) no le impone ninguna condición a la persona para ser tal, basta que haga los actos que la ley indica. De ningún modo le consigna algún criterio de imputabilidad, igual o parecido al del autor para responder como él.

De la misma forma, el artículo 25° del CP, no prescribe que quien preste auxilio o asistencia, deba gozar de la misma calidad especial de la persona que prevé la norma para el autor -de quien es su subordinado-; por ejemplo, el tercero no requiere ser funcionario o servidor público o, mejor dicho, no debe serlo, para asistir al autor en el delito de peculado, pues, si así fuere, dejaría de ser considerado un dependiente, para convertirse en un sujeto principal en el citado delito singular.

En palabras de Percy García Caveró, la participación se diferencia, para este tipo de casos, como una afectación al bien jurídico tutelado sin perjuicio del deber especial respecto de un autor que, a su vez, no se delimita por el dominio del hecho. Esta especial consideración evade toda traba dogmática para sancionar al que instiga o ayuda a un instrumento cualificado. Existen doctrinas que pretenden establecer criterios de participación en los delitos de infracción del deber, por un lado, se delimitaría la participación como una atenuante, y por otro, la imposibilidad dogmática de admitir la posibilidad de participación¹⁵.

12 Javier Villa Stein, *Derecho Penal. Parte General*, (Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2014), 285.

13 Percy García, *Derecho Penal. Parte General*, (Perú: Ideas Solución Editorial, 3era Ed., 2019), 788 – 789.

14 Percy García, op. cit, 727.

15 *Ibidem*, 788 – 789.

Lo que sí podemos advertir es que, no hay cómplice especial, o sea, una persona que pudiera ostentar una cualidad especial, que lo diferencie del cómplice común; más bien, el cómplice siempre será una persona indeterminada, un sujeto cualquiera, no cualificada, el que su apoyo no sea de carácter definitivo en el devenir del injusto.

Gacia agrega que, respecto al *extraneus* se determina una sanción penal, en general, y de manera subsidiaria, respecto de los actos de organización que coadyuvan a que el funcionario pasible de responsabilidad penal, infrinja su propio deber¹⁶.

En tal sentido, respecto a los terceros intervinientes, Salinas señala: Si el tipo está desarrollado como uno de infracción de deber, el remedio no se haya previsto en la misma línea que de los que se encuentran aglomerados en la tipología de la teoría del dominio del hecho. Resulta imposible permanecer en la dogmática de la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le puede inculpar de responsabilidad penal por una competencia institucional que no le alcanza. (...) si bien el *extraneus* se pudo hallar beneficiado tras la realización del hecho punible, la ausencia de vinculación con el Estado lo hace incapaz de contrariar la específica expectativa normativa que compone a los delitos de infracción de un deber¹⁷.

Por otro lado, salvo en el caso que el tipo penal hubiere incluido conductas auxiliares o secundarias a la realización del hecho punible, las llevadas a cabo por personas de nivel secundario, no es posible considerarlas como autores, salvo excepciones sustentadas en la naturaleza del comportamiento.

Según el plano expuesto por Roxin la autoría no está en relación al dominio del hecho, sino por el contrario, en no acatar un deber que le impone la legislación distinta de la penal¹⁸. En tal sentido, y aterrizando a un caso en concreto, en el delito de *peculatus*, se es autor -funcionario o servidor público- porque sobre él recae el deber especial extrapenal, ninguna otra persona interviniente en ese delito tiene la obligación importante que la configuración del delito trata de impedir; por ello, un tercero que se apropia o utiliza el bien público, en su provecho, lo extraerá del lugar donde se encuentre y, hasta quizá se comportará como el dominus, pero de ningún modo, cuando sustrae o saca del lugar un objeto de servicio público, romperá una regla especial que les inherente, ya que, esta no está dirigida hacia él, sino, al funcionario o servidor público.

Entonces, el actuar del tercero -inclusive, si fuere un funcionario público no vinculado al rol funcional-, así fuere bastante, carecerá de importancia en relación al que desarrolla el

16 *Ibidem*, 802.

17 *Ibidem*. 801.

18 Corte Suprema de Justicia de la República (2016) Recurso de Casación N° 102-2016-Lima, https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacnN102-2016-Lima_unlocked.pdf

funcionario público consignado; pues, no surtirá ningún efecto sobre la regla que ha sido creada para ser aplicada al funcionario público; ergo, de ninguna manera puede ser considerado autor. Bajo esa consideración, en la fractura del tipo penal de naturaleza especial, el aspecto funcional es la condición sine qua nom para su realización.

Todo lo cual, conlleva a apuntar que, en el delito especial, no es conducente la autoría por otra persona distinta al sujeto especial; por tal motivo, la autoría se reduce a aquel sujeto activo que responde a la infracción del deber funcional; por ello, el único considerado legalmente para infringir el deber inmerso, es el sujeto especial en el que reposa el deber jurídico protegido por el tipo penal.

La Corte Suprema de la República, en un caso específico sobre peculado, ha dicho que, quien no tiene las calidades de funcionario o servidor público que el tipo penal exige, entonces, es un cómplice, así, en el caso del delito de peculado, ha dicho que: “(...) *Es claro, por lo demás, que serán cómplices, aquellos funcionarios o servidores públicos que sin tener esa relación funcional específica, prestan auxilio o asistencia, cooperan, con la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos. (...)*”¹⁹. Del mismo modo, la Corte, citando García y Vilchez ha indicado que los extranei, así dominen la situación, pero que no tienen un deber que vulnerar, les corresponde el entorno del citado delito, pero, no son autores²⁰.

V. FUNCIONARIO DE FACTO

La jurisprudencia, en su labor incansable de no generar estados de impunidad frente a situaciones no reguladas penalmente, esto es, la insuficiencia extensiva del artículo 425° del CP ante sujetos pasibles de sanción; ha creído menester establecer, por medio de su jurisprudencia en temática de autoría y participación, la institución jurídica del funcionario de hecho. Dicha medida responde a la necesidad de otorgar al sujeto pasible de responsabilidad penal la calidad de “intraeus” en razón de su desenvolvimiento dentro de la administración pública, esto es, que dicho sujeto adquiere la señalada condición debido a su actividad funcional sin que, de forma previa, este haya sido inducido a la administración de forma regular.

19 Corte Suprema de Justicia de la República (2022), Recurso de Casación N° 3513-2022-SAN MARTÍN, F.J. 3, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6111754/5403734-cas-3513-2022-san-martin-1.pdf?v=1711479251>

20 Corte Suprema de Justicia de la República (2019), Recurso de Casación N° 1609-2019-MOQUEGUA, F.J. 2, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4/1609-2019%2C.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4>

En tal sentido, el alto tribunal judicial ha esgrimido, citando al autorizado De la Vallina Velarde, los 3 elementos configurativos que, de observarse, nos permitiría determinar que estamos frente a la existencia de un funcionario de iure; así las cosas, la Corte Suprema ha precisado:

“33.1. Existencia legal del cargo: necesidad de que exista el cargo y exista de iure. Es claro que no podría existir funcionario de hecho, si por no haber cargo alguno a desempeñar tampoco pudiera existir funcionario de jure.

33.2. Posesión del cargo: debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. Su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho.

33.3. Apariencia de legitimidad del título o nombramiento: existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado.”²¹

Como primer elemento, relaciona al funcionario de hecho con la existencia legal del cargo, esto es, que exista un espacio laboral que reúna las características de la actividad funcional desarrollada por el sujeto a quien se le imputa la calidad de funcionario de facto; esta actividad debe estar correctamente enmarcada dentro del Manual Operativo Funcional de la entidad administrativa (MOF), el mismo que tiene la función de determinar y especificar las funciones que tienen cada uno de los funcionarios y servidores del Estado.

Respecto al segundo elemento, la función no debe responder a un supuesto de suplantación ilegítima o usurpación del cargo, sino que, se debe acceder a esta de buena fe, esto es que, en el interín del acceso al cargo, no haya mediado una intervención belicosa ni contraria a ley; asimismo, esta debe ser pública y continuada, es decir, de conocimiento del área, o de los sujetos colindantes, no mediando ninguna interrupción durante un periodo de tiempo.

Como último elemento tenemos la apariencia de legitimidad, esto es que, el sujeto que desarrolla el cargo como funcionario o servidor, se observe como un administrativo o autoridad, determinado bajo los proceptos normativos, es decir, que pareciera un funcionario ingresado a la administración de forma regular.

En tal sentido, este precepto jurisprudencial adoptado desde la dogmática administrativa, nos permite incorporar y no soslayar la participación de aquellos que intentan desestimar su influencia en la configuración de ilícitos penales, por una supuesta ausencia de títulos que lo habiliten de ejercer dentro de la administración pública.

21 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Casación N° 442-2017-ICA, FJ. 33. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-442-2017-Ica-LP.pdf>

VI. CONCLUSIONES

1. Funcionario Público es un concepto jurídico de alcance netamente nacional que, en el ámbito del artículo 425° del CP, y la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es el único “sujeto” que puede lesionar una norma penal de carácter especial con mandato dirigido hacia él, y condicionado a inconductas de probidad relacionadas a la desatención dolosa de su rol institucional. Que, por el mismo cargo que ostenta, su tratamiento parte de una consideración especial que, en correspondencia de la ley, estipula una condición exclusiva en torno a su individualización al momento de determinar su intervención delictiva.
2. Dentro de las disposiciones normativas que refieren a delitos cometidos por funcionarios públicos en quebrantamiento de sus roles específicos, los terceros que no pertenecen a la administración pública, no quedan exentos de alguna sanción penal, el derecho ha considerado pertinente que, para dichas situaciones, a los extraneus intervinientes, se les castigue a partir de su condición de partícipes, toda vez que estos, no tienen un deber especial que deban resguardar.
3. La norma penal se ha encontrado limitada frente a la participación, dentro del ilícito penal, de ciudadanos que, fácticamente, desarrollan un cargo o una función pública y que, a la fecha de la comisión del ilícito, su ingreso a la administración no se hallaba regulado. En tal sentido, la jurisprudencia ha generado, en correspondencia al derecho administrativo, el concepto jurídico de: funcionario de hecho, o de facto, a fin de castigar al infractor legal en calidad de autor.
4. Resulta relevante concluir que la norma penal actual, que define las categorías respecto del Funcionario Público, se halla de cierto modo completa, sin embargo, dado la capacidad operativa de diversos grupos delictivos, en su debido momento, se deberá actualizar a fin de no generar espacios de impunidad frente a la imputación de algún sujeto que no cumpla con los criterios y requisitos legales.

REFERENCIAS

- Cassagne, Juan, *Derecho Administrativo*, 1er Tomo. Perú: Palestra Editores, 1era Ed., 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016) Recurso de Casación N° 102-2016-Lima, https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacnN102-2016-Lima_unlocked.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018), Revisión de Sentencia N° 503-2017-CALLAO, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Casación N° 442-2017-ICA, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-442-2017-Ica-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019), Recurso de Casación N° 1609-2019-MOQUEGUA, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4/1609-2019%2C.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2022), Recurso de Casación N° 3513-2022-SAN MARTÍN, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6111754/5403734-cas-3513-2022-san-martin-1.pdf?v=1711479251>
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Ideas Solución Editorial, 3era Ed., 2019.
- León Vidal, Vladimir, Benavente Chorres, Hésbert. y Calderón Valverde, Leonardo. *El Funcionario Público*. Perú: Gaceta Jurídica, 2015.
- Reaño Peschiera, José. *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*, Perú: Jurista Editores, 2010.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. (Perú: Gaceta Jurídica, 2021.
- Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. Perú: Editorial Iustitia, 2023.
- Tribunal Constitucional (2005), sentencia contenida en el Expediente N° 00025-2005-PI/TC, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>
- Ugaz Sanchez- Moreno, José y Ugaz Heudebert, Francisco. *Delitos Económicos, contra la Administración Pública y Criminalidad Organizada*. Perú: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. <https://doi.org/10.18800/9786123172602>
- Valeije, I., citada por Caro Coria, Dino. El Delito de Enriquecimiento Ilícito”. en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*. Perú: Jurista Editores, 2002.
- Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2014.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Perú: Grijley, 1era Ed., 2006.

Recibido: 10/09/2024

Aprobado: 25/10/2024

*La Naturaleza Imperativa de
la Normativa de Contrataciones del Estado y
su Aplicación en las Solicitudes de
Ampliación de Plazo en Obra Pública*

*The Imperative Nature of
the State Contracting Regulations and
their Application in Requests for
Extension of the Deadline in Public Works*

Daniel Alberto Juárez Fernández* <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2792>

* Docente universitario. Egresado de las maestrías en Derecho Empresarial UNFV, en DD.HH en el CAEN, en Tutela de Derechos y en Gestión Pública UNMSM. Arbitro. Doctorando en Derecho Universidad Federico Villareal. Maestro en Derecho Empresarial. Investigador independiente. Perú.
Correo electrónico: djf38495@hotmail.com

Lex





Rostro azul, óleo sobre lienzo 30 x 40 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Las normas imperativas deben ser cumplidas bajo pena de sanción, situación diferente tienen las normas dispositivas, las cuales pueden dejar de ser observadas sin que ello genere la imposición de una sanción. En los contratos que suscribe el Estado, se respaldan en normas imperativas, es decir, de obligatorio y escrupuloso cumplimiento para ambas partes y sin que se pueda pactar en contrario, puesto que no se trata de un escenario de normas dispositivas o supletorias, como en el supuesto de la contratación privada o civil. Por lo tanto, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen independientemente de si se encuentran consignadas o no en el documento que contiene el contrato celebrado, justamente en atención al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado.

Palabras clave: *norma imperativa, norma dispositiva, norma de desarrollo constitucional, motivación.*

ABSTRACT

Mandatory norms must be complied with under penalty of sanction, a different situation is found in dispositive norms, which may fail to be observed without generating the imposition of a sanction. In the contracts signed by the State, they are supported by mandatory norms, that is, mandatory and scrupulous compliance for both parties and without the possibility of an agreement to the contrary, since it is not a scenario of dispositive or supplementary norms, as in the case of private or civil contracting. Therefore, the provisions that regulate contractual execution govern regardless of whether or not they are recorded in the document containing the concluded contract, precisely in response to the imperative nature of the State's procurement regulations.

Keywords: *imperative norm, dispositive norm, constitutional development norm, motivation.*

I. INTRODUCCIÓN

Las normas jurídicas se distinguen entre imperativas y dispositivas, dependiendo si pueden o no ser dejadas de lado por las partes del contrato. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas, bajo pena de sanción. Contrariamente, las normas dispositivas, admiten abrogación convencional, por lo que pueden dejar de ser observadas sin que ello genere la imposición de una sanción.

Por lo tanto, se puede inferir que la norma imperativa debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica en contrario.

Las partes contractuales: Entidad Pública y Contratista ¿Se encontraban facultadas de pactar un procedimiento de ampliación de plazo en obra, consistente en establecer una cantidad menor de días para pronunciarse por parte de la Entidad?

II. CONCEPTOS E IDEAS SOBRE LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Con la expresión “Ley de desarrollo constitucional”, se vincula a la construcción de un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador¹ (STC N° 047-2004-AI/TC).

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú STC N° 047-2004-AI/TC.

Trasladando este concepto a nuestra materia, la normativa de contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Ley de Leyes, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y *cuya única condición exigible será que estén regulados por ley* y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública² (STC N° 020-2003-AI/TC).

Conforme a la aproximación del tema, es menester determinar si el procedimiento de ampliación de plazo previsto en la normativa de contratación pública pertenece a las normas dispositivas o a las normas imperativas; esto a fin de determinar si las partes se encontraban facultadas de pactar un procedimiento de ampliación de plazo distinto (al establecer una cantidad menor de días para pronunciarse) mediante el Contrato o los documentos que integran este.

Así, como primera cuestión, tenemos que la norma bajo análisis es una norma prescriptiva que establece un mandato (el de emitir la decisión de otorgar o denegar la ampliación de plazo). Como segunda cuestión tenemos que el artículo 1354 del Código Civil, el cual consagra el principio de libertad contractual, es ajeno al procedimiento de ampliación de plazo regulado en la normativa de contrataciones del Estado, entre otras razones por el principio de especialidad.

En adición a ello, debemos rescatar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC y 6167-2005-PHC/TC³ “... *La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.º, inciso 24, literal a de la Constitución (...). el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales...*” (cursivas es nuestro) o lo expuesto por la propia normativa privada, en el artículo 1356 del Código Civil, la cual establece el carácter supletorio de las normas contractuales al expresar que «Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, *salvo que sean imperativas*».

Entonces a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la contratación civil, es de claridad meridiana que *en el supuesto de los contratos que suscribe el Estado las normas son imperativas*, es decir, de obligatorio y escrupuloso cumplimiento para ambas partes y sin que puedan pactar en contrario, puesto que no se trata de un escenario de normas dispositivas o supletorias, como en el supuesto de la contratación privada o civil.

Consecuentemente, los contratos que se suscriben en el ámbito de la norma de contratación pública deben cumplir con lo dispuesto en dicha normativa especial, siendo un imposible jurídico el pacto en contrario, salvo el caso que la propia norma incurra en dicho supuesto.

2 Tribunal Constitucional del Perú- STC N° 020-2003-AI/TC

3 Tribunal Constitucional del Perú-STC N° 047-2004-AI/TC y 6167-2005-PHC/TC

En la normativa de contratación Estatal, no advertimos ninguna norma como la del artículo 1356 del Código Civil, la cual establece de forma expresa el carácter supletorio y dispositivo de las normas contractuales civiles. Esto obedece a que en contratación privada prima la voluntad, mientras que en contratación estatal prima la ley. Además del hecho que la norma especial aplicable al caso, no estableció ninguna habilitación que otorgue el carácter de dispositivo a las normas que regulan la ejecución contractual pública.

Esto incluso lo podemos observar en el proyecto de Reglamento, que en su art. 153.5 dice: “... *La autoridad de la gestión administrativa resuelve dicha solicitud y notifica, a través de la Pladiscop, su decisión al contratista dentro de los doce días hábiles, computados desde el día siguiente de recibida la solicitud. De no existir pronunciamiento, se tiene por aprobada...*”⁴.

En la misma línea de argumentación, la Opinión N° 096-2011/DTN, del OSCE señaló:

“en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la relación contractual entre una Entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; *en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen independientemente de si se encuentran consignadas o no en el documento que contiene el contrato celebrado, justamente en atención al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado*”⁵. (cursivas es nuestro) .

O la Opinión N° 029-2019/DTN:

“pues su reconocimiento no depende del acuerdo entre las partes, sino que ha sido dispuesta expresamente por una norma legal, la cual, en materia de contrataciones del Estado resulta imperativa”⁶.

O la Opinión N° 171-2019/DTN:

“...Si bien las Entidades pueden adoptar acciones para la adecuada gestión de sus contratos, orientándose en los principios previstos en el artículo 2 de la Ley, ello no significa que sus decisiones puedan contravenir las exigencias previstas en la normativa de contrataciones del Estado...”⁷.

4 Proyecto de Reglamento de la Ley N° 32069 ley general de contrataciones públicas
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6950184/5995559-2-reglamento-de-la-ley-n-32069-ley-general-de-contrataciones-publicas.pdf?v=1726589333>

5 Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE-Perú-Opinión N° 096-2011/DTN.

6 Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE-Perú- Opinión N° 029-2019/DTN.

7 Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE-Perú-Opinión N° 171-2019/DTN.

O la Opinión N° 010-2019/DTN:

“... La Entidad -de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- puede adoptar las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, cuando estos se aparten de las disposiciones que contemplan las Bases Integradas, ello con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que resulten aplicables...”⁸.

Como vemos, no se establecen excepciones al carácter imperativo de la normativa de contratación pública; por lo que nuestro ordenamiento dispuso vigilar su cumplimiento, sin miramientos ni excepciones. Lamentablemente en algunos escenarios arbitrales se asigna un tratamiento civil (norma dispositiva) a un asunto de carácter público, como lo es la ejecución contractual (norma imperativa), ocasionando un serio perjuicio al Estado, dado el carácter definitivo e inapelable de los laudos arbitrales (D. Leg. N° 1071, Ley de Arbitraje, art. 59°).

En ningún extremo la normativa permite pactar un procedimiento distinto, sea esto a ampliar o reducir plazos, por lo cual, entendemos que el procedimiento establecido sobre las ampliaciones de Plazo tiene carácter imperativo, siendo de observancia obligatoria para los contratantes.

Tales argumentos que son no solo legales, sino sobre todo justos, y los encontramos en el Laudo recaído en el Expediente N.º S 026-2020/SNA-OSCE⁹, en el cual se resolvió que las normas imperativas no son susceptibles de pacto en contrario, por ende el procedimiento de ampliación de plazo regulado en la normativa de contrataciones en ningún extremo menciona precisión alguna que faculte a las partes a pactar un procedimiento distinto (o a ampliar o reducir plazos), por lo cual, se entiende que el procedimiento previsto tiene carácter imperativo.

Nos llama la atención que, en un segundo laudo, sobre el mismo contrato y las mismas partes, *otro colegiado* ampare su decisión entre otros aspectos en los siguientes (cursivas es nuestro):

167. *Respecto a ello, el TRIBUNAL ARBITRAL tiene presente el principio de autonomía privada definido como la autoconfiguración de las relaciones jurídicas de los privados conforme a su voluntad. Así, las partes tienen el derecho de crear las normas que regularán sus propias relaciones económicas¹.*

168. *En ese sentido, las Partes tienen la facultad de determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo².*

(...)

172. *En dicho caso, si se hubiera producido una vulneración a la normativa de contrataciones del Estado, puesto que se estaría estableciendo un plazo mayor, a pesar de que el artículo*

⁸ Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE-Perú -Opinión N° 010-2019/DTN.

⁹ Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE-Perú- Laudo recaído en el Expediente N.º S 026-2020/SNA-OSCE.

201* del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula catorce (14) días calendario como un plazo máximo para el pronunciamiento de la Entidad.

173. Así, el TRIBUNAL ARBITRAL determina que las Partes no han pactado contra el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, *sino en ejercicio de su autonomía de voluntad y dentro del marco permitido por el artículo.*

Creemos pues que dicha argumentación encierra la inexistencia de una motivación o motivación aparente. No hay duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso (STC N° 00728-2008-PHC/TC)¹⁰.

En el segundo laudo *no* se explica que parte de la normativa especial habilita el establecer una cantidad menor de días para pronunciarse por parte de la Entidad, en los casos de ampliaciones de plazo en obra.

Es más, así por alguna omisión del personal de la Entidad –susceptible de responsabilidad– se redactará en algún extremo de los documentos que conforman el contrato, algo en contra de la normativa de contrataciones, se debe tener presente que el goce de un derecho presupone que éste haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos¹¹ (STC N° 8468-2006-AA, fundamento 7, 03397-2006-PA/TC, fundamento 7; 2500-2003-AA/TC fundamento 5; entre otras).

El derecho a la debida motivación de un laudo importa que los árbitros, al momento de resolver la causa, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, esas razones, deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso; aspectos que en el segundo laudo permanecen en silencio.

10 Tribunal Constitucional del Perú- STC N° 00728-2008-PHC/TC.

11 Tribunal Constitucional del Perú- STC N° 8468-2006-AA, fundamento 7, 03397-2006-PA/TC, fundamento 7; 2500-2003-AA/TC fundamento 5; entre otras.

III. CONCLUSIONES

1. El carácter obligatorio de la normativa de contrataciones no puede ser eludido por pacto entre los celebrantes del acto jurídico patrimonial; salvo que ello se encuentre permitido por ley.
2. En caso de contradicción entre lo escrito en algún extremo de los documentos que conformar un contrato público y lo dispuesto en la normativa; se debe preferir la normativa por su carácter imperativo y por el principio de especialidad.
3. La inexistencia de una motivación o motivación aparente, se presenta –entre otros supuestos- cuando no se responde a las alegaciones de las partes del proceso. (STC N° 00728-2008-PHC/TC)
4. Consideramos que no se advierte dentro de la normativa especial, la habilitación legal previa, para establecer una cantidad menor de días para que la Entidad responda una ampliación de plazo en obra.

REFERENCIAS

- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE-Perú-Opinión N° 096-2011/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE-Perú Opinión N° 029-2019/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE-Perú Opinión N° 171-2019/DTN .
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE-Perú Opinión N° 010-2019/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE-Perú-Laudo recaído en el Exp. Arbitral N° S 026-2020/SNA-OSCE.
- Reglamento de la ley n° 32069 ley general de contrataciones públicas.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6950184/5995559-2-reglamento-de-la-ley-n-32069-ley-general-de-contrataciones-publicas.pdf?v=1726589333>
- Tribunal Constitucional del Perú-STC N° 2500-2003-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú- STC N° 020-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú- STC N° 047-2004-AI/TC .
- Tribunal Constitucional del Perú -STC N° 6167-2005-PHC/TC.

- Tribunal Constitucional del Perú -STC N° 03397-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú -STC N° 8468-2006-AA.
- Tribunal Constitucional del Perú -STC N° 00728-2008-PHC/TC.

Recibido: 30/09/2024

Aprobado: 02/11/2024

*Efectividad de las Medidas de Protección en
la Prevención de la Violencia Intrafamiliar*

*Effectiveness of Protective Measures in
Preventing Domestic Violence*

Celia-Rosa Yupanqui-Astete* <https://orcid.org/0009-0008-4977-9410>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2793>

* Escuela Universitaria de Posgrado, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.
Correo electrónico: cypanqui@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-Non Commercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Padres, óleo sobre lienzo 60 x 40 cm.

Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El objetivo de la investigación ha sido explicar la manera en que la efectividad de las medidas de protección influye en la prevención de la violencia intrafamiliar; aplicando la metodología básica y explicativa con una muestra de 74 abogados especialistas en derecho civil, víctimas de violencia intrafamiliar y magistrados con sus especialistas legales de los juzgados de familia de la Corte Superior de Lima Norte. He tenido como instrumento el cuestionario; se han alcanzado los resultados siguientes: el 89,2% de los encuestados establecieron que el Poder Judicial no ha implementado la Ley 30364 de manera adecuada y eficaz para una real prevención de los casos de violencia intrafamiliar. El 62,2% considera que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. El 52,7% dice que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar; concluyendo que se ha determinado que la efectividad de las medidas de protección influye de manera significativa en la prevención de la violencia intrafamiliar en los juzgados de familia de Lima Norte.

Palabras clave: *medidas de protección, prevención, violencia intrafamiliar, integridad física y psicológica.*

ABSTRACT

The objective of the research has been to explain how the effectiveness of protection measures influences the prevention of domestic violence; applying the basic and explanatory methodology with a sample of 66 lawyers specialized in civil law, victims of domestic violence and magistrates with their legal specialists from the family courts of the Superior Court of Lima North, having the questionnaire as an instrument; the following results have been reached: 89.2% of those surveyed established that the Judiciary has not implemented Law 30364 in an adequate and effective manner for a real prevention of cases of domestic violence. 62.2% that the protection measures that ensure physical and psychological integrity given by Law No. 30364 and its amendment D. L. No. 1386 have not been effective in preventing violence against women and members of the family group. 52.7% believe that the creation of a Specialized Office for Monitoring, Supervision and Verification of Protection Measures allows the eradication of domestic violence; concluding that it has been determined that the effectiveness of protection measures significantly influences the prevention of domestic violence in the family courts of North Lima.

Keywords: *protection measures, prevention, domestic violence, physical and psychological integrity.*

I. INTRODUCCIÓN

La investigación surge ante la falta de efectividad de las medidas de protección en la prevención de la violencia intrafamiliar; al respecto se puede definir que la violencia intrafamiliar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico ejercidos dentro de la familia. Las medidas de protección son aquellas tutelas de prevención a la víctima, siendo de carácter temporal y cesan cuando termina o se extingue el riesgo o peligro que las originó, no necesitando de un proceso accesorio; la característica principal de la investigación es el insostenible crecimiento de la violencia intrafamiliar por la falta de una autentica efectividad de las medidas de protección; cuya causa es la ineficacia de la Ley Ley 30364, del Poder Judicial y la PNP, las que no realizan el seguimiento para el cumplimiento de las medidas de protección; en ese sentido, se sugiere al Poder Judicial la creación de la Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección debidamente presupuestada; asimismo, que la PNP cuente con mayor presupuesto, personal especializado y un adecuado mapeo geográfico y georreferencial para ubicar las zonas donde se encuentran las potenciales víctimas de violencia familiar. De esa manera se podría la efectividad de las medidas de protección. La importancia es porque el logro de la efectividad de las medidas de protección permitirá la prevención, disminución y erradicación de la violencia intrafamiliar.

El problema planteado fue establecer de qué manera la efectividad de las medidas de protección influye en la prevención de la violencia intrafamiliar. El objetivo: explicar la manera en que la efectividad de las medidas de protección influye en la prevención de la violencia intrafamiliar. Se justificó porque nos permitió explicar la efectividad de las medidas de protección

a fin prevenir la violencia intrafamiliar. Hipótesis: la efectividad de las medidas de protección influye de manera directa en la prevención de la violencia intrafamiliar. La metodología aplicada fue básica, explicativa, y el diseño fue no experimental, transeccional/causal.

Como antecedente internacional se ha tenido a Ramos, cuyo objeto de investigación fue analizar la efectividad de las medidas de protección y la violencia intrafamiliar en Colombia. Este autor concluyó que la violencia de género en la pareja es producto de factores culturales, sociales, políticos y económicos, por lo que se debe tomar decisiones para contribuir a hacer más eficiente el procedimiento de las medidas de protección para una efectiva protección de las mujeres víctimas de violencia de género - violencia intrafamiliar en las comisarías de familia¹. Alcántara concluyó que dentro de los delitos de agresión intrafamiliar se puede determinar que los jueces en los diversos casos no llegan a ejecutar una eficaz aplicación de las medidas de protección debido a que estas medidas son dictadas de manera temporal².

La violencia intrafamiliar es aquel acto por el cual se generan conductas deshonrosas conteniendo una serie de abusos tanto físicos como verbales, inclusive llegando hasta la muerte en el seno de la familia. Este hecho es rechazado por la sociedad, y las autoridades deben tomar cartas en el asunto no simplemente como una represión sino principalmente como una prevención, porque la represión debe ser la última ratio; en cambio, la prevención permitirá que existan mecanismos donde se pueda corregir a los integrantes de la familia mediante las capacitaciones³. La violencia intrafamiliar es una situación jurídica donde se ejecutan los abusos físicos como verbales, al extremo de llegar a dar muerte en el seno familiar, siendo así rechazado por la sociedad, y las autoridades deben tomar cartas en el asunto. Es importante la educación, sembrar cultura, para lo cual se requieren políticas públicas eficientes y competitivas bajo resultados; de lo contrario, la violencia seguirá en crecimiento⁴. La violencia intrafamiliar supone aquellas conductas negativas que contienen abusos tanto físicos como verbales, inclusive llegando hasta la muerte en el seno de la familia. El hecho es rechazado por la sociedad, y para su erradicación es necesario que también la sociedad participe y deje de ser indiferente frente a las situaciones de violencia intrafamiliar, porque si continúa la indiferencia, este mal nos habrá ganado y no habrá política que lo detenga; por eso existe la necesidad de unirnos para contrarrestar el problema⁵. La violencia intrafamiliar es una forma

1 F. C. Ramos, “La efectividad de las medidas de protección y de atención para las mujeres víctimas de violencia de género - violencia intrafamiliar” (tesis de posgrado, Universidad de Medellín, 2021), https://repositorio.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6598/T_MDPC_493.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2 R. M. Alcántara, “La ineficacia de las medidas de protección en los delitos de agresión contra las mujeres” (tesis de posgrado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2021), https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9018/Alc%3%a1ntara_Mondrag%3%b3n_Reimundo_Michael.pdf?sequence=1&isAllowed=y

3 C. Bustamante, *Violencia intrafamiliar* (Búho, 2019).

4 A. B. Mijares, *Violencia contra la mujer* (Civitas, 2021).

5 D. Acosta, *Violencia de género en Colombia: La lucha contra la violencia sexual contra la mujer adolescente* (Colombia: Salinas, 2014), <https://colombia2020.elespectador.com/pais/violencia-contra-las-mujeres-una-larga-lucha>

de violencia causada de manera física o verbal, llegando incluso a matarse entre los integrantes de la familia; se requieren políticas prácticas bajo resultados, lo que lamentablemente hoy en día no está ocurriendo porque las autoridades solo se dedican a la corrupción y aducen que no hay presupuesto, pero que en realidad sí hay presupuesto, solo que se está gastando en asesorías y consultorías⁶. La violencia intrafamiliar es una forma de violencia que puede ser física, verbal o también psicológica, constituida por hechos que pueden causar inclusive hasta la muerte de algún miembro de la familia, de modo que para erradicar tal violencia se requieren políticas prácticas y bajo resultados. El camino para el logro de los objetivos es que las políticas empleadas sean efectivas sin mediar actos de corrupción⁷. La violencia intrafamiliar la constituyen actos ocasionados por algún miembro de la familia, el que ejerce violencia. Esta forma de violencia puede ser física, verbal o también psicológica, y puede llegar inclusive hasta la muerte de algún miembro de la familia. Para contrarrestar esta situación es necesario especificar los mecanismos de solución, pero desde un contexto político, como ya se dijo, implementando políticas preventivas⁸.

Las medidas de protección son el conjunto de decisiones tomadas por el juez y que permiten hacer efectiva la protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, consistente en el acto por el cual se generan conductas deshonrosas y una serie de abusos tanto físicos como verbales, inclusive llegando hasta la muerte en el seno de la familia. El hecho es rechazado por la sociedad⁹. Las medidas de protección son políticas estatales que se encomiendan a los jueces civiles para efectivizar la protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, entendiendo que la violencia intrafamiliar está dada por aquellas conductas negativas que contienen abusos tanto físicos como verbales, inclusive llegando hasta la muerte. Si continúa la indiferencia, este mal nos habrá ganado y no habrá política que lo detenga; por eso existe la necesidad de unirnos para contrarrestar el problema, para lo cual es vital la medida de protección¹⁰. Las medidas de protección son otorgadas por el juez civil que dispone la protección a las víctimas de violencia intrafamiliar, y hacen posible que la víctima esté protegida por la norma jurídica en todos los contextos¹¹.

En ese sentido, la presente investigación ha tenido como objetivo explicar la manera en que la efectividad de las medidas de protección influye en la prevención de la violencia intrafamiliar.

6 C. Camacho, *La violencia contra la mujer* (Lima: San Marcos, 2019).

7 C. Mac Gregor, *Violencia contra la mujer* (Madrid: Tecnos, 2009).

8 C. A. Vera, *La violencia familiar* (Lima: Grijley, 2018).

9 J. C. Barrera, *Medidas de protección* (Lima: Gaceta Jurídica, 2020).

10 G. Aparicio, *Medidas de protección* (México: Themis, 2018).

11 C. A. Barrientos, *Medidas de protección* (Lima: Jurista Editores, 2019).

II. MATERIALES Y MÉTODOS

En la investigación se han utilizado fuentes bibliográficas respecto a la violencia intrafamiliar y las medidas de protección. La metodología utilizada fue básica, cuantitativa y de nivel explicativo; la muestra estuvo conformada por 74 abogados especialistas en derecho civil, víctimas de violencia intrafamiliar y magistrados con sus especialistas legales de los juzgados de familia de la Corte Superior de Lima Norte; el instrumento utilizado fue el cuestionario¹². La confiabilidad ha sido mediante el estadístico alfa de Cronbach – SPSS, conforme se detalla a continuación.

Tabla 1. Estadística de fiabilidad

Alfa de Cronbach	No. de elementos
,899	13

Nota. Nuestro Alfa de Cronbach ha sido muy bueno, de ,899.

III. RESULTADOS

Resultado 1

¿Estima usted que el Poder Judicial no ha implementado la Ley 30364 de manera adecuada y eficaz para una real prevención de los casos de violencia intrafamiliar?

Tabla 2 Opinión sobre la violencia intrafamiliar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	En desacuerdo	1	1,4	1,4
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	2	2,7	4,1
	De acuerdo	5	6,8	10,8
	Totalmente de acuerdo	66	89,2	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. El 89,2% de los encuestados han establecido que el Poder Judicial no ha implementado la Ley 30364 de manera adecuada y eficaz para una real prevención de los casos de violencia intrafamiliar.

12 R. Hernández y C. P. Mendoza, *Metodología de la investigación* (México: McGraw-Hill, 2018).

Resultado 2

¿Estima usted que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar?

Tabla 3. Opinión sobre la prevención de la violencia intrafamiliar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	2	2,7	4,1
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	5	6,8	10,8
	De acuerdo	20	27,0	37,8
	Totalmente de acuerdo	46	62,2	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. El 62,2% de los encuestados han establecido que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Resultado 3

¿Estima usted que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 no han sido efectivas para disminuir la violencia intrafamiliar?

Tabla 4. Opinión sobre la protección de la integridad sexual y patrimonial

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	2	2,7	2,7
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	5,4	8,1
	De acuerdo	3	4,1	12,2
	Totalmente de acuerdo	65	87,8	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 87,8% de los encuestados han establecido que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 no han sido efectivas para disminuir la violencia intrafamiliar.

Resultado 4

¿Estima usted que la Policía Nacional del Perú viene siendo inoperativa en el efectivo seguimiento de las medidas de protección que permitan disminuir la violencia intrafamiliar por falta de presupuesto, personal suficiente y recursos técnicos?

Tabla 5. Opinión sobre la disminución de la violencia intrafamiliar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	3	4,1	4,1
	En desacuerdo	1	1,4	5,4
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	10	13,5	18,9
	De acuerdo	8	10,8	29,7
	Totalmente de acuerdo	52	70,3	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 70,3% de los encuestados han establecido que la Policía Nacional del Perú viene siendo inoperativa en el efectivo seguimiento de las medidas de protección que permitan disminuir la violencia intrafamiliar por falta de presupuesto, personal suficiente y recursos técnicos.

Resultado 5

¿Estima usted que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar?

Tabla 6. Opinión sobre la erradicación de la violencia intrafamiliar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	2	2,7	2,7
	En desacuerdo	2	2,7	5,4
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	6	8,1	13,5
	De acuerdo	25	33,8	47,3
	Totalmente de acuerdo	39	52,7	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 52,7% de los encuestados han establecido que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar.

Resultado 6

¿Usted cree que la implementación de políticas adecuadas por parte del Poder Judicial permitirá la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar?

Tabla 7. Opinión sobre la implementación de políticas contra la violencia intrafamiliar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	1	1,4	2,7
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	10,8	10,8
	De acuerdo	14	18,9	18,9
	Totalmente de acuerdo	50	67,6	67,6
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 67,6% de los encuestados han establecido que la implementación de políticas adecuadas por parte del Poder Judicial permitirá la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar.

Resultado 7

¿Estima usted que la efectividad de las medidas de protección permite la prevención de la violencia intrafamiliar?

Tabla 8. Opinión sobre la efectividad de las medidas de protección

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	1	1,4	2,7
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	1	1,4	4,1
	De acuerdo	9	12,2	16,2
	Totalmente de acuerdo	62	83,8	83,8
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 83,8% de los encuestados han establecido que la efectividad de las medidas de protección permite la prevención de la violencia intrafamiliar.

Resultado 8

¿Estima usted que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar?

Tabla 9. Opinión sobre la integridad física

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	3	4,1	5,4
	De acuerdo	31	41,9	47,3
	Totalmente de acuerdo	39	52,7	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 52,7% de los encuestados han establecido que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Resultado 9

¿Estima usted que la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 ha tenido efectos negativos en la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar?

Tabla 10. Opinión sobre la integridad psicológica

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	En desacuerdo	1	1,4	1,4
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	2	2,7	4,1
	De acuerdo	5	6,8	10,8
	Totalmente de acuerdo	66	89,2	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 89,2% de los encuestados han establecido que la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 ha tenido efectos negativos en la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Resultado 10

¿Estima usted que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por parte de la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 no han sido efectivas para disminuir la violencia intrafamiliar?

Tabla 11. Opinión sobre la integridad sexual

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	4	5,4	6,8
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	5,4	12,2
	De acuerdo	13	17,6	29,7
	Totalmente de acuerdo	52	70,3	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 70,3% de los encuestados han establecido que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por parte de la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 no han sido efectivas para disminuir la violencia intrafamiliar.

Resultado 11

¿Estima usted que la Policía Nacional del Perú no cuenta con el presupuesto, personal suficiente y recursos técnicos que les permitan hacer seguimiento de las medidas de protección?

Tabla 12. Opinión sobre la integridad patrimonial

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	2	2,7	4,1
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	11	14,9	18,9
	De acuerdo	9	12,2	31,1
	Totalmente de acuerdo	51	68,9	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 68,9% de los encuestados han establecido que la Policía Nacional del Perú no cuenta con el presupuesto, personal suficiente y recursos técnicos que les permitan hacer seguimiento de las medidas de protección.

Resultado 12

¿Estima usted que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar?

Tabla 13. Opinión sobre la creación de oficina especializada

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	1	1,4	1,4
	En desacuerdo	1	1,4	2,7
	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	5,4	8,1
	De acuerdo	28	37,8	45,9
	Totalmente de acuerdo	40	54,1	100,0
	Total	74	100,0	100,0

Nota. Se puede verificar que el 54,1% de los encuestados han establecido que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar.

Resultado 13

¿Estima usted que un adecuado seguimiento, supervisión y verificación de las medidas de protección permite proteger a las víctimas de la violencia intrafamiliar?

Tabla 14. Opinión sobre la protección de las víctimas de violencia familiar

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	1	1,4	1,4	1,4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	7	9,5	9,5	10,8
De acuerdo	7	9,5	9,5	20,3
Totalmente de acuerdo	59	79,7	79,7	100,0
Total	74	100,0	100,0	

Nota. Se puede verificar que el 79,7% de los encuestados han establecido que un adecuado seguimiento, supervisión y verificación de las medidas de protección permiten proteger a las víctimas de la violencia intrafamiliar.

IV. DISCUSIÓN

De conformidad con los hallazgos encontrados, se confirma el objeto de la investigación. La efectividad de las medidas de protección influye de manera directa en la prevención de la violencia intrafamiliar. Esto ha sido coadyuvado por los resultados, en los que el 89,2% de encuestados afirma que el Poder Judicial no ha implementado la Ley 30364 de manera eficiente para una real prevención de los casos de violencia intrafamiliar, Asimismo, este resultado guarda relación con lo que sostiene Ramos¹³, quien señala que el Estado no ha implementado políticas idóneas para una real prevención de los casos de violencia intrafamiliar, discrepando con otros autores que afirman que existen políticas de prevención de la violencia intrafamiliar, pero el problema es que no se ejecutan.

V. CONCLUSIONES

- Se explicó que la efectividad de las medidas de protección permite la prevención de la violencia intrafamiliar en los juzgados de familia de Lima Norte.
- Se precisó que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 no han sido efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.
- Se demostró que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 no han sido efectivas en la disminución de la violencia intrafamiliar.
- Se determinó que la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección permite la erradicación de la violencia intrafamiliar.

13 F. C. Ramos, “La efectividad de las medidas de protección y de atención para las mujeres víctimas de violencia de género - violencia intrafamiliar” (tesis de posgrado, Universidad de Medellín, 2021), https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6598/T_MDPC_493.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VI. RECOMENDACIONES

1. Ejecutar la efectividad de las medidas de protección que permitan la prevención de la violencia intrafamiliar en los juzgados de familia de Lima Norte - 2022.
2. Promover que las medidas de protección que aseguren la integridad física y psicológica dadas por la Ley N° 30364 y su modificatoria D. L. N° 1386 sean efectivas en la prevención de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar en los juzgados de familia de Lima Norte.
3. Recomendar que las medidas de protección que aseguren la integridad sexual y patrimonial por la Policía Nacional del Perú conforme a la Ley N° 30364 sean efectivas en la disminución de la violencia intrafamiliar en los juzgados de familia de Lima Norte.
4. Implementar la creación de una Oficina Especializada de Seguimiento, Supervisión y Verificación de las Medidas de Protección dentro del Poder Judicial que permita la erradicación de la violencia intrafamiliar.

REFERENCIAS

- Acosta, D. *Violencia de género en Colombia: La lucha contra la violencia sexual contra La mujer adolescente*. Colombia: Salinas, 2014
<https://colombia2020.elespectador.com/pais/violencia-contra-las-mujeres-una-larga-lucha>
- Alcántara, R. M. “La ineficacia de las medidas de protección en los delitos de agresión contra las mujeres”. Tesis de posgrado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2021.
https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9018/Alc%c3%a1ntara_Mondrag%c3%b3n_Reimundo_Michael.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Aparicio, G. *Medidas de protección*. México: Themis, 2018.
- Barrera, J. C. *Medidas de protección*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Barrientos, C. A. *Medidas de protección*. Lima: Jurista Editores, 2019.
- Bustamante, C. *Violencia intrafamiliar*. Búho, 2019.
- Camacho, C. *La violencia contra la mujer*. Lima: San Marcos, 2019.
- Hernández, R. y Mendoza, C. P. *Metodología de la investigación*. México: Mcgraw-Hill, 2018.
- Mac Gregor, C. *Violencia contra la mujer*. Madrid: Tecnos, 2019.

- Mijares, A. B. *Violencia contra la mujer*. Civitas, 2021.
- Ramos, F. C. “La efectividad de las medidas de protección y de atención para las mujeres víctimas de violencia de género - violencia intrafamiliar”. Tesis de posgrado. Universidad de Medellín, 2021.
https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6598/T_MDPC_493.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vera, C. A. *La violencia familiar*. Lima: Grijley, 2018.

Recibido: 10/10/2024

Aprobado: 26/11/2024

*Derecho, Comunidades Sordas y Antropología,
Develaciones Jurídicas en la Diversidad Social*

*Law, Deaf Communities and Anthropology,
Legal Revelations in Social Diversity*

Norberto Ávalos Rodríguez* <https://orcid.org/0009-0001-9216-9406>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2794>

* Egresado de la Licenciatura en Derecho adscrito a la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT), miembro del Padrón Estatal de Nuevos Talentos del Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco, México como Investigador. Intérprete de Lengua de Señas mexicana en el área Jurídica y Judicial. México.
Correo electrónico: norbertoav24@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución- No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional. (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Sonido del silencio, óleo sobre lienzo 70 x 60 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La sociedad posee conceptos establecidos sobre fenómenos sociales o grupos culturales cuya formación ha sido por una conducta etnocentrista que repele a la diversidad social y cultural en la que se converge, dichos conceptos han generado efectos negativos hacia estos. Las comunidades sordas han sido encuadradas como grupos con discapacidad por prejuicios sociales que se han desarrollado con el tiempo y el entramado de contextos e ideas mal concebidas, detonando en la sociedad que estas comunidades se conciben como personas disminuidas y carentes de aptitudes “normales”, en contraste con una sociedad oyente que los limita, no obstante, las comunidades sordas por su complejidad en el desarrollo de su formación individual y de grupo son mucho más de lo que se piensa.

Palabras clave: *comunidades sordas, filosofía política, derecho, diversidad social.*

ABSTRACT

Society has established concepts about social phenomena or cultural groups whose formation has been due to an ethnocentric behavior that repels the social and cultural diversity in which they converge, these concepts have generated negative effects towards them. Deaf communities have been framed as groups with disabilities due to social prejudices that have developed over time and the interweaving of ill-conceived contexts and ideas, detonating in society that these communities are conceived as diminished and lacking in “normal” skills, in contrast to a hearing society that limits them, however, deaf communities by their complexity in the development of their individual and group formation are much more than what is thought.

Keywords: *deaf communities, political philosophy, law, social diversity.*

I. INTRODUCCIÓN

La significados que la sociedad ha dado a las Comunidades Sordas¹ contienen gran trascendencia en la materialización de la calidad de vida de estas, ya que por el hecho de no oír, se concibe a estos como personas con discapacidad, sin embargo como ya lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación², la *diversidad funcional*, en este caso la percepción auditiva, en sí misma no genera una discapacidad, sino que la discapacidad es generada e impuesta por la sociedad a través de prejuicios³ y significados que se han desarrollado con el tiempo en perjuicio de las Comunidades Sordas para el desarrollo de estas, provocando desigualdades sociales, laborales, académicas, etc. Las distorsiones sociales se desarrollan y conciben por muchos factores que ameritan estudiarse desde una perspectiva interdisciplinaria, observaciones que ciencias como la Sociología, el Derecho, la Filosofía, la Política y la Antropología dan resultados que construyen más en el camino hacia la diversidad social.

1 Se utiliza el término Comunidades Sordas en este trabajo de investigación puesto que de acuerdo al trabajo de campo realizado cada municipio o entidad federativa se constituye de agrupaciones o de comunidades diferentes a las de un lugar determinado teniendo en muchas ocasiones una perspectiva diferente aún siendo municipios vecinos.

2 Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad”. SCJN, (Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 19.

3 De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos un prejuicio se forma al juzgar a una persona con antelación, es decir, prejuizarla, emitir una opinión o juicio —generalmente desfavorable— sobre una persona a la que no se conoce, a partir de cualquier característica o motivo superficial. Los prejuicios son una forma de juzgar lo distinto a nosotros sin conocerlo, considerando lo diferente como malo, erróneo, inaceptable o inadecuado.
<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/21-Discriminacion-DH.pdf>

La Cultura Sorda es un campo de estudio interminable⁴, desde su progresividad lingüística hasta las yuxtaposiciones culturales y sociopolíticas que se desarrollan con el tiempo permitiendo la visualización que las investigaciones generadas de la mano de las personas sordas pertenecientes a estas comunidades culturales son tan diversificadas en cada área de estudio que se pueden encontrar y utilizar desde el punto de vista de las Comunidades Sordas.

Lo particular de esta investigación es que se analiza el fenómeno de estudio desde distintas vértices del derecho, ya que el trabajo con las comunidades sordas durante su convivencia evocó miradas interdisciplinarias que enriquecieron la perspectiva jurídica del autor de este artículo.

Es este panorama teórico actual, que el comunitarismo sordo representa la evolución y una de las posturas a nivel internacional que las comunidades sordas se desarrollan para conseguir una verdadera participación en la sociedad. Puesto que el comunitarismo sordo es un igualitarismo y filosofía política de la modernidad. Que se ha definido como la corriente teórica “que defiende que ninguna persona sorda debe ser excluida de cualquier bien y de ningún derecho a causa de su sordera”⁵.

II. METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación se enmarca en un enfoque cualitativo, utilizando mediante el corte etnográfico para facilitar una comprensión profunda y contextualizada de las comunidades sordas. Cabe resaltar que la redacción y descripción de este artículo no es realizada como comúnmente se presentan investigaciones etnográficas. Esto tiene su razón en un punto ecléctico entre metodologías jurídicas y sociales-antropológicas. Se eligió el enfoque etnográfico principalmente puesto que permite explorar desde las perspectivas de los nativos, su visión sobre El Estado de Derecho, el ejercicio de sus derechos fundamentales y la vida cotidiana de estas comunidades, así como sus interacciones con el marco jurídico y político, favoreciendo una visión holística de la diversidad social, pero desde un plano teórico sustancial.

4 Antonio Gascón, “Crónica simple de 10 años de investigación sobre la historia de la educación de las personas sordas”, *Cultura Sorda*, (2009).

<https://cultura-sorda.org/cronica-simple-de-10-anos-de-investigacion-sobre-la-historia-de-la-educacion-de-las-personas-sordas/>
Alejandro Oviedo, *Apuntes para Una gramática de la Lengua de Señas Colombiana*, (*Cultura Sorda*, Universidad del Valle, 2001).

<https://cultura-sorda.org/apuntes-para-una-gramatica-de-la-lengua-de-senas-colombiana/>

José Gabriel Storch de Gracia y Asensio “Las lenguas de señas ante el Derecho civil (Apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre –Ley LLSS-MACO-, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad –CIDPD-)”, *Cultura Sorda*, 2010. <https://cultura-sorda.org/las-lenguas-de-senas-ante-el-derecho-civil/>

Gabriel Tolentino, “Más allá de la Razón Oyente: Comunidad Sorda y Pluralidad en la Ciudad de México”, *Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social*, 2023.

5 Luis Miguel Hoyos, *Comunidad Sorda en Disputa. Vindicación de una teoría y tradición política de la modernidad* (Colombia: Ibañez, 2021) 33.

1. Materiales

a. Documentación Legal

Normativas y Tratados: Revisión de documentos legales relevantes, incluyendo tratados internacionales y derecho convencional sobre derechos humanos y protección de comunidades sordas.

b. Literatura Académica

Artículos y Libros: Compilación de trabajos académicos, libros y artículos especializados que abordan el tema del comunitarismo sordo político, la protección de los derechos de las comunidades sordas y la interseccionalidad con la diversidad social.

2. Métodos

Etnografía: Se realizaron observaciones directas en entornos sociales que emplean o interactúan con personas sordas. La etnografía permitió comprender las dinámicas sociales y prácticas en el ejercicio de los derechos de las personas sordas, desde una perspectiva inmersiva, identificando cómo se integran y cómo se aplican la instrumentación jurídica en la práctica⁶.

Análisis Sistemático: Se llevó a cabo un análisis de documentos legales, y directrices internacionales relacionadas con los derechos de las personas sordas. Esto incluyó la revisión de normativas, políticas públicas, libros y doctrina especializada para comprender las interacciones del comunitarismo sordo con el derecho.

3. Técnicas de recolección de datos

Observación participante: A través de la participación en eventos sociales, culturales, religiosos y políticos, se recopilaban datos sobre las interacciones y dinámicas dentro de las comunidades. Esta técnica permitió captar variaciones lingüísticas y prácticas culturales en su contexto natural.

Entrevistas semiestructuradas: Se llevaron a cabo entrevistas con una muestra representativa de miembros de las comunidades sordas, utilizando guías de entrevista que permitieron una exploración profunda de sus experiencias y opiniones. Las entrevistas abarcaron una diversidad de edades y niveles educativos, desde la infancia hasta la adultez. Los niveles de educación han sido variados, desde educación preescolar hasta niveles de posgrados lo que ha repercutido en la cosmovisión del autor estas líneas. Cada uno de estos elementos han sido enriquecedores

⁶ Rosana Guber, *La etnografía. Método, campo y reflexibilidad* (México: Siglo veintiuno, 2015) 15-25.

en el trabajo de investigación puesto que se han observado variaciones lingüísticas complejas, estructuras sociales de las comunidades sordas y las implicaciones en el ámbito jurídico que se proyectan en una democracia representativa diversa.

La información y percepción que se han escrito en este artículo ha sido con el tiempo y esfuerzo en la convivencia con las diversas comunidades sordas. Se realizaron múltiples observaciones lingüísticas y culturales a través de eventos sociales, culturales, religiosos, recreativos, artísticos, jurídicos, políticos, etc. La convivencia con cada persona sorda ha servido como diseño de investigación de la misma en un aspecto experimental del cual se desencadenan múltiples áreas de estudio para las publicaciones posteriores a estas que van desde aspectos lingüísticos señalados hasta elementos de diseños de políticas públicas publicadas comparadas que repercutan en la calidad de vida de estas comunidades.

Expuesta la metodología de investigación cualitativa bajo el corte etnográfico, categorizando la información bibliográfica, y desde la perspectiva interdisciplinaria, se presentan los resultados de este trabajo desde el enfoque socioantropológico jurídico de las Comunidades Sordas y las reflexiones principales en el contenido de los siguientes acápites, propiciando el espíritu investigador que constituye la curiosidad misma de las ciencias sociales y humanidades.

III. COMUNITARISMO SORDO POLÍTICO Y DERECHO

Las personas sordas que son miembros de una Comunidad, cuyo espejo identitario es construido por la Cultura de éstas⁷, que han marcado de forma histórica, cultural, social y política principalmente, la conformación de lo que el concepto de Comunitarismo Sordo ha manifestado frente a los derechos civiles y políticos y su transversalidad en los derechos humanos en cada ámbito de desarrollo de la persona sorda. El pensamiento de “unidad sorda” al igual que el comunitarismo, defiende la importancia de la comunidad sorda como presupuesto para construir identidad social y política⁸.

La idea de una unidad, de un pacto cultural fue calando dentro de la conformación de la Comunidad Sorda. Ya que su cultura fue tomando fuerza y diversos caminos identitarios dentro de una sociedad que ve a simple vista una “discapacidad”, muy por el contrario, la

7 Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 237, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).

8 Luis Miguel Hoyos, *Comunidad Sorda en disputa*, vinculación de una teoría y tradición política de la modernidad, (Columbia: Ibañez, 2021) 32.

Comunidad Sorda posee su propia historia, lengua, hábitos, costumbres, tradiciones que en la actualidad es reconocida a nivel internacional⁹.

El Comunitarismo sordos es un igualitarismo y filosofía política de la modernidad. Lo podríamos definir como aquel que defiende que ninguna persona sorda debe ser excluida de cualquier bien y de ningún derecho a causa de su sordera¹⁰. En este contexto el Derecho funge como una de las ciencias más importantes para el desarrollo humano de esta Comunidad a nivel mundial.

Esto es así, debido a que uno de los grandes problemas en sociedad de la persona sorda es la lucha contra la desigualdad y la discriminación latentes en cada relación de convergencia como individuo y como formante de una colectividad. Es este plano conceptual y de precisiones semánticas, la regulación de la actividad generada por este vínculo es donde el Derecho cobra trascendencia para la vida política y jurídica de las personas sordas bajo estándares de protección de Derechos Humanos. La especificidad de estudio de este sector poblacional aumenta en profundidad cuando lo estudiamos desde esta perspectiva teórica y conceptual.

IV. LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN TORNO A LAS COMUNIDADES SORDAS EN MÉXICO

La observación en nuestro entorno plasma un horizonte casi impalpable de las probabilidades que en nuestros pensamientos, imaginación, prejuicios y juicios sobre la realidad en que vivimos se construyen. Vivimos de lo que hemos construido, de lo que hemos vivido, sentido, adquirido y aprendido. La sociedad genera diariamente nuevos efectos y patrones de pensamiento que se moldean y encuadran con el tiempo, por influencia, por interacción, por estados de beatitud del pensamiento, así como de distorsión social que revelan en la naturaleza del lenguaje diversos significados.

La discriminación estructural o “desigualdad estructural” incorpora “datos históricos y sociales” que explican desigualdades de derecho (de jure) o de hecho (de facto), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias¹¹.

9 Francisco José Sierra, *Protección Jurídico Constitucional de las Personas Sordas* (Valencia: Tirant lo blanch, 2023) 19-35.

10 *Opus citatum*, 33.

11 Alegre, M. y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. (2007) citado por Pelletier, “La discriminación estructural en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014), 207.

Esta primera definición será un punto de análisis en lo que dado el desarrollo de la sociedad civil construye desigualdades para grupos en situación de vulnerabilidad que ameritan una atención y regulación con una especificidad jurídica concreta. Para las Comunidades Sordas la discriminación estructural se vive como un recubrimiento cotidiano que produce barreras en las que una mera diversidad funcional auditiva es el menor de los problemas en lo que implica toda cultura y toda su historia.

Existen en toda sociedad develaciones de significados que de acuerdo a nuestra cultura tendrán un efecto colectivo y se convertirá con el correr del tiempo en aquello que podemos llamar realidad. Sin embargo, la misma realidad objetiva o subjetiva puede causar alteraciones o distorsiones que podemos atribuirle por sentencia social lo que en la colectividad la hacemos llamar de acuerdo a lo que la corriente mayoritaria expresa sobre un objeto o bien, sobre grupos culturales que de acuerdo a la mayoría son los llamados “grupos minoritarios”, no obstante, esta expresión social pone a relieve y que sin lugar a dudas existe un “grupo mayoritario” y que, por ende, todos los demás grupos deben apegarse a la cultura de ésta.

Otros efectos de la discriminación estructural son las sentencias sociales sobre cosmovisiones o idiosincrasias enraizadas en la sociedad, es decir, en conductas y diálogos que una persona puede escuchar en el transporte público, sobre la opinión que tienen sobre los pueblos y comunidades originarias, por ejemplo, y que las personas que hablan español dicen con frecuencia que los “indígenas hablan en su dialecto”, sin embargo, el construir nuestros significados colectivos no quiere decir que sea una verdad de la realidad que cada persona o grupo cultural vive, por ejemplo, hacernos las siguientes preguntas: ¿qué es un dialecto? ¿qué es una lengua?, nos ayudarán a encontrar una diferencia y en consecuencia saber que la colectividad en sus significados dista mucho de lo que verdaderamente es.

Esto no puede producirse en una realidad objetiva, con fundamentos de investigación, variables, muestreo y todo lo que un investigador sabe sobre la metodología a implementar y producir un conocimiento objetivo, sino se genera de una realidad inconsciente, de una realidad subjetiva de lo que se “cree”, se “siente” y se opina respecto a las propias observaciones sin previos conocimientos.

Estas aproximaciones subjetivas que nacen de la ausencia de la conciencia social se ven intrincadas en ámbitos profesionales como en el ámbito jurídico y judicial. El Estado de derecho se ve construido en muchas ocasiones sobre estas aproximaciones subjetivas de la realidad y que han repercutido en la construcción del Sistema Jurídico Mexicano. Esto se materializa las acciones que se han implementado respecto a lo que el Estado considera mejor para ciertos grupos culturales, verbigracia, para las personas sordas que pertenecen a una comunidad lingüística y cultural, y se ve reflejado en la percepción que el Estado ha tenido en ausencia de políticas públicas concretas en una protección integral sobre sus derechos humanos.

La realidad observable nos muestra que la palabra “discapacidad” tiene un significado en la sociedad y que va direccionado en “la mente colectiva” respecto a las personas con “capacidades diferentes”, o bien, el ejemplo más aproximado a este concepto será una persona que utiliza una silla de ruedas, sin embargo, los matices de la discapacidad son diversos. Y, como se mencionó en líneas anteriores estos conceptos de significados colectivos con carácter subjetivo calan al interior de una esfera política y jurídica que sistematiza para que lo que se ha creído es lo mejor en “pro” de un grupo social determinado.

Organizaciones independientes como ARTICLE 19 y la Red de Desarrollo Social de América Latina y el Caribe¹², enfocadas a la Promoción y defensa del avance progresivo de los derechos de libertad de expresión y acceso a la información de todas las personas, entre otros temas, exponen en su informe titulado: “Distorsión: el discurso contra la realidad” en donde se analiza la forma en que el discurso vertido con frecuencia produce una desigualdad sistemática y a su vez genera actos de violencia en la realidad que vivimos obstaculizando el acceso a la justicia, la verdad, la reparación integral y la no repetición puesto que la distorsión constituyen mecanismos para alterar la percepción de las realidades al deformarlas mediante el discurso.

La fuerza que tiene el discurso en la realidad es más trascendente de lo que se piensa, ya que, en virtud de las proyecciones cambiantes de una sociedad imparable en evolución y absorción de cultura, es que se han construido enfoques doctrinarios diversos, ideologías, y paradigmas que han tenido multiplicidad de efectos en la sociedad general y en aquellos grupos culturales de la “periferia”, que no cumplen estándares de una mayoría cognoscitiva en particular.

El análisis entre sociología y antropología surge en sus líneas de aplicación los puntos de contacto que versan en las problemáticas que se han generado con el tiempo en ámbitos que la sociedad se ha formado respecto a las personas sordas son variadas.

Desde pensar que no hablan, hasta pensar que son “retrasados mentales por usar mímica”, esto está fuera de la verdadera realidad de las personas sordas, la información que se cree tener como cultura dominante se detona en transgresiones sociales imperantes en invasiones de derechos, incluso de decisiones respecto de la vida de las comunidades sordas como se explicará más adelante.

La psicología social es una disciplina interesante que proporciona una óptica matizada respecto a la formación del pensamiento social que la sociología y la antropología no considera, tal y como lo expone las investigaciones de la Universidad Anáhuac¹³ esta ciencia se enfoca

12 ARTICLE 19. Oficina para México y Centroamérica, (Distorsión: el discurso contra la realidad, 2021), 19. Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=5439>

13 Universidad de Anáhuac, (Red de Universidades, 2020). Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://www.anahuac.mx/blog/que-es-la-psicologia-social>

en “el estudio de las relaciones sociales y cómo estas influyen y modifican la conducta, los pensamientos y sentimientos de las personas” así como la aplicación de estudio y los resultados en temas como: Patrones de conducta, roles sociales, conciencia colectiva, relaciones sociales, identidad social, estereotipos, valores, trabajo en equipo y liderazgo.

Este análisis en la sociedad a partir de sus interacciones, evocan también elementos negativos, como: la discriminación, los estigmas, prejuicios, entre otros. Esto no pasa desapercibido en las relaciones sociales entre personas oyentes, es decir, -aquellas personas que pueden oír y que su lengua materna es la lengua oral de su entorno determinado-, y las personas sordas que posee su propia cultura y lengua materna que es la lengua de señas.

Existe, además, en la formación de las concepciones hacia grupos sociales una influencia hacia un etnocentrismo que desea satisfacer sus “roles” sociales a partir una necesidad de aprobación en masa sobre un punto cultural determinado. Desde el uso de la lengua de “los mayoritarios” en una sala de cine, hasta la creación de todo un Sistema Jurídico, pensado por oyentes en donde no hay cabida para las lenguas de las comunidades sordas, más que solo por la proporción de un intérprete de la lengua de señas determinada a usar en el servicio jurídico o judicial.

Investigaciones lejanas al derecho en apariencia pero en aportación a la discusión teórica objeto de este estudio, exponen sus resultados en un acta de investigación psicológica¹⁴ sobre cómo la deseabilidad social transforma paradigmas a través de patrones de conducta que la sociedad adquiere como “ciertos”, y que, a su vez, puede llegar generar una distorsión sobre el objeto a analizar y sobre de lo que se piensa sobre las interacciones con los demás para nuestro propia beneficio, “la deseabilidad social es una distorsión intencional disparada por una situación de demanda social, se han encontrado asociaciones consistentes entre ésta y otras variables psicológicas relevantes.”

El lector podrá darse cuenta hasta este punto que la distorsión social es más que una idea mal concebida hacia los diversos grupos culturales, es algo más profundo que tenemos de raíz tanto en nuestra mente colectiva (psicología social), nuestra conducta y cultura aprendida (antropología) y cómo influyen nuestras interacciones en la población (sociología).

Para Manuel Vilas, la distorsión de la realidad se encuentra incluso cuando se deja de creer en lo que proporciona la fuerza transformadora del trabajo, es decir, cuando la identidad social decae en instituciones como las laborales que van convocando a una camino sedentario sin rumbo, los valores caen, la conciencia colectiva decrece, entre otros elementos, es por ello que las ideas sobre las directrices de la cultura se desvanecen y se va formando la idea del más débil y el más fuerte, repercutiendo no solo en este ámbito, sino también el ámbito político y social:

14 Alejandra del Carmen Domínguez, et al. “La Deseabilidad Social Revalorada: Más que una Distorsión, una Necesidad de Aprobación Social”, Acta de investigación psicológica, 2,3 (2012): 809.

Las leyes son impuntuales y no buscan la justicia sino el mantenimiento del privilegio a través de los tecnicismos vacuos. La proporción humana de la realidad ya no existe. Por eso queremos destruir también la proporción política de la realidad. Se desvanecieron las proporciones humanas. (Vilas, Manuel. 2017)¹⁵.

Lo que se conoce sobre las personas sordas también se puede resumir, como se expuso en líneas anteriores, en el discurso de una sociedad, que devela gran desconocimiento e ignorancia sobre el tema. Es muy fácil distinguir esta neblina distorsionada sobre las personas sordas cuando se escucha decir palabras como “lenguaje de señas”, o peor aún, “sordomudo”.

Las variaciones y sus contenidos respecto a este tipo de expresiones caen en una ofensa para los nativos de estas comunidades, ya que al mismo tiempo de pronunciarlas con la fuerza de un tifón social el mensaje principal mediante este discurso es: las personas sordas son discapacitadas y no pueden hablar.

Para analizar más esta expresión, la sociología proporciona una corriente de pensamiento que ilustra mejor las razones de que se generen este tipo de pensamientos y expresiones discriminatorias en torno a las personas sordas, que huelga decir, la sociedad desconoce que incluso son comunidades y pueblos con aspectos culturales sumamente ricos y complejos¹⁶, y que debido a las proyecciones semánticas, es decir a los significados dados a las cosas o grupos culturales son consecuencia de los procesos de interacción respecto a un egoísmo social donde la otredad no importa, sino solo la comodidad o la deseabilidad social como ya se expuso.

Ulises Cerón, analiza una de las corrientes de gran trascendencia como lo es el Interaccionismo simbólico describiendo a éste desde su principal objeto de estudio, es decir los procesos de interacción, constituidos en “acciones sociales que se caracterizan por una orientación inmediatamente recíproca de expectativas entre quienes participan en tales eventos” esto refiere a su vez al concepto de acto social de acuerdo George Herbert Mead el cual es “una unidad de interacción entre dos organismos en la que los diversos actos individuales se complementan y adquieren sentido”.¹⁷

Dicho esto, las interacciones en virtud de actos sociales con una buena dosis de discriminación e ignorancia constituye la distorsión social respecto a las comunidades sordas. Es importante dilucidar hasta este punto que los sentidos proporcionados mediante estas interacciones para las personas sordas no resultan del todo protectores a sus derechos humanos. Ejemplos de estos procesos de interacción simbólica que generan discriminación, sometimiento e invisibilización son algunos de los siguientes:

15 Manuel Vilas (La Distorsión, El País, 2017), Acceso el 17 de abril de 2024 desde https://elpais.com/elpais/2017/05/30/opinion/1496168193_201029.html?event_log=oklogin

16 Gabriel Tolentino. “Más allá de la Razón Oyente: Comunidad Sorda y Pluralidad en la Ciudad de México”, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, (2023). 217-218.

17 Ulises Cerón, *La Dicotomía Individuo/Sociedad: Reflexiones en Torno al Interaccionismo Simbólico*. Universidad Nacional Autónoma de México (2000). 10 – 23.

- Si una persona sorda quiere interponer una demanda en su lengua de señas, que por cierto existen lenguas señadas llamadas “emergentes”¹⁸ y que podrían traducirse como lenguas de señas indígenas, el Estado no está preparado para recibir este tipo de demandas, denuncias, quejas o querellas.
- Si una persona sorda quiere ir a ver una película en alguna sala de cine, está destinada a inferir la historia de la misma, solamente por las imágenes que visualiza, ya que la mayoría de las películas están dobladas al español o tienen subtítulos en la misma lengua, lo que genera otro tipo de problemática, ya que el español no es la lengua materna de los sordos. ¿será posible realizar en el futuro doblajes de una lengua oral a una lengua señada mediante inteligencia artificial para la protección de los derechos lingüísticos de las comunidades sordas?
- Si una persona sorda, desea estudiar una carrera profesional, debe adaptarse una identidad social mayoritariamente oyente, donde parece ser que para triunfar en el ámbito académico debe dejar de lado su identidad cultural sorda, ya que sin el español no podría incluirse a la sociedad¹⁹. Sin embargo, a las personas hablantes de lenguas orales, particularmente el español, tienen derecho a recibir educación en su lengua materna y no están obligados a llevar toda una carrera profesional en una lengua y cultura que no les pertenecen y que no se comprende del todo, esto sin duda alguna es una distorsión social.

Dados estos ejemplos que resultan absolutamente mínimos para describir las necesidades de las comunidades sordas, ya que esto trae como consecuencia un estado de término medio o de “limbo”, respecto a la identidad social de las personas se expone una definición de identidad social del psicólogo británico Henri Tajfel:

La identidad social de una persona está ligada al conocimiento de su pertenencia a ciertos grupos sociales y al significado emocional y evaluativo que surge de esa pertenencia. Es evidente que, en cualquier sociedad compleja, una persona pertenece a un gran número de grupos sociales y que la pertenencia a ciertos grupos será muy importante para ella, mientras que la pertenencia a otros no lo será²⁰.

18 Oliver Le Guen, *El habla de la mano*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas. INPI, (2018) 9.

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/438175/inpi-el_habla-de-la-mano-lengua-de-senas-maya-yucateca-movil.pdf

19 Vianney Sierralta Aracena, (abogada sorda) menciona: “Los profesionales deben conocer y aprender acerca de la cultura Sorda, la forma en que convive esta comunidad, sus relaciones, sus modos de actuar, su historia; prepararse para interactuar y moverse de una cultura y lengua completamente distintas a las de su marco de acción general; este conocimiento debe incluir un estudio de la forma en que se relacionan los hombres y las mujeres dentro de esa Comunidad Sorda en particular” Sierralta Aracena. Vianney. “Violencia de Género desde una perspectiva Sorda”. *Cultura Sorda*, (2013). <https://cultura-sorda.org/violencia-de-genero-desde-una-perspectiva-sorda/>

20 Francisco Morales, Miguel Moya., Elena Gaviria, Isabel Cuadrado, (Coords.). *Psicología Social*, (España: McGraw – Hill, Interamericana de España, 3ª. ed, 2007) 10.

Las vislumbres más importantes de hacer notar las distorsiones sociales en torno a las Comunidades Sordas en México se centra en el discurso de una mala concepción sobre este grupo cultural, sus efectos y consecuencias como la violación a los derechos humanos de las personas sordas y la privación de una identidad social plena respecto a la idiosincrasia de éstos.

Dicho este primer análisis la discriminación estructural genera efectos transversales entre prejuicios, distorsiones de realidades sobre grupo en situación de vulnerabilidad, transformaciones de significados en la sociedad que se materializan en discurso y efectos lingüísticos que producen barreras sociales y exclusión.

V. ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LAS COMUNIDADES SORDAS DESDE LA SOCIOANTROPOLOGÍA Y DERECHO

Pocas veces se observa la realidad con la conciencia de lo que sucede a nuestro alrededor, pocas veces se tiene la conciencia que la persona sorda que se sube al transporte público es parte de una cultura tan rica y basta, y que estamos en presencia de un extranjero que posee una lengua y cultura diferente a la de la mayoría, y eso es precisamente parte de los matices de la diversidad que en nuestra sociedad interactúan.

No obstante, ese privilegio se ha trastocado en una exclusión y discriminación por un sentido de superioridad que existe debido a las distorsiones sociales y su influencia por discurso, repeticiones, y prejuicios y juicios emitidos por conceptos mal contruidos sobre lo que representan las comunidades sordas.

De acuerdo al artículo 1 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural expone un concepto sobre diversidad cultural que será punto cohesión para el análisis de este acápite:

La cultura toma diversas formas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, innovación y creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye patrimonio común de la humanidad y debe reconocerse y consolidarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras²¹.

La socioantropología sin duda es un enfoque que muestra la amplia riqueza tienen las personas sordas de su lengua y cultura, puesto que su campo estudio está centrado en sus

21 Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos). 2001. Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity>

relaciones sociales, sus estructuras internas y externas respecto a sus propios matices culturales y por su puesto la manera en que la lengua de señas influye en la vida social y en la construcción de sus percepciones a su alrededor y con sus congéneres.

La conexidad entre la sociología y la antropología tiene la particularidad de poder analizar toda manifestación desde la óptica de la comunidad sorda, ya que por un lado se tiene a la sociología, una ciencia sumamente interesante que como bien apunta Macionis, se enfoca en tomar conciencia de nuestro vivir, pensar, entender y analizar bajo la crítica observable las manifestaciones que se producen en sociedad.

Esto a su vez, genera lo que se ha llamado en esta ciencia, la construcción social: “De acuerdo con Peter Berger y Thomas Luckmann la construcción social de la realidad tiene por objeto identificar el proceso por el cual las personas crean y dan forma a la realidad mediante la interacción social”²²

Las comunidades sordas tienen sus propios usos y costumbres, su forma de pensar es distinta. Una lengua visual, gestual y somática (corporal), definitivamente constituirán un objeto, construcción e identidad social diferente de otros grupos culturales. Por mucho tiempo se ha visto los sordos señantes, (aquellos que forman parte de una comunidad lingüística), como personas con discapacidad auditiva, y al tener un enfoque de personas con discapacidad, se limita en grandes proporciones al campo de estudio de lo que solamente la sociología de las comunidades sordas puede proporcionar.

Del otro lado de la moneda se encuentra la antropología, y dentro de ésta, se enfocará para objeto de esta investigación una de sus subdisciplinas, es decir, la antropología cultural. Sería limitativo decir que ésta es la que más fruto de investigación produce para las comunidades sordas, puesto que la antropología física, la lingüística antropológica y la arqueología son subdisciplinas de esta ciencia que también pueden dar mucha luz respecto a una conceptualización cultural de las comunidades y pueblos sordos no solamente en nuestro país sino en todo el mundo, no obstante, el enfoque en este trabajo versa en tintes de antropología cultural.

Miller, presenta a la antropología cultural como “el estudio de los pueblos actuales y sus culturas, incluyendo sus cambios y variaciones.”, teniendo como premisa a la cultura, ésta “hace referencia a las creencias y comportamientos de las personas, aprendidos y compartidos”²³.

Las líneas de herencia de las personas sordas son fenómenos muy complejos de estudiar, ya que en muchas ocasiones existen entre cinco o seis generaciones de sordos de manera consecutiva, en donde el sentido de pertenencia a una comunidad se ve mucho más matizado que en otras generaciones o bien en personas sordas que no tiene antecedentes generacionales de cultura sorda en su rama familiar.

22 John J, Macionis, *Sociología* (Madrid: Pearson Educación, S.A, 4ª. ed 2011) 174.

23 Barbara Miller, *Antropología Cultural* (México: Pearson Educación 7ª. ed, 2016), 4.

Es por esto que existe también un proceso de endoculturación sordo, donde sus usos y costumbres son transmitidos a través de la lengua de señas de la región. Marvin Harris explica este proceso como una experiencia de aprendizaje en las herencias culturales donde se tiene conciencia o no de esta transmisión y radica en donde la generación más joven adopta los modos de pensar y comportarse en la forma tradicional²⁴.

Un ejemplo de esto son las reuniones de los nativos sordos. Estos tienen la costumbre de designar al “sordo líder”, (conforme a sus estructuras jerárquicas y también de acuerdo a sus roles en un evento particular) de acuerdo al nivel de habilidad lingüística y de dominio de la lengua de señas, resumida en que si posee más vocabulario, una mejor gramática reflejada en su pensamiento topográfico visual articulante y de gran pronunciación en cada seña, entonces será el sordo líder, su opinión tendrá peso en una decisión colectiva, de asociación, de reunión, así como de determinar la protección de los regionalismos creados por los nativos de un lugar o estado de la República Mexicana, etc.

Por otro lado, la endoculturación sorda trae consigo ideologías que se replican de la sociedad en general, en las comunidades sordas, estableciendo ideas como el feminismo, el materialismo, el machismo, entre muchas otras más. Phillip (2019) ilustra de una manera transparente que este aprendizaje cultural²⁵ concatena a todas las personas de una comunidad en particular, a crear, recordar y manejar ideas, a través de comprensión y aplicación de significados de representación para que se interiorice mediante lo que en líneas anteriores se explicaba en un interaccionismo simbólico basado en tradiciones, por consiguiente en palabras del autor previamente citado “las culturas nos sumergen en un mundo de símbolos, tanto lingüísticos como no verbales”.

De igual importancia resulta desarrollar el concepto de Etnocentrismo, para explicar el relieve de cómo la cultura oyente en contraste con la cultura sorda, ésta última, se ve menoscabada por distorsiones sociales en torno a las mismas y por un estudio meramente de discapacidad auditiva. El etnocentrismo puede ser definido como: “La tendencia a considerar superior la propia cultura y a aplicar los propios valores culturales al juzgar el comportamiento y las creencias de personas criadas en otras culturas. (...). Lo opuesto al etnocentrismo es el relativismo cultural, que argumenta que el comportamiento en una cultura particular no debe ser juzgado con los estándares de la otra”²⁶.

Una problemática principal es la preponderancia de la cultura oyente en todos los ámbitos sin considerar que la presencia y magnitud que tienen las lenguas señadas en nuestra sociedad para sus usuarios. El sordo siempre es el que debe entrar al mundo del oyente con las reglas establecidas por esa cultura, esto se ve materializado con las barreras lingüísticas que en la cotidianeidad se suscitan.

24 Marvin Harris, *Antropología Cultural* (España: Alianza Editorial. 1ª. ed, 2012), 29.

25 Conrad Phillip Kottak, *Introducción a la Antropología Cultural*, Espejo para la humanidad (Mc Graw Hill Interamericana, 11ª. ed, 2019).

26 Ibidem, 32.

La definición Conrad Phillip es clara al establecerla con la palabras medulares de juzgar y superioridad que tienen para con las comunidades sordas, esto es exactamente lo que pasa en la realidad. Se vive emitiendo juicios de valor respecto a los grupos de la periferia, y por ende se considera inferior desde la cultura dominante, por ello la discriminación genera discrepancias con lo establecido en cuerpos normativos alejando el derecho sustantivo y objetivo de la persona sorda a un estado de interdicción social para con el acceso a la justicia de manera integral.

En contraste del etnocentrismo se encuentra el relativismo cultural y los problemas que se presentan. Si bien, una cultura determinada tendrá sus significados simbólicos en torno a la manera de su desarrollo e interacción con otras culturas, no se debe pasar por alto los peligros que pueden representar en el ámbito jurídico, pues el ejemplo más claro fue el purismo nazi en el siglo XX, cuando al exponer su tesis de “purificación cultural”, se cometieron actos inhumanos en nombre de este simbolismo.

La realidad en un relativismo cultural respecto a la protección judicial de los grupos culturales será en el punto de contacto de violación de un derecho humano sobre un tercero, en nombre de dejar un lado el etnocentrismo oyente y prevalecer usos y costumbres de pueblos y comunidades sordos sobre la invasión a la esfera jurídica de los mismos.

La prudencia de la independencia del etnocentrismo hacia el relativismo cultural sordo será el punto medio de prevención para la protección de los derechos para estos grupos, con su autonomía comunitaria, ya que desde un estudio socioantropológico se ha observado que el comportamiento de estas comunidades dista mucho de ser solo los llamados “grupos discapacitados”, los “sordomudos” como se percibe por una distorsión social, sin embargo, existen grupos delictivos sordos en México, así como mafia internacional de sordos, el invisibilizar a estas comunidades no solo produce violaciones derechos humanos para sus miembros, sino que se protege de manera indirecta por desconocimiento del tema, los actos delictivos que convergen en nuestros ojos vendados de etnocentrismo.

Algunos investigadores, exponen algunos principios normativos de las colectividades indígenas²⁷, donde se propicia una óptima de psicología jurídica como herramienta para “coadyuvar al entendimiento, estudio y adaptación de un indígena inmiscuido en los vericuetos de las leyes nacionales y, por qué no, en el análisis y creación de propuestas legislativas donde los principales destinatarios sean los grupos indígenas”.

Esto expresa una realidad que el Derecho por sí solo no podría sostener, ya que al trabajar con un grupo cultural amerita no solamente encuadrar el hecho en el tipo jurídico, sino en este caso, construir desde la visión de los nativos de una comunidad cultural, en este caso, la de las personas sordas, se necesita diseñar, implementar y crear legislación desde un pensamiento

27 Eric García, (Director). *Fundamentos de psicología jurídica y forense*, (México: Oxford, 2010) 109.

sordo, y no desde lo que se cree que es mejor para ellos. La socioantropología se ha dicho que “implica un concepto amplio de cultura que confluye con una visión amplia de la sociedad”²⁸.

Por lo tanto, podemos conceptualizar de manera sucinta la socioantropología como la interacción de relaciones culturales en virtud de sus cosmovisiones cambiantes de acuerdo a sus proyecciones de significado social.

La conceptualización concreta desde este enfoque de las comunidades sordas promueve el estudio de la cultura del sordo y sus implicaciones en Derecho, que se vertido hasta este momento, es un proceso muy complejo de investigación interdisciplinario y en trabajo conjunto con las Comunidades Sordas, puesto que el interaccionismo simbólico de este grupo cultural muestra el faro imprescindible para las repercusiones en derecho en un mejor prever en la protección de los derechos humanos de estas comunidades.

VI. EL PRINCIPIO PRO – PERSONA Y LAS COMUNIDADES SORDAS

La implementación del control de convencionalidad y constitucionalidad derivado de la reforma del 10 de junio del 2011²⁹ produjo grandes cambios medulares y sustanciales respecto a la visión proyectada de los derechos de las personas a un plano internacional. El carácter indeterminado de los principios jurídicos fueron también motivo de estudio de esta reforma, debido a que su comportamiento ahora en un plano de transversal de derecho nacional e internacional.

Esto provocó también la imperiosa necesidad de la aplicación de un test de razonabilidad como herramienta argumentativa, consistente de acuerdo con Daniel Vázquez en “un método que nos ayuda a aplicar el derecho de los derechos humanos considerando los principios que están detrás del derecho en cuestión y recuperando la razonabilidad como el principal aspecto para decidir un caso en algún sentido”³⁰.

28 Cristina Puga, et al. *Hacia la Sociología* (México: Pearson Educación, 5ª. ed, 2015) 130.

29 Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos. 10 de junio, (Comisión Nacional de Derechos Humanos) <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-10-de-junio>

30 Daniel Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles* (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª. ed, 2020) 7.

Es precisamente en este panorama que los principios jurídicos cobran sentido puesto que son “la base y razón fundamental de la protección y delimitación de los derechos humanos”³¹. El principio pro – persona se encuentra constituido dentro del artículo primero constitucional en su párrafo segundo, a saber: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”³² (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 1).

Esa protección más amplia que establece nuestra carta es la puerta hacia una interpretación diversa conforme a los instrumentos internacionales de lo que México ha ratificado como Estado Constitucional de Derecho. Dicho esto, y sin duda alguna esa protección más amplia basada en el bloque de convencionalidad estableciendo esa apertura de una esfera de protección por una comunidad internacional. Ya que como bien apuntan recientes investigaciones: “Los marcos legales, políticos e institucionales resultantes de la fragmentación del Estado están destinados para dar a cada grupo lo que reclama o lo que «merece» y en ese acto participa en la producción y reproducción de las personas sordas como sujetos sociales, políticos y culturales”³³.

Para esto, las Comunidades Sordas en el plano internacional se podrían configurar como categoría protegida, sin embargo, esa “protección más amplia” para las personas sordas ha sido remitida en el plano de la categoría protegida de las personas con discapacidad, sin una verdadera especificidad jurídica que estudie matices de etnicidad y de diversidad cultural que poseen las comunidades sordas no solo en cada entidad federativa de México, sino en cada lugar del mundo en el que relucen por su estructura social diversificada, como la comunidad sorda de la diversidad sexual, comunidades sordas religiosas, comunidades sordas de mafia y de actividad delictiva, entre otras.

He ahí las develaciones jurídicas que evoca y convoca la diversidad cultural de las comunidades sordas y su necesidad de estudio en la ciencia del derecho, ameritando un encuadre de su propia categoría protegida dada las implicaciones civiles, políticas y socioantropológicas que emanan de estas, y la lucha que el comunitarismo sordo³⁴ ha tenido en las huellas de una memoria histórica sorda.

31 Alfredo Islas, *Derechos Humanos: Una Visión en el Contexto Universal*, (Editorial Tirant Lo Blanch, 2021) 56.

32 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 1. Acceso el 17 de abril de 2024 desde. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

33 Gabriel Tolentino, “Más allá de la Razón Oyente: Comunidad Sorda y Pluralidad en la Ciudad de México”, *Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social*, (2023), 333.

34 Miguel Hoyos expone que: El comunitarismo sordo es un igualitarismo y filosofía política de la modernidad. Lo podríamos definir como aquel que defiende que ninguna persona sorda debe ser excluida de cualquier bien y de ningún derecho a causa de su sordera. Hoyos Rojas, Luis Miguel. *Comunidad Sorda en disputa, vindicación de una teoría y tradición política de la modernidad*. (Editorial Ibáñez, 2021) 33. Para más información del Comunitarismo Sordo, consúltese su obra.

El estudio amplio y transfronterizo de este grupo cultural desde un enfoque inmersivo interdisciplinario ponen en evidencia que las comunidades sordas son altamente complejas y ricas en cultural repercutiendo en investigación jurídica, así como en una regulación internacional como lo es mediante el principio pro- persona. El establecer un nuevo paradigma de regulación jurídica lleva algo más que una mera reflexión exponiendo problemáticas con tintes de un deber ser, flotando en una concepción de la figura del “deber ser”.

El sociólogo Polaco Zygmunt Bauman, en su concepción líquida de la sociedad menciona que “es hoy una condición necesaria, primaria y fundamental para el individuo en su vana y frustrante lucha por transformar su status de jure en genuina autonomía y capacidad de autoafirmación”³⁵.

Las personas sordas han luchado por años por sobrevivir en una sociedad que por todos sus vertientes surge el etnocentrismo, denominando a este grupo cultural como personas con discapacidad. Han luchado durante mucho tiempo por una educación digna, por el respecto a sus derechos lingüísticos y culturales, por el reconocimiento de su lengua de señas y por todo lo que resta hacer en el plano jurídico y judicial.

Por ello se insiste en que ciencias como la antropología cultura tendrán respuestas más acertadas que la ciencia del derecho por sí sola, ya que como bien señala el reconocido antropólogo Marc Augé: “Actualmente, incluso en un régimen democrático, la medida de las desigualdades postula una desigualdad de derecho entre los individuos”³⁶.

Es menester hacer mención que para estudiar, hacer y aplicar realmente una justicia cultural implica un gran presupuesto para el Estado, como bien lo formula José Luis Méndez³⁷ citando a Schattschneider:

Una sociedad democrática es capaz de sobrevivir porque controla el conflicto, estableciendo prioridades entre una multitud de conflictos potenciales. La cuestión es siempre: ¿qué batalla es la que más queremos ganar? Quien determina qué es la política gobierna un país, porque la definición de las alternativas es la selección de los conflictos y la selección de conflictos distribuye el poder.

La construcción de la democracia en el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos se ve materializada no solamente en una deseabilidad social por una participación

35 Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida* (Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide, trad. Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed, 2003), 46.

36 Marc Augé, *La antropología de los mundos contemporáneos*. (Departamento de publicaciones ENAH, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2018), 25.

37 José Luis Méndez, *Políticas Públicas, Enfoque estratégico para América Latina*. (Fondo de la Cultura Económica, 2020), 85.

efectiva en sociedad sino también la implementación de políticas públicas eficientes para estos grupos culturales.

No obstante, si se deja de lado la visión de las Comunidades Sordas sin trabajar directamente con ellos, en vano serían todos los esfuerzos al respecto, ya que se caería nuevamente en un derecho distorsionado, pretendiendo proteger sus derechos humanos conforme a lo que se cree desde una visión externa que sería lo mejor para éstos.

En consecuencia, “El principio pro-persona fortalece al de interpretación conforme, porque éste se puede encontrar en un conflicto interpretativo y el otro ayuda a mejorar la optimización de una norma o interpretación para favorecer a la persona. Es decir, activa su ámbito más protector”³⁸ hacia una visión de un control de convencionalidad más fuerte y dirigido para las Comunidades Sordas.

VII. LA INSUFICIENCIA DEL ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD PARA LAS COMUNIDADES SORDAS

La discapacidad desde una distorsión en la sociedad genera efectos negativos y de barreras transversales para todas aquellas personas que han recibido esa etiqueta por las múltiples razones ya expuestas. La limitante está bien identificada, esa limitante se llama sociedad. Por esto el Modelo social de la discapacidad que hoy se estudia comienza a establecer “una marcada diferencia entre la diversidad funcional (deficiencia) y la discapacidad, situando como origen de esta última a la sociedad y no a la persona”³⁹.

Desde el momento en que el estudio social y jurídico es centrado en lo anterior, y claro no limitativo a la cultura sorda, a decir verdad, el enfoque socioantropológico es más amplio en estudiar a las mismas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expuesto mediante el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Discapacidad⁴⁰ que:

La diversidad funcional de una persona no tiene nada que ver con la enfermedad, la deficiencia, la parálisis, el retraso, o algún concepto que refleje un déficit. Toda esa terminología errada

38 Jorge Alberto Camacho, y Guillermo Nieto, *El control de convencionalidad en la impartición de justicia en México.*, Editora Laguna, 2021, 96.

39 Marc Augé, *La antropología de los mundos contemporáneos.* (Departamento de publicaciones ENAH, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2018), 25.

40 Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad”. SCJN, (Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 8.

presenta a la persona diferente como biológicamente imperfecta, a quien hay que rehabilitar para restaurar unos teóricos patrones de “normalidad”. Esos patrones, sin embargo, son creados por la sociedad, por lo que su existencia es artificial y usualmente, superada por los avances médicos.

El modelo social de la discapacidad es conexo definitivamente como punto de contacto con el enfoque socioantropológico de las comunidades sordas cuando abandona una concepción de enfermedad, en este caso de la sordera que por muchos años fue bajo el modelo médico – rehabilitador, y sus modelos anterior de estudio, el causante de un fuerte desarrollo sobre las distorsiones sociales para las comunidades sordas.

La gran diferencia radica que mientras el modelo de la discapacidad ahora enfocado en la sociedad como limitante para estos grupos culturales, este, reflexiona en torno a los que se necesita para las personas sordas desde adaptaciones, desde los llamados ajustes razonables, o ajustes al procedimiento para que los sordos encuadren en la maquinaria jurisdiccional de una cultura ajena a los sordos, es decir la cultura “mayoritaria”, la de los oyentes.

En enorme contraste con el enfoque socioantropológico de las comunidades sordas donde no centra en querer para integrar, para incluir, sino para crear desde su propia cosmovisión, desde su propia idiosincrasia un Estado de Derecho que no solo defienda a estas comunidades, sino que las mismas sean participes en el diseño y creación de su propio derecho, es decir, en lugar de hacer ajustes al procedimiento para encuadrar en la cultura oyente, se necesitan abogados sordos, jueces sordos y operadores jurídicos y judiciales en general para una justicia cultural en la búsqueda de esa protección más amplia.

Ya que el enfoque socioantropológico no se limita en el campo del derecho, sino en todas y cada una de las esferas de las personas sordas, desde propiciar una educación que genere identidad de su cultura en los niños sordos, hasta la implementación de un derecho enfocado en las comunidades sordas desde sus ojos, desde sus usos y costumbres.

Para Sol Arriaza *“La pluralidad de actores sociales, que emergen de la propia diversidad de la sociedad civil, requiere de un cambio en la cultura política que incorpore el reconocimiento y el respeto al otro, a las diferencias y por consiguientes de la legitimidad de esa pluralidad.”*⁴¹ Por ello, los cambios deben ser sustanciales, “nada de ellos sin ellos”, es lo más importante.

41 Ricardo Sol, *El desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho, Avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los estados centroamericanos.* (Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Sede Costa Rica, 1ª. ed, 2012), 15. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31001.pdf>

VIII. CONCLUSIONES

Las diversas formas de abordar la problemática social descrita en el presente trabajo de investigación, arroja como resultados de la aplicación de métodos previamente definidos y estructurados, se concluye que la omisión, por parte de las autoridades en cualquiera de sus esferas, contribuyen a delimitar el poder, identificar, proveer, proteger, derechos, sustantivos y adjetivos de este grupo poblacional, para ello, la falta o nula políticas públicas, enfocadas a crear las condiciones propicias para un mejor nivel de vida de la comunidad sorda.

En atención a las comunidades sordas, son grupos culturales que han sido discriminadas a lo largo del tiempo debido a distorsiones sociales que se han generado a través de un discurso e interacciones sociales que solo refleja un etnocentrismo por parte de la cultura mayoritariamente oyente. Es necesario estudiar a estas comunidades desde su propia cosmovisión, desde su propia óptica, a través del enfoque Socioantropológico Jurídico, propiciando así el reconocimiento, respecto y protección de los derechos humanos de estas, así como superar esta visión discapacitante, aún bajo el enfoque social, cuyo modelo impera en la actualidad. Esto, con miras en la formación de lo que sería el diseño y creación de una regulación específica en el Derecho de las Comunidades Sordas.

REFERENCIAS

- Augé, Marc. *La antropología de los mundos contemporáneos*. México, Departamento de publicaciones ENAH, Instituto Nacional de Antropología e Historia. (1ª. ed.). 2018.
- ARTICLE 19. Oficina para México y Centroamérica. Distorsión: el discurso contra la realidad, Red de Desarrollo Social de América Latina y El Caribe. 2021. <https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=5439>
- Bauman, Zygmunt. *Modernidad líquida*. México. Fondo de Cultura Económica. (1ª. ed.). 2003.
- Bauman, Zygmunt. *Retrotopía*. México. Ediciones Culturales Paidós. (1ª. ed.). 2017.
- Camacho, Jorge Alberto. y Nieto, Guillermo. *El control de convencionalidad en la impartición de justicia en México*. México. Editora Laguna. 2021.
- Cerón, U. *La Dicotomía Individuo/Sociedad: Reflexiones en Torno al Interaccionismo -Simbólico*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. *Accesibilidad Tomo VIII*. México. Secretaria de Gobernación, Poder Judicial de la Ciudad de México. 2019.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 1. Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Constitucional en materia de Derechos Humanos. 10 de junio. *Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)*. Acceso el 17 de abril de 2014 desde <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-10-de-junio>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2018). *El derecho a la no discriminación*. CNDH. México. CNDH. 2018. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/21-Discriminacion-DH.pdf>
- Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 237, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (fecha de consulta: 30 de abril de 2024).
- Aldrete, Miroslava. “Gramática de la Lengua de Señas Mexicana”. Tesis de Doctorado. El Colegio de México, Centro de Estudios Lingüísticos y Literarios. 2008.
- Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity>
- Domínguez, Alejandra del Carmen. et al. “La Deseabilidad Social Revalorada: Más que una Distorsión, una Necesidad de Aprobación Social”. UNAM Facultad de Psicología, 2, 3, (2012): 808- 824. <https://www.scielo.org.mx/pdf/aip/v2n3/v2n3a5.pdf>
- Dussel, Enrique. *Filosofía de la liberación*. México. Fondo de la Cultura Económica. 2011.
- Escobedo, César Ernesto. (Coord.). *Diccionario de Lengua de Señas Mexicana de la Ciudad de México*. México. INDEPEDI - Instituto para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal. 2017.
- García, Eric. (Director). *Fundamentos de psicología jurídica y forense*. México. Editorial Oxford. 2010.
- Gascón, Antonio. “Crónica simple de 10 años de investigación sobre la historia de la educación de las personas sordas”. España. *Cultura Sorda*. (2009). Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://cultura-sorda.org/cronica-simple-de-10-anos-de-investigacion-sobre-la-historia-de-la-educacion-de-las-personas-sordas/>
- Guber, Rosana, *La etnografía. Método, campo y flexibilidad*. México, Siglo veintiuno, 2015.
- Harris, Marvin. *Antropología Cultural*. España. Alianza Editorial. (1ª. ed.). 2012.
- Hoyos Rojas, Luis Miguel. *Comunidad Sorda en disputa, vindicación de una teoría y tradición política de la modernidad*. Colombia. Editorial Ibáñez. 2021.
- Islas Colín, Alfredo. *Derechos Humanos: Una Visión en el Contexto Universal*. México. Editorial Tirant Lo Blanch. 2021.

- Le Guen, Oliver. *El habla de la mano*. México. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI). 2018. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/438175/inpi-el_habla-de-la-mano-lengua-de-senas-maya-yucateca-movil.pdf
- Macionis, John. J. *Sociología*. España. Pearson Educación, S.A. (4ª. ed.). 2011.
- Méndez, Martínez, José Luis. *Políticas Públicas, Enfoque estratégico para América Latina*. México. Fondo de la Cultura Económica. (1ª. ed.). 2020.
- Miller, Barbara. *Antropología Cultural*. México. Pearson Educación. (7ª. ed.). 2016.
- Morales, J. Francisco, Moya, Miguel. Gaviria, Elena, Cuadrado, Isabel. (Coords.). *Psicología Social*. España. McGraw – Hill, Interamericana de España. (3ª. ed). 2007. <http://biblioteca.univalle.edu.ni/files/original/295a9849cc1ee44d0258a51d24fb554364ac5fd4.pdf>
- Oviedo, Alejandro. *Apuntes para Una gramática de la Lengua de Señas Colombiana*. Colombia. Escuela de Ciencias del lenguaje, Universidad del Valle. 2009. <https://cultura-sorda.org/apuntes-para-una-gramatica-de-la-lengua-de-senas-colombiana/>
- Pelletier Quiñones, Discriminación. “La “Discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “. *Revista IIDH*, 2014, 205-215. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>
- Phillip Kottak, Conrad. *Introducción a la Antropología Cultural*, Espejo para la humanidad. España. Mc Graw Hill Interamericana. (11ª. ed.). 2019.
- Puga, Cristina. et al. (2015). *Hacia la Sociología*. México. Pearson Educación en México. (5ª. ed). 2015.
- Sierra, José, *Protección Jurídico Constitucional de las Personas Sordas* (Valencia, Tirant lo blanch, 2023): 19-35.
- Sierralta Aracena, Vianney. “Violencia de Género desde una perspectiva Sorda”. *Cultura Sorda*, (2013). <https://cultura-sorda.org/violencia-de-genero-desde-una-perspectiva-sorda/>
- Sol Arriaza, Ricardo. *El desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho, Avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los estados centroamericanos*. Costa Rica. Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Sede Costa Rica. (1ª. ed). 2012. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31001.pdf>
- Storch de Gracia y Asensio, José Gabriel. “Las lenguas de señas ante el Derecho civil Apuntamientos jurídico-civiles sobre la Ley 27/2007, de 23 de octubre –Ley LLSS-MACO-, y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad CIDPD-” *Cultura Sorda*, (2010). <https://cultura-sorda.org/las-lenguas-de-senas-ante-el-derecho-civil/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad*. México. SCJN, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2022.
- Tolentino, Gabriel. “Más allá de la Razón Oyente: Comunidad Sorda y Pluralidad en la Ciudad de México”. Tesis de Doctorado. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. 2023.

– Universidad Anáhuac. *¿Qué es la psicología social?*, Red de Universidades Anáhuac. 2009. Acceso el 17 de abril de 2024 desde <https://www.anahuac.mx/blog/que-es-la-psicologia-social>.

– Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1ª. ed.). 2020.

– Vilas, Manuel. La distorsión. *El País*. 2017. Acceso el 17 de abril de 2024 desde https://elpais.com/elpais/2017/05/30/opinion/1496168193_201029.html?event_log=oklogin

Recibido: 1/10/2024

Aprobado: 28/10/2024

*El Acceso al Trabajo mediante
Acciones Afirmativas en favor de las Personas
con Antecedentes Penales en Libertad*

*Access to Employment through
Affirmative Actions in favor of Individuals
with a Criminal Record who are Free*

Rudy Augusto Pillpe Yaranga* <https://orcid.org/0000-0003-4531-9050>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2795>

* Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, maestro en Derecho mención en Derecho y Civil y Comercial por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, maestro en Derecho Penal por la Universidad Alas Peruanas, abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Inspector de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), catedrático de posgrado en la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Perú
Correo electrónico: rudy.pillpe@unsch.edu.pe

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Honomástico, óleo sobre lienzo, 120 x 120 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / Instagram.com/juancarlosnanake/
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El artículo examina los retos que enfrentan diversos países, especialmente en América Latina, en un entorno caracterizado por la globalización y avances tecnológicos, donde las decisiones políticas gubernamentales tienen un impacto significativo en el progreso de sus países. A diferencia de economías como la de Estados Unidos y otros países desarrollados, América Latina enfrenta barreras relacionadas al desarrollo humano, una muestra son los fenómenos como el narcotráfico, la corrupción, la pobreza, la desigualdad y la carencia de políticas públicas eficientes que afectan en mayor porcentaje a los grupos situación de vulnerabilidad. Asimismo, el artículo académico promueve el rol del trabajo como base de la reintegración social de las personas con antecedentes penales que se encuentran en libertad; así mismo, muestra la dificultad de los reos libres con antecedentes penales para obtener un trabajo en el sector público y privado, tales como el estigma y la discriminación por su condición, los cuales limitan su acceso al mercado laboral para obtener un empleo formal con todos los beneficios de un trabajador. Como solución a este problema, se propone brindarles oportunidades laborales dignas, junto con apoyo psicológico y comunitario. Además, se enfatiza que el derecho al trabajo constituye un derecho humano esencial cuya protección debe ser prioritaria, siendo además que los sentenciados que cuentan con antecedentes penales merecen la categoría de personas en situación de vulnerabilidad. Por último, se concluye que una reintegración social efectiva requiere un abordaje multidisciplinario que no solo garantice el acceso al empleo, sino que también ofrezca apoyo psicológico y social integral, contribuyendo de esta manera al desarrollo del país y al bienestar de las personas con antecedentes penales mediante el trabajo que realicen.

Palabras clave: *trabajo, antecedentes penales, reo libre, discriminación.*

ABSTRACT

The article examines the challenges faced by various countries, particularly in Latin America, within a context marked by globalization and technological advances, where governmental political decisions significantly impact the progress of their nations. Unlike economies such as those of the United States and other developed countries, Latin America faces barriers related to human development, exemplified by phenomena such as drug trafficking, corruption, poverty, inequality, and the lack of efficient public policies that disproportionately affect vulnerable groups. Furthermore, the academic article highlights the role of employment as a cornerstone for the social reintegration of individuals with criminal records who are free. It also underscores the challenges these individuals face in obtaining jobs in both the public and private sectors, such as stigma and discrimination due to their criminal history, which limits their access to the labor market and formal employment with full worker benefits. As a solution to this issue, the article proposes providing dignified employment opportunities alongside psychological and community support. Additionally, it emphasizes that the right to work is a fundamental human right whose protection must be prioritized. Moreover, individuals with criminal records should be recognized as belonging to the category of vulnerable groups. Finally, it concludes that effective social reintegration requires a multidisciplinary approach that not only ensures access to employment but also provides comprehensive psychological and social support, thereby contributing to the country's development and the well-being of individuals with criminal records through the work they perform.

Keywords: *employment, criminal records, free individuals with criminal backgrounds, discrimination.*

I. INTRODUCCIÓN

La globalización permite la interrelación entre diferentes países, donde se comparten no sólo productos como las materias primas o productos con valor agregado, sino también se comparte cultura y conocimiento. El mundo actual enfrenta muchos retos como la inteligencia artificial que está cambiando la forma en que el ser humano se desenvuelve con la naturaleza y realiza el trabajo. En Estados Unidos existe un lugar denominado como el Silicon Valley donde están las más grandes empresas tecnológicas del mundo y desarrollan la inteligencia artificial. La inteligencia artificial es un reto para el acceso al trabajo porque desaparecerá algunos puestos laborales, pero creará otros puestos de trabajo que se relacionen en desarrollo de tecnologías.

En esta nueva era de la inteligencia artificial y desarrollo de nuevas tecnologías, los países deben tomar decisiones importantes para que los trabajos que sean reemplazados puedan dar lugar a nuevos trabajos necesarios en esta nueva era. Por ello, es indispensable que los Estados mediante políticas públicas promuevan el acceso al trabajo a favor de todas las personas, en especial para las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad merecen acciones afirmativas por parte de los Estados para que puedan acceder bajo un principio de igualdad y no discriminación a las oportunidades que tiene cualquier ser humano en condiciones óptimas.

En el Perú, se presentan problemas críticos como la corrupción, la inseguridad ciudadana, deficiencias en el sistema educativo y de salud, además de la dificultad para la reinserción laboral de personas con antecedentes penales. Se percibe la ausencia de políticas públicas efectivas que ayuden a prevenir la reincidencia delictiva y la promoción del trabajo a favor de

los reos libres. Para enfrentar estos desafíos, se sugiere que el Estado adopte estrategias basadas en una concepción tridimensionalista del Derecho, y un acercamiento a la Economía y Psicología.

El Perú como país en vías de desarrollo presenta muchas dificultades en diferentes áreas, tal es el caso, del sector justicia puesto que no es un sistema eficiente y muchas veces la solución tardía de un conflicto intersubjetivo de intereses produce una grave afectación a los justiciables. Uno de los grupos invisibilizados en las políticas públicas son las personas sentenciadas con antecedentes penales que se encuentran en libertad quienes presentan graves dificultades para acceder a un puesto de trabajo.

II. LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO PERUANO Y SU RELACIÓN CON ALTA TASA DE CRIMINALIDAD

La pobreza y la desigualdad social son condiciones óptimas para el incremento de la criminalidad puesto que genera una situación de escasez no sólo material en el ser humano sino también pobreza existencial y espiritual, lo que conlleva a que la persona sin acceso de conocimiento deontológico tenga desprecio por los principios éticos y dañe a otras personas.

Una de las instituciones sociales importantes en la sociedad es la familia, porque en el seno familiar el ser humano desarrolla su concepción del mundo, principios e influye en el desarrollo de su personalidad. El Estado peruano no promueve de manera efectiva la importancia del rol en la familia para el desarrollo social. Desde mi experiencia académica y laboral en instituciones del Estado he podido observar que existen demasiados casos de padres que tienen demandas por pensión de alimentos que llegan al Ministerio Público porque no cumplen oportunamente con sus obligaciones alimentarias.

El acceso a la educación integral de calidad es imprescindible para salir del sub desarrollo y la pobreza, pero los sectores más pobres no sólo no acceden a educación de calidad, sino que no acceden a ningún tipo de educación. Conforme se explicó en párrafos anteriores el mundo está cambiando y la educación también se está desarrollando mediante el uso de la inteligencia artificial.

La salud es otro aspecto importante para salir de la pobreza y sub desarrollo porque la salud es el estado de bienestar físico, mental y bio-somático del ser humano. Sin embargo, la desnutrición y anemia en los niños peruanos afecta su desarrollo futuro y el problema de aprendizaje impide el acceso a una educación superior.

El trabajo en condiciones dignas, está interrelacionado con la efectividad de otros derechos como el derecho a la educación y el derecho a la salud, puesto que este derecho fundamental

es constitucionalmente considerado como un deber y un derecho, económicamente es fuente de riqueza y culturalmente un medio de desarrollo social.

El Estado peruano suscribió tratados en materia de Derechos Humanos los cuales crean obligación de promover y garantizar estos derechos, ello requiere de un costo económico para hacer efectivo estos derechos de segunda generación o también denominados derechos económicos, sociales y culturales.

El incumplimiento de las obligaciones de la garantía y promoción de estos derechos afecta a todas las personas y en especial a las poblaciones en situación de vulnerabilidad. Muchos de los reos que se encuentran en los penales y también los sentenciados en libertad que aún no cumplen la integridad de su pena fueron niños a quienes se debió garantizar estos derechos para reducir la estadística de criminalidad.

Si bien es cierto que existen diferentes tipos de delitos, como los delitos de infracción del deber, entre los cuales se incluyen la corrupción de funcionarios, la colusión agravada, el peculado y el tráfico de influencias, donde el bien jurídico afectado es el correcto funcionamiento de la administración pública, también hay delitos contra el patrimonio, tales como el robo, el hurto y la estafa, entre otros.

Cada tipo de delito suele corresponder a un perfil de persona distinto: los primeros mencionados son cometidos generalmente por individuos con acceso a algún nivel de educación, mientras que los delitos del segundo grupo suelen ser perpetrados por personas que, en algún momento de sus vidas, vivieron en condiciones de pobreza y estuvieron expuestas a delinquir debido a la ausencia de medidas idóneas que pudieran prevenir y evitar conductas delictivas desde su infancia.

El Código Penal Peruano vigente, en su exposición de motivos, alude al principio de culpabilidad de la sociedad, señalando que el juez debe considerar, al momento de dictar sentencia, las carencias sociales que afectaron a la persona que cometió el delito. La conocida frase “Educa a los niños y no tendrás que castigar a los hombres”, atribuida comúnmente a filósofos como Pitágoras, Platón y Marco Aurelio, refleja una verdad innegable: si se brindaran a los niños condiciones óptimas para su desarrollo integral, incluyendo educación emocional, científica, espiritual, ética y filosófica, en un entorno de cuidado y amor, es altamente probable que, al llegar a la adultez, no se convirtieran en infractores de las normas penales.

En ese sentido es de vital importancia que el Estado Peruano garantice el acceso a una educación, salud y trabajo digno a favor de todas las personas, empleando medidas afirmativas para las personas menos favorecidas. Una persona con antecedentes penales en libertad cuando no trabaja no puede satisfacer sus propias necesidades lo que es un factor de riesgo a que reincida

en la comisión del delito. “Nuestro Tribunal Constitucional, dentro del contexto del trabajo decente, también ha expresado, que el acceso al trabajo decente, es uno de los pilares en la lucha contra la reducción de la pobreza en el mundo”¹

III. EL TRABAJO Y SU ROL RESOCIALIZADOR

El trabajo como derecho fundamental tuvo diversas interpretaciones como lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano que dice que: “El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad porque mediante este no solo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”². Entendiéndose el trabajo como base de bienestar social y deber de toda personas

Previo a continuar analizando la importancia del trabajo es importante señalar que señala la ley peruana en relación a la definición de trabajo: “El Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), referido al contrato de trabajo exige la concurrencia de tres elementos de para la existencia de un contrato de trabajo: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación”³. Siendo que está definición es la utilizada en el presente artículo porque el énfasis es el trabajo en situación de subordinación.

En relación de los derechos de los internos contenido en el Código de Ejecución Penal (en adelante CEP) en su artículo 1° establece que “El interno goza de los mismos derechos que el ciudadano sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva”⁴. Por lo que, toda persona con antecedentes penales debe ejercer los mismos derechos que cualquier otra persona a excepción de los derechos limitados por la ley y la sentencia impuesta.

La pena como retribución al delito es incompleta, puesto que “Desde los nuevos modelos de tratamiento, se propone romper con el aislamiento tradicional de la institución penitenciaria y crear vínculos entre la comunidad y la prisión, haciendo participe también a la sociedad en los programas de rehabilitación. Este es el caso de aumento de penas destinadas a trabajos o servicios para la comunidad, que han demostrado un nivel de reincidencia más bajo que las penas privativas de libertad”⁵.

1 Joe Rosas, *El Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), 14.

2 STC Exp. N° 0008-2005-PI, FJ. 18.

3 Guillermo Boza, *Derecho del Trabajo* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 26.

4 Guillermo Pérez y Lucía Nuño, *Derecho Penitenciario* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 66.

5 Xenia Gordo, *Criminología, Criminalística e Investigación* (Colombia: Grupo Distribuidor Latinoamericano SAS., 2018), 119.

La delincuencia es un grave problema para la sociedad, específicamente las personas que ya están sentenciadas y cumplen la pena en libertad tienen la posibilidad de volver a reincidir en libertad, causando mayor perjuicio al Estado y a sus víctimas; por lo que, las personas con antecedentes penales en libertad deberían tener la exigencia del trabajo como parte del proceso de resocialización, bajo constante supervisión del Estado, esto implicaría un cierto grado de intervención en relación al derecho a la intimidad, pero ningún derecho fundamental es absoluto.

César Landa desarrolla sobre la relatividad de los derechos fundamentales lo siguiente: “Ningún derecho fundamental es absoluto, todo derecho fundamental es limitado. Ello se debe a que en la convivencia social todas las personas sin exclusión, son sujetos titulares de derechos, por lo cual la dignidad –en tanto derecho que puede ser titularizado por cualquier persona puede en determinadas ocasiones ser un derecho titularizado por más de una persona”⁶.

En la actualidad seguir sosteniendo que la delincuencia se solucionará con más penas es un sin sentido, porque se ataca el fenómeno, pero no la esencia del problema. “El delito no se erradica con la puesta en vigencia de las normas penales. Se tiene que erradicar a partir de una política preventiva de creación de fuentes de empleo en las distintas actividades económicas”⁷. Por lo que, el derecho al trabajo y su pleno ejercicio en condiciones dignas implica que no sólo el Estado tenga la obligación de cumplir los derechos económicos, sociales y culturales, sino que el mismo sentenciado en condición de libertad tenga la posibilidad de acceder a una educación, salud de calidad mediante el trabajo dependiente promovido por el Estado.

Una persona con empleo formal y estable está en mejores condiciones de cubrir sus necesidades personales y garantizar una calidad de vida adecuada para su familia. En contraste, quienes carecen de trabajo suelen enfrentarse a dificultades para satisfacer tanto sus necesidades personales como familiares. En algunos casos, estas personas recurren a la mendicidad o a actividades ilícitas como medios para generar ingresos y atender sus necesidades básicas.

6 César Landa, *Los derechos fundamentales*, (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), 20.

7 J.A., Ramos, *Derecho de Ejecución Penal y administración penitenciaria* (Lima: Grijley, 2023), 223.

IV. DISCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS QUE TIENEN ANTECEDENTES PENALES EN LIBERTAD PARA ACCEDER A UN PUESTO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

La discriminación que sufren los sentenciados libres al tener antecedentes penales implica que no puedan acceder a un trabajo dependiente en condiciones dignas, de acuerdo a un estudio realizado por el autor en la región Ayacucho, más del 90% de sentenciados que pertenecen al medio Libre del Instituto Nacional Penitenciario, señalan que fueron se sienten discriminados por los antecedentes penales, y que no tienen acceso al sector público, y en el sector privado tampoco los quieren contratar a menos que sea una remuneración menor al perfil de puesto y que hagan más hora de trabajo; es decir, en el sector público, se los contrata bajo condiciones de cierta explotación laboral.

En términos de eficiencia económica, conviene al Estado que un sentenciado en condiciones en libertad con antecedentes penales, sea educado para el trabajo y se le asigne un puesto de trabajo con limitaciones a su derecho a la intimidad y con limitación de acceso al bien jurídico que ha vulnerado. Puesto que, de lo contrario, una persona liberada con antecedentes penales y sin supervisión efectiva del estado está llamado a la reincidencia delictiva para obtener ingresos para su subsistencia.

La realidad peruana presenta una gran complejidad, evidenciada en la alta reincidencia delictiva que afecta a todos los peruanos. Los medios de comunicación reportan con frecuencia que muchas de las personas detenidas por delitos contra el patrimonio o contra la salud pública son reincidentes. Este problema no ha sido abordado mediante acciones efectivas que permitan una verdadera reinserción social de quienes infringieron la ley penal, en gran responsabilidad por el Poder Ejecutivo y especialmente por el Poder Legislativo.

La legislación aprobada por el Congreso de la República (Poder Legislativo), en ocasiones, responde más a satisfacer demandas populares inmediatas y mediáticas que a un análisis técnico riguroso, lo que pone en entredicho el carácter científico del Derecho. Sin embargo, si las normas jurídicas se fundamentaran en principios de la Ciencia Económica, podrían adquirir un carácter más científico, favoreciendo la consecución de los objetivos para los cuales fueron promulgadas.

Una legislación que obedezca al conocimiento científico con la finalidad de servir a las futuras generaciones creará un ambiente óptimo para contribuir al desarrollo social. En la actualidad la función legislativa del Congreso dista mucho de una condición ideal, porque se legisla para intereses particulares o de pequeños grupos y se invisibiliza la necesidad de los grandes sectores. Una de las poblaciones más invisibilizadas son los sentenciados en libertad que tienen antecedentes penales.

Por otro lado, el Ejecutivo carece de continuidad en sus políticas debido a los frecuentes cambios de presidentes y ministros. Esta inestabilidad afecta la institucionalidad y dificulta la gobernabilidad en beneficio de todos los peruanos, dejando nuevamente en una situación de invisibilidad a grupos vulnerables como los reos en libertad.

V. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL NO FORMAL POR LA VULNERACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO AL TRABAJO

César Landa en relación al estado de cosas inconstitucional precisa lo siguiente: “El estado de cosas inconstitucionales es una institución procesal creada por la Corte Constitucional de Colombia y recogida por nuestro Tribunal Constitucional. A través de este se amplían los efectos de la sentencia en cuanto a los sujetos beneficiarios y los obligados al cumplimiento de las acciones decretadas en el fallo para restablecer el ejercicio del derecho vulnerado o amenazado”⁸.

Mediante el Estado de Cosas Inconstitucional la Corte Constitucional ha desarrollado, las situaciones en las que “concurren la violación masiva de los derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de la voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que ante esa situación se pueda generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales”⁹.

En consecuencia, el Estado de Cosas Inconstitucional como institución jurídica se refiere a la declaración de la vulneración sistemática y estructural de un derecho fundamental por parte del Estado. Estamos frente a un Estado de Cosas Inconstitucional formal cuando esta condición jurídica ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, y estamos frente a un Estado de Cosas Inconstitucional no formal cuando no hay una declaración por parte del Tribunal Constitucional pero en la realidad se percibe la vulneración sistemática de un derecho fundamental.

8 César Landa, *Derecho Procesal Constitucional*, (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 170.

9 Mauricio, Plazas Vega, “El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado estado de cosas inconstitucional”, *Revista de temas constitucionales*, N° 10 (2009): 223-270

VI. ACCIONES AFIRMATIVAS EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON ANTECEDENTES PENALES EN LIBERTAD

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 23 señala en su cuarto párrafo lo siguiente que nadie está obligado a trabajar sin su libre consentimiento. El inciso c del artículo 2 del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo que no constituye trabajo forzoso a aquellos trabajos exigidos por una sentencia judicial. Bajo esta perspectiva habría cierto grado de incompatibilidad entre la Constitución y el Convenio de la OIT.

El Perú bajo su interpretación constitucional no puede obligar a una persona a trabajar; esto aplica también a las personas libres con antecedentes penales, sin embargo, a mi criterio lo normado por la OIT tiene una mayor eficacia puesto que contribuye al proceso de resocialización, por lo que, es necesario cambiar el artículo 23 de la Constitución y adaptarla al artículo 2 del Convenio 29 de la OIT.

Las acciones afirmativas son aquellas acciones que se dan en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad. Las personas sentenciadas en libertad con antecedentes penales pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad porque al ser discriminados no acceden a un puesto de trabajo dependiente en condiciones dignas, el cual es uno de los factores para la reincidencia delictiva.

Una de las acciones afirmativas más importantes propuestas mediante este artículo es que primero se brinde apoyo psicológico y social integral al sentenciado libre con antecedentes penales, para luego capacitarlo en el trabajo y se le asigne un puesto laboral con ciertas restricciones como por ejemplo sea vigilado y no tenga contacto con el bien jurídico que vulneró; así como, los ingresos que genere sean para sus necesidades personales, familiares y de reparación civil.

III. CONCLUSIONES

- El trabajo digno y vigilado es el medio trascendental para la efectiva resocialización de una persona, puesto que permite satisfacer las diversas necesidades de un sentenciado, más aún cuando está en condiciones de libertad.
- El sentenciado libre que cuenta con antecedentes penales es discriminado sistemáticamente en relación a su derecho al trabajo, lo que no sólo genera que esta población sea una población en situación de vulnerabilidad.

- La omisión del Estado Peruano mediante acciones afirmativas a favor de los sentenciados libres con antecedentes penales y la omisión frente a la discriminación sistemática del derecho al trabajo para esta población ocasiona un Estado de Cosas Inconstitucional No Formal.

REFERENCIAS

- Boza Guillermo. *Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.
- Gordo Xenia. *Criminología, Criminalística e Investigación*. Colombia: Grupo Distribuidor Latinoamericano SAS., 2018.
- Landa César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.
- Landa César. *Los derechos fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- Plazas Vega Mauricio. “El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado estado de cosas inconstitucional”, *Revista de temas constitucionales*, N° 10 (2009).
- Pérez Guillermo . Ñuñovero Lucía. *Derecho Penitenciario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.
- Ramos J. A. *Derecho de Ejecución Penal y administración penitenciaria*. Lima: Grijley, 2023.
- Rosas Joe. *El Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- STC Exp. N° 0008-2005-PI.

Recibido: 30/09/2024

Aprobado: 02/11/2024

El Principio Pro Consumidor y el Contrato de Seguro en el Perú

The Pro-consumer Principle and the Insurance Contract in Peru

Rolando Javier Torres Gamero* <https://orcid.org/0000-0001-7312-1717>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2796>

* Abogado por la UNMSM desde el año 1986, ejerció la docencia universitaria en las Facultades de Derecho de las Universidades Tecnológica del Perú, Inca Garcilaso de la Vega y Alas Peruanas, presidió la Comisión de Estudio de Seguros del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2013-2016) la cual integró desde el año 1999 hasta 2017. Jefe del Departamento Legal de Royal & Sunalliance Seguros Fénix donde laboró desde el año 1985 hasta el 2002; expositor en el Diplomado de Seguros en IPAE desde 1999 hasta el 2009, profesor de las Escuelas de Seguros de la Asociación Peruana de Empresas Corredoras de Seguros (APECOSE) desde 1999 hasta 2021 y del Instituto Peruano de Seguros (IPS) desde 2009 a la fecha siendo además Director Académico del IPS desde Marzo de 2024. Perú.
Correo electrónico: rtorresgamero@gmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Virgen del dolor, óleo sobre lienzo, 80 x 60 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad reconocer cómo el principio pro consumidor no sólo está regulado en la legislación de protección al consumidor sino también en la normatividad de seguros en nuestro país. Y es que tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, como la Ley del Contrato de Seguro, Ley 29946, establecen diversas disposiciones que buscan defender a los consumidores o usuarios de situaciones de conflicto ante interpretaciones o aplicaciones de las normas que generen ambigüedad o dudas por lo que serán interpretadas en el sentido y con el alcance más favorable al consumidor y, en el caso materia de este trabajo, al asegurado.

Palabras clave: *principio pro asegurado, principios y reglas interpretativas, cláusulas y prácticas abusivas.*

ABSTRACT

The purpose of this work is to recognize how the pro-consumer principle is not only regulated in consumer protection legislation but also in insurance regulations in our country. And it is that both the Consumer Protection and Defense Code, Law 29571, and the Insurance Contract Law, Law 29946, establish various provisions that seek to defend consumers or users from conflict situations in the face of interpretations or applications of the rules that generate ambiguity or doubts, so they will be interpreted in the sense and with the most favorable scope for the consumer and, in the case that is the subject of this work, the insured.

Keywords: *pro assured principle, principles and interpretative rules, abusive clauses and practices.*

“Todos somos consumidores. Es el mayor grupo económico que se ve afectado y afecta a casi todas las decisiones económicas públicas y privadas. Sin embargo, es el único grupo importante cuyas opiniones no se escuchan lo suficiente”¹.

John F. Kennedy

I. INTRODUCCIÓN

Desde el ordenamiento constitucional “el Estado asume la defensa de los consumidores y usuarios garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado” invoca el artículo 65° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Y es con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de Setiembre de 2010, que se consolidan los mismos teniendo al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) como el organismo público especializado encargado de propiciar el equilibrio en las relaciones de consumo entre otras funciones.

II. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2.1 Orígenes regulatorios

Posteriormente al citado discurso de John F. Kennedy, se fueron dando en el mundo diversas regulaciones en defensa de los consumidores como la establecida mediante Resolución del 14 de abril de 1975 por la entonces llamada Comunidad Económica Europea la misma que aprobó el Programa Preliminar de Acción para la Información y Protección de los Consumidores,

¹ Cita del famoso discurso pronunciado por el Presidente de los EEUU John F. Kennedy ante el Congreso de su país el 15 de marzo de 1962 en defensa de los consumidores, dicha fecha fue posteriormente establecida como el Día del Consumidor.

En el ámbito nacional debemos citar a la Constitución Política de 1979 nacida de una Asamblea Constituyente en camino a la restitución de la democracia en el país luego de más de diez años de gobierno militar, en dicha Carta Magna cita el artículo 110° como función del Estado el de defender el interés de los consumidores².

Posteriormente, el año 1984 entró en vigencia el Código Civil el cual dejara sin efecto el ya desfasado Código de 1936. Dicha norma de suma importancia en el campo jurídico (muchos lo consideran como la segunda norma de importancia en el país luego de la Constitución) innovó el aspecto contractual de las relaciones entre las partes, dándose especial énfasis a la libertad contractual y a la libertad para contratar.

No obstante, ello, también se regularon formas de contratación acordes con la dinámica del tráfico comercial moderno que buscan agilizar sus transacciones, por lo que encontramos las llamadas cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión donde los ofertantes ofrecen sus productos o servicios bajo condiciones pre redactadas quedando al destinatario de dichas ofertas a tener que aceptar o rechazar las mismas sin posibilidad de negociar dichas estipulaciones.

Es así que el potencial consumidor tiene restringida o nula su disposición de discutir las condiciones de contratación a un “lo tomas o lo dejas” creando una asimetría informativa muy significativa entre las partes fundamentalmente en los contratos masificados.

Es ante esta necesidad de defender regulatoriamente los derechos de los consumidores que, a mérito de la delegación de facultades legislativas que otorga el Congreso de la República al Gobierno Central, el 11 de noviembre de 1991 se promulga el Decreto Legislativo 716, denominada “Norma sobre protección al consumidor”.

Al respecto Tirado Barrera señala que dicho Decreto legislativo “es meridianamente claro al reconocerle al consumidor un conjunto de derechos específicos y particulares que se derivan, exclusivamente, de su posición frente a los vendedores o productores, y que las disposiciones del Código Civil no ofrecían”³.

Pero siendo necesario contar con un organismo que supervisara e hiciera cumplir debidamente dicha norma se crea el 24 de noviembre de 1992 mediante el Decreto Ley 25868, El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad

2 Constitución Política del Estado de 1979, artículo 110°: El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

3 José Antonio Tirado Barrera, *Protección al Consumidor*, Colección, Lo Esencial del Derecho, N° 53, (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abril 2021), 25.

Intelectual (Indecopi) organismo del Estado que asumió dicha función iniciando su labor el año 1993.

Indecopi defiende los derechos de los consumidores, protege las marcas, las creaciones e invenciones y vela por el buen funcionamiento del mercado, sancionando los actos de engaño y competencia desleal en el sector empresarial.

Posteriormente la Constitución Política de 1993 en su artículo 65 clarifica y determina la misión del Estado en lo referido a la defensa del interés de los consumidores y usuarios: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes

y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

No obstante los avances en defensa de los derechos del consumidor se percibían vacíos en el manejo administrativo por lo que el 16 de Abril de 1996 se promulga el Decreto Legislativo 807, la misma que establece las facultades, normas y organización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), disponiendo que las Comisiones y Oficinas del INDECOPI gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia.

Más adelante, el año 2000 se promulga la Ley 27311 la cual perfecciona el procedimiento administrativo sobre el cual desempeñaba sus funciones el órgano supervisor regulando las llamadas medidas correctivas y sanciones a los proveedores a los que se les atribuyó responsabilidad por los defectuosos bienes o servicios que brindaban en perjuicio de los consumidores y usuarios.

De corta vigencia fue el Decreto Legislativo 1045 promulgado el 26 de junio de 2008 que se dio como norma complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, con la finalidad de permitir una mejor protección de los consumidores, que los agentes económicos tengan más incentivos para cumplir con la Ley, y, en general, disminuir los costos asociados a los conflictos vinculados a la defensa de los derechos de los consumidores.

Luego de un amplio debate legislativo, el 1 de Setiembre de 2010 se promulgó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, el mismo que en su artículo II del Título Preliminar señala como su finalidad: “El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos, y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa; corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código”.

2.2 El Código de Protección y Defensa del Consumidor

En el mismo Título Preliminar, artículo IV, define a los consumidores o usuarios como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional...”

También precisa dicho artículo que no es considerado consumidor para esta norma, quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como productor.

De esta forma la regulación sobre la materia establece el marco sobre el cual desarrolla su función legislativa fundamentalmente en quien se satisface del servicio o producto como destinatario final.

A continuación, el artículo V establece que el Código se sujeta a los siguientes principios, los mismos que sólo los enumeraremos:

1. Principio de Soberanía del Consumidor,
2. Principio Pro Consumidor,
3. Principio de Transparencia,
4. Principio de Corrección de la Asimetría,
5. Principio de Buena Fe,
6. Principio de Protección Mínima,
7. Principio Pro Asociativo, y
8. Principio de Primacía de la Realidad.

Refiriéndose a esta norma el Dr. Espinoza Espinoza señala que “los modelos jurídicos circulantes en materia de tutela del consumidor se basan en nivelar la situación de ‘asimetría informativa’ en la que se encuentra el mismo. Por ello, otras experiencias jurídicas, no obstante, el texto literal de su legislación define como consumidores sólo a las personas naturales, a nivel jurisprudencial han ‘ensanchado’ este concepto, incluyendo a las personas jurídicas no lucrativas y a las pequeñas empresas. El fundamento es simple: no se trata de defender al último eslabón de la cadena, sino al eslabón más débil de la misma. La situación de asimetría informativa en las personas jurídicas no lucrativas o de las pequeñas empresas es la misma que la del consumidor-persona natural⁴”.

4 J. Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de los Consumidores*, (Lima, Perú: Editorial Rodhas, 2ª Edición, marzo, 2012), 21.

III. PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR

Con respecto a este principio materia del presente trabajo, el Código en referencia señala que: “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio, en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”.

Refiriéndose al art. 65° de la Constitución Política de 1993, Valdivieso López afirma que: “la protección al consumidor descansa sobre dos pilares que a su vez suponen los derechos fundamentales de los proveedores: i) el deber de información y ii) el deber de idoneidad. De estos se pueden derivar todos los derechos contemplados en la norma. El CPDC se encarga de desarrollar al detalle los derechos derivados de estas obligaciones genéricas de los proveedores”⁵.

No podemos dejar de mencionar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia correspondiente al Exp. N° 3315-2004-AA/TC LIMA AGUA PURA ROVIC S.A.C. que señala lo siguiente:

“Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

- a) El principio pro consumidor: Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios”.

En cuanto al derecho comparado debemos citar el Estatuto del Consumidor de Colombia, contenido en la Ley 1480 de 2011 que entró en vigencia el 12 de abril de 2012, en cuyo artículo 34° señala: “Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”.

Comentando dicho artículo, Patricia Jaramillo Salgado indica que las reglas de interpretación de los contratos aplicables en Colombia antes de este nuevo estatuto eran las contenidas en el Código Civil que apuntaban en primer lugar a desentrañar la voluntad de las partes en desarrollo del principio de autonomía. Respecto de las cláusulas ambiguas, señala el artículo 1624 del Código Civil que las mismas debían interpretarse a favor del deudor y contra la parte

5 E. Valdivieso López, “Los Mecanismos de solución de conflictos en materia de protección al consumidor”, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, N° 148, (enero 2011): 349.

que las redactó⁶. Concluye indicando que esta nueva norma constituye una razón de más para que la redacción de las cláusulas sea clara y comprensible. Actualmente, en todos los casos, las cláusulas deben interpretarse en favor del consumidor.

De la misma forma la jurista uruguaya Andrea Signorino Barbat al referirse a la Ley N° 17.250 de agosto del año 2000 que regula la defensa del consumidor, entre otros aspectos, los contratos de adhesión entre los cuales queda comprendido, como ejemplo típico, el contrato de seguro.

Señala Signorino que el primer párrafo del art. 2 de la Ley de defensa del consumidor considera consumidores a “Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella”. Junto a este concepto positivo de consumidor, el segundo párrafo de la misma Ley incluye un concepto negativo, según el cual “no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”⁷.

IV. EL PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR Y EL CONTRATO DE SEGURO

Debemos recordar que nuestro país recién cuenta con una Ley del Contrato de Seguro promulgada el 26 de Noviembre de 2012 y que entró en vigencia el 27 de Mayo de 2013, anteriormente se regía por el Código de Comercio de 1902 y en algunos aspectos por la Ley 26702 del año 1996, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, al respecto desarrollo este tema en un anterior artículo también publicado en Lex⁸.

Dicha norma establece que, es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) cuando en el contrato de seguro el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario en la medida que no está expresamente regulado en la Ley 29946 (Título I, Disposiciones Generales, Artículo I, cuarto párrafo).

6 P. Jaramillo Salgado, “La Protección del Consumidor de Seguros en Colombia”, *Revista Iberoamericana de Seguros*, Volumen 21, N° 37, (julio-diciembre 2012): 224 y siguientes. (editada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia).

7 A. Signorino Barbat, “Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros. Una convivencia pacífica”, *Revista Iberoamericana de Seguros*, Vol. 31, N° 56, (julio 2022): 26 y siguientes, (Colombia: editada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá).

8 R. Torres Gamero, “El Contrato de Seguro en el Perú, Comentarios a la Ley N° 29946”, *Revista Lex* de la Facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, N° 11, (año 2013): 145 y siguientes.

Pero es en el siguiente artículo en la que se señalan los principios sobre los que se rige el contrato de seguro, Máxima buena fe, Indemnización, Mutualidad, Interés asegurable, Causa adecuada y, Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.

Es en este último principio donde se configura el también llamado *in dubio pro asegurado*, es decir, la duda favorece al asegurado.

Pero lo que llama la atención es que el legislador también señala en el artículo IV, doce reglas interpretativas, siendo la tercera: “los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado”.

Al respecto cabe precisar lo indicado por el jurista y filósofo alemán Robert Alexy quien señala que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos.

En atención a lo expuesto, estas son las diferencias que se deducen: las reglas son mandatos expresos, por ende, se pueden ubicar en cuerpos normativos, mientras que los principios son conceptos omnipresentes, universales⁹.

Esta aparente duplicidad en la regulación no es más que reforzar la idea de brindar una protección al asegurado en la medida que su relación contractual está basada en un contrato por adhesión, es decir, que las condiciones elaboradas por una de las partes, en este caso la aseguradora, no contenga cláusulas o estipulaciones no claras en su interpretación y/o aplicación que creen conflictos entre los intervinientes y que, basados en la señalada asimetría informativa, resulten siendo favorables a quien las elaboró de manera abusiva como la propia ley lo prevé.

Cito nuevamente al maestro Rubén S. Stiglitz¹⁰ cuando se refiere a la formación del contrato de seguro que lo identifica, típicamente, como contrato por adhesión. De allí que su tratamiento sea el que corresponde a una especie, prototípica por cierto, de las que mejor lo expresan, de su género, el contrato con cláusulas predisuestas¹¹. Y añade estas características:

- a) El contenido (modelo de póliza) es dispuesto anticipada y unilateralmente por el asegurador (predisponente).
- b) La técnica negocial de la predisposición contractual consiste en que el asegurable adhiera en bloque a las condiciones generales de póliza, o no contrate.
- c) El contrato lo celebra el asegurador (predisponente) con cada adherente individual

9 R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 83.

10 R. S. Stiglitz, “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, artículo incluido en la obra *Estudios sobre el Contrato de Seguro*, Universidad de Piura, Instituto Pacífico, Primera Edición, 2017, 291.

11 Rubén S. Stiglitz, op. cit. 291 a la 316.

(tomador o asegurado), pero sobre la base de condiciones generales uniformes por riesgo, aplicables a todos y cada uno de los futuros contratos que celebre.

- d) El contrato de seguro carece de una etapa de tratativas en punto al contenido de las condiciones generales. El asegurable no participa en la creación del esquema contractual.

Al respecto Zegarra Mulánovich señala que “hay que la interpretación del contrato a favor del asegurado tiene en realidad un doble fundamento, cada uno de los cuales opera en un plano y con un rigor más o menos distintos:

- a) El que procede del criterio *pro adherente*, de carácter más estricto y prioritario, pero que decae y resulta inaplicable cuando se pueda probar que el contrato o la cláusula fueron, negociados individualmente; y
- b) El que procede del principio *pro assecurato*, que es propiamente aludido en el inciso f) del art. II de la Ley bajo comentario, y que, si bien es aplicable en todo caso, tiene un carácter más bien de cierre, residual o subsidiario a los demás criterios interpretativos aplicables¹².

Bajo esa misma línea debemos destacar cambios significativos en comparación con el obsoleto Código de Comercio cuando ante una situación de declaración inexacta así sea de buena fe, llevaba a la nulidad del contrato de seguro. Ahora el legislador, tomando en cuenta lo regulado en el código Civil Italiano de 1942, distingue la reticencia y/o declaración inexacta en dolosa y no dolosa, siendo la primera causal de nulidad del contrato mientras que la segunda lleva a una revisión del contrato a fin de adecuar sus coberturas y el ajuste de la prima con respecto al real estado del riesgo.

De la misma forma, en lo que corresponde al contenido de la póliza, el artículo 26° de la Ley señala lo que ésta debe contener como información mínima bajo responsabilidad del asegurador, y en caso éste incumpla, cual interpretación del contrato se efectúa a favor del asegurado.

Asimismo, el artículo 31° señala que cuando existan diferencias entre las condiciones del seguro ofrecidas mediante sistemas de publicidad y el contenido de la póliza, relativas al mismo seguro, prevalecen las condiciones más favorables para el asegurado.

No obstante está marcada tendencia a proteger al asegurado frente a su contraparte que elaboró previamente las condiciones de contratación, la norma reconoce que sobre estos contratos por adhesión se configuren estipulaciones prohibidas y prácticas abusivas que en muchos casos y no obstante haber pasado por el tamiz de la Superintendencia de Banca y Seguros, mediante las normas de Registro de Pólizas de Seguro, siguen apareciendo en las

12 A. Zegarra Mulánovich, “Marcos y Principios interpretativos de la Regulación y Contratación de Seguros Privados”, de la obra *Estudios sobre el Contrato de Seguro*, Universidad de Piura, Instituto Pacífico, 2017, Perú, 90. .

mismas, causando un desequilibrio importante en perjuicio del asegurado. Al respecto hemos desarrollado este tema en una colaboración anterior a la Revista Lex¹³.

Igualmente debemos también reconocer que, la propia Ley del Contrato de Seguro prácticamente restringe los mecanismos de solución de controversias al establecer como una estipulación prohibida el establecer cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho de asegurado a someter la controversia a la vía judicial dejando recién cuando ocurra el siniestro, a someter el caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.

En el caso del arbitraje se ha establecido que podrá someterse una controversia en seguros cuando la cuantificación del daño supere las 20 UIT (Unidad Impositiva Tributaria) que a la fecha, año 2024, está establecido en S/.5,150.00, es decir, el siniestro debe estar cuantificado en S/.103,000.00 (ciento tres mil soles) o más para recién acceder a una acción arbitral.

III. CONCLUSIONES

Concluimos señalando lo siguiente:

1. Si bien es cierto la Ley del contrato de Seguro resalta el principio Pro Consumidor al precisar que en cualquier caso de duda en la interpretación y/o aplicación de los términos del contrato se considerarán en el sentido más favorable al asegurado aún se vienen dando casos en que la limitación en el acceso a mecanismos de solución de controversias no permiten hacerlo efectivo.
2. La Superintendencia de Banca y Seguros debe cumplir un rol más eficaz en la implementación de dichos mecanismos que le permitan a los asegurados contar con medios rápidos de solución a sus controversias con las empresas aseguradoras.
3. Que instituciones como la Asociación Peruana de Empresas de Seguros, responsable de la Defensoría del Asegurado, transparente la elección de sus miembros para garantizar su independencia e imparcialidad en la resolución de los casos y que los asegurados sientan confianza en recurrir a ella.
4. Que se permita acceder al arbitraje mediante la supervisión de la Superintendencia para que los asegurados tengan la confianza que sus reclamos o denuncias sean vistos por árbitros

13 R. J. Torres Gamero, "Cláusulas y prácticas abusivas en la Ley del Contrato de Seguro del Perú a doce años de su promulgación, Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Año XXII, N° 33, (2024-I): 311 y sgts.

independientes e imparciales, descartando a la vez limitaciones económicas de acceso a dicho medio como a la fecha se establece como son los siniestros a partir de 20 UITs

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de los Consumidores*. Lima Perú: Editorial Rodhas, 2º Edición, marzo, 2012.
- Jaramillo Salgado, Patricia. “La Protección del Consumidor de Seguros en Colombia”. *Revista Iberoamericana de Seguros*, Vol. 21, N° 37, (julio-diciembre 2012). Colombia: editada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.
- Signorino Barbat, Andrea. “Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros. Una convivencia pacífica”. *Revista Iberoamericana de Seguros*, Vol. 31, N° 56, (julio 2022). Colombia: editada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris56.dcds>
- Stiglitz, Rubén, S. “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, artículo incluido en la obra *Estudios sobre el Contrato de Seguro*. Universidad de Piura: Instituto Pacífico, Primera Edición, 2017.
- Tirado Barrera, José Antonio. “Protección del Consumidor”. Colección *Lo Esencial del Derecho*, N° 53. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2022, primera reimpresión, agosto 2022.
- Torres Gamero, Rolando Javier. “El Contrato de Seguro en el Perú, Comentarios a la Ley N° 29946”. *Lex*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. XI, N° 11, 2013-I. <https://doi.org/10.21503/lex.v11i11.8>
- Torres Gamero, Rolando Javier. “Cláusulas y prácticas abusivas en la Ley del Contrato de Seguro del Perú a doce años de su promulgación”. *Lex*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Año XXII, N° 33, 2024-I. <https://doi.org/10.21503/lex.v22i33.2652>
- Valdivieso López, Erika. “Los Mecanismos de solución de conflictos en materia de protección al consumidor”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, N° 148, (enero 2011) Lima, Perú.
- Zegarra Mulánovich, Álvaro, “Marcos y Principios interpretativos de la Regulación y Contratación de Seguros Privados”. *Estudios sobre el Contrato de Seguro*. Universidad de Piura: Instituto Pacífico, 2017, Perú.

Recibido: 30/10/2024

Aprobado: 20/11/2024

ANEXO

LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

LEY 29946

(artículos que refieren implícitamente al principio pro asegurado)

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo I. La presente Ley se aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. **No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.**

En el caso de seguros obligatorios y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, esta ley es de aplicación supletoria.

En los seguros de caución son aplicables las disposiciones específicas contenidas en esta ley así como las normas sobre la materia dictadas por la Superintendencia.

En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley. **No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario.**

Artículo II. El contrato de seguro se rige por los siguientes principios:

- a) Máxima buena fe.
- b) Indemnización.
- c) Mutualidad.
- d) Interés asegurable.
- e) Causa adecuada.
- f) **Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.**

Artículo IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes:

Tercera. Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado. La intermediación a cargo del corredor de seguros no afecta dicha regla ni la naturaleza del seguro como contrato celebrado por adhesión.

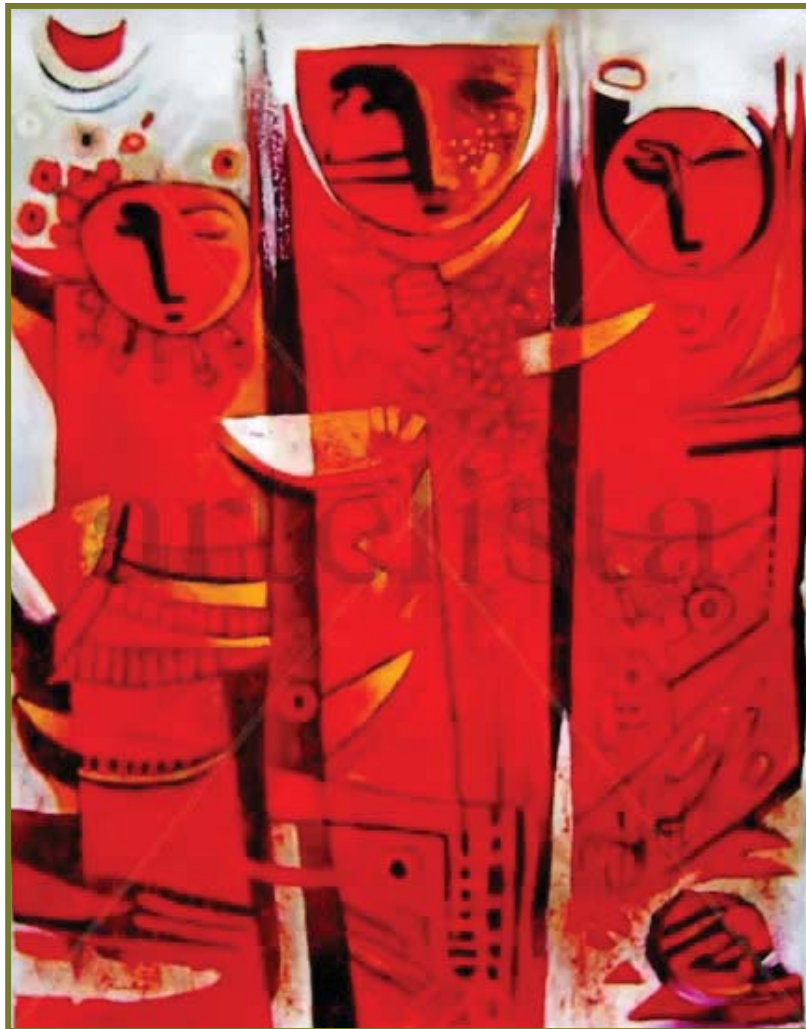
Artículo 26. Contenido de la póliza El asegurador está obligado a entregar al contratante una póliza debidamente firmada por el representante de la empresa, con redacción clara, en caracteres legibles y en caracteres destacados para el caso del artículo 27. La póliza, además de las condiciones generales y especiales del contrato, debe contener como mínimo lo siguiente:

- a) Nombre, denominación o razón social y domicilio del asegurador y, cuando los haya, de los coaseguradores; del contratante y, si el seguro se celebra por cuenta ajena, del asegurado o del beneficiario, según sea el caso.
- b) Persona, bien o prestación asegurada.
- c) Riesgos cubiertos y exclusiones.
- d) Fecha de emisión y plazo de vigencia material.
- e) El importe de la prima, los recargos e impuestos, indicando su vencimiento, forma de pago y, cuando corresponda, los criterios y procedimientos para la actualización de las primas, así como una estimación de la evolución del importe de estas.
- f) Valor declarado, suma asegurada o alcance de la cobertura y, cuando corresponda, los criterios para la actualización de la suma asegurada, así como una estimación de la evolución de esta.
- g) Franquicias y deducibles pactados.
- h) Cuando corresponda, el número del registro oficial del corredor de seguros y la comisión que este ha de percibir; así como de la comisión que corresponde a la venta realizada a través de bancaseguros, comercializadores y otros, de acuerdo a la norma pertinente emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- i) En caso de haber fraccionamiento de la prima, o un cronograma de cuotas de esta que incluya intereses, la indicación de la tasa de costo efectivo anual aplicable (TCEA) que refleje el costo financiero a cargo del contratante.
- j) En los casos de seguros de vida y de accidentes personales con cobertura de fallecimiento o de muerte accidental, la indicación de que el contrato forma parte del Registro Nacional de Información de Contratos de Seguros de Vida y de Accidentes Personales con Cobertura de Fallecimiento o de Muerte Accidental, creado mediante la Ley 29355.
- k) En los casos de seguros de daños patrimoniales, la indicación de que la existencia de dos o más pólizas cubriendo el mismo riesgo implica la aplicación del artículo 90, estando obligado el contratante a actuar conforme a lo establecido en el primer párrafo de dicho artículo.
- l) Las demás condiciones particulares del contrato y anexos de la póliza.
- m) Otras que determine la Superintendencia.

En caso el asegurador incumpla con incluir en la póliza la información mínima establecida en este artículo, cualquier interpretación del contrato se efectúa a favor del asegurado.

Artículo 31. Diferencias entre la publicidad y la póliza

Cuando existan diferencias entre las condiciones del seguro ofrecidas mediante sistemas de publicidad y el contenido de la póliza, relativas al mismo seguro, prevalecen las condiciones más favorables para el asegurado.



Guerreros, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.

Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*Reflexiones sobre la Verdad Biológica y su
Relación con los Derechos Fundamentales*

*Reflections on Biological Truth and its
Relationship with Fundamental Rights*

Hilda Brigith Ávila López* <https://orcid.org/0009-0000-2801-0161>
Maggreysi Yanira Palma Marín** <https://orcid.org/0009-0005-3509-4363>
Felipa Elvira Muñoz Ccuro*** <https://orcid.org/0000-0001-9572-1641>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2797>

- * Bachiller de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Cesar Vallejo.
Correo electrónico: hbrigithavilalopez.04@gmail.com
- ** Bachiller de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Cesar Vallejo.
Correo electrónico: maggreysiyanirapalmamarin@gmail.com / maggrep@gmail.com
- *** Docente de la Universidad César Vallejo.
Correo electrónico: fmunozcc@ucvvirtual.edu.pe / w_munozcc@hotmail.com

Lex





Niño músico, óleo sobre lienzo, 40 x 30 cm.
Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La investigación abarca la revisión literaria de artículos científicos de revistas indexadas en bases de datos internacionales que incluyen dentro de la rama de derecho de familia la verdad biológica y los derechos fundamentales. Por ello, el objetivo trazado es demostrar cuales son las consecuencias de la inaplicabilidad de la verdad biológica, que sucede cuando se conoce la verdad de su identidad, cuáles son las consecuencias que le causa al menor cuando el padre no lo reconoce, y si provocan problemas psicológicos en mayor o menor de edad, además que ocurren a partir de la inclusión y exclusión de paternidad, siendo su enfoque cualitativo, mediante un análisis bibliográfico de los artículos que se encuentran disponibles en la base de datos *Scopus*, *Scielo*, *Dialnet*, *Latindex* se desarrolla bajo el método inductivo y analítico, dado que se sustenta en una revisión narrativa que facilitó la identificación, análisis e interpretación de la recepción de datos científicos, concluyendo que existe una falta de protección del derecho a la identidad debido a la inadecuada aplicación del principio de la verdad biológica por parte de los magistrados de familia ya que la verdad biológica respalda el derecho a la identidad del hijo no identificado dado que, prevalece el interés superior del niño.

Palabras clave: *verdad biológica, derecho a la identidad, derecho del niño, paternidad.*

ABSTRACT

The research includes a literary review of scientific articles from journals indexed in international databases that include biological truth and fundamental rights within the branch of family law. Therefore, the objective set is to demonstrate what are the consequences of the inapplicability of the biological truth, which happens when the truth of his identity is known, what are the consequences that it causes to the minor when the father does not recognize him, and if they cause psychological problems in adults or minors, in addition to occurring from the inclusion and exclusion of paternity, its approach being qualitative, through a bibliographic analysis of the articles that are available in the database *Scopus*, *Scielo*, *Dialnet*, *Latindex* develops under the inductive and analytical method, since it is based on a narrative review that facilitated the identification, analysis and interpretation of the reception of scientific data, concluding that there is a lack of protection of the right to identity due to the inadequate application of the principle of truth biological truth by family magistrates since the biological truth supports the right to identity of the unidentified child given that the best interests of the child prevail.

Keywords: *biological truth, right to identity, right of the child, paternity.*

I. INTRODUCCIÓN

La verdad es la congruencia entre una afirmación y los sucesos, o la realidad a la que dicha afirmación se refiere, por lo tanto, la verdad biológica no solo se impulsó por cambios ideológicos y culturales, sino que también debe ser reconocida por los progresos científicos que, a través de pruebas genéticas, permitieron la evidencia al igual que en la exclusión e inclusión de la paternidad. Usualmente, no consistía en descubrir quién era la madre del infante, dado que el acto del parto señala con claridad la identidad de la progenitora, sino que era la paternidad la que se desviaba de la decisión jurídica¹.

En este sentido se contribuye con la meta 3.4², se enfoca en fomentar la salud mental y el bienestar que se promueve, junto con el Objetivo Nacional³ cuyo propósito está relacionado con el crecimiento de las personas, para lograr el máximo desarrollo de las habilidades de las personas sin dejar a nadie atrás, siendo crucial que los niños se desarrollen en ambientes familiares saludables.

En España la verdad biológica es un principio crucial para establecer la filiación, dado que el sistema español intenta, de la forma más efectiva, sincronizar la filiación legal con el

1 H. Corral “Intereses y Derechos En Colisión Sobre La Identidad Del Progenitor Biológico: Los Supuestos De La Madre Soltera Y Del Donante De Gametos”, *Ius Et Praxis*, 16(2) (2010): 57-88.

2 R. Gardner “Recent trends in divorce and custody litigation”, *The Academy forum*, 29(2) (1985), 3–7.

3 Centro Nacional de Planeamiento Estratégico “Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050” Perú (2023); J. Díaz y C. Oliveira (2024)

evento biológico de la gestación, tal como se establece en la sentencia del tribunal supremo N° 494/2016 del 15 de julio de 2016, que trata sobre un caso típico de reconocimiento de conformidad: una madre soltera contrae matrimonio con una persona que no es el progenitor biológico. En este escenario, argumenta que estos reconocimientos no son nulos debido a su satisfacción. El C. C de España no requiere que el reconocimiento esté en consonancia con la verdad biológica como requisito estructural; por ende, al afirmar del TS no se puede refutar la anotación en el Registro Civil de un reconocimiento de complacencia, a pesar de que el responsable tenga en sus acciones datos definitivos de los cuales se pueda inferir que el reconocimiento no coincide con la verdad biológica.

La ONU, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, resalta la relevancia de salvaguardar a los niños frente a cualquier tipo de abuso psicológico⁴.

Por esta razón, el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental oponible erga omnes, que cada persona debe ejercer sin distinción y el Estado tiene la responsabilidad de garantizarlo, empleando todos los medios disponibles para su eficacia⁵. Dado que el estado tiene la responsabilidad de proteger a los niños desde su nacimiento, nuestra C.P.P. (1993) promueve una coexistencia pacífica, además del derecho a la igualdad, a la no discriminación y a su identidad, tal como lo dicta el inciso 1 del artículo 2 de dicha Constitución, la identidad personal se define como “todo aquello que hace que cada individuo sea “uno mismo” y “no otro”.

En Perú, no se encuentra una legislación específica que establezca el derecho de los individuos a conocer su identidad biológica, pero ha logrado significativos progresos, la Casaciones de la Corte Suprema de la República, como sucede en la Casación N° 5646 del año 2017 en Cusco, a través de su base, otorgan prioridad a la Identidad biológica, a la veracidad legal, a la autenticidad o identidad biográfica, frente a la identidad jurídica.

En la actualidad en el Art. 396 del C.C.P. establece que: “El hijo de una mujer casada no puede ser reconocido hasta que el esposo pruebe la paternidad y obtenga un veredicto favorable”, lo que sugiere que la legislación favorece la presunción de paternidad matrimonial, aunque la realidad sugiere que hay una paternidad más bien extramatrimonial.

La problemática que deja es la vulnerabilidad a los menores ante procesos de reconocimiento, dado que las parejas no son estables y no han formado una familia, lo que les impide reconocer la paternidad responsable de los menores, ni reconocer a su hijo de forma compartida, esto resalta la repercusión en los derechos del hijo que no son reconocidos. Con el transcurso del tiempo, al descubrir su identidad biológica y al ser reconocido con un apellido que no era de

4 ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989.

5 P. Notario “Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina,” Universidad de Guadalajara Derecho Global. *Estudios sobre Derecho y Justicia* (2020):151-187.

su progenitor, ha formado una identidad personal que trae consigo múltiples repercusiones, entre las que sobresalen problemas de identidad y salud mental, como la ansiedad y depresión, así como problemas en el desarrollo emocional y conductual⁶, siendo oportuno implementar estrategias de enfoques legales, y terapéuticos para salvaguardar el bienestar familiar⁷, como el trabajo en la conexión de la comunicación, y los constructos de protección familiar⁸.

En ese sentido se pretende reflexionar acerca de estas preguntas: ¿cuáles son las consecuencias de la falta de aplicación de la verdad biológica en los procesos de impugnación de paternidad?, ¿determinar cómo la verdad biológica asegura y promueve el derecho a la identidad de los hijos no identificados? y ¿Determinar de qué manera ejerciendo el derecho de identidad y el derecho fundamental para asegurar el principio del interés superior del infante?

La justificación teórica se desarrolló a partir de las teorías, de la psicología infantil, del apego, de la estabilidad de la familia, siendo su aporte práctico que el principio de la verdad biológica se incluya en el **Título Preliminar del Código del Niños y Adolescentes “Ley 27337”**⁹, además de la puesta en marcha de una normativa explícita, en el primer libro de derechos y libertades, Capítulo I de los derechos civiles, del mismo ente jurídico teniendo como norma el requisito de adjuntar el certificado de “ADN” en la Partida de Nacimiento en el “RENIEC”.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se tiene que las consecuencias de la falta de aplicación de la verdad biológica en los procesos de impugnación de paternidad se debe a que el individuo autorizado para impugnar dicha paternidad matrimonial está restringido por la legislación civil, dada la presencia limitante de la presunción, *pater is est*, dado que las resoluciones emitidas por los magistrados de familia no están aplicando adecuadamente el principio de la verdad biológica, lo que a su vez implica afirmar que no está asegurando el respeto del mismo derecho a la identidad en ambas formas, por lo que debe haber un marco normativo que regule esta figura legal para su fortalecimiento y protección en relación con la filiación del infante, la aplicación de la verdad biológica no garantiza el derecho a la identidad, el derecho a la identidad se confronta con lo que se conoce como el derecho humano a la verdad biológica, que permite a las personas identificar su auténtico origen biológico, así pues, se argumenta que el objetivo es proteger el interés superior del niño y garantizar su protección integral, incluyendo tanto el derecho a la identidad como la verdad biológica, de tal

6 P. Miralles, C. Godoy y M. Hidalgo. “Long-term emotional consequences of parental alienation exposure in children of divorced parents: A systematic review”. *Current Psychology*(2023): 42(14), 12055–12069.

7 D. S.Goldin y D. Salani, “Parental alienation syndrome: What health care providers need to know”, *The Journal for Nurse Practitioners*(2020), 16(5), 344-348.

8 T. Bosqui, y colaboradores, “Parenting and family interventions in lower and middle-income countries for child and adolescent mental health: A systematic review”. *Comprehensive Psychiatry* (2024), 132, 15248.

9 Ley N° 27337 Código de los Niños y Adolescentes 2002.

manera deberían manifestarse cuando la filiación se encuentre en conflicto, la verdad biológica promueve el derecho a la identidad de cualquier hijo no reconocido, ya que hay una serie de circunstancias y factores que impiden que un niño se encuentre en la misma situación que un adolescente, un joven o un adulto, cada uno reconoce su verdad personal de forma diferente y singular, como seres humanos, buscamos nuestro origen biológico en base a las circunstancias de nuestra existencia. tomando en cuenta el enfoque sistémico familiar el cual considera que los problemas de un miembro afectan a todos ya que la familia es un sistema interconectado, estigmatizar la salud mental puede llevar a conflictos y al deterioro de las relaciones, impactando negativamente al bienestar emocional y psicológico de cada integrante¹⁰.

El objetivo trazado en el estudio propuesto se da a partir de analizar cuáles son las repercusiones de la inaplicabilidad de la verdad biológica, que ocurre cuando se conoce la verdad de su identidad, qué efectos tiene el niño cuando el padre no lo reconoce, si generan dificultades psicológicas en niños y adultos, que surgen de la inclusión y exclusión de la paternidad.

En cuanto a la impugnación de la paternidad, está especificada en el art. 399^{o11} del C.C. En relación a esto, los escritores¹², argumentan que es una de las alternativas únicas que el sistema legal sugiere para reemplazar un estado filial que no posee el presupuesto biológico, En otras palabras, lo que motiva a un individuo a realizar la impugnación es el ejercicio del derecho a establecer la paternidad únicamente basándose en una incertidumbre biológica, derivada de evidencias científicas, sin importar cualquier otro requisito establecido por la legislación y sin restricciones temporales.

El legislador ha logrado promover una limitación al ejercicio de la impugnación en un asunto de seguridad jurídica y de orden familiar, que se ajuste a la prohibición del artículo 3, la figura de la irrevocabilidad del reconocimiento establecida en el artículo 395 del mismo conjunto normativo. ¿Qué significa esto? Significa que, una vez realizado el reconocimiento de paternidad, no admite ninguna modalidad, es decir, no puede ser revocado o suprimido por el mismo reconocido por un simple capricho. Se evita el arrepentimiento o la renuncia a la voluntad expresada, es decir, no se desea dejar a la libre voluntad del reconocido el futuro del estado de hijo del reconocido. Esta norma se basa en el bloque de salvaguarda constitucional del derecho a la identidad dinámica del infante, un hecho establecido en la Constitución de

10 L. Acevedo, E. Vidal, *La familia, la comunicación humana y el enfoque sistémico en su relación con la esquizofrenia*, (MEDISAN, 23(1), 2019), 131-145.

11 Art. 399° C.C - Impugnación de Paternidad. “El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes, si hubiere muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 395° del C.C”.

12 M. Ramírez, L. Pérez y W. Vilela, “Análisis jurídico de impugnación de paternidad en el código civil de la niñez y adolescencia en Ecuador”, *Revista Conrado*, 16, 72 (2020, enero):139-147.

1993 (art. 2 inciso 1) y en acuerdos internacionales como la Convención Internacional de derechos del niño.

Por otro lado, el derecho fundamental es un derecho de la personalidad o el reconocimiento de las características inherentes a él, o sea, el estilo de vida único de un individuo que le diferencia de los demás, en el contexto de las relaciones sociales y de parentesco, concebido para toda su existencia. Su relevancia se basa en que permite determinar el vínculo entre los hijos y sus padres; es un derecho natural e incuestionable, ya que de él se originan las relaciones más relevantes en la vida humana, impactando en la familia como pilar esencial de la sociedad¹³.

El autor¹⁴ considera que el reconocimiento es una acción voluntaria llevada a cabo por quien se considera padre con el fin de establecer la filiación extramatrimonial de un niño, registrándolo en el registro civil, con la creencia de ser su progenitor biológico el art. 387° del Código Sustantiva¹⁵ establece que uno de los medios de prueba para confirmar la certeza de la filiación extramatrimonial y dar lugar a la paternidad, es el reconocimiento para su realización, deben cumplirse todas las formalidades requeridas por la ley para la formación de una filiación jurídica válida. En caso contrario, podría enervarse y extinguirse por un mandato judicial, mediante las acciones desplazarías del estado. Por ello el reconocimiento debe ser el reflejo fiel del entendimiento del otorgante (padre), debe caracterizarse por estar exento de toda mácula u obstrucción de la realidad que alteren su estructura, un presupuesto relevante para garantizar la eficacia u oponibilidad erga omnes de la filial. Por lo tanto, mediante este acto solemne y unilateral, el reconocedor manifiesta su verdadero deseo de ser padre no solo frente al estado sino también frente a la sociedad, por lo que es un acto público. Cuando se cumplen todos los requisitos, la filiación biológica existente desde la concepción se transforma en una filiación legal, transformándose desde ese punto en una ruta o camino acreditativo, que permitirá a los hijos disfrutar de derechos y atributos frente a sus progenitores. En resumen, el reconocimiento es una declaración voluntaria y de derechos, en la que un individuo certifica el acto de la gestación de otra persona, asumiendo la condición de padre y las repercusiones legales que la norma establece por la voluntad de procrear, bajo la percepción o perspectiva de ser su sucesorio legítimo. Desde ese momento, se define un estado de familia para el niño, producto de la unión matrimonial entre padre e hijo, lo que conduce a la creación de una filiación legal, la cual representa una fuente de derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones de naturaleza familiar.

13 *Idem*

14 M. Blandino, "La impugnación de los reconocimientos por complacencia", *Revista Jurídica Iberoamericana*. 13 (2020, agosto): 578-617.

15 Artículo 387.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial. El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Estando a ello, la verdad biológica, implica que cada individuo, por el simple hecho de haber sido concebido, tiene una descendencia y como sostienen¹⁶, que el fundamento de la filiación radica en el lazo biológico debido a que a través de esa íntima relación de sangre y naturaleza nos dirigimos a reconocer a nuestros herederos.

Asimismo, dicha verdad biológica es un asunto complicado vinculado al origen genético, que es abordado de manera especial por la ciencia y el derecho, basándose en su uso para determinar el origen y la compatibilidad entre las personas. En el ámbito jurídico, no solo se aporta como un pilar fundamental de la filiación, sino también como un componente del derecho a la identidad¹⁷.

Es así que el derecho a la identidad se contraponen a lo que se denomina derecho humano a la verdad biológica, que otorga a las personas la facultad de identificar cuál es su auténtico propósito biológico¹⁸.

Siendo la identidad biológica un derecho esencial de cada individuo a conocer su identidad, a conocer su procedencia y a conocer a sus progenitores biológicos. Es una estructura viva que se forma a lo largo de toda la existencia, influenciada por las vivencias durante la infancia y vinculada con las relaciones familiares, el sitio de nacimiento y la educación.

En relación a la inclusión, se debe considerar que todos los seres humanos poseemos dos conjuntos de información genética, uno heredado del padre y otro de la madre. Por lo tanto, la información genética del progenitor debe estar presente en los hijos. Esta información reside en los cromosomas y su ADN, mostrando una amplia similitud entre los individuos (99,9%). Sin embargo, hay áreas (0,1%) que presentan una gran variabilidad y nos diferencian de otros individuos, a partir de las cuales se puede establecer el perfil genético de un individuo. La variante heredada de uno o más progenitores se denomina alelo materno o paterno¹⁹.

En cambio, la excepción es la vinculación de paternidad o maternidad biológica, las vinculaciones directas descartadas (exclusión de la vinculación) si las propiedades genéticas son distintas. en el hijo/a cuando el padre o supuesta madre no están presentes.

En contraste, hay varios contextos y elementos que impiden que un niño se encuentre en la misma posición que un adolescente, un joven o un adulto. Cada uno reconoce su verdad

16 A. Chávez, y J. Bardales, “Razones que justifican la incorporación del acta de la prueba de ADN para el reconocimiento del recién nacido vivo”, (Tesis de pregrado de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello (2021), 56.

17 F. A. Sánchez Flores, “Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos”, *RIDU Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*, 13, 1 (15 de junio de 2019): 102 - 122. Lima, Perú.

18 Idrovo-Regalado et al, “La verdad biológica y el derecho a la identidad de las personas en Ecuador”, *Ius Socialis, Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5, 2 (2020):671-692.

19 J.M Butler. “Forensic DNA Typing: Biology, Technology, and Genetics of STR Markers”, 2nd edition. (2005): New-York, Elsevier.

personal de forma diferente y singular, como seres humanos, buscamos nuestro origen biológico en función de las situaciones de nuestra vida, en estas circunstancias, este estudio se enfocará en la salvaguarda del hijo, particularmente en el infante y el adolescente, bajo el principio del interés superior del menor, tal como se establece en el punto 2 de la Declaración de los Derechos del Niño. De la misma manera, en nuestro marco legal nacional, el artículo IX del Título Preliminar de la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

Desde el punto de vista psicológico, las posturas respecto a la paridad de género y una repartición equitativa de obligaciones en el hogar y en la educación son fundamentales para promover un entorno de respeto y respaldo, lo que se relaciona con una mejor salud mental en los niños²⁰. Sin embargo, las disputas entre los progenitores pueden impactar negativamente en el crecimiento del niño, provocándole que adopte comportamientos y estilos de crianza perjudiciales, que impactan en sus sentimientos y se expresan en su conducta. En general, estos elementos afectan el bienestar emocional, psicológico y mental de los niños²¹, provoca la negativa de un niño a sostener vínculos con uno de los progenitores²². Este fenómeno es agravado por una serie de elementos sociales, culturales y psicológicos que afectan la dinámica familiar y, en consecuencia, amenazan la salud mental de sus integrantes, así como también el desarrollo social apropiado.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Nuestro estudio bibliográfico tuvo un enfoque cualitativo, a mediante un análisis bibliográfico de los artículos que se encuentran disponibles en la base de datos *Scopus*, *Scielo*, *Dialnet*, *Latindex*, los cuales poseen estudios en el idioma de español e inglés, la búsqueda se llevó a cabo empleando los términos siguientes: verdad biológica, principio de verdad biológica, derecho de identidad, derecho fundamental, impugnación de paternidad, se desarrolla bajo el método inductivo y analítico, dado que se sustenta en una revisión narrativa que facilitó la identificación, análisis e interpretación de la recepción de datos científicos recolectados para

20 E. Aguirre, M. Benzval, y A. Murray "Parental gender attitudes and children's mental health: Evidence from the UK household longitudinal study 2024". *Social Science & Medicine*, 344.

21 S. Laetas, M. Khasin "Children of high conflict divorce: Exploring the experiences of primary school teachers" *Children and Youth Services Review*, 127, (2021), 106072; R. Sarfika, y colaboradores "Investigating associations between emotional and behavioral problems, self-esteem, and parental attachment among adolescents: A cross-sectional study in Indonesia". *Heliyon*, 9(11), (2023): e21459; J. Harman, C. Giancarlo, D. Lorandos, y B. Ludmer, "Gender and child custody outcomes across 16 years of judicial decisions regarding abuse and parental alienation". *Children and Youth Services Review*, 155, (2023), 107187.

22 T. Glucklich, "Dispute intensity, parent-child relationships, and child functioning: Analysis of social workers' reports of families with high-intensity parental disputes", *Child Abuse and Neglect* 144, (2023), 106342.

interpretar la búsqueda de documentos que estaban incluidos dentro del fenómeno socio-jurídico²³, según G. Gómez- Diago, el método interpretativo posibilita la identificación de investigaciones y su análisis para generar una opinión sobre el tema en cuestión, logrando así obtener resultados, teniendo como base reflexionar sobre las consecuencias de la aplicación de la verdad biológico²⁴; Useche, Artigas, Queipo, y Perozo, lo describen como el método para evaluar una variable necesitando diferentes métodos, como la entrevista, el análisis documental, entre otros, para conseguir la información requerida para el científico, para tal efecto, se recurrió a diversas fuentes teóricas y bases de datos reconocidas a nivel mundial, distinguidas por su meticulosa rigurosidad académica y su extenso abanico de información electrónica en internet.

En relación a esto, se detallará la proyección, estudio, categorización y análisis del material recolectado, con el objetivo de hacer más comprensible la problemática propuesta desde la perspectiva equitativa y el punto de vista objetivo de los autores mencionados.

En cuanto a la proyección se instauró como objetivo analizar cuáles son las consecuencias de la inaplicabilidad de la verdad biológica, que sucede cuando se conoce la verdad de su identidad, que le causa al menor cuando el padre no lo reconoce, si provocan problemas psicológicos en mayor o menor de edad, que ocurren a partir de la inclusión y exclusión de la paternidad, por ello, conviene prestar atención al concepto de identidad genética, de impugnación de paternidad, reconocimiento, la manifestación de voluntad, las protecciones que brinda la legislación nacional ante los defectos de voluntad y los criterios establecidos; con el objetivo de sugerir una solución equitativa que dirija el conflicto de interés sin violar ningún derecho fundamental.

En relación con la investigación, se definieron como categorías de referencia: la reflexión sobre la verdad biológica y el derecho fundamental, puesto que poseen las habilidades temas adecuados para abordar el asunto en controversia sin desviarse de los elementos esenciales de la rama del derecho familiar, área donde se desarrolla nuestra investigación.

Después de esto, se llevó a cabo la recolección y categorización de los estudios más relevantes con el fin propuesto en el artículo de revisión literaria. A continuación, se analizaron los datos recolectados, utilizando un cuadro organizativo que contenía toda la información precisa y requerida, lo que permitió a la vez la definición de la matriz de conclusiones.

En relación con el análisis de las investigaciones recolectadas, se inicia con el resumen realizado, detallando e interpretando las diferentes perspectivas respaldadas por varios autores,

23 G. Gómez-Diago “Tipologías de paradigmas en la investigación- comunicación. Una propuesta de clasificación”, *Revista de Comunicación*, 21 (1), (2022): 181-194.

24 M. C. Useche, W. Artigas, B. Queipo, y É. Perozo, “Técnicas e instrumentos de recolección de datos cuali-cuantitativos”, Guajira-Colombia: Editorial Gente Nueva, (2019): 8-9.

dado que estas ideas serán de gran utilidad para respaldar el artículo de revisión. De igual manera, se ha utilizado el método cualitativo, que asume una variedad de contextos y se propone describir las acciones de afiliación en el desplazamiento.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Con relación a los resultados, se ha podido advertir que respecto a la Impugnación de paternidad considerando a los autores, Idrovo et al²⁵, Ramírez et al²⁶; Jacobs²⁷, Camargo y Vergel²⁸, han llegado a conclusiones similares, todas bajo un enfoque de protección, señalando que en los procesos de impugnación de paternidad, donde se cuestiona, debate y contraviene un estado filial específico, ya sea por una falta biológica o por factores externos, que alteran la verdadera intención del reconocimiento; el juez debe priorizar el interés superior del niño por encima de cualquier solicitud de desplazamiento, con el objetivo de salvaguardar y asistir su identidad dinámica y resguardarlo de situaciones traumáticas que podrían afectar psicológicamente a él y al entorno familiar en su totalidad. Estos argumentos sostienen que hay múltiples factores esenciales que participan en un proceso de impugnación, y uno de estos es precisamente el núcleo familiar y las particularidades del individuo que se fortalecen con el paso del tiempo, siendo esencial su protección legal. Así pues, ellos expresan que la anulación de la filiación de un menor debe ser una decisión final, asimismo la teoría de la paternidad ante el nacimiento se refiere a la protección de los intereses del infante antes de su nacimiento, en particular en el marco de su relación con el progenitor. El escritor inicia evidenciando la divergencia entre el estado civil y la verdad biológica, y la exigencia de determinar el origen legal de un infante incluso antes de su nacimiento, asimismo la teoría de la paternidad antes del nacimiento.

25 L. Idrovo, C. Narváez, J. Erazo, J. Vásquez. “La verdad biológica y el derecho a la identidad de las personas en Ecuador”. *Ius Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5 (2) (2020): 671-692.

26 M. Ramírez, L. Pérez, W. Vilela, “Análisis jurídico de impugnación de paternidad en el código civil de la niñez y adolescencia en Ecuador”. *Revista Conrado*, 16 (72), (Enero, 2020), 139-147.

27 M. Jacobs, “When Daddy Doesn’t Want to Be Daddy Anymore: An Argument Against Paternity Fraud Claims”, *MSU Legal Studies Research Paper* N°02-13, (2005), 49.

28 E. Camargo, y M. Verjel, ¿Se aplica el principio de interés superior del niño, niña o adolescente en los procesos de impugnación de la paternidad?, *Revista Reflexión Política*. 16 (31), (2014, Junio), 160-170.

En cuanto a la **Verdad biológica favorece al derecho a la identidad del hijo no reconocido** tenemos que, de acuerdo con León²⁹, Gonzales et al³⁰, Trigos³¹, Barrigon³² respecto a la primera pregunta, argumentan que realmente lo beneficia, dado que estos derechos constitucionales permiten que el niño sepa su procedencia biológica con el fin de mantener su identidad y apellido. Adicionalmente, Paucar y Vásquez³³ señalan que la verdad biológica garantiza el derecho a la identidad del individuo, niña(o) y adolescente, posibilitando que la niña comprenda sus raíces, así como a sus antecesores. Como derecho que asiste en la determinación de la filiación, salvaguardando a la familia y a la protección legal, derecho fundamental e incuestionable, para todos los individuos desde su nacimiento, teniendo relación con la teoría de la verdad biológica de Correa H.³⁴, quien señala surge como un estándar normativo que favorece al hijo que ha sido progenitor, pero que trasciende en términos de derecho del padre formal a anular la filiación que no se ajusta a la realidad biológica, y esto a pesar de que perjudique el interés del hijo, que podría quedar sin padre legal. Además, se extiende al interés del padre biológico para cuestionar la paternidad formal en beneficio no solo del hijo, sino también del mismo progenitor que solicita.

Respecto a la **verdad biológica y el derecho a la identidad biológica** los autores, Navarro y Valdivia³⁵ sostienen que el concepto principal del principio de la verdad biológica consiste en conceder la prioridad a la primera determinación del padre biológico frente al padre formal, eliminando la posibilidad de intervención por parte del progenitor biológico a terceros interesados en esconderla y concienciar sobre la relevancia de la determinación y la resolución, y es que el surgimiento del derecho a revelar la propia identidad biológica está vinculado con la evolución del manejo legal de la filiación; de esta manera, según Gonzales³⁶, se convierte en un criterio de gran relevancia en el sistema legal tanto internacional como nacional . En

29 S. León “La verdad biológica y el derecho a la identidad del hijo no reconocido en Lima Cercado, (tesis para obtener el título profesional de la Universidad Cesar Vallejos (2018)24-27.

30 M. Gonzales et al., “Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho*, (21) (2020): 131-135.

31 C. Trigos, “La prevalencia de la verdad biológica y la protección del derecho de la identidad del niño, lima sur, (tesis para obtener el título profesional de la Universidad San Juan Bautista (2022)) 22.

32 M. Barrigón “El principio de verdad biológica en la regulación y determinación de la filiación, (Grado en derecho de la Universidad de Valladolid), (junio del 2022) 32/38.

33 F. Paucar y J. Vásquez “El derecho a la identidad frente a la declaratoria de paternidad”, *Revista científica Dominio de las ciencias*, 7(2) (abril-junio 2021):1001-1002.

34 H. Corral, op. cit., 57-88.

35 Y. Navarro “La verdad biológica en el derecho a la identidad personal de niños, niñas y adolescentes en Ecuador”, (Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y de los Juzgados de la República del Ecuador- Universidad De Otavalo 2021)14-15.

36 M. González Pérez, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Oviedo, 2012.

términos generales, el objetivo es que la filiación jurídica coincida con la procreación biológica, y de esta forma garantizar derechos a todos los actores. Corral³⁷, considera que el principio de verdad biológica es un factor que promueve una mejor organización y evolución de los vínculos familiares que se establecen (P.4) .Este derecho no solo es aplicable a quien está registrado como padre, sino también a quien se considera el auténtico progenitor y debería ser respetado y practicado por este. Así mismo, la participación infantil afirma que Unicef³⁸, al instruir a los niños, niñas y adolescentes en la participación y expresión de sus puntos de vista, ayudamos a construir sociedades más democráticas que persigan soluciones a los conflictos a través del diálogo y el respeto a las posturas contrarias. La participación y expresión son valores esenciales en una comunidad pacífica, por lo tanto, todos estamos comprometidos a inculcar a las futuras generaciones ; de acuerdo con Gülgönen³⁹, la participación conlleva un proceso de interacción con los sujetos adultos que trasciende el ejecutar actividades determinadas y planificadas por estos. La implicación requiere que la niña y el niño se involucren en el proceso y en las decisiones, no solo sean participantes pasivos al realizarlas.

Siguiendo con la discusión, a partir del sistema de triangulación contrastando con los resultados, teorías y otros conocimientos relevantes se tiene que Idrovo et al⁴⁰, Ramírez et al⁴¹; Jacobs⁴², Camargo y Vergel⁴³, han concluido que en la impugnación de paternidad, el juez debe prevalecer el interés superior del niño en el proceso de impugnación, en lugar de proteger su identidad dinámica y protegerlo de situaciones traumáticas que podrían impactar su psicológica y ambiente familiar ,la teoría de la paternidad ante el nacimiento se refiere a la protección de los intereses del infante el escritor examina la situación actual de las exigencias legales para registrar la descendencia del hijo del padre en un contexto de conflicto entre la realidad biológica y el origen jurídico, concluyendo que los hallazgos indican que en los procedimientos de impugnación de paternidad, es fundamental priorizar el interés superior del niño, garantizando su identidad y bienestar psicológico, así como la necesidad de una protección legal adecuada que considere tanto la verdad biológica como el estado civil. La anulación de la filiación debe ser una decisión cuidadosa, dado su impacto en la vida del menor y su entorno familiar.

37 H. Corral, op.cit., 57-88.

38 Unicef (2006). *Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes: Guía práctica para su aplicación*.

39 T. Gülgönen, . “Participación infantil a nivel legal e institucional en México- ¿Ciudadanos y ciudadanas?” *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (1), (2016)81-93.

40 L. Idrovo, C. Narváez, J. Erazo, J. Vásquez. “La verdad biológica y el derecho a la identidad de las personas en Ecuador”. *Ius Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5 (2) (2020): 671-692.

41 M. Ramírez, L. Pérez, W. Vilela, “Análisis jurídico de impugnación de paternidad en el código civil de la niñez y adolescencia en Ecuador”. *Revista Conrado*, 16 (72), (enero, 2020),139-147.

42 M. Jacobs, “When Daddy Doesn’t Want to Be Daddy Anymore: An Argument Against Paternity Fraud Claims”, *MSU Legal Studies Research Paper* N°02-13, (2005),49.

43 E. Camargo, y M. Verjel, “¿Se aplica el principio de interés superior del niño, niña o adolescente en los procesos de impugnación de la paternidad?”, *Revista Reflexión Política*. 16 (31), (2014, Junio), 160-170.

Los autores León⁴⁴, Gonzales et al.⁴⁵, Trigoso⁴⁶ y Barrigon⁴⁷ argumentan que los derechos constitucionales permiten el niño separar su procedencia biológica para mantener su identidad y apellido; para Paucar y Vásquez⁴⁸ indica que se fomenta la verdad biológica cuando se armoniza con sus intereses y el interés superior del infante, en relación con la teoría de Correa H.⁴⁹, es así que se destaca la importancia de los derechos constitucionales en la identidad del niño, subrayando que, aunque se promueva el derecho a la identidad, este puede ser condicionado por los intereses de los adultos involucrados. La teoría de la verdad biológica plantea un dilema entre la protección del interés superior del niño y la realidad biológica, lo que puede llevar a situaciones en las que el bienestar del menor se vea comprometido.

IV. CONCLUSIONES

Luego de realizar una exhaustiva interpretación, estudio y cotejo de los artículos científicos escogidos para explicar la unidad de temática seleccionada, se han llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERO: La normativa civil actual sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, lo que impacta de manera negativa en el derecho a la identidad del infante al no autorizar la evaluación de evidencias biológicas como el ADN. Esto resalta la importancia de examinar y modificar la ley para salvaguardar correctamente los derechos del niño.

SEGUNDO: La verdad biológica fundamenta el derecho del hijo no identificado a mantener su apellido registrado, asegurando así la protección de sus derechos hacia el progenitor y garantizando su interés superior. Este enfoque resalta la importancia de reconocer y salvaguardar los derechos constitucionales del niño en situaciones excepcionales. Por lo tanto, de los hallazgos

44 S. León “La verdad biológica y el derecho a la identidad del hijo no reconocido en Lima Cercado, (tesis para obtener el título profesional de la Universidad Cesar Vallejos (2018) 24-27.

45 M. Gonzales et al., “Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho*, (21) (2020): 131-135.

46 C. Trigoso, “La prevalencia de la verdad biológica y la protección del derecho de la identidad del niño, lima sur, (tesis para obtener el título profesional de la Universidad San Juan Bautista (2022) 22.

47 M. Barrigón “El principio de verdad biológica en la regulación y determinación de la filiación, (Grado en derecho de la Universidad de Valladolid), (junio del 2022) 32/38.

48 F. Paucar y J. Vásquez “ El derecho a la identidad frente a la declaratoria de paternidad”, *Revista científica Dominio de la ciencias*, 7(2)(Abril-Junio 2021):1001-1002.

49 H. Corral, op. cit, 57-88.

obtenidos se deduce que la legislación no ha contemplado este caso específicamente; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por posiciones independientes que se vinculan por un lado con la ley y por otro con la interpretación constitucional, pero predominan las posiciones que resguardan al menor, siendo nuestra postura la protección al menor.

TERCERO: Se concluye que existe una falta de protección del derecho a la identidad debido a la inadecuada aplicación del principio de la verdad biológica por parte de los magistrados de familia. Esto sugiere que existe un vacío en la legislación explícita sobre el derecho a la identidad y la verdad biológica, que regule esta figura jurídica para su fortalecimiento y protección en lo concerniente a la filiación.

V. RECOMENDACIONES

En base a las alegaciones interpuestas dentro se sugiere que:

- Es imprescindible aplicar todos los presupuestos y regulaciones procesales requeridos para una investigación apropiada y adecuada de la paternidad del hijo, es necesario realizar una investigación adecuada y correcta reconocido dentro del matrimonio, lo que supera lo dispuesto por el esposo, por lo tanto, la presunción *pater is est* conlleva una normativa respecto a la regulación de la actividad. El objetivo de la impugnación de la paternidad matrimonial es refutar la paternidad matrimonial y salvaguardar el derecho a la identidad del niño.
- En este contexto se recomienda modificar el art. 387° del C.C y el artículo 20° para permitir exenciones en la conservación del apellido adoptado del niño, basadas en el interés superior del niño. Esto garantiza que los menores adoptados conserven su identidad y derechos biológicos, permitiéndoles mantener su apellido adoptado sin la necesidad de un nuevo documento de nacimiento, lo que lo que refuerza su patria potestad. Esto resalta la relevancia de identificar y salvaguardar la identidad de los menores durante los procedimientos de adopción.

REFERENCIAS

- Acevedo L., Vidal E. “La familia, la comunicación humana y el enfoque sistémico en su relación con la esquizofrenia”. *MEDISAN*, 23(1), (2019): 131-145.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192019000100131&lang=es
- Aguirre E., Benzeval M. y A. Murray “Parental gender attitudes and children’s mental health: Evidence from the UK household longitudinal study”. *Social Science & Medicine*, 344, (2024): 116632.
<https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2024.116632>
- Álvarez, R., Rueda N, “Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano”. *Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 28, 2 (27 de enero de 2022),124 - 144.
<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v28n2/0718-0012-iusetp-28-02-124.pdf>
- Ávalos B., Arteaga H., “El juez competente para resolver la pretensión de nulidad del reconocimiento de paternidad”. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, 67, (enero de 2019), 41-49.
https://www.academia.edu/41331535/El_juez_competente_en_la_pretensi%C3%B3n_de_nulidad_de_reconocimiento
- Ayala M. “Paradigma Interpretativo” Lifeder.com Media OÜ. Lidefer. life daily education & research (19 de Enero de 2021). <https://www.lifeder.com/paradigma-interpretativo-investigacion/>
- Barreiro, J “El Estigma en salud mental, Rompiendo Barreras”. *Barreiro psicología* (2024).
<https://barreiropsicologia.com/blog/el-estigma-en-la-salud-mental/>
- Barrigón, M “El principio de verdad biológica en la regulación y determinación de la filiación”, (Grado en derecho de la Universidad de Valladolid, (junio del 2022) 32/38.
https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/55549/TFG-D_01416.pdf?sequence=1
- Bermúdez M. “La tutela de la Identidad en la impugnación de paternidad”. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, (95) (febrero, 2021) 209-215.
https://www.researchgate.net/publication/351971919_La_tutela_de_la_identidad_en_la_impugnacion_de_paternidad
- Blandino M. “La impugnación de los reconocimientos por complacencia”. *Revista Jurídica Iberoamericana*. (13), (agosto,2020), 578-617. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7557298>
- Bosqui T., Mayya A., Farah S., Shaito Z., Donnelly M., y Brow F.L. “Parenting and family interventions in lower and middle-income countries for child and adolescent mental health”: *A systematic review. Comprehensive Psychiatry* 132, (2024):15248.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0010440X24000348>
- Butler J.M. *Forensic DNA Typing: Biology, Technology, and Genetics of STR Markers*, 2nd edition. New York: Elsevier, 2005.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872011000400019#:~:text=regiones%20del%20ADN,-,El%20perfil%20gen%C3%A9tico,estar%20presente%20en%20el%20hijo.

- Cabrera J.P., Chacón M.C., Yáñez T. E., Bonilla L. A. “Artículo Científico de Journal of Positive School Psychology . Published now by ASR Research India. Filial Identity And Parenthood And/Or Socio-Affective Filiation”, India: *ASR Research India* 6(8), (2022): 9632-9643.
<https://journalppw.com/index.php/jpsp/article/view/11524/7443>
- Corral H. “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”. *Ius Et Praxis*, 16(2), (2010): 57-88.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>
- Correia M, Rego G, Nunes R., “Acta Bioethica”. *Revistas Académicas de la Universidad de Chile. The Right to Be Forgotten versus the Right to Disclosure of Gamete Donors’ ID: Ethical and Legal Considerations*, Chile 27(1), (2021): 69 - 78. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2021000100069>
- Chávez A., y Bardales J., “Razones que justifican la incorporación del acta de la prueba de ADN para el reconocimiento del recién nacido vivo”, Tesis de pregrado de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo 2021. 56.
<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/2306/Tesis%20-%20Ch%C3%A1vez%20Valdivia%20Anais%20Lorena%20y%20Bardales%20Membrillo%20Jos%C3%A9%20Fern%C3%ADn.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Díaz J.y Oliveira C. “Children between Judicialized Family Ties: A Psychoanalytical Reading on the parental alienation”. *School and Developmental Psychology*, (2024): Psic.: Teor. e Pesq: 40.
<https://doi.org/10.1590/0102.3772e40305.en>
- Espejo N. y Lathrop F, “Hacia una constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica”. *Revista de Derecho Privado*, (38), (2020): 89-116. <https://www.redalyc.org/journal/4175/417562528004/html/>
- Gardne R. “Recent trends in divorce and custody litigation”. *The Academy forum*, 29(2) (1985), 3–7.
<https://tinyurl.com/2p8z9n8e>
- Glucklich T. “Dispute intensity, parent-child relationships, and child functioning: Analysis of social workers’ reports of families with high-intensity parental disputes”, *Child Abuse and Neglect* 144, (2023), 106342. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2023.106342>
- Goldin D. S. y Salani D. “Parental alienation syndrome: What health care providers need to know”, *The Journal for Nurse Practitioners*, 16(5), (2020): 344-348.
<https://doi.org/10.1016/j.nurpra.2020.02.006>
- Gómez-Diago G. “Tipologías de paradigmas en la investigación en comunicación. Una propuesta de clasificación”, *Revista de Comunicación*, 21 (1), (2022): 181-194.
<http://dx.doi.org/10.26441/rc21.1-2022>
- Gonzales M. et al., “Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho*, (21)(2020): 131-135.
<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2907/2432>
- González Pérez, M. “La verdad biológica en la determinación de la filiación. Oviedo”, 2012.
<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/27823/Baz%c3%a1n%20Yauri%2c%20Sheyla%20Dollybeth.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Gülgönen, T. “Participación infantil a nivel legal e institucional en México- ¿Ciudadanos y ciudadanas?” *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (1),(2016):81-93.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rllcs/v14n1/v14n1a05.pdf>
- Harman J., Giancarlo C., Lorandos D., y Ludmer B. “Gender and child custody outcomes across 16 years of judicial decisions regarding abuse and parental alienation”. *Children and Youth Services Review*, 155, (2023), 107187. <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2023.107187>
- Idrovo-Regalado et al. “La verdad biológica y el derecho a la identidad de las personas en Ecuador”. *Ius Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5 (2) (2020): 671-692, 679-683.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8964946>
- Jacobs M, “When Daddy Doesn’t Want to Be Daddy Anymore: An Argument Against Paternity Fraud Claims”, *MSU Legal Studies Research Paper* N°02-13, (2005),49. <https://ssrn.com/abstract=578573>
- Laletas S , Khasin M. “Children of high conflict divorce: Exploring the experiences of primary school teachers” *Children and Youth Services Review*, 127,(2021), 106072.
<https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2021.106072>
- León S. “La verdad biológica y el derecho a la identidad del hijo no reconocido en Lima Cercado”. Tesis para obtener el título profesional de la Universidad César Vallejos 2018, 24-27.
<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/43793>
- Martínez, I. “El fraude de paternidad y la acción de daños de daños y perjuicios”. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*. 88 (2), (2019): 448-472.
<https://derecho.uprrp.edu/revistajuridica/wp-content/uploads/sites/4/2019/06/El-fraude-de-paternidad.pdf>
- Miralles P, Godoy C. y Hidalgo M. D. . “Long-term emotional consequences of parental alienation exposure in children of divorced parents: A systematic review”. *Current Psychology*(2023): 42(14), 12055–12069. <https://doi.org/10.1007/s12144-021-02537-2>
- Moreno V., Restrepo J., “Análisis jurisprudencial de la sentencia Stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza”, *Estudios Constitucionales*, 8 (2), (2020),363-381
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000200363>
- Navarro Y. “La verdad biológica en el derecho a la identidad personal de niños, niñas y adolescentes en Ecuador”. Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y de los Juzgados de la República del Ecuador- Universidad De Otabalo 2021,14-15.
<https://repositorio.uotavalo.edu.ec/server/api/core/bitstreams/164220a5-52e1-452c-a6e3-335267bf5b9d/content> .
- Notaro P, “Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 5(14), (2020): 151-187.
<https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i14.283>
- ONU Convención sobre los Derechos del Niño 1989.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc.pdf>.

- Paucar F. y Vásquez J. “El derecho a la identidad frente a la declaratoria de paternidad”, *revista científica dominio de la ciencias*, 7(2)(Abril-Junio 2021):1001-1002.
<https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/1842/3726>
- Sanjurjo E., “Apuntes y reflexiones críticas sobre ciertas cuestiones probatorias en materia de filiación”. *Revista Justicia*, (2), (2020): 253-307.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7816024>
- Sánchez F. A. “Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos”. *RIDU, Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas* 13, 1 (2019): 102 - 122. Lima, Perú. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-25162019000100008
- Sarfika R., Saifudin H, Ira S., Murni M., Malini H., Lim K. “Investigating associations between emotional and behavioral problems, self-esteem, and parental attachment among adolescents: A cross-sectional study in Indonesia”. *Heliyon*, 9(11), (2023): e21459.
<https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2023.e21459>.
- Ramírez M., Pérez L., Vilela W., “Análisis jurídico de impugnación de paternidad en el código civil de la niñez y adolescencia en Ecuador”. *Revista Conrado*, 16 (72), (Enero, 2020),139-147.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442020000100139
- Reyes N. y Pinto B., “Actitudes hacia el matrimonio, el divorcio y su relación con el concepto de amor en jóvenes universitarios”. *Ajayu Órgano de Difusión Científica del Departamento de Psicología UC BSP*.19.1. (2021).
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-21612021000100005
- Unicef (2006). “Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes: Guía práctica para su aplicación”. https://www.unicef.org/republicadominicana/uniCef_proyecto.pdf
- Useche M. C., Artigas W., Queipo B., y Perozo É. “Técnicas e instrumentos de recolección de datos cuali-cuantitativos”, Guajira-Colombia: Editorial Gente Nueva, (2019): 8-9.
<https://repositoryinst.uniguajira.edu.co/server/api/core/bitstreams/58ae17e3-11a9-4f4a-be08-ec7839528f01/content>
- Valdivia N. “El derecho a conocer los orígenes biológicos del niño(a) concebido por TRHA: reflexiones desde la situación del anonimato del donante 2024”, *Medicina y ética*, 35(4), 959-989.
<https://doi.org/10.36105/mye.2024v35n4.01>
- Vásquez P. “Análisis jurisprudencial de la acción de nulidad del reconocimiento por error en la correspondencia genética con el hijo”. *Revista Chilena De Derecho Privado*, (41), (2023): 9-50.
<http://dx.doi.org/10.32995/s0718-80722023668>

Recibido: 30/10/2024

Aprobado: 20/11/2024

ANEXO

LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

LEY 29946

(artículos que refieren implícitamente al principio pro asegurado)

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo I. La presente Ley se aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. **No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.**

En el caso de seguros obligatorios y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, esta ley es de aplicación supletoria.

En los seguros de caución son aplicables las disposiciones específicas contenidas en esta ley así como las normas sobre la materia dictadas por la Superintendencia.

En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley. **No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario.**

Artículo II. El contrato de seguro se rige por los siguientes principios:

- a) Máxima buena fe.
- b) Indemnización.
- c) Mutualidad.
- d) Interés asegurable.
- e) Causa adecuada.
- f) **Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.**

Artículo IV. En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes:

Tercera. Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado. La intermediación a cargo del corredor de seguros no afecta dicha regla ni la naturaleza del seguro como contrato celebrado por adhesión.

Artículo 26. Contenido de la póliza El asegurador está obligado a entregar al contratante una póliza debidamente firmada por el representante de la empresa, con redacción clara, en caracteres legibles y en caracteres destacados para el caso del artículo 27. La póliza, además de las condiciones generales y especiales del contrato, debe contener como mínimo lo siguiente:

- a) Nombre, denominación o razón social y domicilio del asegurador y, cuando los haya, de los coaseguradores; del contratante y, si el seguro se celebra por cuenta ajena, del asegurado o del beneficiario, según sea el caso.
- b) Persona, bien o prestación asegurada.
- c) Riesgos cubiertos y exclusiones.
- d) Fecha de emisión y plazo de vigencia material.
- e) El importe de la prima, los recargos e impuestos, indicando su vencimiento, forma de pago y, cuando corresponda, los criterios y procedimientos para la actualización de las primas, así como una estimación de la evolución del importe de estas.
- f) Valor declarado, suma asegurada o alcance de la cobertura y, cuando corresponda, los criterios para la actualización de la suma asegurada, así como una estimación de la evolución de esta.
- g) Franquicias y deducibles pactados.
- h) Cuando corresponda, el número del registro oficial del corredor de seguros y la comisión que este ha de percibir; así como de la comisión que corresponde a la venta realizada a través de bancaseguros, comercializadores y otros, de acuerdo a la norma pertinente emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- i) En caso de haber fraccionamiento de la prima, o un cronograma de cuotas de esta que incluya intereses, la indicación de la tasa de costo efectivo anual aplicable (TCEA) que refleje el costo financiero a cargo del contratante.
- j) En los casos de seguros de vida y de accidentes personales con cobertura de fallecimiento o de muerte accidental, la indicación de que el contrato forma parte del Registro Nacional de Información de Contratos de Seguros de Vida y de Accidentes Personales con Cobertura de Fallecimiento o de Muerte Accidental, creado mediante la Ley 29355.
- k) En los casos de seguros de daños patrimoniales, la indicación de que la existencia de dos o más pólizas cubriendo el mismo riesgo implica la aplicación del artículo 90, estando obligado el contratante a actuar conforme a lo establecido en el primer párrafo de dicho artículo.
- l) Las demás condiciones particulares del contrato y anexos de la póliza.
- m) Otras que determine la Superintendencia.

En caso el asegurador incumpla con incluir en la póliza la información mínima establecida en este artículo, cualquier interpretación del contrato se efectúa a favor del asegurado.

Artículo 31. Diferencias entre la publicidad y la póliza

Cuando existan diferencias entre las condiciones del seguro ofrecidas mediante sistemas de publicidad y el contenido de la póliza, relativas al mismo seguro, prevalecen las condiciones más favorables para el asegurado.