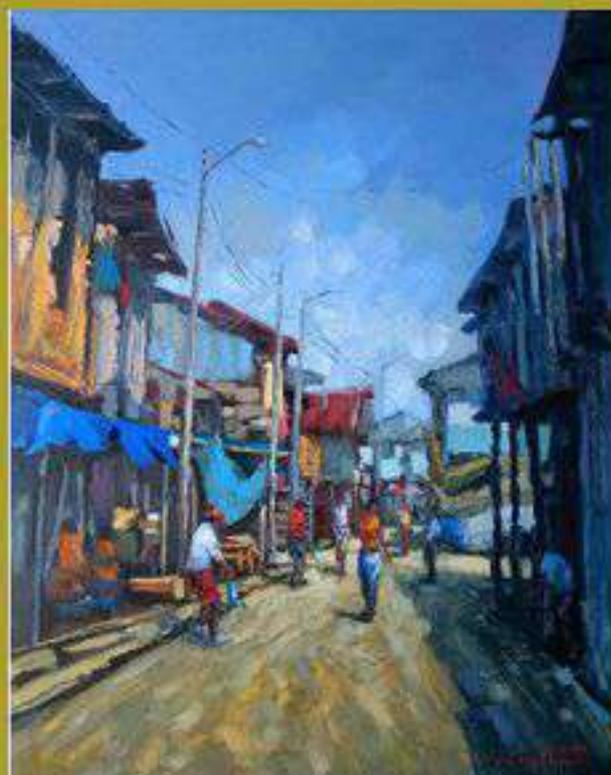


Lex

Registro Internacional ISSN (en línea) 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

NÚMERO

32

AÑO XXI 2023-II

Revista Lex N° 32

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

UAP | EN LA UAP
TÚ ERES PARTE
DEL CAMBIO

Lex

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Año XXI N°32- 2023-II

Periodicidad semestral

Correo electrónico: revistalex@uap.edu.pe

URL: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/index.php/LEX/index>

Razón Social:

©Universidad Alas Peruanas SA

RUC: 20303063766

Rector: Dr. Alejandro Cruzata Martínez

Calle Pedro Ruiz Gallo 251-Pueblo Libre-Lima, Perú

Correo electrónico: acruzata@uap.edu.pe

Website: www.uap.edu.pe

©Vicerrectorado de Investigación

Fondo Editorial

Vicerrector: Dr. Hernán Hugo Matta Solís

Calle Pedro Ruiz Gallo 251-Pueblo Libre-Lima, Perú

Correo electrónico: hmatta@uap.edu.pe

©Facultad de Derecho y Ciencia Política

Decana: Mag. Rocío Milagros Santander Martínez

Calle Pedro Ruiz Gallo 251-Pueblo Libre-Lima, Perú

Correo electrónico: r_santander@uap.edu.pe

Producción editorial:

Corrección de textos: Julia Pita Chávez

Diseño original: Alberto Escalante

Diagramador: Héctor Abraham Saavedra Caveró –Víctor Millán Salazar

Editor gráfico: Jorge Luis Verástegui Castillo

Ilustración: Artista plástico Javier Yglesias Sánchez, Cliver Flores Lanza de Iquitos-Perú y David Hewson de EEUU

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

CUERPO EDITORIAL DE LA REVISTA LEX

AUTORIDADES:

Rector

Dr. Alejandro Cruzata Martínez

Vicerrector Académico

Mag. José Karlo Orlando Jara Schenone

Vicerrector de Investigación

Dr. Hernán Hugo Matta Solís

DIRECTOR:

Hernán Hugo Matta Solís

Universidad Alas Peruanas

EDITORA:

Aida Ana María Castillo Canani

CONSEJO EDITORIAL:

-Julia Mercedes Pita Chávez

<https://orcid.org/0000-0003-0835-4439>

Universidad Alas Peruanas

-Dimas Achau Mora

<https://orcid.org/0000-0003-1418-1589>

Universidad Alas Peruanas

-Yda Rosa Cabrera Cueto

<https://orcid.org/0000-0003-3778-7292>

Universidad Alas Peruanas

-Jorge Godofredo Calla Colana

<https://orcid.org/0000-0002-9801-9353>

Universidad Alas Peruanas

-Edwin Barrios Valer

<https://orcid.org/0000-0001-7887-6190>

Universidad Alas Peruanas

-Leonardo Humberto Peñaranda Sadova

<https://orcid.org/0000-0002-9603-9756>

Universidad Alas Peruanas

-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://orcid.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-Perú.

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

-Erli Aparecida Camargo

Fundación Instituto Nereu Ramos-Finer.

Centro Sul-Brasileiro de Pesquisa,

Extensão e Pós-Graduação-Cénsupeg. 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-

UAEMEX. 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

CONTENIDO

Créditos.....	2
Autoridades.....	3
Contenido	5-7
Editorial.....	8-10

ARTÍCULOS PRINCIPALES

La Intersección de las Relaciones Internacionales y la Movilidad Migrante: Una Perspectiva Estructuralista

The Intersection of International Relations and Migrant Mobility: A Structuralist Approach

Claudia L. Martínez-Villanueva <https://orcid.org/0000-0001-7376-179X>
Universidad Mayor de Chile
Chile

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2518>.....11-34

Inteligencia Artificial vs. Identidad personal y humana: Algunas Reflexiones ético-jurídicas

Artificial Intelligence vs. Personal and human identity. Some ethical-legal reflections

Gladys S. Rodríguez <https://orcid.org/0000-0003-0063-1411>
Universidad de Zulia
Venezuela

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2519>.....35-66

Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos. Actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales (Tercera parte)

Ethical, Philosophical and Legal Bases About the Legal Status of Non-Human Animals. Current Jurisprudential and State Legislative Trends. (Tercera Part)

Adriana Margarita Porcelli <https://orcid.org/0000-0002-5192-5893>
Adriana Norma Martínez <https://orcid.org/0000-0001-8962-2743>
Universidad Nacional de Luján, Universidad Nacional de Buenos Aires
Argentina

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2520>.....67-106

Una aportación de Filosofía del Derecho positivo a propósito de la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa y su posibilidad de mediación entre los cónyuges. Algunas reflexiones de Derecho comparado

A contribution of Philosophy of positive law regarding compensation compensation for work for the home and its possibility of mediation between the spouses. Some reflections of comparative law

María Isabel Lorca Martín De Villodres <https://orcid.org/0000-0003-4115-9299>
Universidad de Málaga
España
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2521>.....107-148

**Que en paz descanse...,
feminicidio, violencia institucional y sufrimiento social**

*Rest in peace...,
femicide, institutional violence and social suffering*

Viviana Castellanos Suárez <https://orcid.org/0000-0003-2506-8207>
Rolando Castillo Santiago <https://orcid.org/0000-0001-8764-9168>
Yazmín Isolda Álvarez García <https://orcid.org/0000-0002-0587-0406>
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
México
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2522>.....149-166

Del edicto de Nantes a la libertad religiosa

From the edict of Nantes to religious freedom

Krúpskaya Ugarte Boluarte <https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>
Jhon Kenneth Munive Ortiz <https://orcid.org/0009-0000-5662-3328>
Rodolfo Javier Salazar Huamán: <https://orcid.org/0009-0008-1852-6904>
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.25223>.....167-200

Cuestiones de autoridades administrativas de consumo en un país Federal

Issues of administrative consumer authorities in a Federal country

Silvina Analía del Huerto Aquino <http://orcid.org/0009-0005-1275-9254>
Carlos Eduardo Tambussi <http://orcid.org/0000-0003-0444-7937>
Universidad de Buenos Aires
Argentina
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2524>.....201-224

La genética criminal y su implicancia en el derecho penal

Criminal genetics and its implication in criminal law

Javier Ysrael Momethiano Santiago <https://orcid.org/0000-0002-6009-1907>
Daivi E Farfán Sullcahuaman <https://orcid.org/0000-0003-1309-6593>
Hugo Ramiro Ambrosio Bejarano <https://orcid.org/0000-0003-3796-2580>
Investigadores
Perú
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2525>.....225-240

La colaboración eficaz en el proceso penal cubano: problemáticas y pautas para su solución

Effective collaboration in the Cuban criminal process: problems and guidelines for their solution

Liuver Camilo Momblanc <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>

Alianna Sosa Zúñigas <https://orcid.org/0000-0003-2504-3907>

Universidad del Oriente

Cuba

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2526>.....241-268

Eficacia del sistema anticorrupción desde una perspectiva axiológica

Effectiveness of the anti-corruption system from an axiological perspective

Ailin Estefany Pérez Zapata <https://orcid.org/0009-0007-4317-5977>

Rolando Castillo Santiago <https://orcid.org/0000-0001-8764-9168>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

México

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2527>.....269-300

ARTÍCULOS VARIOS Y CIENCIAS AFINES

Análisis longitudinal del feminicidio en el Estado de México, 2015-2019

Longitudinal analysis of femicide in the State of Mexico, 2015-2019

Leonor Guadalupe Delgadillo Guzmán <http://orcid.org/0000-0001-9483-6973>

Leonor González Villanueva <http://orcid.org/0000-0002-9319-5278>

Adelaida Rojas García <http://orcid.org/0000-0002-0963-9252>

Leticia Ayala Morales

Universidad Autónoma del Estado de México

México

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2528>.....301-320

Introducción al triángulo de la corrupción

Introduction to the corruption triangle

Daniel Alberto Juárez Fernández <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>

Investigador independiente

Perú

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2529>.....321-332

Reporte de Caso-Medicina Forense
Intoxicación accidental con Fosfuro de Aluminio

Case Report- Forensic Medicine
Accidental poisoning with Aluminum Phosphide

Giancarlo Jesús Rodríguez-Velarde <http://orcid.org/000-0003-2734-2937>

Universidad de Piura

Perú

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2530>.....333-345

Este obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](#).

ISSN: 2313-1861

Acceso al número de visitas y accesos de la revista [Estadística](#).



EDITORIAL

Lex revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, publica el número 32, sale a luz terminando un año marcado por grandes conflictos sociales y con paradigmas pendientes en el mundo académico, que obligan a persistir, como en editoriales anteriores, sobre “el paradigma de las revistas Diamante: creando una comunidad global y nuevas infraestructuras”¹ sobre la problemática de la investigación y Acceso Abierto, que hoy es prioritario en universidades, en centros investigación públicos, privados y otros. El problema central es la calidad de la investigación, el cómo publicamos, desde que bases: de Acceso Cerrado o de Acceso Abierto.

Desde “la aparición del Worl Wide Web, el acceso electrónico a la información académica... permitió una difusión más amplia y rápida de las publicaciones científicas”², así la creación de las bases de Acceso Abierto, Scielo en 1990, Latindex en 1997, y de las declaraciones de Budapest (2002), Bethesda (2003), Berlín (2003) y la Unesco sobre la importancia de las publicaciones de investigaciones en Acceso Abierto, aún impera el Acceso Cerrado en las publicaciones, el camino hacia la Ciencia Abierta y Libre se enfrenta a la empresa privada que lucra y se apropia de ella “Las revistas científicas dejaron de ser un vehículo de comunicación para ser un producto del mercado primero con cuotas por leer y luego con cuotas por publicar”³.

El 23 al 27 de octubre del 2023, en Toluca México se celebró la Cumbre Global sobre Acceso Abierto Diamante llegando a las siguientes Conclusiones y Trabajo Futuro:

“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.

1. 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>

2. <https://25.scielo.org/es/nosotros-amabamos-tanto-el-acceso-abierto/>

3. <https://www.scienceeurope.org/media/slybjptu/202302-diamond-oa-plan-de-accion.pdf>

- El Acceso Abierto Diamante (AAD) es un modelo de comunicación académica en el cual los resultados de la investigación están totalmente disponibles y no se cobra ni a autores ni a lectores. En este modelo, todos los elementos relacionados al contenido son determinados y propiedad de las comunidades académicas.

- El apoyo que se brinde a las revistas, repositorios y plataformas de AAD existentes en el mundo puede romper las barreras para acceder y difundir la investigación financiada públicamente.

- El AA Diamante es en última instancia un medio para un fin: acceso equitativo a la publicación y lectura académica, prestando especial atención a la calidad de los contenidos en lugar de a dónde son publicados. Lo que es más, las revistas, repositorios y plataformas de AA Diamante representan a las iniciativas impulsadas por la comunidad, lideradas por y propiedad de la academia. Se trata de un modelo de publicación al servicio de una sociedad más diversa y justa, en la que el conocimiento académico de calidad es un bien común.

- Al reunir a la comunidad internacional de actores en pro del AA Diamante por primera vez y compartir el objetivo en común de apoyar la calidad, sustentabilidad, usabilidad y equidad del acceso a la comunicación académica, reconocemos que las revistas, repositorios y plataformas de AA Diamante pueden ser tan diversos como lo requieran las diferentes disciplinas de investigación y las tradiciones epistémicas. También aceptamos que los numerosos actores provenientes de las distintas regiones del mundo y de innumerables países poseen capacidades distintas para adoptar e implementar las prácticas del AA Diamante...”⁴

Hay una experiencia reciente en la Argentina, se implementó el programa Diamante por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, con el objetivo general de apoyar la edición y sostenibilidad de las revistas científicas argentinas de acceso abierto diamante que integran principalmente el Núcleo Básico de Revistas Científicas contribuyendo a la generación de nuevas capacidades y a la actualización tecnológica y profesional de los equipos editoriales que las gestionan, consolidando la publicación científica de Acceso Abierto, ya que con esta iniciativa recalca su compromiso con la Ciencia Abierta, con el fomento de la investigación que contribuye a la difusión del conocimiento, la promoción de la investigación y la participación en la comunidad científica internacional. El lema “La comunidad frente a la comercialización”⁵. Esperemos que les permitan mantener este programa Diamante.

Como es costumbre en Lex, la ilustran pintores y artistas plásticos peruanos, en este número nuevamente nos acompañan Javier Yglesias Sánchez, Cliver Flores Lanza, de Iquitos

4. <https://globaldiamantoea.org/wp-content/uploads/2023/11/Global-Summit-Conclusions-Way-Forward-Esp.pdf>

5. <https://www.argentina.gob.ar/ciencia/financiamiento/programa-diamante>

y David Hewson de EEUU, recreando principalmente el maravilloso universo amazónico, de retratos, paisajes plenos de colores de sombras y luces mágicas.

Extendemos nuestro agradecimiento a los autores, pares evaluadores y demás colaboradores que hacen posible que Lex cumpla con los objetivos propuestos.

CONSEJO EDITORIAL
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Alas Peruanas

*La Intersección de las Relaciones
Internacionales y la Movilidad Migrante:
Una Perspectiva Estructuralista**

*The Intersection of International Relations and
Migrant Mobility: A Structuralist Approach*

Claudia L. Martínez Villanueva** <https://orcid.org/0000-0001-7376-179X>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2518>

* El artículo es parte del trabajo de investigación de la tesis mayor realizada para obtener el Grado de Doctora en la Universidad de Santiago de Chile

** Profesora Escuela de Gobierno y Administración Pública (EGAP), Facultad de Ciencias Sociales y Artes, Universidad Mayor. Dra. © en Estudios Americanos, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Santiago de Chile, Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria Doctoral del Centro de Estudios Migratorios, USACH, Chile.

Correo electrónico: claudia.martinez@umayor.cl

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.



Por el río Amazonas. Óleo sobre tela 22 x 27 cm
Javier Yglesias Sánchez (Loreto-Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

Las Relaciones Internacionales como disciplina han recibido cuestionamientos por su etnocentrismo y su naturaleza parroquial. A más de cien años de su nacimiento, la demanda de apertura en este campo es inminente, con la capacidad de reflejar problemáticas y fenómenos transnacionales desde la inter y multidisciplinariedad y establecer una agenda renovada y amplia. La mirada hacia la movilidad migrante a partir de la disciplina daría una aproximación al análisis en el nivel “top-down” desde las estructuras del macro nivel que influencia a los Estados en la gestión migratoria. El objetivo del artículo, es presentar argumentos a favor de incorporar el estudio de la movilidad migrante desde la disciplina, y cómo desde la aproximación teórica neorrealista y el Análisis de los Sistemas – Mundo se puede comprender el fenómeno como un proceso histórico, sistémico y estructural.

Palabras claves: *Relaciones Internacionales; movilidad migrante, (neo) realismo; Análisis del Sistema Mundo.*

ABSTRACT

International Relations as a discipline have received questions due to its ethnocentrism and its parochialism. More than a hundred years after its birth, the demand for openness in this field is imminent, with the ability to reflect problems and transnational phenomena from inter and multidisciplinary and establish a renewed and broad agenda. Looking toward at migrant mobility from the discipline, would give an approach to the analysis from the “top-down” level, from the macro level structures that influence the States in migration management. The objective of the article is to present arguments in favor of incorporating the study of migrant mobility from the discipline, and how from the neorealist theoretical approach and the Analysis of Systems - World, the phenomenon can be understood as a historical, systemic and structural.

Keywords: *International Relations; mobility; migrations; neorealism; World System Analysis.*

Ha pasado mucho tiempo desde que dejé mi pueblo natal
¿Quién podría saber que terminaría encarcelado en un edificio de madera?
Me duele el corazón cuando veo mi reflejo, mi pañuelo está empapado en lágrimas
Te pregunto, ¿qué crimen cometí para merecer esto?
Li Hai of Nancun, Taishan
(Traducción propia)¹

I. INTRODUCCIÓN

Las Relaciones Internacionales (RRII) como disciplina han recibido cuestionamiento por su etnocentrismo y su naturaleza parroquial como lo plantea Hoffmann, Holsti y Tickner². La demanda por una apertura en el campo que sea capaz de reflejar una agenda nueva³, abarcando miradas diversas del “Sur Global” y específicamente desde América Latina como argumenta Bernal-Meza⁴ con problemáticas y fenómenos transnacionales que requieren una respuesta desde la inter y multidisciplinariedad - inherente a las Relaciones Internacionales desde su conformación- como lo es la movilidad migrante en el contexto actual.

1. Taishan Li Hai of Nancun, “The Poems of Angel Island”, *Angel Island* (2006). Poemas de la Estación de Migración de 1910 hasta su cierre en 1940, mostrando las difíciles condiciones de la situación migratoria en Angel Island, en Estados Unidos Para conocer mayores antecedentes, visitar la página siguiente: <https://www.aiisf.org/>

2. Hoffmann, 1977; Holsti, 1985, citados en Arlene Tickner. Los Estudios Internacionales en América Latina. *¿Subordinación intelectual o pensamiento emancipatorio?* (Santafé de Bogotá: Alfaomega. Colombiana-Uniandes-CEI-CESO,2002), 2.

3. Cristina Inoue & Arlene B. Tickner “Many Worlds, Many Theories?”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Núm.59 (2016).

4. Raúl Bernal-Meza, “Aportes Teórico-Metodológicos Latinoamericanos Recientes al Estudio de las Relaciones Internacionales” *Revista de Historia Actual* Vol.4 (2006): 227-238.

A más de cien años de su nacimiento, las Relaciones Internacionales deben dar respuesta a temáticas concernientes de su objeto de estudio las “relaciones internacionales” con minúscula, referido a las interacciones entre “agentes”, “actores” o “unidades” en el sistema internacional, en una situación de anarquía regulada por el Derecho Internacional o balanceada por el equilibrio de poderes, destaca Ortíz⁵.

La mirada hacia la movilidad migrante desde las Relaciones Internacionales daría una aproximación al análisis desde el nivel “top-down”, desde las estructuras del macro nivel que influencia a los Estados en sus respuestas a los fenómenos migratorios. Las presiones migratorias por temas de seguridad, violencia, búsqueda de mejoras en su calidad de vida, persecución política, entre muchas otros - causalidad acumulativa acorde a Massey⁶ -, acompañadas del endurecimiento de las fronteras en los países desarrollados, principalmente los pertenecientes a la OCDE⁷, cuyos países son los destinos prioritarios de los movimientos migratorios, han hecho que esas migraciones se desplacen hacia terceros países (offshore)⁸, que no cuentan con recursos, un marco legal migratorio o capacidad de gestión para absorber la demanda de los flujos migratorios, países con economías emergentes o los llamados países “semiperiféricos”, según destacan Taylor y Flint⁹.

El objetivo del artículo es presentar argumentos a favor de la incorporación de temas migratorios desde la disciplina de las Relaciones Internacionales, y cómo desde la aproximación teórica neorrealista y con el Análisis de los Sistemas Mundo, se puede comprender el fenómeno como un proceso histórico, sistémico y estructural. Es decir, la movilidad migrante desde las Relaciones Internacionales permite abordar las interacciones entre los Estados - Nación, de cómo el fenómeno migratorio afecta sus relaciones con otros actores, desde una aproximación realista (en su vertiente neo) en términos de intereses, poder y en su posición en el sistema internacional. Esta interacción va a depender de la posición estructural de los actores involucrados, su grado de poder relativo. El tema ha suscitado la aparición de propuestas como la Diplomacia Migratoria en la Política Mundial por Fiona Adamson & Gerasimos Tsourapas, quien argumenta a través de un enfoque realista de RRII, cómo los intereses y el poder de los actores estatales se ven afectados por su posición en los sistemas de migración, es decir, en qué

5. Eduardo Ortíz, *El Estudio de las Relaciones Internacionales* (México:FCE, 2da Edición,2011), 19-27.

6. Douglas S. Massey, *Comprender las Migraciones Internacionales. Teoría, Práctica y Políticas Migratorias* (Barcelona:Ediciones Bellaterra,2017), 606.

7. Cristina Blanco, *Migraciones: Nuevas Movilidades en un Mundo en Movimiento* (Barcelona:Anthropos Editorial, 1ª Edición,2006), 4.

8. Daniel Ghezelbash, “Hyper-Legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees”. *The American Journal of Comparative Law*, N°3(2020), 479-516.

9. Peter Taylor & Colin Flint, *Geografía Política. Economía-Mundo, Estado-Nación y Localidad*. (Madrid:Trama Editorial, 4ª Edición,2000), 22.

medida su posición como emisores, receptores, o tránsito se articula con otras áreas de interés en temáticas de seguridad, económicas, comerciales, de identidad, negociaciones de poder blando y duro¹⁰.

En la primera parte, se esboza el marco general de la disciplina, sus antecedentes, objeto de estudio, ontología, para posteriormente presentar una aproximación al neorrealismo y al Análisis de los Sistemas Mundo. En la segunda parte se ofrece un sucinto marco conceptual de la “movilidad”, los antecedentes del fenómeno migratoria y los argumentos en defensa de una aproximación desde la disciplina de las Relaciones Internacionales, cerrando con las consideraciones finales.

II. RELACIONES INTERNACIONALES COMO DISCIPLINA

Las RRII como disciplina, nacen en 1919, al término de la 1ª Guerra Mundial y con el surgimiento de la Sociedad de Naciones, destaca Velázquez (et al.)¹¹, cuando se crean las primeras iniciativas académicas con el fin de aportar a la paz, en los centros de investigación en esta materia del Council on Foreign Relations (Nueva York) y The Royal Institute of International Affairs (Londres)¹². Si bien sus antecedentes se pueden remontar históricamente a las obras de Tucídides (Grecia), Sun Tzu (China), Kautilya (India) e Ibn Khaldun (Mundo Musulmán); o a los pensadores de la ilustración, entre los que podemos destacar Hobbes y Kant, entre otros, es en 1919 cuando los estudios internacionales empiezan a sentar las bases de la disciplina¹³.

Las RRII, destaca Ortíz, estudia los vínculos entre unidades políticas autónomas llamadas Estados-naciones, que en sus relaciones individuales y colectivas trascienden las fronteras y afectan la posición de los mismos, en sus relaciones políticas¹⁴. Comprende tres formas de interacción según Fred Halliday: las relaciones entre estados; las relaciones no estatales o transnacionales a través de las fronteras; y la operación del sistema como un todo, donde los estados y las sociedades, son los componentes más importantes. Las teorías en Relaciones Internacionales ofrecen una explicación de estas tres dimensiones y de la primacía de una sobre las otras¹⁵.

10. Fiona Adamson & Gerasimos Tsourapas. “Migration Diplomacy in World Politics”. *International Studies Perspectives* 20, 2 (2019): 113-128.

11. Rafael Velázquez, Jorge A. Schiavon, Luis Ochoa B., y David García. “El Surgimiento y Desarrollo de la Disciplina de las Relaciones Internacionales”. *En Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales, 100 años de disciplina* (México: BUAP, UANL, 2019).

12. Juan Carlos Pereira. *Historia de las Relaciones Internacionales*. (Barcelona, España: Ariel, 2001), 6.

13. J. C. Pereira, op.cit., 6. Pierre Allan. “Ontología y Explicaciones en la Teoría de las Relaciones Internacionales”. *Revista de ciencia política XXI*, 1 (2001): 81. R. Velázquez, et.al., op.cit. 12.

14. E. Ortíz, op. cit. 13.

15. Fred Halliday, *Rethinking International Relations*, (London: The Macmillan Press, 1994), 1.

Como objeto de estudio se considera a las relaciones internacionales¹⁶, definidas como aquellas interacciones y relaciones de poder que suceden en el sistema internacional. Para Eduardo Ortiz, el objeto de estudio sería la sociedad internacional¹⁷, entendida como un ente complejo constituido por el accionar externo de los Estados-Nación, en el ejercicio de su soberanía, reconociendo la Política Internacional como ese accionar externo, en una situación de anarquía regulada por el Derecho Internacional o balanceada por el equilibrio de poderes¹⁸. Como complemento a esta explicación, Pierre Renouvin y Jean-Baptiste Duroselle las Relaciones Internacionales se ocupan de "... analizar y explicar los tratos entre las comunidades políticas organizadas dentro de un territorio, es decir, entre los Estados"¹⁹, reconociendo la acción de los Estados como principal interés de los estudios internacionales.

Las RRII son principalmente, una disciplina científica que se nutre de los aportes de otras disciplinas como la Ciencia Política, la Economía, el Derecho, la Geografía, la Historia, Sociología. Una disciplina que conversa con otra porque se ha especializado en un cierto rasgo de la realidad. Para Carr²⁰, las RRII son una extensión de la Ciencia Política, sin embargo, como señala Rosenberg²¹, todas las disciplinas son subcampos de todas las demás con respecto a los aspectos particulares de la realidad social que hacen suya, siendo importadores y exportadores de ideas por tanto, son multi e interdisciplinarias²².

A más de cien años de su inicio, sigue aún en cuestionamiento el destacado y predominante papel anglosajón en la disciplina versus la falta de visiones alternativas "no occidentales", y el cerrado campo de las RRII en la alta política, dejando fuera los problemas como el cambio

16. La Relaciones Internacionales con mayúscula, hacen referencia a la Disciplina, mientras las relaciones internacionales con minúscula alude al objeto de estudio en R. Velázquez et.al, op.cit. 19, 28.

17. Para profundizar sobre la discusión conceptual de la sociedad internacional, revisar J.C. Pereira, op.cit. Capítulo 2.

18. E. Ortiz, op. cit. 19, 27.

19. Pierre Renouvin & Jean-Baptiste Duroselle, *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*, (México:FCE, 1ª Edición, 2000) 9.

20. Edward Carr, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939 An Introduction to The Study of International Relations*, (London: MacMillan,2004) 9.

21. Justin Rosenberg, "International Relations in the Prison of Political Science", *International Relations* 30, 2 (2016):51

22. Se deja fuera intencionalmente el reconocer a las Relaciones Internacionales como transdisciplinar, asumiendo que es ahí donde las estrategias investigativas en las disciplina deben avanzar, como señala Ma. Fernanda Noboa "Transdisciplinariedad investigativa: una apuesta en construcción para las Relaciones Internacionales e inteligencia" en *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* (2018): "implica un triple compromiso: rigurosidad epistemológica, pertinencia teórico-metodológica y una clara responsabilidad político-ética, para desarrollar líneas analíticas adaptables -y con voz propia- a las necesidades investigativas locales". Documento disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5526/552656478006/html/index.html>, para un compendio de definiciones sobre Transdisciplinar, revisar el (Riveros, Meriño & Crespo, s/f). "Las Diversas Definiciones de Transdisciplinar. Documento de Trabajo N° 2", Universidad de Chile. Disponible en:

<https://www.uchile.cl/publicaciones/166650/las-diversas-definiciones-de-transdisciplina>

climático, la pérdida de tierra, las desigualdades en niveles de desarrollo, la crisis de refugiados y con ello, el fenómeno de las migraciones masivas²³. En el caso de las migraciones masivas, el tema en la actualidad va más allá de abordar la problemática como sugiere el análisis de Renouvin & Duroselle quienes relatan desde una perspectiva histórica y demográfica, cómo las migraciones no causaron dificultades internacionales, reconociendo en ellas, la contribución al desarrollo económico de los estados americanos y la disminución de las presiones por demandas sociales de los países europeos, “Pero en lo inmediato, no provocaron trastornos en las relaciones entre los Estados ni amenazaron la paz”²⁴.

Sin embargo, desde los ataques a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, los Estados han endurecido sus políticas migratorias, considerando a la migración como un tema de seguridad nacional, lo que algunos autores llaman la “seguritización” de la migración²⁵, vulnerando y precarizando la movilidad migrante, al ser visto como una amenaza y vulneración de la soberanía y transgrediendo la seguridad nacional, las medidas para su contención se alejan de las verdaderas causas y tomando decisiones radicales. Bajo esta visión, Estados Unidos reconfigura su arquitectura institucional creando el Departamento de Seguridad Nacional y reorganizando a su vez, las agencias encargadas del control fronterizo, introduciendo políticas para reforzar la seguridad interior y hacia el exterior²⁶. Este proceso de securitización de la migración se da también en Europa Occidental, Australia y Nueva Zelanda, junto con otros procesos como el “Offshore”²⁷.

Por tanto, la migración vista como amenaza a la seguridad nacional ha puesto de manifiesto la imbricación entre la cooperación, la seguridad y la securitización, afectando las relaciones internacionales, así como las políticas nacionales. Trucco²⁸ destaca que los flujos migratorios han

23. Fernanda Barasuol & Andrés Reis da Silva, “International Relations Theory in Brazil: Trends and Challenges”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, 59, 2 (2016). R. Bernal-Meza, op.cit. C. Inoue & A.T ickner, op.cit.

24. P. Renouvin, op.cit. 62.

25. Fiona Adamson, “Crossing Borders: International Migration and National Security” *International Security*, 31,1 (2006). Claudia Aradau, “The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation of Human Trafficking”, *Millennium:Journal of International Studies*, 33, 2 (2004). Dauvergne, Catherine, “Security and Migration Law in the Less Brave New World” *Social and Legal Studies* 16, 4 (2007): 533-549. Elspeth Guild, *Security and Migration in the 21st Century*, (Cambridge, UK: Polity, 2009), David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt, & Jonathan Perraton, “Global Transformations: Politics, Economics and Culture”, en *Politics at the Edge. Political Studies Association Yearbook Series*, por C. Pierson & S Tormey (eds), (London: Palgrave Macmillan,2009). Jeff Huysmans. “European Union and Securitization of Migration” *Journal of Common Market Studies* 38, 5 (2000): 751-77. Khalid Koser, *International Migration: A Very Short Introduction*, (Oxford: Oxford University Press, 2da Edición, 2016).

26. Department of Homeland Security, “Homeland Security”, (2002). <https://www.dhs.gov/history>.

27. D. Ghezelbash, op.cit.

28. Florencia Trucco, “Migrantes intentan cruzar a la fuerza la frontera entre Perú y Chile, reporta la televisión estatal peruana” *CNN en Español*, 27 de abril 2023. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/27/migrantes-frontera-peru-chile-orix/>

ensionado las relaciones entre los estados involucrados, como el caso de México con Estados Unidos o los recientes acontecimientos entre Perú y Chile en la región fronteriza. En el Siglo XXI en América, la crisis venezolana ha dejado un éxodo de 7 millones de migrantes a 2023, según informa ACNUR²⁹. Desde 2016, las migraciones masivas de caravanas centroamericanas en su camino hacia los Estados Unidos, es un tema recurrente en los medios de comunicación, tanto por la crisis humanitaria que implica considerando más de 7,000 personas con intención de cruzar la frontera de Guatemala – México, flujo migratorio constante que ha obligado a diversas negociaciones entre los tres países, con la finalidad de tomar medidas para detener la migración rumbo a Estados Unidos³⁰.

Esta situación se reproduce en diferentes escalas, pero manteniendo la misma estructura en casos como el de Australia, que provocó un cambio de política pública a partir de 2013, cuando se decidió que los migrantes que llegan por barco, deben permanecer en Nauru y Papúa Nueva Guinea donde el gobierno australiano paga para detener a los migrantes de África, Oriente Medio y Asia (offshore – en terceros países); o el de Europa Occidental, siendo Turquía el país contenedor de las fuerzas migratorias procedentes del “Sur-Global”³¹.

Desde el punto de vista de la autora, las migraciones masivas han presionado al sistema y con ello, la toma de decisiones y la interacción entre los actores, influyendo en los tres niveles de análisis: Sistema Internacional, Estados - Nación e individuos tomadores de decisiones, en una interrelación de “top down” y “bottom up”³². Cuando se habla de estos niveles, se hace referencia al individual en el análisis de los tomadores de decisiones y en el diseño de la política exterior; el estatal que deriva en explicaciones a partir de la estructura interna y del juego de los diferentes actores subnacionales, al interior de las fronteras soberanas; y a nivel sistémico que explica las interacciones de los diversos agentes³³.

29. ACNUR (2023). <https://www.acnur.org/emergencias/situacion-de-venezuela>

30. A. Rojas, “No es una Caravana (de migrantes), es un éxodo”: las razones de los cientos de hondureños que siguen los pasos de los que ya caminan a México”. *BBC Mundo*, 25 octubre 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45978111>.

31. Heike Pagel, Karen Ranke, Fabian Hempel, y Jonas Köhler. “The Use of the Concept Global South in Social Science & Humanities”, Institut fürAsien- & Afrikawissenschaften, Humboldt-Universität zu Berlin, Presented at the symposium “Globaler Süden / Global South: Kritische Perspektiven” July 11 (2014).

32. Martin Hollis y Smith Steve. *Explaining and Understanding International Relations*. (New York: Oxford University Press, 1990), 7.

33. Hollis, op.cit.8. Marcela Maldonado, y José Manuel Vázquez. “Los tres Niveles de Análisis”. En *Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales*, (México: UBAP, UANL,2019)127. Kenneth Waltz. *Teoría de la Política Internacional*. (Buenos Aires: GEL1988)166. Alexander Wendt. *Social Theory of International Politics*. (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1999).

Para el tema que nos convoca a continuación, se abordarán las siguientes teorías para la explicación y comprensión de las migraciones internacionales, desde la disciplina de RRII, incorporando los dos enfoques más influyentes desde la posición epistemológica positivista en su origen y cómo sus principales postulados contribuyen a fundamentar la importancia de los temas migratorios en la disciplina. La aproximación de este trabajo es en todo momento sistémica y estructural, considerando un enfoque multi e interdisciplinar, considerando la economía política, propia de la tradición del pensamiento latinoamericano³⁴.

2.1 Ontología de las Relaciones Internacionales

Al analizar las RRII, es menester preguntarse ¿cómo observamos la realidad? ¿cómo conocemos? ¿cómo nos aproximamos a los estudios de las relaciones internacionales? ¿desde dónde observamos? Pierre Allan³⁵ sugiere remontarnos a los principios básicos para evaluar los trabajos de relaciones internacionales: “(a) su naturaleza (ontología); (b) cómo podemos conocerla (epistemología); (c) cómo podemos estudiarla (metodología); y finalmente (d) cómo debieran ser las relaciones internacionales (ética)” (2001, 77). Estas preguntas son abordadas por la epistemología, que refiere a la forma y significado por el cual conocemos algo (o creemos que conocemos) sobre el Mundo, por ejemplo, el empirismo donde se conoce a través de la observación, y cuyo marco de referencia ha orientado a las ciencias sociales³⁶.

Las RRII no han quedado ajenas a esta corriente, cuyo marco interpretativo es el pensamiento positivista y post-positivista principalmente, siendo las epistemologías alternativas al empirismo, el constructivismo, teoría crítica, postmodernismo, y feminismo. No obstante, Wendt³⁷ aboga por un constructivismo de alcance medio. El positivismo, que, dependiendo de los académicos, ha sido categorizado como epistemología o como metodología o ambas, domina la teorización en Relaciones Internacionales. Positivismo consiste en 4 suposiciones o creencias:

1. La unidad del mundo natural y las ciencias sociales.
2. Se puede dibujar una distinción analítica entre factores y valores.
3. Las regularidades existen y pueden ser identificadas en lo social, así como en el mundo natural.
4. Validación empírica o falsación (Lakatos) es el sello de la indagación real. Un mundo observable, medible y cuantificable³⁸.

34. R. Bernal-Meza, op. cit. 234.

35. P. Allan. op. cit. 77.

36. Paul Viotti, y Mark Kauppi, *International Relations Theory*, (Boston: Longman – Pearson, 201)

37. Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1999)

38. P. Viotti, op. cit. 3.

En lo referente a los aspectos ontológicos, de cómo observamos el mundo, cómo vemos u observamos la esencia de las cosas alrededor nuestro, así como las interrogantes que se plantean: por ejemplo ¿existen estructuras que influyen el comportamiento de los actores? ¿Si esas estructuras materiales consisten en armas, tropas o recursos económicos? ¿O si podemos concebir la estructura como compartir ideas, creencias o normas internacionalmente? Las respuestas a estas preguntas implican una consideración ontológica, el núcleo duro de la esencia de una tradición científica³⁹. Considerando la teoría como la manera de hacer el mundo más entendible, las teorías entonces permiten describir, explicar, predecir, dar una explicación causal basada en ciertos hechos o condiciones previas, manteniendo un núcleo duro de supuestos que las defienden⁴⁰. La teoría ayuda a encontrar patrones, guiar prácticas y proveer hojas de ruta para los tomadores de decisiones⁴¹.

Es en este contexto, donde se desarrollará sucintamente las aproximaciones teóricas del Análisis del Sistema Mundo y el realismo en vertiente “neo”, para abordar temáticas como las migraciones. Betts⁴² menciona que los estudios migratorios han permanecido en las disciplinas antropológicas, sociológicas, geográficas desde una mirada de “bottom-up”, mientras que las Relaciones Internacionales darían una aproximación al análisis desde el nivel “top-down”, desde las estructuras del macro nivel que influencia a los Estados en sus respuestas al fenómeno migratorio. En este sentido y considerando a Hollis y Smith, reiteramos una visión en ambos sentidos un sistema internacional dominante que puede condicionar las respuestas de los Estados - Nación sobre todo los más débiles, y las respuestas de sus “burocracias constituyentes” hacia el sistema, determinando su política exterior⁴³.

2.2 Discusión Paradigma Realista y Neo Realista

Carr en su influyente texto *The Twenty Years Crises 1919-1939. An Introduction to the Study of International Relations*, desarrolla una reflexión sobre el “Poder” en la política internacional, aceptando la existencia de los Estados - Nación (pequeños y grandes) formando parte de un sistema internacional en el período de entre guerras. Su argumento esboza cómo se va delineando las relaciones de poder entre la utopía y la realidad, elementos que conforman “la política” y responde a las visiones idealistas de las relaciones internacionales. Carr⁴⁴ sienta las bases del realismo político al establecer los tres principios fundacionales:

39. Allan, op. cit. 80.

40. P. Viotti, op. cit.5.

41. F. Barasuol, op. cit.

42. Alexander Betts, *Forced Migration and Global Politics*, (Oxford: Wiley-Blackwell, 2009).

43. M. Hollis, op. cit.8

44. Edward Carr, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939 An Introduction to the Study of International Relations*. (London: MacMillan,2004), 63.

1. La Historia es una secuencia de causa-efecto, que puede ser entendida mediante un esfuerzo intelectual, pero no (como piensan los utópicos) directamente de la imaginación.
2. Las Teorías no (como los utópicos creen) crean práctica, sino la práctica a la teoría.
3. Las políticas no son (como pretenden los utópicos) una función ética, sino la ética de la política.

Un elemento fundamental en su aporte a la comprensión de la política internacional es su explicación a las teorías de la moral social, las cuales son siempre el producto de un grupo dominante, y por tanto, son producto de un grupo de naciones dominantes; en palabras de Cox⁴⁵: “la teoría siempre es para alguien y para algún propósito”. Carr considera a la moralidad como producto del poder, citando a Maquiavelo. Cuestiona la postura idealista en su pretensión moral universal, siendo la armonía de intereses promovida por los grupos dominantes. Cuando los Estados persiguen su interés nacional, identifican la moralidad con bienes universales, es decir, lo que es bueno para ellos es bueno para otros países y, por lo tanto, moralmente deseable; justificando y manteniendo su posición dominante. La moral, por tanto, no es universal, es relativa⁴⁶.

Para Carr, el poder es un instrumento indispensable del gobierno y considera necesario decidir el poder político en tres categorías que determinan el Orden Mundial: el poder militar, el poder económico y el poder de opinión. Este último es destacable porque aborda la propaganda como instrumento de política exterior, de cómo los estados más poderosos hacen prevalecer sus intereses a través de la difusión de la “moralidad universal”. Lo que es moralmente deseable, no debe identificarse con lo que es económicamente ventajoso y que los intereses económicos debieran, si fuera necesario, ser sacrificados para resolver el conflicto mitigando la desigualdad. Por ello el fracaso de la Liga de las Naciones, esas elegantes superestructuras que deben esperar hasta que el progreso cabe sus cimientos⁴⁷.

Hans Morgenthau, reconoce a los Estados como los actores más importantes de la Política Internacional, la validación de la teoría en términos empíricos y pragmáticos. Propone seis principios del realismo político: i) el realismo político supone que la política, al igual que toda la sociedad, obedece a leyes objetivas que se arraigan en la naturaleza humana, y la posibilidad de una teoría racional, que explore dichas leyes; ii) el concepto de “poder” definido en términos de interés, fija a la política como una esfera autónoma de otras esferas como la económica, ética, estética, entre otras; iii) el interés, definido en términos de poder, es una categoría objetiva de

45. Robert Cox. 1987. *Production, Power and Order: Social Forces in the Making of History*. (New York: Columbia University Press, 1987), 128.

46. E. Carr op. cit. 237.

47. E. Carr op. cit. 239.

validez universal, pero no otorga al concepto un significado inmutable, otorga importancia al contexto; iv) el realismo político conoce el significado moral de la acción política, reconociendo la tensión entre los preceptos morales y los requerimientos de una exitosa acción política; v) el realismo político se niega a identificar las aspiraciones morales de una nación en particular, con los preceptos morales que gobiernan el universo, coincidente con Carr; vi) la autonomía de la esfera política⁴⁸.

La importancia de plantear algunos de los elementos desarrollados por Morgenthau es la respuesta que da Kenneth Waltz⁴⁹ incorporando un enfoque sistémico y por lo tanto, cuestionando la autonomía de la esfera política de Morgenthau. Su aporte teórico es reconocido por diferentes autores como parte del Neorrealismo o Realismo Estructural⁵⁰. Waltz complementa ese “núcleo duro” del realismo clásico con los siguientes elementos: a) Un sistema internacional anárquico, que cambia por alteraciones de la distribución de capacidades entre las naciones; b) Interdependencia e integración, manteniendo su identidad y preservando su seguridad; c) estructura y estrategia, las estructuras del sistema internacional dice cómo debieran hacer las cosas, la política exterior se encarga de hacerlas o no, las estructuras se forma por las acciones de sus unidades y, al mismo tiempo limitan su comportamiento; d) Teoría del Equilibrio de poder, éste prevalece siempre que se cumplan dos y solo dos requerimientos: que el orden sea anárquico, y que esté poblado por unidades que deseen sobrevivir, el sistema induce al equilibrio⁵¹.

2.3 Análisis del Sistema Mundo, hablando desde el “Sur Global”

Complementar la visión realista considerando algunos de sus elementos como un sistema internacional anárquico, el reconocimiento de los Estados como los actores más importantes del sistema internacional, el poder definido en términos de interés, las estructuras que condicionan el comportamiento de los estados, un mundo interdependiente, con asimetrías económicas, políticas, sociales. Adscribimos a la acepción que presenta Alexander Wendt⁵² sobre la Teoría Sistémica como variable independiente, cuando enfatiza el poder causal de las estructuras del sistema internacional para explicar el comportamiento de los Estados y cómo estas estructuras, producen diversos efectos.

48. Hans Morgenthau, *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz*, (GEL, 1948)12-22.

49. Waltz, op. cit.

50. Mónica Salomón, “La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 56: 7-52(2002)14. Arlene Tickner. *Los Estudios Internacionales en América Latina. ¿Subordinación intelectual o pensamiento emancipatorio?* (Santafé de Bogotá: Alfaomega. Colombiana-Uniandes-CEI-CESO,2002), 11.

51. K.Waltz, op. cit. 154-155.

52. Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, (Cambridge, MA: Cambridge University Press,1999).

Como Bernal-Meza plantea:

Mi concepción del mundo implica el modelo global de aprehensión del mundo internacional. Este es visualizado como un “sistema mundial” en el cual las diversas partes de la estructura están relacionadas funcional y necesariamente. Este sistema mundial y su desenvolvimiento como tal están determinados por el nivel de desarrollo capitalista histórico, lo cual avanzó desde el mercantilismo (o capitalismo comercial) configurando el Primer Orden Económico Mundial y las etapas posteriores hacia la configuración de una economía -mundo que es la etapa presente⁵³.

Aproximarse a los estudios migratorios desde la disciplina de las Relaciones Internacionales dejando de lado el Análisis de los Sistemas Mundo, sería dejar fuera un elemento primordial para comprender el fenómeno. Desde la conformación de los Estados - Nación, el factor territorial ha sido determinante en tanto su alineación en el espacio de soberanía estatal, determinando su mirada hacia afuera (política exterior) y su mirada hacia dentro (política interior), en la primera etapa de conformación en Europa Occidental, hasta cómo se va uniendo la periferia al Sistema Mundo, donde zonas no europeas se incorporan a la economía-mundo en condiciones de desigualdad, produciendo la “periferalización”⁵⁴.

Un Sistema Mundo caracterizado por una Economía -Mundo donde confluyen un mercado mundial único (economía capitalista), un sistema de múltiples Estados (que contribuye a sostener las desigualdades y ayuda a la distribución internacional del trabajo) y una estructura tripartita (Centro-Periferia y Semiperiferia), en una matriz espacio - temporal. Un Centro caracterizado por salarios altos, tecnología moderna, una economía diversificada, una periferia que combina salarios bajos, tecnología rudimentaria, economía primaria extractiva⁵⁵.

Se introduce la categoría “Sur-Global”⁵⁶, con la intención de enfatizar cómo los fenómenos de crisis económica, política y social se viven en los países incorporados a la economía-mundo a través del colonialismo y el imperialismo, sin exportar modos de producción capitalistas⁵⁷. Los países periféricos y semiperiféricos que en la actualidad reciben la denominación de “Países con economías emergentes” (Banco Mundial). Es así como las preocupaciones por el pensamiento latinoamericano en esta materia se han enfocado en el modelo de estructura

53. R. Bernal-Meza, op. cit. 230.

54. P. Taylor. op. cit. 21-23.

55. Ídem.

56. H. Pagel. op. cit.

57. La excepción a estos procesos de periferalización es Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, en cuyos países se exportaron los modos de producción de los centros, además de utilizar elementos legales para impedir la migración no europea a través de la “Fórmula Natal”. P.Taylor & Flint, op.cit.141. Como dice Carr, la legalidad es un dispositivo de coacción que está al servicio de los más fuertes, op. cit. 237.

sistémica (centro- periferia); la interpretación del desarrollo y el subdesarrollo como simultáneos históricos y procesos estructuralmente relacionados; y las propuestas para superar la condición de subdesarrollo⁵⁸.

Tomassini, propone expandir la agenda que guía el análisis de las relaciones internacionales, reconociendo los aportes del estructuralismo latinoamericano y su estrecha relación con el neorrealismo anglosajón, en tanto que ambas se centran en el poder, el interés y las fuerzas materiales. A este respecto, encontramos la crítica al parroquialismo de la disciplina en abordar ciertos fenómenos y dejar fuera otros⁵⁹. Por ello, la incorporación de fenómenos transnacionales que impacta en las políticas públicas de los países involucrados, como es el caso de las migraciones, debe ser abordado desde los elementos que brindan las Teorías de Relaciones Internacionales, por las consecuencias que tienen en las interacciones entre los “agentes” del sistema internacional.

III. LA MOVILIDAD MIGRANTE EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

3.1 Movilidad migrante

La intención de incluir la palabra “movilidad” en el título de este trabajo, toma las consideraciones realizadas por Cresswell⁶⁰ al elaborar la distinción entre el movimiento y la movilidad; movilidad como equivalente dinámico del lugar, lleno de significados y de poder. Movilidad como movimiento socialmente construido, entendido a través de 3 momentos: 1) como hecho en bruto, potencialmente observable, una realidad empírica; 2) Ideas de movilidad a través de sus estrategias de representación, construcción de significados que son, con frecuencia, ideológicos; 3) Se practica, se experimenta, se materializa. Esa movilidad que está hecha de tiempo y espacio, pero también por las estructuras de poder en el sistema internacional y sus procesos históricos. Una “Movilidad Cinética” siendo la historia del movimiento, una historia de estructuras sociales, donde la movilidad opera política y teóricamente a través de sus significados y el poder, en un largo contexto de sensación de cambio de movimiento⁶¹.

Con las ideas de la modernidad, la movilidad humana es una forma individual de libertad (Hobbes). Movilidad concebida como derecho, un derecho del ciudadano moderno, limitado por los Estados-Nación. Los Estados-Nación construidos sobre bases territoriales, estableciendo límites fronterizos, soberanos en su territorio, con diferencias en tanto poder y niveles de desarrollo: centro, periferia y semiperiferia. En materia migratoria, estas diferencias

58. Citado en R. Bernal-Meza, 2016 op. cit. 233.

59. A. Tickner (2002), op. cit. 23.

60. Timothy Cresswell. *On The Move Mobility in the Modern Western World*. (New York: London Routledge, 2006), 3.

61. El concepto de “movilidad cinética” es mencionado por Bryson en T. Cresswell, op. cit. 10.

determinan como los conceptos geográficos se estructuran y permiten las prácticas del mundo, las desigualdades traspasan los límites fronterizos y determinan los imaginarios colectivos. Movilidad que refleja la capacidad diferenciada de las personas para moverse, en relaciones de poder sistemáticamente asimétricas, limitadas por la esfera pública.

La geosofía crítica, refiere cómo se construyen los imaginarios subjetivos, que dan forma a la práctica del mundo, a la mirada de los “agentes” tomadores de decisiones, al papel que desempeña la movilidad y la inmovilidad relativa, en el imaginario geográfico de las personas, determinando quienes son bienvenidos y quienes un peligro. Estos imaginarios, no son sólo de mapas mentales coloridos, son participantes activos en el mundo de la acción. Ellos informan a los jueces, médicos, gerentes, fotógrafos, funcionarios de gobierno, abogados, planificadores aeroportuarios, y todas aquellas personas con la capacidad para moldear el mundo que vivimos, por tanto, estos imaginarios son sociales y a la vez políticos, construyendo visiones de mundo, políticas, marcos legales, destaca John Wright⁶².

Los Estados - Nación construyen sus imaginarios sobre quienes pueden y quienes no entrar a un país. Como lo señala Young: los grupos que experimentan el imperialismo cultural se han encontrado objetivados y marcados con una esencia devaluada desde afuera, por una cultura dominante que están excluidos de hacer⁶³.

La movilidad migrante conceptualmente está llena de significados de cómo concebimos el mundo y de cómo se establecen las interacciones y las relaciones de poder, una libertad de movimiento contenida por una estructura organizada en el marco de los Estados – Nación, implicadas en las jerarquías de poder en el sistema internacional. En este contexto las teorías de Relaciones Internacionales permiten dar una explicación causal de la movilidad migrante.

3.2 Relaciones internacionales y movilidad migrante

Para James Hollifield⁶⁴ las migraciones pueden ser abordadas desde la disciplina de las Relaciones Internacionales, tomando como referencia al Estado, desde tres aspectos básicos: el control, la seguridad y la incorporación. Por ello, el objeto fundamental de estudio de la realidad migratoria, desde la disciplina, son las políticas migratorias, considerando las políticas públicas en el ámbito interno, pero con claras implicaciones para las relaciones exteriores de un Estado, dado que por definición los migrantes internacionales son extranjeros, y a su vez, nacionales de otro Estado⁶⁵.

62. John Wright, “Terrea Incognitae: The Place of the Imagination in Geography”, *Annals of the Association of American Geographers*, 37, 1 (1947): 1-15. <https://www.jstor.org/stable/25612111947>, citado en Cresswell, op. cit. 21.

63. Young citada en Cresswell op. cit.191.

64. James Hollifield, “The Emerging Migration State”, *International Migration Review* 38, 3 (2004):138.

65. Adriana Orteg, *Políticas migratorias sub-nacionales en México. Evaluación de las oficinas estatales de atención a migrantes*, (Madrid España: Plaza y Valdés S.A.C.V:2012).

El trabajo de Renouvin y Duroselle (2000) sobre la Historia de las Relaciones Internacionales, aborda el tema migratorio desde los aportes de estos desplazamientos a las relaciones internacionales. Al respecto, describen por ejemplo que el poderío de un Estado se medía en término del poder relativo, así como, por la proyección de su influencia. Diversos países europeos, incentivaban la migración, tal es el caso de Gran Bretaña, con Nueva Zelanda y Australia en 1830, por su parte, Italia veían en la emigración ventajas sociales, económicas y políticas. Por ejemplo, en el aspecto social, la “...emigración disminuyó la densidad excesiva en ciertas regiones agrícolas... en las regiones industriales ... atenuó los males del desempleo”⁶⁶. Desde lo económico, las remesas coadyuvaron a mejorar las técnicas agrícolas, debido a la inversión de las familias campesinas en materiales agrícolas. En lo político, “la emigración se ha considerado una garantía de paz interior; no sólo ha servido como un exutorio para los descontentos sociales (...) sino también ha dejado fuera a ciertos adversarios del régimen o del gobierno”⁶⁷.

En sus relaciones exteriores, las emigraciones produjeron un estímulo a las exportaciones de sus países de origen, siendo además un instrumento de penetración comercial y de influencia cultural, así como de influencia política. Acorde a los autores, también trajo consigo desventajas, como la “desvitalización” un envejecimiento demográfico y una disminución de efectivos militares, disminución de la mano de obra y de la producción⁶⁸.

Ahora bien, para el caso de los países de llegada, “Cada Estado es libre de reglamentar la entrada de los extranjeros en su territorio”, el artículo 15 del pacto de Sociedad de Naciones confirmaba este principio. Los países receptores fueron principalmente los Estados en América, que recibieron el 95% de los emigrantes europeos, activando las economías de Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, tanto agrícola como industrial. En los informes publicados en 1911 por la Comisión Norteamericana de Inmigración, el gobierno federal comentó que “... la mano de obra abundante era indispensable para mantener el ritmo de crecimiento industrial y para fomentar la prosperidad económica”⁶⁹.

Sobre las consecuencias sociales, la nueva mano de obra por su sola presencia obstaculiza o disminuye el alza de salarios. Esto no tuvo grandes repercusiones en el sector agrícola, porque los campesinos que llegaron eran peones, pero sí en la industria. Sobre las consecuencias políticas, la migración podría ser una amenaza para la cohesión nacional:

66. Renouvin, op. cit. 51.

67. *Ibidem* 51-52.

68. *Ibidem* 54

69. *Ibidem* 57.

...En los Estados Unidos la cuestión se planteó a partir del momento en que, en 1895, la ola de inmigración estaba formada en su gran mayoría por italianos o eslavos, menos cultivados que los alemanes o los escandinavos: a estos recién llegados les costaba trabajo aprender la lengua inglesa y sobre todo adaptarse a las instituciones liberales y democráticas” (60)⁷⁰.

Renouvin y Duroselle, relatan una serie de ejemplos de litigios internacionales relacionados con movimientos migratorios: a) el caso de la libertad de inmigración (1890 y 1939), en el Transvaal en Túnez, en Manchuria y en Palestina, la libertad de inmigración provocó controversias diplomáticas o conflictos armados, el caso de los “Boers vs uitlanders” (1884 en Transvaal), en 1899, el gobierno británico decidió apoyar, la protección de los uitlanders fue la oportunidad de llevar a cabo un propósito de dominación motivado por intereses económicos, políticos y financieros; b) El caso de las restricciones a la inmigración: la Ley de 1921 decretada en Estados Unidos para prohibir la migración china y posteriormente en 1924, a los japoneses. Los mismos pasos siguieron Canadá, Nueva Zelanda, Australia. Los japoneses sintieron el agravio por rebajar a Japón “a un rango inferior a cualquier pueblo europeo”, sufriendo un atentado contra su honor nacional⁷¹.

Por tanto, los autores argumentan que los temas migratorios, vistas como fuerzas demográficas, no alteraron en el siglo XIX y principios del XX las relaciones internacionales. Sin embargo, el contexto ha cambiado y los países han endurecido las restricciones de movilidad selectivamente. Nuestro argumento es que, en la actualidad, la movilidad migrante es un tema prioritario en las relaciones internacionales, al presionar a los agentes del sistema en la toma de decisiones, condicionados por la estructura de poder. Una migración de un “sur global” hacia los centros de poder mundial, como consecuencia de los procesos históricos del sistema mundo y su estructura de poder.

Edward Said⁷² refleja el contexto mundial al afirmar que es en una de las características más infelices de la época es haber producido más refugiados, migrantes, personas desplazadas y exiliados que nunca antes en la historia, la mayoría de ellos como acompañamiento e, irónicamente, después de la gran poscolonialidad y conflictos imperiales. A medida que la lucha por la independencia produjo nuevos estados y nuevas fronteras, también produjo vagabundos sin hogar, nómadas, vagos, no asimilados a las estructuras emergentes del poder institucional, rechazados por el orden establecido para su intransigencia y rebeldía obstinada.

70. *Ibidem* 60.

71. *Ibidem* 69.

72. E. Said citado en Cresswell, op.cit.63.

Las Relaciones Internacionales, pueden y deben abordar estas temáticas desde una perspectiva neorrealista, que sea complementada con los aportes de la Teoría de Sistemas -Mundo⁷³, observando los diversos elementos relacionados en este fenómeno como: los Estados “nación”, la soberanía, el territorio, las fronteras, las relaciones de poder, las desigualdades espaciales, la gobernabilidad migrante, entre otras⁷⁴.

Las RRII expandieron su foco empírico en temas de guerra y paz, en temas de seguridad, dejando de lado la migración forzada, los desplazamientos, que tienen una especial relevancia al abordar asuntos relacionados con la cooperación internacional, la globalización, los bienes públicos globales, etnicidad, nacionalismo, soberanía, organizaciones internacionales, interdependencia, seguridad, regionalismo, relaciones Norte-Sur. Por tanto, tomar el tema migratorio como corriente de estudio de las RR II, tiene el potencial de ampliar el marco teórico de las contribuciones a la disciplina. Los estudios migratorios han estado predominantemente en las disciplinas de antropología, sociología, geografía, y derecho, analizando el desplazamiento en sus causas y consecuencias “bottom-up”, mientras que la disciplina de relaciones Internacionales daría una aproximación de análisis desde el nivel “top-down”, desde las estructuras del macro nivel que influencia a los Estados en sus respuestas a la migración⁷⁵.

La aplicación de esta teoría permitiría incursionar en la frontera del conocimiento con una mirada desde el sur, donde puede probar sus conceptos centrales, como lo plantea Betts⁷⁶:

[traducción propia] La migración forzada ofrece un terreno empírico relativamente inexplorado dentro del cual la teoría de las RRII puede probar y desarrollar sus conceptos centrales, mientras que la teoría de las RRII puede contribuir a explicar por qué los estados responden a la migración forzada como lo hacen, al tiempo que arroja luz sobre aspectos de las causas y consecuencias de la migración forzada (18).

Por ejemplo, Adamson y Tsurapas⁷⁷ propone utilizar como concepto la “Diplomacia Migratoria”, para observar, cómo los flujos migratorios pueden llevar a negociaciones políticas y a ser una fuente de poder para los países en vías de desarrollo o si, por el contrario, necesitan subordinar su agenda nacional o internacional para fenómenos sociales como es la migración.

Se asume que esta movilidad, surge como consecuencia de las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas específicas, que movilizan el trabajo mediante la creación de

73. P. Taylor, op. cit.

74. A. Betts. op. cit. Heather Johnson, *Immigration and International Relations*, (Oxford: Bibliographies, 2017).

75. Betts, op. cit. 3.

76. *Ibidem*. 18.

77. F. Adamson. op. cit.

desigualdades geográficas de riqueza y oportunidades⁷⁸. Estas desigualdades se ven reflejadas en el trato a los migrantes, cuyo origen determina las posibilidades de inserción, integración, asimilación o rechazo por parte de la sociedad local, como menciona Sassen⁷⁹“... la racialización del forastero, del “otro”. El “otro” se representa, se estereotipa como alguien procedente de una raza y de una cultura distinta”.

Es desde esta perspectiva, que se puede explicar cómo se genera la desigualdad entre los pueblos. El “pueblo” o “raza”, se ha utilizado para legitimar la desigualdad material y política. Como señala Taylor y Flint, la “raza” como producto de la expansión del sistema-mundo moderno. Al incorporar zonas no europeas a la economía-mundo, los pueblos no europeos fueron integrados a la periferia, de tal manera que la división del trabajo quedó distribuida en un centro blanco y una periferia no blanca “Hablando en términos más generales, la ideología del racismo ha legitimado en el transcurso de la economía – mundo las desigualdades existentes entre los pueblos”⁸⁰.

IV. CONCLUSIONES

Las Relaciones Internacionales se deben a los fenómenos sociales transnacionales. La demanda que se hace por una apertura en la agenda internacional del “Sur Global” que permita una aproximación a los diversos fenómenos es inminente. Desde las “Américas” se necesita un diálogo que incluya las teorías desarrolladas en el Norte, con las del Sur, que conceda abordar problemas transnacionales desde la multi e interdisciplinariedad y, ¿por qué no? desde la investigación transdisciplinaria en un futuro cercano. La aproximación desde el Análisis de los Sistemas Mundo, otorga una visión sistémica a la movilidad migrante como fenómeno mundial que responde a fuerzas históricas y estructurales que determinan el Sistema Internacional.

Cuando hablamos desde el campo de los Estudios Americanos, desde un punto de vista sistémico, se observa cómo lo que sucede en una parte del mundo, tiene consecuencias en otra y los procesos que creemos únicos, con sus especificidades, se reproducen en otras partes del mundo. Procesos que responden al avance de la Economía - Mundo incorporando zonas no europeas al sistema en condiciones de desigualdad, esa desigualdad que provoca la movilidad migrante, el racismo, ciudadanos de primera y “extranjeros”. Se construyen imaginarios subjetivos de la otredad, esa otredad como peligrosa, amenazante, diferente. Esos imaginarios permean las políticas públicas tanto nacionales como internacionales y deben ser estudiados por las Relaciones Internacionales, es su oportunidad.

78. Fligstein, Portes y Walton, Cheng y Bonacichi, Morawska, citado en Massey, op. cit. 247.

79. Saskia Sassen, *Inmigrantes y Ciudadanos*, (Madrid España: Siglo XXI,2013), 183.

80. P.Taylor. op. cit. 31.

REFERENCIAS

- ACNUR. “Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR y OIM”, 7 de junio de 2019. <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html>.
- Adamson, Fiona B. “Crossing Borders: International Migration and National Security” *International Security* 31,1 (2006): 165-99. <https://doi.org/10.1162/isec.2006.31.1.165>.
- Adamson, Fiona B, y Gerasimos Tsourapas. 2019. “Migration Diplomacy in World Politics”. *International Studies Perspectives* 20 (2): 113-28. <https://doi.org/10.1093/isp/eky015>.
- Allan, Pierre. “Ontología y Explicaciones en la Teoría de las Relaciones Internacionales”. *Revista de ciencia política, Santiago* (2001) Vol. XXI, No1. <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/7118>.
- Aradau, Claudia. “The Perverse Politics of Four-Letter Words: Risk and Pity in the Securitisation of Human Trafficking” 33 (2) (2004): 251-277. <https://doi.org/10.1177/03058298040330020101>.
- Barasuol, Fernanda, y André Reis da Silva. “International Relations Theory in Brazil: Trends and Challenges in Teaching and Research”. *Revista Brasileira de Política Internacional* 59, 2 (2016). <https://doi.org/10.1590/0034-7329201600205>.
- Bernal-Meza, Raúl. “Aportes Teórico- Metodológicos Latinoamericanos Recientes al Estudio de las Relaciones Internacionales”. *Revista de Historia Actual* Vol. 4, Núm. 4 (2006): 227-38. <https://historia-actual.org/Publicaciones/index.php/rha/article/view/381/775>.
- Bernal-Meza, Raúl. “Contemporary Latin American Thinking on International Relations: Theoretical, Conceptual and Methodological Contributions”. *Revista Brasileira de Política Internacional* 59 (1) (2016). <https://doi.org/10.1590/0034-7329201600105>.
- Betts, Alexander. 2009a. *Forced Migration and Global Politics*. Oxford: Wiley-Blackwell. <https://doi.org/10.1002/9781444315868>
- Carr, Edward. *The Twenty Years' Crisis 1919-1939 An Introduction to the Study of International Relations*. London: MacMillan, 2004.

- Cox, Robert. *Production, Power and Order: Social Forces in the Making of History*. New York: Columbia University Press, 1987.
- Cresswell, T. *On The Move Mobility in the Modern Western World*. New York: London Routledge, 2006.
- Dauvergne, Catherine. “Security and Migration Law in the Less Brave New World” *Social and Legal Studies* 16,4 (2007): 533-549.
<https://doi.org/10.1177/0964663907082734>.
- DHS. s. f. “Homeland Security”. <https://www.dhs.gov/history>.
- Ghezelbash, Daniel. “Hyper-Legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees”. *The American Journal of Comparative Law*, 3 (2020): 479-516. ISSN 0002-919X.
- Guild, Elspeth. *Security and Migration in the 21st Century*. Cambridge, UK: Polity, 2009.
- Held, D., A. McGrew, D. Goldblatt, y J. Perraton. *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*. In: Pierson C., Tormey S. (eds) *Politics at the Edge*. Political Studies Association Yearbook Series. h. London: Palgrave Macmillan, 2000.
- Hollifield, James. “The Emerging Migration State”. *International Migration Review* 38 (3) (2004): 885-912.
- Hollis, Martin, y Smith Steve. *Explaining and Understanding International Relations*. New York: Oxford University Press, 1990.
- Huysmans, Jeff. “European Union and Securitization of Migration” *Journal of Common Market Studies* 38,5 (2000): 751-77.
<https://doi.org/10.1111/1468-5965.00263>
- Inoue, Cristina, y Arlene Beth Tickner. “Many Worlds, Many Theories?” *Revista Brasileira de Política Internacional* N°59 (2016).
<https://doi.org/10.1590/0034-7329201600201>.
- Johnson, Heather L. “Immigration and International Relations”. Oxford Bibliographies. 2017. <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0204.xml>
- Koser, Khalid. *International Migration: A Very Short Introduction*. 2.a ed. Inglaterra: Oxford University Press, 2016. <https://doi.org/10.1017/S2753906700001728>

- Maldonado, Marcela, y José Manuel Vázquez. “Los tres Niveles de Análisis”. En *Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales*, ed. por Rafael Velázquez, Jorge Schiavon, Luis Ochoa y David García, 127-34. México: UBAP, UANL, 2019
- Massey, Douglas S. *Comprender las Migraciones Internacionales. Teoría, Práctica y Políticas Migratorias*. Barcelona, España: Ediciones Bellaterra, 2017.
- Morgenthau, Hans. *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz*. GEL, 1948.
- Noboa González, María Fernanda. “Transdisciplinariedad investigativa: una apuesta en construcción para las Relaciones Internacionales e inteligencia”. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 22, (2018): 24-40.
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/5526/552656478006/html/index.html>
- Ortega, Adriana. *Políticas migratorias sub-nacionales en México*. Evaluación de las oficinas estatales de atención a migrantes. Madrid España: Plaza y Valdés S.A.C.V., 2012.
- Ortiz, Eduardo. *El Estudio de las Relaciones Internacionales*. México D.F.:2da ed. Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Pagel, Heike, Karen Ranke, Fabian Hempel, y Jonas Köhler. “The Use of the Concept Global South“ in *Social Science & Humanities*”. *Institut für Asien- & Afrikawissenschaften, Humboldt-Universität zu Berlin*. Presented at the symposium “Globaler Süden / Global South: Kritische Perspektiven” July 11 (2014). https://www.academia.edu/7917466/The_Use_of_the_Concept_Global_South_in_Social_Science_and_Humanities.
- Pereira, Juan Carlos. *Historia de las Relaciones Internacionales*. Barcelona, España: Ariel, 2001.
- Renouvin, Pierre, y Jean-Baptiste Duroselle. *Introducción a la Historia de las Relaciones internacionales*. 1a Edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 <https://es.scribd.com/document/342938992/Duroselle-J-B-Renouvin-P-2000-Introduccion-a-la-historia-de-las-Relaciones-internacionales-pdf>.
- Rojas, A.G. “No es una Caravana (de migrantes), es un éxodo”: las razones de los cientos de hondureños que siguen los pasos de los que ya caminan a México”. *BBC Mundo*, 25 octubre 2019, edición.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45978111>.

- Rosenberg, Justin. “International Relations in the Prison of Political Science”. *International Relations* 30 (2) (2016): 127-53.
<https://doi.org/10.1177/0047117816644662>.
- Salomón, Mónica. “La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* N° 56 (2002): 7-52.
- Sassen, Saskia. 2013. *Inmigrantes y Ciudadanos*. Madrid España: Siglo XXI.
- Taylor, Peter, y Colin Flint. *Geografía Política. Economía-Mundo, Estado-Nación y Localidad*. 1a ed. Trama Editorial, 2002
- Tickner, Arlene Beth. *Los Estudios Internacionales en América Latina. ¿Subordinación intelectual o pensamiento emancipatorio?* Santafé de Bogotá: Alfaomega. Colombiana-Uniandes-CEI-CESO, 2002
- Trucco, Florencia. “Migrantes intentan cruzar a la fuerza la frontera entre Perú y Chile, reporta la televisión estatal peruana” *CNN en Español*, 27 de abril 2023.
<https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/27/migrantes-frontera-peru-chile-orix/>
- Velázquez F., Rafael, Jorge A. Schiavon, Luis Ochoa B., y David García. “El Surgimiento y Desarrollo de la Disciplina de las Relaciones Internacionales”. En *Introducción al Estudio de las Relaciones Internacionales. 100 años de disciplina*, ed. por Rafael Velázquez, Jorge A. Schiavon, Luis Ochoa B. y David García, BUAP, UANL, 2019.
https://www.researchgate.net/publication/337798374_El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_disciplina_de_las_Relaciones_Internacionales.
- Viotti, Paul R, y Mark Kauppi. 2012. *International Relations Theory*. Boston: Longman - Pearson.
- Waltz, Kenneth. 1988. *Teoría de la Política Internacional*. Buenos Aires: GEL.
- Wendt, Alexander. 1999. *Social Theory of International Politics*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.

RECIBIDO: 04/07/2023

APROBADO: 04/10/2023

Inteligencia Artificial vs. Identidad personal y humana: Algunas Reflexiones ético-jurídicas

Artificial Intelligence vs. Personal and Human Identity. Some Ethical-Legal Reflections

Gladys S. Rodríguez Estela* <https://orcid.org/0000-0003-0063-1411>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2519>

* Universidad del Zulia. Abogada, Magister en Planificación y Gerencia de Ciencia y Tecnología. Doctora en Derecho. Postdoctora en Gerencia de las Organizaciones. Docente de Pregrado y Postgrado e Investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Estado Zulia- Venezuela.
Correo: gr1970ve@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.



Yacumama. Óleo al agua de oro de 23 kt sobre madera, 76 cm x 56 cm
David Hewson (EEUU 1966)
www.davidhewsonart.com

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo exponer el origen, naturaleza, definición, funcionamiento y etapas de desarrollo de la Inteligencia artificial (IA), resaltando los retos y desafíos que la misma significa, hasta reflexionar en torno al impacto que en la identidad y dignidad humana esta tecnología posee. Para ello, se sigue una metodología teórica descriptiva-explicativa que permite analizar la relación entre la ciencia cognitiva con la IA, describiendo la dialéctica que significa el fenómeno de la tecnologización de la mente y la humanización de la máquina, diferenciando la inteligencia natural de la artificial, explicando el proceso de automatización así como el papel fundamental que juega la plasticidad del cerebro en el desarrollo de la IA, haciendo la advertencia del peligro de llegar así a la automaticidad vaciada de toda autonomía. La investigación tiene una base doctrinaria: McCarthy (2007), Expertos en IA de la Comisión Europea (2021), Kaplan y Haenlein (2019), Cáceres Nieto (2010), Abarca (2021), Smink (2023), Iglesias (2021) Gudin (2020), Porcelli (2021), De Asís (2022), Llano, (2022), entre otros. Finalmente, se concluye que la IA involucra transformaciones radicales para la humanidad, entre otras, surgimiento de nuevos derechos, previo a exponer algunas reflexiones ético-jurídicas.

Palabras Claves: *inteligencia artificial, identidad y dignidad humana, nuevos derechos, reflexiones ético-jurídicas.*

ABSTRACT

The work aims to expose the origin, nature, definition, operation and stages of development of Artificial Intelligence (AI), highlighting the challenges that it means, until reflecting on the impact that this has on human dignity and integrity technology owns. For this, a descriptive-explanatory theoretical methodology is followed that allows analyzing the relationship between cognitive science and AI, describing the dialectic that means the phenomenon of the technologization of the humanization of the machine, differentiating natural intelligence from intelligence artificial, explaining the automation process as well as the fundamental role played by the plasticity of the brain in the development of AI, warning of the danger of thus reaching automaticity emptied of all autonomy. The research has a doctrinal basis: McCarthy (2007), Expertos en IA de la Comisión Europea (2021), Kaplan y Haenlein (2019), Cáceres Nieto (2010), Abarca (2021), Smink (2023), Iglesias (2021) Gudin (2020), Porcelli (2021), De Asís (2022), Llano, (2022), among others. Finally, it is concluded that AI involves radical transformations for humanity, including the emergence of new rights, prior to exposing some ethical – legal reflections.

Keywords: *artificial intelligence, identity and human dignity, new rights, ethical-legal reflections.*

I. INTRODUCCIÓN

En pocos campos como en el relacionado con la Inteligencia Artificial (IA en adelante) hallamos que los muros entre el cosmos de la matemática abstracta y su corolario de algoritmos y el mundo de la realidad se estremezcan. Hoy por hoy, según Gudín Rrodríguez -Magariño¹, “quien domina los algoritmos puede interferir en todas las esferas de la vida, de tal modo que la vida humana del denominado *homo digitalis* ya no puede ser comprendida sin la tecnología”. Al adoptar la tecnología, se ha abierto una caja de pandora de incalculables consecuencias² y al Derecho le toca la titánica tarea de instaurar barreras en orden a conservar la individualidad y la dignidad del ser humano.

Al mismo tiempo los economistas afirman que la humanidad se encuentra atravesando una Cuarta Revolución Industrial, llamada también Industria 4.0 (término utilizado por primera vez en la Feria de Hanover, Alemania, en el año 2011), continuadora de los otros tres procesos históricos transformadores³: Esta Industria 4.0, no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí mismas, sino por la completa digitalización de las cadenas de valor a través de la integración de tecnologías de procesamiento de datos, *software* inteligente y sensores. Gracias a internet, a los sistemas ciberfísicos y a las redes virtuales con posibilidades de controlar objetos materiales, se han ido modernizando las plantas fabriles hasta transformarlas en fábricas inteligentes⁴.

1. Faustino Gudín Rrodríguez-Magariños, “El Libro blanco de la Comisión Europea o el intento de lograr el humanismo”, Revista de Investigación *Análisis Jurídico - Político*, es una publicación científica de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), Vol.2 Núm.3, Sección temática: inteligencia artificial (enero - junio de 2020), 117.

2. Joan Majó Roca, *Chip, cables y poder: la clase dominante en el siglo XXI*, (Barcelona-España, Planeta, 1997), 36.

3. Debe recordarse que la Primera Revolución Industrial (entre 1760 y 1830) marcó la transición de la producción manual a la mecanizada, la Segunda- alrededor de 1850- introdujo la electricidad y permitió la manufactura en masa y la Tercera, a mediados del siglo XX, denominada la Revolución Digital, basada en el uso de tecnologías de información para automatizar aún más la producción.

4. Valeria Perasso, “Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos),” *BBC Mundo*. (2016), acceso 13 de marzo de 2023 <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834,amp>.

Lo anterior puede simplificarse como una producción industrial en la que todos los productos y máquinas están interconectados entre sí digitalmente. Las nuevas tecnologías y enfoques están fusionando los mundos físico, digital y biológico de manera que transformarán a la humanidad en su esencia misma, de allí lo novedoso.

Algo semejante ocurre en el ámbito social, debido a que el siglo xxi viene acompañado de una ola creciente de optimismo tecnológico que se refleja no solo en los avances de tipo económico, sino que se están generando cambios sociales, impulsados por corrientes de pensamiento futuristas que apuestan por escenarios poshumanistas y cuasi deterministas, más allá de una simple utopía.

En un análisis histórico del avance de las tecnologías desde el inicio de la civilización, se puede observar cómo a partir de finales del siglo xix el ritmo de aparición de nuevas tecnologías con impacto transformador en la sociedad y en la economía ha sido creciente, alcanzado en la actualidad un ritmo exponencial.

En la actualidad, y según algunos autores como: Abarca⁵; Porcelli⁶; Palomo⁷; Fuster⁸; Smink⁹ (2023), entre otros; consideran que el período de evolución exponencial se está produciendo por la convergencia de las llamadas tecnologías emergentes: Nanotecnología, Biotecnología, Tecnologías de la Información y Tecnologías Cognitivas (NBIC en adelante). Estas tecnologías están suscitando la promesa de numerosos avances tanto a nivel técnico como social, planteando la aparición de nuevos escenarios de crecimiento y progreso que supondrán desafíos importantes para la humanidad.

En el presente trabajo se hará especial referencia, primeramente, a comprender el alcance y significado de las ciencias cognitivas que han desarrollado sistemas cognitivos basados en IA, evidenciándose la influencia que los hallazgos en este ámbito han significado para el desarrollo

5. Jesús A. Abarca S. “Reflexiones sobre Inteligencia Artificial y Derecho”, 2021, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 159 (septiembre – diciembre 2022): 1-14.

6. Adriana, M. Porcelli, “La Inteligencia Artificial y la Robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos”, en: *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 16, VI (noviembre 2020 – febrero 2021): 49-105.
<https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>

7. Ricardo Palomo, “Metaverso: nuevos mundos para la exploración de la metasociedad y la metaeconomía”, en: *Revista Telos. Sección Economía Digital* (15 de febrero de 2022). Acceso el 03 de marzo de 2022 <https://telos.fundaciontelefonica.com/metaversos-nuevos-mundos-para-la-exploracion-de-la-metasociedad-y-la-metaeconomia/>

8. Miguel Fuster, “Utopía o Distopía digital: consecuencias éticas de la irrupción de la IA”. En: *Blog iti.es*: (2019). Acceso el 23 de junio de 2023.
<https://www.iti.es/blog/utopia-distopia-digital-consecuencias-eticas-irrupcion-ia/>

9. Verónica Smink, “Las 3 etapas de la Inteligencia Artificial: en cuál estamos y por qué muchos piensan que la tercera puede ser fatal” 2023, en: *BBC News Mundo*. Disponible en:
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-65617676> Consultado 31 de mayo de 2023.

de este tipo de tecnología. Se describe por una parte, cómo a través de las máquinas se pretende superar el funcionamiento cerebral y, por otra, con la ayuda de las ciencias cognitivas comprender la naturaleza de ese pensamiento, percepción y comportamiento humano; de cualquier forma se trata de analizar si se está produciendo una tecnologización de la mente y no una humanización de la máquina, exponiendo desde la doctrina lo que semejante tesis puede significar cuando se contrasta la inteligencia natural con la artificial. En segundo lugar, se expondrán algunos conceptos básicos de IA, hasta llegar a su definición por parte de varios autores, describiendo cómo funciona y cuál es el proceso o fases por las cuales ha atravesado su desarrollo y que determinan su clasificación. Seguidamente, el tercer aspecto, aborda el progreso acelerado que causan las tecnologías emergentes disruptivas, en particular la IA, capaces de presentar un escenario ideal bajo la perspectiva trans y post humanista, a la vez que se alerta sobre la perspectiva distópica de esta tecnología, al describirse serios problemas durante el paso del *homo sapiens al homo excelsior*¹⁰. Finalmente, resulta indiscutible que el desarrollo de la neurotecnología ha propiciado mejores condiciones de vida humana a corto, mediano y largo plazo, haciendo que surjan nuevos derechos, denominados “neuroderechos”, que requerirán de la creación de un marco jurídico específico con el fin de garantizar su respeto y protección.

II. TECNOLOGIZACIÓN DE LA MENTE VS. HUMANIZACIÓN DE LA MÁQUINA. UNA APROXIMACIÓN A LA IA

En el día a día, conózcase o no su nombre en la jerga tecnológica, todos han interactuado alguna vez con sistemas cognitivos o la denominada computación cognitiva que comprende la inteligencia artificial. ¿Quién no ha llamado a un *call center* y le ha saltado una voz automática en la que tiene que describir el problema o propósito de su llamada?, ¿quién no ha navegado por una página de internet o *web site* en la que se abre un chat, te saluda y pregunta si te puede ayudar en algo? Netflix hace recomendaciones basada en los gustos, Amazon recomienda productos que podrían interesar a sus usuarios. Todos estos ejemplos poseen sistemas cognitivos.

Los sistemas cognitivos, según la Revista UNIR¹¹ “son sistemas basados en tecnologías de Inteligencia Artificial que los dotan de una capacidad de aprendizaje y entendimiento simulando el comportamiento del cerebro humano”

10. Una especie posthumana superior a la nuestra, formada por seres superdotados que han sido seleccionados, diseñados y mejorados genéticamente que de acuerdo con el imaginario transhumanista dominarán el futuro posthumano y serán más felices, virtuosos, longevos, e inteligente que los humanos (exclusivos, vulnerables y defectuosos) distintos de los *ciborgs* (seres cuyo origen es humano pero que se han fusionado con máquinas) . Ver. Fernando H, Llano A, *Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del Transhumanismo*, (Madrid – España: Editorial Tirant lo Blanch 2021), 226.

11. La Universidad en Internet, (UNIR) acceso el 02 de junio de 2023, <https://www.unir.net/ingeniería/revista/sistemas-cognitivos/>

La inteligencia cognitiva de estos sistemas es una parte importante de la IA, es por ello que se entiende como la tecnología o un conjunto de técnicas de IA aplicadas en *webs, bots, apps*, etc., las dotan de la capacidad de entender las necesidades de las personas mediante la utilización del lenguaje humano, y de esta manera, facilitar, mejorar y hacer más eficiente la calidad de los servicios.

Así se consigue ayudar a las personas en la toma de decisiones mediante la aportación de información fundamentada en el análisis de grandes volúmenes de datos (*big data*) y útil para la automatización de tareas, en especial de tipo rutinario.

Las técnicas de IA en las que se apoyan los sistemas cognitivos son: el *Machine Learning*¹², *Data Mining*¹³, identificación de patrones de comportamiento o el denominado procesamiento de lenguaje natural.

La principal característica de estos sistemas es que aprenden a medida que van operando, con base a la información de la que disponen.

En consecuencia, se revisarán sus características siguiendo la Revista UNIR, a continuación:

- * Flexibilidad o Plasticidad: el sistema debe ser capaz de adaptarse a cualquier situación, recopilar los datos y entender las necesidades.
- * Interactividad: los humanos deben poder interactuar de manera sencilla y natural con el sistema, al igual que lo harían con otra persona.
- * Capacidad de Análisis: la información que recibe el sistema debe ser suficiente, fiable y de calidad para que sean capaces de determinar los problemas o necesidades y, si no es así, que sean capaces de plantear las preguntas adecuadas para ello.

12. *Machine Learning* Aprendizaje automático es una subcategoría de inteligencia artificial. Consiste en dejar que los algoritmos descubran “patterns” es decir, patrones recurrentes en conjuntos de datos. Esos datos pueden ser número, palabras, imágenes, estadísticas, etc. Al detectar patrones en esos datos, los algoritmos aprenden y mejoran sus rendimientos en la ejecución de una tarea específica. Se trata de un ícono de innovación de principios del siglo xxi. Por ejemplo, los sistemas de recomendación de Netflix, Youtube y Spotify utilizan esta tecnología. Los vehículos autónomos también el aprendizaje automatizado, acceso el 02 de julio de 2023, <https://datascientest.com/es/machine-learning-definición-funcionamiento-usos>

13. También conocida como descubrimiento de conocimiento en datos, es el proceso de descubrir patrones y otra información valiosa de grandes conjuntos de datos. Esta técnica ayuda a transformar los datos sin procesar en conocimiento útil. La técnica que sustenta estos análisis se puede dividir en dos categorías principales: pueden describir el conjunto de datos de destino o pueden prever los resultados mediante el uso de algoritmos de machine learning. Es un método que permite organizar y filtrar datos, y revelan la información más interesante. Acceso el 02 de julio de 2023, <https://ww.ibm.com/mx-es/topics/data-mining>

* Contextualización: el sistema debe entender y comprender el contexto de la comunicación, como, por ejemplo, significado, sintaxis, tiempo, ubicación, entre otros aspectos.

Como se puede deducir de las características antes referidas, los sistemas cognitivos o la computación cognitiva, se centra en imitar el comportamiento y razonamiento humano para resolver problemas complejos, de allí, que uno de sus componentes es la IA, siendo este el inicio de la denominada inteligencia artificial.

Ahora bien, los desarrolladores de IA han comprendido que se debe avanzar en estos sistemas y, no sólo reproducir o emular el razonamiento humano, sino ir más allá y, con la utilización de los hallazgos de la ciencia cognitiva, se podrá concretar una IA más avanzada. Por tal situación, progresivamente, se ha implementado una interrelación cada vez más intensa entre hombre y máquina a través de la IA. Las investigaciones en IA, toman como patrón al cerebro humano con sus funciones cognitivas y conductuales y, trata de superarlo; mientras que la Ciencia Cognitiva que es parte de la Neurociencia, busca comprender la naturaleza del pensamiento, la percepción y el comportamiento humano. Se centra en la estructura del cerebro y las regiones que se activan cuando las personas se involucran en diversas tareas. De allí, que los hallazgos en esta área científica son de suma importancia para los desarrolladores de IA, que si bien han logrado reproducir un razonamiento artificial; en la actualidad se busca que además puedan captar la empatía humana y representarla. La IA trata de desarrollar resolución de problemas, pero con creatividad y toma de decisión; cada vez con mayor información con menor cantidad de material y tiempo.

En efecto, las ciencias o tecnologías cognitivas tal y como se conocen hoy, configuran el estudio de la cognición humana visto a la luz del modelo del computador. Es el estudio científico de la mente y del cerebro basado en un enfoque sistémico de carácter multidisciplinario que incluye la neurociencia, la psicología cognitiva, la lingüística, la filosofía de la mente y la inteligencia artificial. Se enfoca en comprender las facultades cognitivas como: la conciencia, la percepción y la emoción, la atención, la memoria, el razonamiento, la conducta, la comunicación y el lenguaje¹⁴.

En todo caso Stiegler señala: “La consecuencia de esto es que el concepto de máquina abstracta exportado desde el dominio matemático en el que es elaborado hacia un contexto tecnológico donde es reemplazado constituye un vector heurístico original y fecundo para la comprensión de los fenómenos cognitivos en general¹⁵”

14. Miguel Fuster, op. cit.

15. Bernard, Stiegler, *La técnica y el tiempo II: La Desorientación*”, Beatriz Morales Bastos (Trad.), (Hondarribia (Fuenterrabia) España: Editorial Hiru, 2002), 244.

Por ello, es básico comprender un poco más el alcance de las ciencias cognitivas, lo cual a su vez permite comprender el funcionamiento del cerebro y, de esta forma comprender y avanzar en el desarrollo de la IA.

Para empezar este proceso de comprensión, se parte del logro que ha significado el mapeo cerebral y el modelado según las más desarrolladas simulaciones de la tecnología digital, lo cual ha significado que el cerebro contemporáneo devenga en un cerebro digital¹⁶. Este cerebro es visto, además, como una especie de computadora neuronal que en sus complejos cálculos sigue las pautas regladas de la computación mecánica. Y así, adopta el modelo de la máquina. La moderna disciplina científica de la neurociencia computacional es el signo visible de este modo de ver las cosas, tenida por una “especialización dentro de la neurociencia teórica que emplea computadoras para estimular modelos”¹⁷, muy propia además de esta época digital¹⁸.

Como afirma Dharmendra “ha sido la fusión entre neurociencia computacional e ingeniería cibernética lo que ha dado paso a lo que los informáticos de IBM han llamado Cognitive Computing, o Computación cognitiva”¹⁹. La imagen del cerebro como una máquina y de la mente como un conjunto de procesos concebidos en términos de automaticidad se refleja aquí de forma transparente, pues lo que aquí se busca es “descubrir, demostrar y entregar los algoritmos centrales del cerebro y obtener una profunda comprensión científica de cómo la mente percibe, piensa y actúa”²⁰

A propósito de esta tarea de comprensión, también cabe desatacar el aspecto característico -antes referido- de la flexibilidad de los sistemas cognitivos, lo cual evoca la denominada plasticidad del sistema nervioso central o plasticidad nerviosa o neuronal. Que no es más que la facultad de adaptación y evolución que muestra la estructura siempre en evolución del cerebro en la fase adulta y en su capacidad de reorganizarse tras un traumatismo importante²¹. De esta manera, el cerebro plástico era imaginado como un sistema abierto que se autodeterminaba, pero que también era capaz de desafiar su propia automaticidad, el concepto neurofisiológico de

16. Joseph, Dumit, *Picturing personhood: Brain scans and biomedical identity*, (Princeton- EEUU, Princeton University Press, 2004), 272 y Morana, Alac, *Handling Digital Brains. A Laboratory Study of Multimodal Semiotic Interaction in the Age of Computers*, (Cambridge - EEUU. MIT Press. 2011), 218.

17. Morana, Alac, *Handling Digital Brains. A Laboratory Study of Multimodal Semiotic Interaction in the Age of Computers*, (Cambridge - EEUU. MIT Press. 2011), 3.

18. Thomas P, Trappenberg, *Fundamentals of Computational Neuroscience*, (New York – EE.UU: 2da Edición, Editorial Oxford University Press, 2010), 416.

19. Modha, Dharmendra S., “Cognitive Computing Pioneer”, *Technologies & Strategies That enable Research & Development R&D*, 3, 58, (2016): 62.

20. Modha Dharmendra S . op. cit. , 65.

21. Francisco Aguilar “La plasticidad en el sistema nervioso es una alteración de la estructura o la función provocada por el desarrollo, la experiencia o las lesiones” “Plasticidad cerebral Parte 1”, *Rev Med IMSS* 1, 41 (2003): 55-64.

plasticidad inspiró explícitamente a los creadores de la computadora digital en su ambición de simular la mente inteligente²² (Bates, 2016). Sin embargo, más allá de todas las implicaciones técnico-biológicas que despierta la plasticidad cerebral, lo que interesaría aquí es subrayar de esta analogía, por un lado, la radical humanización de la máquina, que puede ahora en virtud de la absorción de la plasticidad presentar una naturaleza “creativa” e impredecible, escapando al automatismo asociado a su propia naturaleza; y por otro lado, entender que la recepción de la plasticidad cerebral en el discurso filosófico-tecnológico abre vías de reflexión de importancia enorme en esta nueva era digital. Ahora el tema de la plasticidad inherente al cerebro se plantea, una vez más, pero con un acento mayor y diferente, la cuestión sobre el modo en que las tecnologías digitales pueden no solo influir en nuestro cerebro, sino, además -tal vez- modificarlo.

2.1. Inteligencia Natural - Inteligencia Artificial

En el mismo orden de ideas, con relación a la tesis que propone ir más allá de replicar simplemente la función cerebral en el tema de la IA, se ha venido proponiendo que el ser humano piensa con y a través de las tecnologías digitales, lo cual ha significado un fuerte debate que viene desde los textos de Marshall McLuhan, Friedrich Kittler o Lev Manovich²³ hasta la actualidad. La IA en este sentido, viene a significar que la inteligencia está *artificialmente* generada: no se trata de la visión tradicional que busca emular la inteligencia humana a través de la máquina artificial, sino de entender la mente humana artificialmente estimulada; no se trata por tanto de la humanización de la máquina, sino de la tecnologización de la mente, y esto es sólo posible gracias al constante y regular contacto con el dispositivo digital, que atraviesa el comportamiento humano a diario. Constantemente este comportamiento humano es sometido al algoritmo con el cambio de estatus de la tecnología digital, que avanza en la gestión de datos y determinación de conductas a una velocidad más alta de lo que las habilidades humanas son capaces de reconocer²⁴.

22. David Beates, “Automaticity, Plasticity, and the Deviant Origins of Artificial Intelligence”, en *Plasticity and Pathology: On the Formation of the Neural Subject*. (New York – EE.UU: Editorial Fordham University Press, 2016), 300.

23. Marshal MacLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*, New York – EE.UU: Editorial Mentor Series, 1964; Friedrich Kittler, A. *Discourse Networks, 1800/1900*, Metteer, Michael (trad.), Stanford – EE.UU: Editorial Stanford University Press, 1992; Lev Manovich, *The Language of New Media*, Cambridge – Reino Unido: Editorial MIT Press, 2002. Puede añadirse a la larga lista Clark, 2008; Carr, 2010; Brockmann, 2011; Hayles, 2012

24. Para muchos esta relación cotidiana con el algoritmo predictivo representa una especie de antihumanismo radical. Vid. en este sentido el trabajo reciente de Éric Sadin (2020). Nicholas Carr argumenta en su *The Shallows: What the Internet Is Doing to Our Brains* que los cambios de esta era digital vienen a disminuir nuestra capacidad de concentración, lo que a su vez propicia el pensamiento superficial y en general la disminución general de la capacidad intelectual. Una mente “vagabunda” (*mind wandering*) caracteriza la mente contemporánea, incapaz de consagrar su atención de forma duradera en la realización de una sola actividad, llevada por el impulso de consultar las muchas aplicaciones que reclaman su atención en los dispositivos electrónicos que le acompañan. Ver Nicholas, Carr, *The Shallows: What the Internet is Doing to our Brains*, (New York-EE.UU. W.W.Northon & Company,2010), 30 Se insiste así en la disciplina de la atención como la gran tarea pedagógica de este tiempo.

Tomarse en serio la IA en este sentido de la tecnologización de la mente requeriría volver a examinar una vez más la realidad de la cognición humana. Examinar cómo se usan las capacidades cognitivas, pero también cómo son adquiridas en cada caso. Y parece claro que cuanto más se trabaja con tecnologías digitales más se aprecia la capacidad de las máquinas para llevar a cabo tareas cognitivas avanzadas. En este sentido los instrumentos tecnológicos dejan de ser meros instrumentos para convertirse en extensión de los propios pensamientos; el objeto útil deja de ser solo soporte (el teclado, por ejemplo) y pasa a ser una forma ampliada de cognición, en una visión dialéctica entre agencia y pensamiento que trasciende la tradicional concepción autónoma de la mente para verla ampliada gracias a la incorporación del artefacto digital en sus procesos de cognición.

Modernamente se habla de la perspectiva de la corporeidad o encarnación material del pensamiento (*embodied perspective*)²⁵. Para Esther Thelen, conocida defensora de esta perspectiva, “la cognición depende de los tipos de experiencias que se derivan de tener un cuerpo con capacidades perceptivas y motoras particulares que están inseparablemente vinculadas y que juntas forman la matriz dentro de la cual se engranan la memoria, la emoción, el lenguaje y todos los demás aspectos de la vida²⁶”.

La perspectiva *embodied* recuerda en parte las tesis de Lévi-Strauss *La Pensée Sauvage* (1962), *La domesticación del pensamiento salvaje* (1977) de Jack Godoy o la idea de Hutchins en su *Cognition in the Wild*, para el que “la cognición humana no sólo está influenciada por la cultura y la sociedad, sino que es en un sentido muy fundamental un proceso cultural y social”²⁷. Aquí la cognición humana se revela como algo que trasciende siempre al individuo, entendido el proceso mismo de cognición como un fenómeno cultural.

En la misma línea de pensamiento, se hallan los trabajos de Bruno Latour²⁸, que cobran especial relevancia en la reflexión sobre la proyección del fenómeno tecnológico en la vida inteligente “natural”. Para este autor francés, los procesos mentales son de facto generados como resultado de la participación del individuo en una red de relaciones, en un proceso que trasciende las facultades cognitivas y que además conoce instancias humanas y no humanas.

25. Uno de los primeros trabajos en proponer el enfoque de la cognición *embodied* en las ciencias cognitivas fue el trabajo colectivo del mencionado neurólogo chileno Francisco Varela (1991).

26. Esther Thelen, “Grounded in the world: Developmental origins of the embodied mind”, *Infancy*, 1,1, (2000), 4 acceso el 02 de julio de 2023, en https://DOI:10.1207/S15327078IN0101_02

27. Edwin Hutchins, *Cognition in the Wild*, (Cambridge- Reino Unido, Editorial The MIT Press, 1995), 14.

28. Bruno Latour, “Social theory and the study of computerized work sites”, *Information Technology and Changes in Organizational Work*, 1996, ed. por W.J Orlinokowski, y Geoff, Walsham (Londres – Reino Unido, Editorial Chapman and Hall), 295-307.

Por ello, el pensador francés se ha mostrado muy crítico con la noción de inteligencia artificial. Con base en su propia “teoría del actor-red” (2005) ya venía argumentando que no hay una inteligencia natural como tal: la distinción entre una inteligencia natural situada y tácita, de las artificiales, transferibles y desencarnadas, se difumina “con la introducción de tantas tecnologías intelectuales, desde la escritura hasta los laboratorios, desde las reglas hasta los guijarros, desde las calculadoras de bolsillo hasta los entornos materiales...”²⁹

En efecto: lo que se observa es que la tecnología por un lado, aporta un enorme conocimiento y desarrollo de la inteligencia a través de lo digital, que implica una suerte de exteriorización enorme de la memoria -entre otras muchos factores que aceleran y modifican la percepción cognitiva, pero por otro lado, se debe mirar con cautela estos desarrollos en IA, debido a que puede arruinar la capacidad crítica del ser humano y caer en la automaticidad de su propia autodeterminación -entre otras razones por verse conducido de forma exponencial por la predicción algorítmica, que condiciona y a menudo determina cada vez más de sus decisiones tanto de su parcela privada como de la vida pública³⁰.

Se llega así peligrosamente a la automaticidad vaciada de toda autonomía. Y ciertamente “sería un día triste si los seres humanos, al adaptarse a la revolución informática, se volvieran tan perezosos intelectualmente que perdieran el poder del pensamiento creativo.”³¹

En este sentido, hay que tener mucho cuidado pues “cuanto más se han automatizado las ideas, (...) menos se ven en ellas pensamientos con significado propio. Se consideran cosas, máquinas. El lenguaje parece estar reducido a una herramienta más del gigantesco aparato de producción de la sociedad moderna.”³²

II. IA: DEFINICIÓN. FUNCIONAMIENTO Y ETAPAS DE DESARROLLO

Allan Turing, considerado el padre de la IA, fue quien señaló que “una máquina podría imitar el comportamiento de la mente humana”³³. Pero no fue hasta la conferencia de Dartmouth en 1956, en donde se acuñó por primera vez el concepto de IA bajo la premisa que “todo aspecto de aprendizaje o cualquier otra característica de inteligencia puede ser definido de forma tan precisa que puede construirse una máquina para simularlo”³⁴.

29. Bruno Latour, op.cit, 301.

30. Alejandro Huergo L, “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en *La regulación de los algoritmos*, ed. por Alejandro Huergo Lora (Director) y Gustavo M Díaz González (Coordinador) (Oviedo-España. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2020), 23-87.

31. Martin Gardner, *Aha! Insight* (EE.UU, Editorial Freeman &Co, 1978), 256.

32. Max Horkheimer, *The eclipse of reason*, (New York – EE.UU: Editorial The Seabury Press, 1974), 15.

33. A. M. Turing, “Computing Machinery And Intelligence”, *Mind* 49: 433-460, acceso el 02 de julio de 2022, <https://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>

34. Esta conferencia, denominada en su momento como “Dartmouth Summer Research Conference on Artificial Intelligence”, contó entre sus organizadores con mentes de la talla de Marvin L. Minsky y Claude E. Shannon, y en ella participaron, entre otros, Herbert Simon y Allen Newell. Cfr. Villena Román, Julio, Crespo García, Raquel M., García Rueda, José Jesús, “Historia de la Inteligencia Artificial”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, s.a., 4.

De igual forma, John McCarthy³⁵, uno de los padres de la IA, la conceptualiza como “la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial programas inteligentes de computación, entendiendo por inteligente la parte de la informática tendiente a obtener resultados”

Para el Grupo de Expertos en Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, al referirse a IA, consideran se trata de sistemas que muestran un comportamiento inteligente, analizando su entorno y realizando acciones con cierta autonomía para lograr sus objetivos específicos³⁶. La inteligencia artificial no puede entenderse sin la noción de algoritmo, a través del que se articula. Consecuentemente, su virtualidad –como la de aquél- depende también de la intervención humana, por eso la autonomía de la IA a la que se ha hecho referencia es sólo relativa, en el sentido de que se desarrollará, en principio, dentro de los parámetros previstos por las personas programadoras del sistema y creadoras de los algoritmos que lo integren.

Por su parte, Andreas Kaplan y Michael Haenlein la definen como “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible.”³⁷

Finalmente, Cáceres Nieto³⁸ la define como la rama de la ciencia computacional que investiga y desarrolla programas cuyos productos finales, de ser atribuibles a un ser humano presupondrían procesos mentales inteligentes.

Ahora bien ¿cómo funciona la IA? Abarca³⁹ refiere sobre el funcionamiento de la IA, lo siguiente:

En una labor de síntesis, puede decirse que estos sistemas se programan para que tomen datos de una *data set* poseedora de información afín a un tema determinado, esa información es

Acceso 22 de noviembre de 2021,

<http://ocw.uc3m.es/ingenieria-telematica/inteligencia-en-redes-de-comunicaciones/material-de-clase-1/01-historia-de-la-inteligencia-artificial>

35. Jhon McCarthy, *What Is Artificial Intelligence*, (California – EE.UU: Editorial Universidad de Stanford. Sección Basic Questions. 2007). Acceso el 13 de marzo de 2023.

36. El Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial se constituyó siguiendo lo previsto en la Comunicación de la Comisión sobre Inteligencia Artificial para Europa, de 25 de abril de 2018, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo, y al Comité de las Regiones. El documento, “Una definición de la Inteligencia Artificial: principales capacidades y disciplinas científicas”, publicado el 18 de diciembre de 2018, acceso 22 de noviembre de 2021 https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf.

37. Andreas Kaplan y Michael Haenlein, “Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”, en: *Business Horizons*, 1, 62, (enero-febrero 2019): 15.

38. Enrique Cáceres Nieto, “Sistema EXPERTIUS: Sistema experto para la ayuda a la decisión judicial en la tradición romano-germánica”. en: *XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. IIJ-UNAM. Conferencia realizada en Monterrey, N.L, México, (2010).

39. Jesús A. Abarca, S. op. cit., 6.

llevada a un *algoritmo*, el cual viene a ser como un sistema de ecuaciones que permite -según sean sus resultados-, que la máquina aporte una *decisión o predicción*. Asimismo, los datos, pueden ser tomados del entorno a través de sensores que posee la máquina, los cuales actúan como los sentidos humanos; dichos datos de igual forma son transmitidos a los algoritmos para que sean procesados, actuando el sistema inteligente en función de los resultados proporcionados.

En cuanto a las etapas, fases o campos de desarrollo que involucra la IA, se tiene una clasificación de acuerdo a su capacidad para imitar las características humanas, siguiendo a Smink⁴⁰, a saber:

Primera: La Inteligencia artificial estrecha (ANI), esta categoría es la más básica de IA y, es más conocida por sus siglas en inglés: (ANI o Artificial Narrow Intelligence.) Se llama así porque se enfoca estrechamente en una sola tarea, realizando un trabajo repetitivo dentro de un rango predefinido por sus creadores.

Los sistemas de ANI generalmente se entrenan utilizando un gran conjunto de datos (por ejemplo, de internet) y pueden tomar decisiones o realizar acciones basadas en ese entrenamiento. Una ANI puede igualar o superar a la inteligencia y eficiencia humana pero solo en esa área específica en la que opera.

Un ejemplo son los programas de ajedrez que usan IA. Son capaces de vencer al campeón mundial de esa disciplina, pero no pueden realizar otras tareas. Es por eso que también se la conoce como “IA débil”.

Todos los programas y herramientas que utilizan IA hoy, incluso las más avanzadas y complejas, son formas de ANI y, estos sistemas están en todas partes.

Los *smartphones* están llenos de *apps* que usan esta tecnología, desde los mapas con *GPS* que te permiten ubicarte en cualquier lugar del mundo o saber el clima, hasta los programas de música y videos que conocen tus gustos y te hacen recomendaciones. También los asistentes virtuales como *Siri*, *Alexa* y *Google Assistant*⁴¹ son formas de ANI. Al igual que el *robot* que limpia tu casa.

El mundo empresarial también utiliza mucho esta tecnología. Se usa en las computadoras internas de los autos, en la manufactura de miles de productos, en el mundo financiero e incluso en hospitales, para realizar diagnósticos.

Incluso sistemas más sofisticados como los autos sin conductor (o vehículos autónomos) y el popular *ChatGPT*⁴² son formas de ANI, ya que no pueden operar fuera del rango predefinido

40. Verónica Smink, op. cit.

41. Asistentes virtuales controlados por voz creados por Amazon, Apple y Google respectivamente.

42. GPT es a sigla de “Generative Pre- Trained Transformer”, un tipo de modelo de inteligencia artificial que ha sido

por sus programadores, por lo que no pueden tomar decisiones por su cuenta. Tampoco tienen autoconciencia, otro rasgo de la inteligencia humana.

Sin embargo, algunos expertos creen que los sistemas que están programados para aprender automáticamente (machine learning) como *ChatGPT* o *AutoGPT* (un “agente autónomo” o “agente inteligente” que utiliza información del ChatGPT para realizar ciertas subtarefas de forma autónoma) podrían pasar a la siguiente etapa de desarrollo.

Segunda: La Inteligencia artificial general (AGI) esta categoría -*Artificial General Intelligence*- se alcanza cuando una máquina adquiere capacidades cognitivas a nivel humano. Es decir, cuando puede realizar cualquier tarea intelectual que realiza una persona, tiene la misma capacidad intelectual que un humano. También se la conoce como “IA fuerte”.

Es tal la creencia de que se está al borde de alcanzar este nivel de desarrollo, que en marzo del 2022 más de 1.000 expertos en tecnología pidieron a las empresas de IA que dejen de entrenar, por al menos seis meses, a aquellos programas que sean más poderosos que GPT-4⁴³, la versión más reciente de *ChatGPT*.

Tercera: Súper Inteligencia Artificial (ASI), es la *Artificial Superintelligence*. Los científicos informáticos tienen una teoría, sostienen que, cuando se alcance la AGI, poco tiempo después se arribará al último estadio en el desarrollo de esta tecnología: la ASI, que ocurre cuando la inteligencia sintética supera a la humana.

El filósofo de la Universidad de Oxford y experto en IA, Nick Bostrom⁴⁴ define a la súper inteligencia como “un intelecto que es mucho más inteligente que los mejores cerebros humanos en prácticamente todos los campos, incluida la creatividad científica, la sabiduría general y las habilidades sociales”.

entrenado con grandes cantidades de datos para generar texto o lenguaje natural de manera autónoma. La particularidad es que estos modelos no realizan “una” actividad humana, sino todas las que sean concebibles que involucren lenguajes, texto o escritura, ya sea responder una pregunta, traducir texto, escribir una canción o programar en cualquier lenguaje. Adicionalmente sobre GPT pueden desarrollarse piezas de *software* que involucren otras capacidades y realicen otras tareas, lo que extiende las capacidades de esta IA a lo más recónditos ámbitos del quehacer humano. Ver Andrés, Rabosto, “El Chat GPT y la última milla del humanismo” En: *Nueva Sociedad*, (2023), acceso el 02 de julio de 2023, <https://nuso.org/articulo/chat-gpt-inteligencia-artificial-capitalismo-humanismo/>.

43. Es un modelo de lenguaje de IA más avanzado. Es un *chatbot* capaz de mantener conversaciones en lenguaje natural, entender el contexto y generar textos plausibles de casi cualquier tema, acceso el 02 de julio de 2023, <https://www.xataka.com/nuevo/gpt-4-que-cuando-sale-como-funciona-toda-informacion/amp>

44. Fundador junto con David Pearce de la Asociación Mundial Transhumanista (WTA en su sigla en inglés) a principios de 1998, esta asociación proporciona una base organizativa general para todos los grupos e intereses transhumanistas a lo largo del espectro político, Ver Bostrom, Nick “Una historia del pensamiento transhumanista”, Antonio Calleja (Trad.) en: *Argumentos de Razón Teórica*, 14, (2011), 157-191.

La teoría es que cuando una máquina logre tener una inteligencia a la par con la humana, su capacidad de multiplicar esa inteligencia de forma exponencial a través de su propio aprendizaje autónomo hará que en poco tiempo supere ampliamente a la humana, alcanzando la ASI.

Dentro de este marco de etapas o fases Iglesias⁴⁵, 2021, aporta lo siguiente:

a) Inteligencia asistida: Sistemas de IA que asisten a los humanos en la toma de medidas/decisiones.

b) Inteligencia automatizada: Orientada a la automatización de tareas manuales o cognitivas, y rutinarias o no rutinarias.

c) Inteligencia aumentada: Sistemas de IA que mejoran el proceso de toma de decisiones y aprenden constantemente de las interacciones con los humanos y el ambiente.

d) Inteligencia autónoma: Sistemas de IA que pueden adaptarse a diferentes situaciones y funcionar de forma autónoma sin asistencia humana⁴⁶.

De acuerdo a lo planteado en este punto, las dos primeras clases de IA, estarían dentro de la etapa de desarrollo de ANI, mientras que las dos siguientes, entrarían en la fase de AGI.

Como se ha planteado, en la actualidad se observa una evolución de la IA, ya no es cuestión de tratar datos no estructurados y automatizar las respuestas ante un suceso “A” que produzca una respuesta “B”; se trata de complementar a la inteligencia humana para mejorar la toma de decisiones. De igual manera, el aprendizaje significa adquirir conocimiento de cualquier tipo de información y del lenguaje natural. Son sistemas que tienen la capacidad de interactuar con las personas y proponer acciones a sus necesidades para alcanzar un bienestar o mejora, automatizando la respuesta o determinando la mejor solución a un problema específico.

III. RETOS Y DESAFÍOS DE LA IA

En el siguiente punto, se hará una descripción de los límites y alcances que la IA, en especial bajo las modalidades de: “AGI” y “ASI” y, se pretende llamar la atención sobre el impacto que las tecnologías emergentes y principalmente las tecnologías cognitivas, que incluyen la IA, significan para la dignidad e identidad humana, pues la realidad humana parece haberse visto superada por la ficción del mundo digital, en sus derechos fundamentales de: libertad,

45. Consultor para el programa especial de Banda Ancha del BID. Previamente ejerció como consultor en estrategia y operaciones basado en Madrid donde tuvo la oportunidad de prestar servicios en las principales firmas de Telecomunicaciones en Europa y Latinoamérica. Es Ingeniero Superior de Telecomunicaciones por la Universidad Autónoma de Madrid.

46. Enrique Iglesias, “La Inteligencia artificial: la oportunidad es ahora,” en: *Blog del BID*. (2021), acceso el 10 de julio de 2021, <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/inteligencia-artificial-la-oportunidad-es-ahora/>

privacidad e igualdad.

Ahora mismo, como se ha planteado, se está presenciando un desarrollo exponencial producto de la convergencia de las llamadas tecnologías emergentes: NBIC, y que se reforzó por la llegada de la Pandemia del COVID. Estas tecnologías están suscitando la promesa de numerosos avances tanto a nivel técnico como social, planteando la aparición de nuevos escenarios de crecimiento y progreso que supondrán desafíos importantes a la humanidad.

Se está en presencia de la denominada Industria 4.0, como se precisó en la parte introductoria; donde la propagación de las tecnologías cloud, los nuevos avances en comunicación, 4G y el prometedor 5G, junto con la irrupción de la IA en diversos ámbitos de la sociedad está permitiendo vislumbrar escenarios que algunos califican de excelencia tecnológica y vital donde se prometen soluciones a todos los problemas.

De esta manera, la humanidad hoy está inmersa en un mundo cada vez más digitalizado e hiperconectado con IA que simplifica procesos y mejora las experiencias personales y profesionales en cualquier ámbito. La invasión de robots y sistemas automáticos en las cadenas de producción, vehículos inteligentes que revolucionarán el transporte y asistentes personales virtuales que mejorarán nuestras experiencias vitales, sobre todos para las personas dependientes, configuran un nuevo escenario de interrelación.

Se está en la presencia del surgimiento de nuevos materiales inteligentes con capacidades asombrosas que facilitarán el desarrollo de una economía sostenible, circular y ecológica. En esta perspectiva utópica, hay un desarrollo imparable de la medicina personalizada que permitirá, si no la erradicación de las enfermedades, el desarrollo de una medicina preventiva ya medida que multiplicará la esperanza de vida en todo el planeta, la denominada medicina antienvejecimiento.⁴⁷

Por primera vez, el ser humano puede recrear digitalmente su mundo real o crear nuevos mundos virtuales o semivirtuales (aumentados) sobre los cuales puede, a su vez, crear arte, moda, nuevos modos de relacionarse y nuevas experiencias tan intensas como la tecnología pueda plantear en los próximos años.⁴⁸

Es la evolución desde la Internet pasiva y de consulta a la Internet activa e interactiva, es decir, de la Internet 1.0 a la 3.0. Se produce una nueva aventura exploratoria para la humanidad con la llegada de los denominados metaversos⁴⁹, lugar que permite a los seres

47. Miguel Fuster, op. cit.

48. Ricardo Palomo, "Metaverso: nuevos mundos para la exploración de la metasociedad y la metaeconomía", en: *Revista Telos*, op. cit.

49. Espacios digitales donde las personas interactúan a través de sus avatares virtuales.

humanos superar las limitaciones físicas y temporales del universo real, para adentrarse en nuevos e infinitos universos, tan aparentemente reales o ficticios como se deseen crear. Una terra incógnita, aunque ya permite imaginar cómo será la “meta-sociedad” que habitará y convivirá en estos nuevos universos⁵⁰.

Los hologramas y avatares son los protagonistas en esta sociedad tecnificada, estas formaciones tridimensionales configuradas con números y algoritmos, son quienes actúan, se relacionan y, han llegado a convertirse en los representantes que identifican al ser humano en el ciberespacio, ese individuo hecho de carne y hueso, *ratio et emotio*⁵¹. Se trata de una ciudadanía digital, concepto que conlleva a distinguir entre personas físicas, personas jurídicas y, ahora, también, personas virtuales u *homo digitalis*.

En definitiva, desde la perspectiva utópica, se vislumbra la aparición de un escenario prodigioso, un cielo digital donde gracias a las tecnologías emergentes todos los problemas actuales tendrán solución y el futuro estará plagado de retos asombrosos e inesperados.

Pero este optimismo tecnológico supera una concepción utópica y se manifiesta en la aparición de un movimiento cultural e intelectual que promueve la transformación de la condición humana mediante el uso de tecnologías avanzadas que ayuden a mejorar y a superar las limitaciones humanas. Dicho movimiento se llama transhumanismo⁵² y tiene, entre otros, como exponentes relevantes a los filósofos Nick Bostrom, David Pearce y Max More. Como los humanistas, los transhumanistas dan prioridad a la razón, al progreso y a los valores centrados en el bienestar.

Cada vez se genera una singularidad tecnológica y, entre las diferentes corrientes transhumanistas cabe destacar la teoría que trata sobre esa singularidad impulsada, entre otros, por el tecnólogo Raymond Kurzweil, director de ingeniería de *Google*, el cual, apoyándose en la “ley de rendimientos o retornos acelerados” que predice un incremento en la tasa de progreso tecnológico, plantea el siguiente escenario:

En el plazo de unas pocas décadas, la inteligencia de las máquinas sobrepasará la inteligencia humana, llevándonos a la singularidad (cambios tecnológicos tan rápidos y profundos que

50. Ricardo, Palomo, op. cit.

51. Ivan D. Illich, “L’alfabetizzazione informatica e il sogno cibernetico”, en: *Nello specchio del passato*, Illich, I. D., (Editor), Milano – Italia. Boroli Editore, (1992), 239 y Renato, Curcio, (2020) *Identità cibernetiche. Dissociazioni indotte, contesti obblighanti e comandi furtivi+*, (Roma – Italia, Edizioni Sensibili alle Foglie, 2020), 128.

52. Es un movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la deseabilidad de mejorar fundamentalmente la condición humana a través de la razón aplicada, especialmente desarrollando y haciendo disponibles tecnologías para eliminar el envejecimiento y mejorar en gran medida las capacidades intelectuales, físicas y psicológicas. Miguel, Fuster, “Utopía o Distopía digital: consecuencias éticas de la irrupción de la IA”. en: Blog iti.es (2019), *acceso el 23 de junio de 2023*, <https://www.iti.es/blog/utopia-distopia-digital-consecuencias-eticas-irrupcion-ia/>

representen una ruptura en la estructura de la historia humana). Las consecuencias incluyen el surgimiento de inteligencia biológica y no biológica, *software* inmortal basado en humanos y niveles de inteligencia ultra-elevados que se expandirán hacia el universo a la velocidad de la luz⁵³.

En el marco de este contexto de aceleración, surge la postura posthumanista, dado que es una corriente que aboga no por una mejora de la humanidad, sino por una especie diferente. Según plantea el filósofo “Luc Ferry”, podríamos decir que el transhumanismo es el trayecto, mientras que el posthumanismo es el objetivo; el uno es el camino o el proceso, el otro es el resultado o el punto de llegada.

Por su parte, en consonancia con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el “principal objetivo de la tecnología” sería “mejorar la condición humana de manera sostenible para todos y del medio ambiente”. Pero incluso si este enfoque responsable de la innovación se convirtiera en un estándar mundial, no protegería al ecosistema ambiental de consecuencias imprevistas que crean nuevos problemas o trayectorias dependientes cuando se intenta resolver antiguos problemas.

El hombre contemporáneo no tiene particular interés en estar en el mundo, en lo que tiene especial empeño es en estar bien. Johan Huizinga señala: el *homo ludens*, que toma el relevo del *homo faber*, se sumerge en una esfera temporal de actividad que tiene una vida y tendencia propia, pero que no es en sí la “vida corriente”, es decir, “la vida propiamente dicha”⁵⁴. Al contrario, a través de su sentido lúdico y de la realidad alternativa del juego, el hombre parece practicar el escapismo de los asuntos y las cosas que conciernen a su realidad cotidiana.

En contraposición, una mirada de carácter distópica sobre el ecosistema digital advierte que estos sistemas de IA no siempre alcanzan la anhelada “mejora del individuo” como lo califica De Asís.⁵⁵

Se plantea entonces el problema que implican estos sistemas de IA, al afectar varias facetas de la vida actual, debido a que poco a poco, se van incorporando sistemas que además de analizar e informar, empiezan a decidir. Los sistemas de aproximación de los aviones están ya supervisados de forma automática. En EEUU, los sistemas de análisis de riesgos para la

53. Raymond Kurzweil, *The singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. (EE.UU: Editorial Penguin Books, 2021), 672.

54. Johan Huizinga, *Homo Ludens. El Juego y la Cultura*. (Madrid – España: Editorial Fondo de Cultura Económica de España, 2010), 244.

55. Rafael De Asís, “Inteligencia artificial, Derechos y Libertades”, en: *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Ed. Por Fernando Llano (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores) (Murcia-España: Ediciones Laborum, S.L, 2022), 29-30.

concesión de préstamos personales se fundamentan en motores de IA a partir de información personal de las redes sociales y de otros entornos.

Los sistemas de IA – como se ha expuesto en párrafos anteriores- utilizan, fundamentalmente, técnicas de aprendizaje automático que necesitan de una cantidad importante de información para la ejecución de sus algoritmos. En consecuencia, la potencia de la IA está basada en la información que se posee y en el aprendizaje que se hace de esa información o conjunto de datos. Por tanto, una información sesgada, con inclinaciones hacia una tendencia preestablecida, puede generar resultado y predicciones orientados que perjudiquen de una forma u otra a determinados segmentos de la sociedad. Los propietarios de la información y de la tecnología tienen en sus manos una capacidad de influencia y de control sobre gran parte de la sociedad, capacidad que va creciendo a medida que, de forma espontánea, se va volcando más y más información a los sistemas que, aparentemente dan más libertad, pero que van reduciendo nuestros dominios de actuación.

A través de la oferta de servicios aparentemente gratuitos, las empresas tecnológicas, y en concreto las empresas líderes conocidas como GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon), recogen continuamente información sobre sus usuarios favoreciendo el aprendizaje y la eficiencia de sus algoritmos. Dichos algoritmos permiten a las empresas, por ejemplo, conocer mejor los hábitos de las personas, adelantarse a sus necesidades, orientar sus gustos e, incluso, favorecer determinados comportamientos.

En ese mismo orden de ideas, existen sistemas de compras y de consulta que analizan el comportamiento y pasan información de los hábitos a numerosos actores sin conocerlo. De igual forma, los sistemas de navegación que monitorizan los movimientos comparten estos datos con empresas sin consentimiento del titular de la información.

De la misma forma, se tiene a las redes sociales que filtran noticias, relaciones y publicidad con base a información recogida en otros medios o mediante campañas personalizadas dirigidas por personas o empresas desconocidas.

Así mismo, se tienen a los sistemas de videovigilancia que registran los movimientos y pueden etiquetar las imágenes, la colocación de cámaras en sitios públicos que se justifican para fines de seguridad, protección y mejor atención al ciudadano, también pueden significar, si no hay un uso apropiado, una invasión a la privacidad, lo cual crea malestar en los ciudadanos, en especial en las denominadas ciudades inteligentes⁵⁶. Otra circunstancia que preocupa es el

56. Es aquella ciudad que se caracteriza por el uso intensivo de TICs en la creación y mejoramiento de los sistemas que componen la ciudad. Capaz de adoptar soluciones intensivas en TICs, y desarrolla la capacidad de crear, recopilar, procesar y transformar la información para hacer sus procesos y servicios mejores y más eficientes, permitiendo mejorar la calidad de vida mediante el uso eficiente de recursos Definición del Centro de Investigación y Desarrollo en

uso de *software* inteligente en ámbitos como el sistema de administración de justicia penal, recuérdese el caso de COMPAS⁵⁷, cuyo algoritmo revisa 137 parámetros distintos de un convicto para determinar sus posibilidades de reincidir en el futuro.

Por tal razón, cada vez más, surgen voces denunciando los efectos negativos que tiene el fenómeno de aumento de la información, conocido como dataísmo. Por un lado, las redes sociales, los *web sites* de comercios electrónicos, los buscadores y los dispositivos móviles recogen una cantidad ingente de datos personales; registrando hábitos y compartimiento, contactos etc.

Del mismo modo, el contenido de los algoritmos, las hipótesis, los modelos conceptuales y el proceso de ejecución de estos se percibe como una “caja negra”, como las califica Schübler⁵⁸, nos rodean y la mayoría no sabemos ¿cómo funcionan?, ¿cómo afectan nuestra identidad y dignidad humana? Precisamente la falta de transparencia al usuario final y con un riesgo potencial que se vislumbra como nocivo hace que como dice Cathy O’Neil en su libro *Weapons of Math Destruction*: “Los modelos son opiniones embebidas en matemáticas; matemáticas de destrucción masiva”

En cuanto a la realidad virtual o *metaverso*, de acuerdo con Palomo⁵⁹, aunque todo ello se antoja fascinante, pues es la primera vez que el ser humano parece actuar como el gran hacedor, creando nuevos mundos habitados por *avatares* que representan a personas, configurando su morfología y opciones de vida; también harán que ese mismo individuo esté obligado a responsabilizarse del desarrollo de su creación, necesitando de códigos de conducta y regulación específica. Quizás proceda una autorregulación estatutaria, aunque no siempre sea plausible si se trata de *metaversos* descentralizados y abiertos; o sea discutible si es la que imponen los

Tecnología de la Información y las Comunicaciones (CINTEL - Colombia), acceso el 02 de julio de 2023, <https://cintel.co/lineas-de-accion/innovacion/ciudades-inteligentes/>

57. (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) en Wisconsin, y en diez Estados de Norteamérica, es un *software* presente en los Juzgados de EE.UU desde 1998, creado por la compañía *Northpointe*, el cual ha revisado el historial de un millón de convictos, pero con tantas fallas como las que tendría una persona cualquiera, acceso el 02 de junio de 2023, https://elpais.com/elpais/2018/01/17/ciencia/1516194073_122982.html. El mismo determina la probabilidad de reincidencia y aconseja al juez a la hora de tomar la decisión acerca de la duración de la pena de prisión de un condenado. Los códigos para poder acceder al algoritmo y verificarlo son de carácter privado y utiliza variables como el sexo o la edad, o por su entorno económico-social. De un pormenorizado estudio realizado por un grupo de periodistas, se verificó que el sistema solo acertó un 60% de las veces, y tan sólo un 20% en las predicciones de reincidencia con violencia. Ver. Adriana M. Porcelli, “La Inteligencia Artificial y la Robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos”. en: *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 16, VI, (noviembre 2020 – febrero 2021): 49-105, <https://DOL.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>

58. Martín, Shübler, “Explicar la IA desde un enfoque humano”, en: *Inteligencia artificial. Trabajo y Justicia Social*, (Buenos Aires – Argentina: Fundación Friedrich Ebert Equipo editorial Nueva Sociedad, 2020), acceso 02 de julio de 2022, produccion@nuso.org, 23-24.

59. Ricardo Palomo, op. cit.

“hacedores” de los *metaversos* centralizados. Crear mundos conlleva responsabilidades, más aún, cuando éstos no se rigen por leyes universales con las que se ha convivido desde la creación, como la implacable ley de la gravedad y otras leyes de la física que han dado forma a las creaciones; o como la verdad más certera de todas: la muerte. A propósito, surgen interrogantes tales como: ¿Se muere también en el *metaverso*? ¿podrán sobrevivir los *avatares* al arrogarse de la personalidad digitalmente capturada mediante inteligencia artificial?

Probablemente, se podrán juzgar en el universo real los delitos cometidos en el *metaverso*, como ocurre con los cometidos en Internet; pero el procesamiento de las pruebas virtuales, la dificultad por vigilar “policialmente” el *metaverso* y, la siempre rezagada regulación frente a una casuística inagotable, quizás no alcancen para su adecuado abordaje. Será fundamental impedir o tener capacidad para actuar ante toda transgresión del “derecho natural” exportado a lo virtual sobre la conducta de los *avatares* y, por tanto, de sus representados, los seres humanos desde los cuales se proyectan.

La “avatarización de la sociedad” requiere formación e instrucción en la cautela para la ciudadanía virtual, especialmente para los más vulnerables y para aquellos que se sumerjan de forma tan intensa en los *metaversos* que lleguen a olvidar su naturaleza terrenal, o quienes renieguen de ésta para entregarse a un mundo virtual en el que se puede ser y parecer otra persona, degenerando en ciudadanos *metaversianos* ajenos y desinteresados de lo que ocurre fuera de su nuevo universo. Es el riesgo latente de vivir en espacios de *confort* virtual para la evasión de la verdadera realidad, que bien podría ser aprovechado con otros fines loables como terapias de reinserción (terapias metavérsicas) o, en su lado más oscuro, como espacios de adoctrinamiento, de desinformación o de reclusión⁶⁰.

En este proceso agónico del espíritu humano, ante su progresivo desplazamiento del escenario de la realidad física por la irrupción de la revolución tecnológica, no solo hace que el hombre renuncie a la condición de artesano o fabricante (*homo faber*) y su función quede reducida a la de mero auxiliar de la máquina, sino también que se produzca una disociación entre el cuerpo y el espíritu humano en el universo virtual creado por el individuo como recurso evasivo de la naturaleza.

Todo lo anteriormente expuesto hace surgir implicaciones ético-jurídicas producto de la interacción entre el *novus homo ludens* con el metauniverso de internet y la tecnología de la IA. Frente a ello sería oportuno determinar en qué medida se está produciendo no solo la desnaturalización del hombre contemporáneo, sino también, en cierto modo, la deshumanización de la técnica en aras de un salto evolutivo que, como pronostican los transhumanistas, acerque a la humanidad como especie al horizonte de singularidad del *homo excelsior* (híbrido entre hombre y máquina inteligente), todo ello sin que sirva de excusa para

60. Ricardo, Palomo, op. cit.

soslayar los beneficios y el bienestar que la industria 4.0, y en particular la IA y la robótica avanzada, representan para la mejora de la calidad de la vida de las futuras generaciones⁶¹.

Como se ha afirmado surgen problemas sobre la libertad individual, sobre la privacidad y el uso de información personal; dudas sobre la propiedad del dato y la explotación del mismo; dificultades para la gestión del llamado “derecho al olvido digital”; los sesgos y prejuicios imbuidos en los algoritmos; los sistemas adictivos, etc.

Por tanto, el desarrollo de la IA genera unas sombras en el panorama del cielo digital que afecta tanto al desarrollo empresarial y económico como a la libertad individual y al desarrollo de los derechos colectivos, planteando grandes incógnitas en el futuro inmediato.

IV. IA: ESCENARIO DE NUEVOS DERECHOS

A nuestro juicio y de acuerdo con De Asís⁶², la sociedad altamente tecnificada, está produciendo una crisis de identidad personal y humana, aunque la identidad humana e identidad personal han sido muy relevantes en el proceso de construcción de los derechos humanos, no deben confundirse. La identidad humana e identidad personal, son dos ideas necesarias en la fundamentación de los derechos. La identidad humana forma parte del metafundamento de los derechos mientras que la identidad personal constituye el fundamento. La dignidad humana se basa en una idea de identidad humana, y se satisface cuando es posible hablar de una vida humana digna, esto es, cuando se respeta la identidad personal. La identidad personal se expresa en forma de “condición personal (percepción, voluntad, imaginación, memoria, intuición, razón y los órganos que se soportan) y situación personal (contexto), además, presupone el libre albedrío, la autoconciencia y el plan de vida”. Por otra parte, añade Rafael de Asís⁶³, “(...) la identidad personal tampoco puede confundirse con la identidad jurídica (identidad pública del individuo como ciudadano) ni con la identidad digital (que se corresponde con nuestra imagen y reputación en el ámbito digital)”.

Ahora bien, se ha considerado conveniente insistir en las implicaciones ético-jurídicas del avance de la IA y la robótica en el ámbito de las libertades, los derechos y las obligaciones de los seres humanos (hasta el punto de que se ha abierto un debate doctrinal reciente en torno al reconocimiento de una nueva clase de derechos humanos: los “neuroderechos”)⁶⁴.

61. Fernando H, Llano A, “Singularidad tecnológica, Metaverso e identidad personal: *Del homo faber al novo homo ludens*”. en *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Fernando Llano (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores) (Murcia-España: Ediciones Laborum, S.L 2022), 189-216.

62. Rafael De Asís, op. cit. 25-44.

63. Rafael De Asís, op. cit. 22-25.

64. La primera alusión a los neuroderechos la hicieron J. Sherrod Taylor, J. Anderson Harp y Tyron Elliot en un artículo sobre la creciente colaboración entre neuropsicólogos y neuroabogados titulado así precisamente: “Neuropsychologists and neurolawyers”, en *Neuropsychology*, vol 5 (4), october 1991, 293-305. Sin embargo, han sido Marcello Ienca y

Hay dos proyectos de investigación dirigidos a crear una infraestructura de vanguardia en el campo de la neurociencia⁶⁵, la computación y la medicina relacionada con el cerebro: el primero es el *BRAIN Project* (acrónimo de Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies), dirigido por el científico español Rafael Yuste y que fue financiado por la administración norteamericana en 2013; el segundo es el proyecto europeo *Human Brain Project*.

Los dos proyectos coinciden en su propósito de “mapear o cartografiar” la actividad neuronal por medio de técnicas de neuroimagen para descifrar la interconexión neuronal del cerebro humano en un futuro próximo⁶⁶.

En un artículo publicado recientemente en la revista *Horizons*, bajo el título: “Its time for neurorights” (2021), sus autores -entre los que se encuentra precisamente Rafael Yuste- parten del convencimiento de que los avances tecnológicos que marcarán el tránsito del individuo hacia el universo de la singularidad no solo están redefiniendo ya la vida humana, sino que incluso están transformando el rol de los seres humanos en su vida social. En el ámbito de la ingeniería biomédica, la neurotecnología (conjunto de herramientas o métodos para potenciar y estimular la actividad cerebral) es el campo donde más profundamente se está constatando la alteración del significado de lo que, hasta ahora, se ha considerado esencialmente humano; no en vano, el cerebro es el órgano encargado de generar toda nuestra actividad mental y cognitiva.⁶⁷

Sin duda, el potencial transformativo de la neurotecnología supone una mejora de las condiciones de vida a corto-medio plazo, y permite concebir la idea de un salto en la evolución de la especie humana más a largo plazo; por otra parte, el carácter transformativo de la naturaleza humana por parte de la neurotecnología ha generado un debate en torno a la necesidad de crear un marco jurídico específico, que sirva para reconocer y amparar un nuevo catálogo de derechos humanos que llevan la etiqueta de “neuroderechos”⁶⁸.

Roberto Andorno quienes, en puridad, se han referido expresamente al término “neuroderechos” en un artículo titulado: “A New Category of Human Rights: Neurorights” (2017), acceso el 28 de abril de 2022, <http://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/>.

65. La neurociencia adquirió carta de naturaleza en el Congreso de San Francisco titulado: “Neuroethics: Mapping the Field”, celebrado entre los días 13 y 14 de mayo; cfr., Marcus 2002.

66. Vanesa Morente Parra, *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, (Granada – España: Editorial Comares, 2014), 265.

67. Rafael Yuste, Genser Jared y Hermann Stephanie “It’s Time for Neurorights”, en: *Horizons*, “The (Not So) Roaring Twenties” 18 (2021): 154-155.

68. En el apartado XXVI de la Carta de Derechos Digitales (que no tienen carácter normativo, pero que sí posee un objetivo prospectivo respecto a la aplicación e interpretación de los derechos en el entorno digital del futuro inmediato) se enuncian los fines a los que se orientan los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías (fines que algunos

El objetivo de un hombre conectado a la red permite imaginar un futuro en el que el homo excelsior pueda desarrollarse neurológicamente y experimentar a través de las tecnologías digitales los cinco sentidos. A propósito de la conexión neuronal entre el ser humano y las tecnologías disruptivas: NBIC, son referencia los implantes subdérmicos, neurotransmisores, interfaces y microchips cerebrales, por ejemplo, los proyectos de ingeniería neuronal de Elon Musk (a través de la empresa Neuralink) o Mark Zuckerberg (mediante el Metaverso VR de realidad virtual)⁶⁹.

A la hora de determinar cuál es la capacidad y dónde se sitúan los límites de la inteligencia humana desde un punto de vista científico, ante todo hay que considerar que gran parte de la actividad cerebral se dedica a recibir y procesar la información sensorial que tanto influye en nuestros actos y toma de decisiones. En este sentido, Kevin Warwick, uno de los mayores expertos mundiales en IA y cibernética (considerado por muchos como el primer ciborg de la historia desde que en 2002 conectó los nervios de su brazo a una mano biónica), advierte la limitada capacidad del pensamiento humano para percibir potencialmente señales que no son perceptibles para los seres humanos, pero sí para los robots inteligentes desarrollados con IA⁷⁰.

Por supuesto que el fenómeno descrito a lo largo de este trabajo, hace repensar la inclusión o no de nuevos derechos humanos.

De acuerdo con el criterio de la perspectiva generacional de los derechos humanos, “cuyo catálogo no está formado por un elenco cerrado de derechos y libertades, sino por una lista abierta a los cambios y problemas más acuciantes que afectan al hombre contemporáneo en la era de las nuevas tecnologías,”⁷¹ cabría sumar una cuarta generación en la que estaría integrado

consideran directamente como los cinco neuroderechos fundamentales): a) garantía del control de cada persona sobre su propia identidad; b) garantía de la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; c) asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición de los mismos; d) regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica; e) asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. La información oficial sobre este documento puede consultarse en

https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

69. Martha J. Farah ha sido una de las primeras investigadoras en analizar las implicaciones éticas de la tecnología neuroquirúrgica, con especial énfasis en el empleo de la neurofarmacología mediante neurotransmisores para el tratamiento de enfermedades como el Alzheimer, el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad, y también fue de una de las primeras autoras en plantear los efectos ético-jurídicos que produciría la posibilidad de acordar judicialmente un tratamiento modificador de conductas en personas con comportamientos asociales. Ver. Martha, Farah, “Neuropsychological inference with an interactive brain: A critique of the “locaty” assumption”. En: *Journal Behavioral and Brain Sciences* 1,17, Boston-EE.UU: Cambridge University Press (1994): 43-61.

70. Kevin Warwick, *Artificial Intelligence: The Basics*, (London-New York: Editorial Routledge, 2012),146, 173-174.

71. Karel Vašák, Karel, “Les différents catégories des droits de l’homme”. En: *Les dimensions universelles des Droits de l’Homme*, ed. por A. Lapeyre, F. De Tinguy y K. Vašák (Unesco-Bruylant, Bruxelles, 1990), 297.

precisamente el derecho a la identidad humana. De la misma forma que la primera generación correspondería a los derechos y libertades individuales; la segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera a las garantías jurídicas-subjetivas fundamentales propias de la era tecnológica; y de igual modo que cada una de esas generaciones se correspondería con los valores-guía de la libertad, la igualdad y la solidaridad, respectivamente, se podría concluir que la cuarta generación se referiría a aquellos derechos y libertades protectores de la condición humana frente a los embates del transhumanismo y poshumanismo tecnológico, y cuyo principio guía sería precisamente la dignidad humana⁷².

La cuarta generación de derechos humanos se justifica y, con ello se coincide con Llano⁷³, en un escenario virtual, determinado por la IA, e integrado por recreaciones virtuales que provocan en el internauta la alucinación de interactuar con no-cosas que ni son ni están en la realidad física, pero que influyen cada vez más en su rutina diaria e incluso en su conducta. Continúa el autor, señalando que la actuación del individuo en el entorno digital, por más que sea artificial, tiene consecuencias jurídicas que le vinculan; por ejemplo, la tecnología *blockchain* ha posibilitado la realización de contratos inteligentes (smart contracts) escritos en lenguaje virtual, cuya ejecución es autónoma y automática, a partir de unos parámetros programados, y que ofrecen unas condiciones de seguridad, transparencia y confianza a las partes contratantes superiores a las de los contratos tradicionales, pero donde el riesgo de que haya malentendidos, falsificaciones o alteraciones también es mayor. Esta misma obligatoriedad de los contratos y negocios jurídicos suscritos en el espacio digital se constata en el creciente campo de las criptomonedas (no exentas del riesgo de la especulación y de la consiguiente devaluación) y de los activos digitales no fungibles (NFT en inglés), creados con *tokens* criptográficos al igual que las criptomonedas para determinar su autoría y singularidad, y que han revolucionado el mercado del arte digital hasta el punto de que en el último año se han multiplicado exponencialmente sus ventas e incluso su valor (en 2021, Jack Dorsey, cofundador de Twitter, vendió el primer tuit de la historia de su compañía por 2.95 millones de dólares, y el artista digital Beeple vendió un NFT en Christie's por 69 millones de dólares).

Resulta evidente que el impacto que sobre los derechos y libertades produce la industria 4.0 desborda el ámbito de las tres generaciones anteriores de derechos y libertades, porque ahora el hombre contemporáneo no está solo ante la técnica, sino que coexiste en el espacio digital con otras entidades y otro tipo de inteligencias que no son estrictamente humanas, sino transhumanas y/o artificiales. El escenario posthumano que se abre es, por ende, más complejo e incierto que aquél que respondía al paradigma humanista y al canon antropocéntrico en el

72. Antonio Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, (Navarra – España: Editorial Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006), 232 y Antonio, Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, 1984*, (Madrid – España: Editorial Tecnos, (12ª ed., 2018), 692-702.

73. Fernando Llano A, 208.

que fue posible alumbrar una fase de esplendor para el proyecto humanista de la modernidad, y que Norberto Bobbio definió como “el tiempo de los derechos” (*l’età dei diritti*). Este nuevo escenario posthumano –como se ha referido antes- enfrenta grandes cuestiones y retos como la identidad humana y el *metaverso*, el status jurídico de los *robots*, la regulación del espacio digital, la fundamentación de una ética de la IA, la metamorfosis del Derecho y la Justicia, en suma, coloca a la humanidad ante un mundo en el que, como advierte Luciano Floridi, la humanidad intentará transformar un entorno artificial hostil en una *infosfera* adaptada tecnológicamente en la que ésta perderá progresivamente su protagonismo. En efecto, señala este autor, en este nuevo hábitat digital se compartirá el espacio virtual “no solo con otras fuerzas y fuentes de acción natural, animal y social, sino también y sobre todo con agentes artificiales.”⁷⁴

Por su parte, en el mundo de la “humanidad mejorada”, las tecnologías de mejora humana podrían delinear nuevos estatus legales de la personalidad, accesibles sólo a quienes tengan los recursos económicos para afrontar los costos. Así, habría una división (y discriminación) entre humanos mejorados y humanos despotenciados.

En el ámbito del derecho, siguiendo a Pietropaoli⁷⁵ el individuo humano no es una persona como tal, sino que pasa a serlo, como cualquier entidad colectiva, cuando el ordenamiento jurídico lo convierte en centro de imputación de derechos y relaciones jurídicas. Sin embargo, hay que tener cautela, la lista de nuevos derechos, tanto en el campo de los derechos digitales y neuroderechos, no puede significar un problema de inflación, es decir, a más derechos reconocidos, menos protección especial.

En consecuencia, la discusión relativa a la necesidad o no de reconocer nuevos derechos, en el marco de la reflexión sobre la suficiencia del discurso de los derechos, ha ido acompañada de otra que trata sobre la oportunidad de utilizar otras herramientas, más allá de los derechos. En algunas de las propuestas sobre los nuevos derechos, se puede encontrar ejemplos de ello.

Por ejemplo, Yuste, Genser y Herrmann,⁷⁶ para el reconocimiento y la satisfacción de los neuroderechos, proponen una serie de medidas, tres a corto plazo (destinadas a construir una definición consensuada de neuroderechos y con ello consolidar la investigación en neurotecnología y las prácticas regulatorias) y cuatro a largo plazo (destinadas a desarrollar tanto un marco para la protección y promoción de los neuroderechos como un mecanismo para monitorear las actividades de los países sobre neurotecnología). Las medidas a corto plazo y sobre las cuales en la actualidad hay bastante avance, son: a) la creación de una Comisión de

74. Luciano Floridi, “*Ética dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*”, (Milán – Italia: edizione italiana a cura di M. Durante, Raffaello Cortina Editore, 2022), 58.

75. Stefano Pietropaoli, “En primera persona. Un réquiem por el Derecho de la era digital”, en *Libro Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* ed. por Fernando, Llano, (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores) (Murcia-España: Ediciones Laborum, S.L, 2022), 229-231.

76. Rafael Yuste, Genser Jared y Hermann Stephanie, op. cit. 154-155.

Expertos en Derecho y Ciencia Internacional sobre Neuroderechos en Naciones Unidas; b) el nombramiento por Naciones Unidas de expertos altamente calificados para servir como asesores especiales sobre neuroderechos a organizaciones, instituciones e industria; c) el mantenimiento de consultas periódicas con países clave por parte de los asesores y la Comisiones. Las medidas a largo plazo son: a) la creación de un nuevo tratado o de un protocolo adicional a los tratados existentes para incorporar los neuroderechos; b) la elaboración de Comentarios generales sobre neuroderechos por parte de los Comités de seguimiento de los tratados; c) el nombramiento de un Relator especial sobre el impacto de la neurotecnología en los derechos humanos; d) la creación de una agencia especializada para coordinar las actividades globales de neuroderechos y ayudar a codificar los neuroderechos en un tratado internacional de derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

La digitalización de prácticamente todas las esferas sociales e individuales permite se hable del automatismo como el signo o *Geist* de este tiempo, en la conciencia cada vez más clara de que se habita una “sociedad automática”, este cosmo digital se caracteriza por un lado, porque la tecnología aporta un enorme conocimiento y desarrollo dando origen a la IA, que implica una suerte de exteriorización enorme de la memoria -entre otras muchos factores que aceleran y modifican la percepción cognitiva-, pero por otro lado, puede arruinar la capacidad crítica del ser humano. La IA se ha argumentado en el trabajo tiene sesgos, comete errores y, en ocasiones “miente descaradamente”, pero nada distinto ocurre con los seres humanos, al fin al cabo para la IA nada de lo humano es ajeno.

Esta interrelación hombre – máquina, crea tensiones respecto a los derechos de titularidad y autoría de las obras que se generan, de igual manera, debe existir preocupación las grandes cantidades de datos utilizados para el entrenamiento de la IA y que se encuentran en Internet de manera libre, convirtiéndose en “conocimientos doblemente libres”⁷⁷. En consecuencia, debería significar tener una regulación de protección o que imponga condiciones de usos a la IA, que establezca qué compensaciones serían adecuadas, quienes se quedan con los beneficios de esta IA especialmente “creadora o generativa”, sin embargo, en la actualidad la IA parece estar asediando la última milla del humanismo, sus últimos refugios.

Otra inquietud es que, si bien el Derecho se ocupa de las personas, ahora bajo lo reflexionado en este trabajo, en un escenario cada vez más tecnificado, estas personas seguirán siendo única y exclusivamente biológicamente pertenecientes a la estirpe humana.

Si se quiere proteger a esa humanidad se puede afirmar que la única opción es la educación y formación en derechos humanos, es el principal aspecto a profundizar, en este punto, resulta

77. Libres de ser utilizados y libres de que se paguen recompensas por ellos

paradójico observar cómo se promueve una formación cada vez mayor en el campo tecnológico y, al mismo tiempo, se discute la oportunidad de formar en los derechos humanos. Asistimos a una proliferación de cursos dirigidos a toda la población sobre tecnología y en pocos de ellos se abordan cuestiones éticas. Y todo ello se justifica señalando que la cuestión de los derechos es ideología, presumiendo que en cambio la tecnología es neutra.

REFERENCIAS

- Abarca, S. Jesús. A. “Reflexiones sobre Inteligencia Artificial y Derecho” 2021. En *Revista de Ciencias Jurídicas* 159 (Septiembre – Diciembre 2022): 1-14. <https://doi.org/10.15517/rcj.2022.52385>
- Aguilar, Francisco. “Plasticidad cerebral Parte 1”. *Rev Med IMSS* 1, 41 (2003): 55-64.
- Alac, Morana. *Handling Digital Brains. A Laboratory Study of Multimodal Semiotic Interaction in the Age of Computers*, Cambridge – EEUU: MIT Press, 2011. <https://doi.org/10.7551/mitpress/9780262015684.001.0001>, PMid:22400423
- Beates, David. “Automaticity, Plasticity, and the Deviant Origins of Artificial Intelligence”. En: *Plasticity and Pathology: On the Formation of the Neural Subject*, 179-224, New York – EE.UU: Editorial Fordham University Press, 2016. <https://doi.org/10.5422/fordham/9780823266135.001.0001>
- Bostrom, Nick. “Una historia del pensamiento transhumanista”. Calleja, Antonio (Trad.) En: *Argumentos de Razón Teórica*, 14, (2011): 157-191.
- Cáceres Nieto, Enrique. “Sistema EXPERTIUS: Sistema experto para la ayuda a la decisión judicial en la tradición romano-germánica”. En: *XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. Conferencia realizada en Monterrey, N.L, México: IJ-UNAM, 2010.
- Carr, Nicholas. *The Shallows: What the Internet is Doing to our Brains*, New York-EE.UU: W.W.Northon & Company,2010.
- Curcio, Renato. *Identità cibernetiche. Dissociazioni indotte, contesti obbliganti e comandi furtive*. Roma – Italia: Edizioni Sensibili alle Foglie, 2020.
- De Asís, Rafael. “Inteligencia artificial, Derechos y Libertades. En: *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*. Ed. por Fernando Llano (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores), 25-44, Murcia – España: Ediciones Laborum, S.L, 2022: 25-44.
- Dharmendra S Modha. “Cognitive Computing Pioneer”. En: *Thechnologies & Strategies That enable Research & Development R&D*, 3, 58, (2016), 62-71.
- Dumit, Joseph. *Picturing personhood: Brain scans and biomedical identity*-Princeton – EEUU: Princeton University Press, 2004. <https://doi.org/10.1515/9780691236629>, PMid:15466945

- Farah, Martha. “Neuropsychological inference with an interactive brain: A critique of the “locaty” assumption”. En: *Journal Behavioral and Brain Sciences* 1,17 (1994): 43-61.
- Floridi, Luciano. *Ética dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*. Milán – Italia: Edizione italiana a cura di M. Durante, Raffaello Cortina Editore, 2022.
- Fuster, Miguel. “Utopía o Distopía digital: consecuencias éticas de la irrupción de la IA”. En: *Blog iti.es*: (2019). Acceso el 23 de junio de 2023 <https://www.iti.es/blog/utopia-distopia-digital-consecuencias-eticas-irrupcion-ia/>.
- Gardner, Martin. *Aha! Insight*. EE.UU: Editorial Freeman & Co, 1978.
- Horkheimer, Max. *The eclipse of reason*. New York – EE.UU: Editorial The Seabury Press, 1974.
- Huergo L, Alejandro. “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”. En: *La regulación de los algoritmos*-, ed. por Alejandro Huergo Lora (Director) y Gustavo M Díaz González (Coordinador) Oviedo-España: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- Huizinga, Johan. *Homo Ludens. El Juego y la Cultura*. Madrid – España: Editorial Fondo de Cultura Económica de España, 2010.
- Hutchins, Edwin. *Cognition in the Wild*. Cambridge- Reino Unido: Editorrial The MIT Press, 1995
- Iglesias, Enrique. “La Inteligencia artificial: la oportunidad es ahora”. En: *Blog del BID*,(2021). Acceso el 10 de julio de 2021 <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/inteligencia-artificial-la-oportunidad-es-ahora/>?
- Illich, Ivan D. “L’alfabetizzazione informatica e il sogno cibernetico”. En: *Nello specchio del passato*. Ed. por Illich, I. D, Milano – Italia: Boroli Editore, 1992.
- Kaplan, Andreas y Haenlein, Michael. “Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”. En: *Business Horizons*, 1, 62, (Enero-Febrero 2019): 15-25. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>
- Kittler, Friedrich A. *Discourse Networks, 1800/1900*. Metteer, Michael (trad.), Stanford – EE.UU: Editorial Stanford University Press, 1992
- Kurzweil, Raymond. *The singularity is Near: When Humans Transcend Biology*. EE.UU: Editorial Penguin Books, 2021
- Latour, Bruno. “Social theory and the study of computerized work sites”. En: *Information Technology and Changes in Organizational Work*. Ed. Por Orlinokowski, W. J, Walsham Geoff, 295-307. Londres – Reino Unido: Editorial Chapman and Hall, 1996. https://doi.org/10.1007/978-0-387-34872-8_18

- Llano A, Fernando H. “Singularidad tecnológica, Metaverso e identidad personal: *Del homo faber al novo homo ludens*”. En: *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*. Ed. por Fernando Llano (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores) 189-216. Murcia-España: Ediciones Laborum, S.L. 2022.
- Majó Roca, Joan. *Chip, cables y poder: la clase dominante en el siglo XXI*. Barcelona-España: Planeta, 1997.
- Manovich, Lev. *The Language of New Media*. Cambridge – Reino Unido: Editorial MIT Press, 2002. <https://doi.org/10.22230/cjc.2002v27n1a1280>
- Mc Carthy, Jhon. *What Is Artificial Intelligence*. California – EE.UU: Editorial Universidad de Stanford. Sección *Basic Questions*. 2007. Acceso el 13 de marzo de 2023, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>
- Mc Luhan, Marshal. *Understanding Media: The Extensions of Man*. New York – EE.UU: Editorial Mentor Series, 1964.
- Morente Parra, Vanesa. *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*. Granada – España: Editorial Comares, 2014.
- Palomo, Ricardo. “Metaverso: nuevos mundos para la exploración de la metasociedad y la metaeconomía”. En: *Revista Telos*. Sección Economía Digital (15 de febrero de 2022). Acceso el 03 de marzo de 2022. <https://telos.fundaciontelefonica.com/metaversos-nuevos-mundos-para-la-exploracion-de-la-metasociedad-y-la-metaeconomia/>
- Perasso, V. “Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos)” En: *BBC Mundo*, 2016. Acceso 13 de marzo de 2023 <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>.
- Pérez Luño, Antonio. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra – España: Editorial Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (1984)* Madrid – España: Editorial Tecnos, (12ª ed.), 2018.
- Pietropaoli, Stefano. “En primera persona. Un réquiem por el Derecho de la era digital”. En *Libro Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*. Ed por Fernando Llano (Director) Garrido, J y Valdivia, R (Coordinadores) 216-233. Murcia-España: Ediciones Laborum, S.L 2022.
- Porcelli Adriana. M. “La Inteligencia Artificial y la Robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos”. En: *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 16, VI (noviembre 2020 – febrero 2021): 49-105. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>

- Rabosto, Andrés. “El Chat GPT y la última milla del humanismo”. En: *Nueva Sociedad*, (2023). Acceso el 02 de julio de 2023
<https://nuso.org/articulo/chat-gpt-inteligencia-artificial-capitalismo-humanismo/>.
- Rodríguez-Magariños, Faustino G. “El Libro blanco de la Comisión Europea o el intento de lograr el humanismo tecnológico”. En *Análisis Jurídico-Político*. 3, 2 (enero-junio 2020). Sección temática: Inteligencia artificial. 115-144.
<https://doi.org/10.22490/26655489.3819>
- Shübler, Martin. “Explicar la IA desde un enfoque humano” En: *Inteligencia artificial. Trabajo y Justicia Social*. (2020), 23-24. Buenos Aires – Argentina: Fundación Friedrich Ebert Equipo editorial Nueva Sociedad produccion@nuso.org
- Smink, Verónica. “Las 3 etapas de la Inteligencia Artificial: en cuál estamos y por qué muchos piensan que la tercera puede ser fatal” 2023. En: *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65617676> Consultado 31 de mayo de 2023.
- Stiegler, Bernard. *La técnica y el tiempo II: La Desorientación*, 2002. Beatriz Morales Bastos (Trad.), Hondarribia (Fuenterrabia) España. Editorial Hiru, 384.
- Thelen, Esther. “Grounded in the world: Developmental origins of the embodied mind”. En: *Infancy*, 1, 1 (2020): 3-28.
https://doi.org/10.1207/S15327078IN0101_02PMid:32680313
- Trappenberg, Thomas P. *Fundamentals of Computational Neuroscience*. New York – EE.UU: 2da Edición, Editorial Oxford University Press, 2010.
- Vašák, Karel. “Les différents catégories des droits de l’homme”. En: *Les dimensions universelles des Droits de l’Homme*. Ed por A. Lapeyre, F. De Tinguy y K. Vašák, (1990): 1-11. Unesco-Bruylant, Bruxelles.
- Warwick, Kevin. *Artificial Intelligence: The Basics*. London-New York: Editorial Routledge, 2012. <https://doi.org/10.4324/9780203802878>
- Yuste, Rafael, Jared Genser y Stephanie Herrmann. “It’s Time for Neurorights”. En: *Horizons*. “The (Not So) Roaring Twenties”? 18 (2021): 154-164.

RECIBIDO: 18/07/2023

APROBADO: 20/09/2023

*Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del
status legal de los animales no humanos.
Actuales tendencias jurisprudenciales y
legislativas estatales. Tercera Parte*

*Ethical, Philosophical and Legal Bases About
the Legal Status of Non-Human Animals.
Current Jurisprudential and State Legislative
Trends. Third Part*

Adriana Margarita Porcelli* <https://orcid.org/0000-0002-5192-5893>
Adriana Norma Martínez** <https://orcid.org/0000-0001-8962-2743>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2520>

- * Abogada-Procuradora (UBA). Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Diploma en Derechos Económicos Sociales y Culturales (UNPSJB). Profesora Asociada Ordinaria (Universidad Nacional de Luján -UNLu). Argentina. Correo electrónico: adporcelli@yahoo.com.ar
- ** Abogada-Escribana (UBA). Magíster en Ambiente Humano (UNLZ) Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA). Profesora Extraordinaria Consulta. Jefa de la División Derecho (Universidad Nacional de Luján- UNLu). Argentina. Correo electrónica: info@anmart.com.ar

Lex





Ribera. Óleo sobre tela 33 cm x 41 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

El profundo deterioro ecológico global se ha agudizado de tal manera que desde la comunidad científica de todas las áreas del conocimiento- incluida la ciencia jurídica- comienzan a ensayarse respuestas y posibles soluciones para mitigar y frenar el camino hacia la destrucción del planeta. Las diferentes vertientes propuestas parten desde la protección del ambiente como obligación jurídica hasta las más controvertidas que le otorgan la calidad de sujeto de derechos a la Naturaleza como un todo, y otras que diferencian a los seres sintientes no humanos del resto y le asignan un status jurídico particular. El trabajo de investigación tiene por objeto el análisis de las diferentes posturas filosóficas y jurídicas en cuanto al status legal de los animales no humanos, semejanzas y diferencias, su adopción por recientes legislaciones nacionales y su aplicación en la jurisprudencia nacional de los diferentes Estados. La metodología utilizada se basó en el método científico comparativo, en la investigación bibliográfica, legislativa y en el estudio de casos jurisprudenciales nacionales referidos a la temática. Dada la extensión y profundidad de la temática y a los efectos de una presentación coherente y comprensible, el trabajo comprende tres secciones. En la primera se desarrolló el marco teórico y en la segunda se indagaron las recientes legislaciones nacionales que han superado el binomio cosa=objeto versus sujeto=persona y la tercera que analiza las sentencias dictadas en los diferentes Estados que han receptado alguna o todas estas nuevas tendencias. A tales efectos, esta parte se divide en dos unidades de análisis, a saber: una sobre la jurisprudencia de Asia, Europa y América -a excepción de Argentina-, que es la que se expone en el presente artículo y la otra se dedica exclusivamente a Argentina. Como conclusión final, se puede adelantar que tanto en la doctrina, en la sociedad en general, en la jurisprudencia y en las legislaciones nacionales, comunitarias e internacionales, paulatinamente se produjo un giro virtuoso en el tratamiento jurídico de los animales no humanos, limitando el accionar de los humanos para con los demás seres con los que comparte el planeta. Algunas más avanzadas los categorizan como sujetos de derechos, otras como seres vivientes que merecen un trato compasivo, como parte del bienestar animal.

Palabras clave: *sujeto de derechos, personería jurídica, seres sintientes, animales no humanos, legislación y jurisprudencia.*

ABSTRACT

The deep global ecological deterioration has worsened in such a way that from the scientific community of all areas of knowledge - including legal science - responses and possible solutions are beginning to be tested to mitigate and stop the path towards the destruction of the planet. The different aspects proposed range from the protection of the environment as a legal obligation to the most controversial ones that grant the quality of a subject of rights to Nature as a whole, and others that differentiate non-human sentient beings from the rest and assign them a status private legal. The research work aims to analyze the different philosophical and legal positions regarding the legal status of non-human animals, similarities and differences, its adoption by recent national legislation and their application in the national jurisprudence of the different States. The methodology used was based on the comparative scientific method, on bibliographic and legislative research and on the study of national jurisprudential cases referring to the subject. Given the extension and depth of the subject and for the purposes of a coherent and understandable presentation, the work comprises three sections. In the first, the theoretical framework was developed, in the second, the recent national legislations that have overcome the binomial thing=object versus subject=person were investigated and the third that analyzes the sentences handed down in the different States that have received some or all of these new trends. For this purpose, this part is divided into two units of analysis, namely: one on the jurisprudence of Asia, Europe and America -with the exception of Argentina-, which is the one that is exposed in this article and the other is dedicated exclusively Argentina. As a final conclusion, it can be stated that both in doctrine, in society in general, in jurisprudence and in national, community and international legislation, there was gradually a virtuous turn in the legal treatment of non-human animals, limiting the actions of humans towards other beings with whom they share the planet. Some more advanced ones categorize them as subjects of rights, others as living beings that deserve compassionate treatment, as part of animal welfare.

Keywords: *subjects of rights, legal status, sentient beings, non-human animals, legislation and jurisprudence.*

I. INTRODUCCIÓN

En la primera parte del trabajo de investigación se desarrolló el marco teórico consistente en los principios fundamentales de las diferentes concepciones acerca del status jurídico de los animales no humanos¹. Se centró en el estudio de las diferentes corrientes éticas, ecológicas, filosóficas y jurídicas propuestas en defensa de los denominados seres sintientes no humanos, su análisis comparativo, semejanzas y diferencias. Así se diferenció entre el antropocentrismo, utilitarismo, protección por vía de los derechos de la Naturaleza, de la dignidad humana, del zoocentrismo y la sintiencia y bienestarismo y, finalmente el biocentrismo. En la misma se demostró que los términos persona no humana, persona animal, seres sintientes, personas morales no son sinónimos para la ciencia jurídica. En la segunda parte, se señaló que muchas de estas teorías fueron receptadas tanto a nivel internacional - en documentos no vinculantes- como a nivel interno en las nóveles legislaciones de algunos países. Así es que se concluyó que los mayores avances en la protección de los animales no humanos se originaron a nivel nacional, en las legislaciones de Alemania, Austria, Bolivia, Colombia, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Luxemburgo, Nicaragua, Portugal, Puerto Rico, República Checa, República Dominicana, Suiza, la truncada reforma constitucional chilena de 2022 y proyectos legislativos presentados en Argentina, Brasil y México². Si bien difieren en cuanto a su naturaleza jurídica, son disímiles los efectos jurídicos, todas limitan el accionar de los humanos para con los demás seres animales. La gran mayoría los considera como seres vivos y sensibles, dando origen a una tercera categoría entre las personas y las cosas, adoptando la doctrina de la sintiencia y del bienestarismo. Sin embargo, únicamente los proyectos de leyes -y se podría aventurar que

1. La primera parte de la investigación se puede consultar en Adriana Margarita Porcelli y Adriana Norma Martínez, “Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos. Actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales. Primera Parte” *Lex* 30, año XX, II (2022): 47-82, ISSN 2313-1861, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2539>

2. La segunda parte de la investigación se puede consultar en Adriana Margarita Porcelli y Adriana Norma Martínez, “Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos. Actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales. Segunda Parte” *Lex* 31, año XXI (2023): 71-112, ISSN 2313-1861, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i31.2465>

la Ordenanza de Tilcara, Provincia de Jujuy, Argentina- los consideran sujetos de derechos. Restaría analizar la concepción e interpretación normativa en las sentencias de jueces y cortes nacionales.

En consecuencia, el presente artículo tiene por objeto la primera unidad de análisis de la tercera parte centrada en el estudio y desarrollo comparativo de la jurisprudencia nacional de diferentes países, a excepción de Argentina, en cuanto a la naturaleza jurídica de los animales no humanos frente a los casos planteados para su decisión. Y en un artículo posterior se dedicará a la segunda unidad de análisis: la jurisprudencia argentina.

II. METODOLOGÍA

Para cumplir con el objetivo señalado *ut supra*, en esta tercera parte se relevaron y consultaron fuentes primarias tales como las sentencias nacionales sobre el tema y secundarias basadas en estudios jurídicos, ecológicos y filosóficos. La metodología utilizada se basó en el método científico comparativo, en el análisis jurisprudencial de las diferentes interpretaciones de la legislación nacional por parte de los jueces estatales.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Análisis de casos jurisprudenciales a nivel nacional

1.- Leading case

La primera causa a favor del derecho de los animales se dilucidó en Brasil. Efectivamente, en el año 2005, profesores, estudiantes de derecho y asociaciones de defensa de los animales, presentaron un *habeas corpus* en favor de la chimpancé llamada Suiza, de 23 años, que vivía solitaria en el Zoológico de Salvador, Bahía, hacía 4 años. Fue el primer animal en el mundo en ser reconocido como sujeto de derechos en una acción legal, mas no tuvo tiempo de aprovechar su libertad. La autorización para su liberación, y transferencia a un Santuario, se expidió un día después que ella fuera encontrada muerta en su jaula. De todas formas, el caso de Suiza es considerado un “*leading case*” en la jurisprudencia y doctrinas de todo el mundo³.

2. Asia y África

2.1.- India

Como se expuso en la segunda parte de este trabajo, si bien las tres religiones más importantes de la India- hinduismo, jainismo y budismo- practican el veganismo y enseñan la no violencia

3. “Pedido Habeas Corpus para chimpancé que vive sólo en zoológico” *Protecao aos Grandes Primatas*, 17 de diciembre de 2009, acceso el 8 de julio de 2023, <http://www.projetogap.org.br/es/noticia/pedido-habeas-corpus-para-chimpance-que-vive-solo-en-zoologico/>

hacia los seres vivos, en la mayoría de la población son comunes prácticas calificadas como torturas y maltrato animal.

Por ello, es de destacar las sentencias de varios Tribunales a favor de los derechos de los animales. Por ejemplo, en la causa *A. Nagaraja & Ors. v. Animal Welfare Board of India* de 2014 que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de la India.

El caso se refiere a una práctica cultural, religiosa, tradicional y etológica de Tamil Nadu y Maharashtra -dos de los Estados más importantes de la India-, el *Jallikattu*⁴, una especie de evento de doma de toros en el que se producen muchas muertes, incluidas de participantes, y los toros deben soportar diversos tipos de abuso y negligencia. La Junta de Bienestar Animal de la India, después de decisiones de los Tribunales Inferiores, presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema de la India, aduciendo que los toros que se vieron obligados a participar en la carrera sufrieron dolor y deliberadamente fueron sometidos a burlas, tormentos, mutilaciones, fueron apuñalados, golpeados, perseguidos e incluso se le negaron sus necesidades más básicas, incluidos alimentos, agua y saneamiento. Señaló que dicha práctica violaba la Ley de Prevención de la Crueldad hacia los Animales de 1960 y el artículo 21 de la Constitución de la India ya que esa disposición, al tiempo que salvaguarda los derechos de los seres humanos, protege la vida entendiendo por tal término, en forma extendida, cualquier perturbación del medio ambiente básico que incluye todas las formas de vida, entre ellas la del animal. Por su parte, los organizadores del evento respondieron que, además de los ingresos que generan al Estado, era una práctica constante desde hacía más de 300 años y en la actualidad se realiza con sumo cuidado para no causar ninguna herida o dolor a los novillos que participan en ella conforme la Ley de Regulación del Jallikattu de Tamil Nadu de 2009.

La Corte, evidenció los graves daños sufridos por los toros, tales como corte de orejas/ mutilación, golpes brutales, fracturas, y la muerte. Efectivamente, al menos el 80% de los toros observados tenían las orejas cortadas. Al preguntarles a sus dueños sobre el motivo de la mutilación, explicaron que, al cortar la oreja, el animal podría escuchar sonidos incluso desde la parte posterior, lo que consideraron muy importante mientras los animales estaban en la arena jallikattu. Sin embargo, científicamente quedó demostrado que, con esa mutilación, el toro pierde su habilidad natural para recibir señales de sonido, se causa un dolor intenso y angustia y que el procedimiento conduce a cambios fisiológicos, neuroendocrinos y de comportamiento en el animal. Muchos toros sufrían de colas dislocadas o incluso amputadas a causa de tirones

4. Jallikattu es una palabra tamil, que proviene del término “Callikattu”, donde “Calli” significa monedas y “Kattu” significa paquete. Jallikattu se refiere a las monedas de plata o de oro atadas a los cuernos de los toros. La gente, en la antigüedad, solía luchar para conseguir el dinero que se colocaba alrededor de la cornamenta, lo que se representaba como un acto de valentía. Más tarde, se convirtió en un deporte de entretenimiento en el que se acorralaba a un toro veloz con cuerdas alrededor del cuello.

y torceduras deliberadas. El 90% de los toros se ensuciaron con heces debajo de la base de la cola y fueron obligados a permanecer juntos en la basura acumulada durante horas y horas. La defecación y micción frecuentes eran indicadores de miedo y dolor en el ganado.

Después de enumerar las leyes, el artículo 21 de la Constitución estadual y Tratados Internaciones sobre medio ambiente, el Máximo Tribunal hindú resolvió que todos los animales tienen una serie de derechos, entre los cuales expresamente menciona el derecho a vivir en una atmósfera sana y limpia y a obtener protección de los seres humanos, el derecho a obtener alimento, vivienda, derecho a la dignidad y al trato justo, a no ser golpeado, pateado, atropellado, sobrecargado, a no ser torturados. Los magistrados también hicieron referencia a la legislación ya que las sanciones por la violación de esos derechos eran insignificantes, evidentemente se debe a que las leyes las hacen los humanos. A ese respecto, el Tribunal consideró que:

The TNRJ Act, 2009 is an anthropocentric legislation enacted not for the welfare of the animals, unlike PCA Act, which is an eco-centric legislation, enacted to ensure the well-being and welfare of the animals and to prevent unnecessary pain or suffering of the animals. The State Act basically safeguards the interest of the organizers and spectators while conducting the event of Jallikattu⁵.

Después de todo lo anteriormente analizado, la Corte sentenció a favor de la pretensión de la Junta de Bienestar Animal, invocando -además de los derechos del animal- que la ley que regulaba el Jallikattu era totalmente incompatible y repugnante con la legislación nacional de prevención de la crueldad hacia los animales. Lo novedoso es que insta al Parlamento a elevar los derechos de los animales a la categoría de derechos constitucionales, en aras de proteger su dignidad y honor, como lo han hecho muchos países del mundo.

Al año siguiente, otro Tribunal, en este caso estadual, ordenó la liberación de animales en cautiverio alegando que se violaban los derechos de las aves. En 2014, la organización no gubernamental People for Animals presentó una petición ante el Tribunal de Distrito de Nueva Delhi para que se liberaran algunos pájaros capturados que se vendían en los mercados. El peticionario incluyó fotos de las mismas en las jaulas, y el Tribunal resolvió, en 2015 que primero debían recibir cuidados y luego serían liberadas ya que se habían violado los derechos de las aves incluidos el derecho a vivir con dignidad. En su fundamentación citó el precedente de la Corte Suprema de la India:

The Supreme Court has recently recognized the five fundamental rights of the animals including the right to live with dignity and announced twelve stringent measures/directives

5. Supreme Court of India, “Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors”. 7 may, 2014, acceso el 13 de agosto de 2023, <https://indiankanoon.org/doc/39696860/>

for the Govt. and other implementing authorities to stop cruelty on animals in the case of A. Nagaraja & Ors. v. Animal Welfare Board of India on 7th May, 2014⁶.

Y los pronunciamientos en esta línea continuaron sucediéndose. Así, el Tribunal Superior de Uttarakhand en Naintal, en el Estado de Uttarakhand -norte de la India- resolvió, el 4 de julio de 2018, que los animales del país detentaban los mismos derechos que gozan los seres humanos. Expresamente aclaró que, aunque es conocida la veneración a las vacas, que están protegidas por ley y no se las puede molestar, maltratar o matar, todos los integrantes del reino animal “tienen personalidad, derechos, deberes y las responsabilidades de una persona viva”. “Todos los ciudadanos del estado de Uttarakhand son declarados personas *in loco parentis* (personas responsables) del bienestar y la protección de los animales”⁷ Los jueces se basaron, como marco de referencia, en los libros sagrados del hinduismo como *Isha Upanishad*, donde aparece escrita en formato de mantra la paridad entre las especies.

En síntesis, dicha causa denominada “Narayan Dutt Bhatt vs. State of Uttarakhand and others” fue iniciada por un particular, al advertir que los caballos que cruzaban la frontera entre India y Nepal se encontraban en un mal estado de salud, soportaban cargas excesivas, pasaban la noche a la intemperie y al envejecer, eran abandonados en la India. Por lo tanto, solicitó por un lado que el Tribunal obligara al Estado vacunar y a realizar controles veterinarios a los caballos que cruzan dicha frontera, y por el otro, que se les confiriera a todos los animales el estatus de persona legal. Con respecto a la primera pretensión, los magistrados declararon, entre otras, como obligación por parte del Gobierno del Estado de Uttarakhand que todos los animales que crucen la frontera sean sometidos a examen veterinario en puntos de control instalados especialmente para tal fin e instó a la creación de un comité de expertos para que valoren si la carga máxima legalmente establecida a la que pueda ser sometido un animal resulte excesiva. Además, prohibió tanto el uso de animales para cargar cuando las condiciones climatológicas resulten extremas, así como el uso de látigos y otras herramientas para golpear a dichos animales.

A los efectos del presente artículo, el decisorio con respecto a la segunda pretensión es la que reviste mayor relevancia ya que reconoce la personalidad jurídica a todos los miembros del reino animal, aún a los que carecen de la capacidad de tener experiencias positivas y negativas porque no poseer un sistema nervioso centralizado. En consecuencia, como en las causas precedentes, los Tribunales dejan de lado el criterio y los fundamentos de la sintiencia, adoptando la postura

6. Delhi High Court, “People For Animals vs Md Mohazzim & Anr”, 15 may, 2015, acceso el 13 de agosto de 2023, https://ecojurisprudence.org/wp-content/uploads/2022/02/India_People-For-Animals-vs-Md-Mohazzim-Anr-_61.pdf

7. “Un tribunal de la India le reconoce a los animales los mismos derechos que a las personas”, *20 minutos* 21 de jul. de 2018, acceso el 12 de noviembre de 2019, <https://www.20minutos.es/noticia/3400546/0/tribunal-india-reconoce-animales-mismos-derechos-personas/>

de sujetos de derechos. Sin embargo, en este caso no abunda en desarrollar los derechos de los animales, solamente afirma que poseen los derechos y responsabilidades de una persona viva. A lo que es necesario cuestionar a qué se refiere con las mismas responsabilidades de una persona viva.

En sintonía, el propio Alto Tribunal de Uttarakhand, en la sentencia del *caso Alim Petitioner vs. State of Uttarakhand and others*, en septiembre de 2018, una vez más, tras señalar que los animales tienen derechos legales, ordenó el cierre de los mataderos ilegales en ese Estado⁸. Y el Tribunal Superior de Punjab y Haryana⁹, el 31 de mayo de 2019, en un caso de contrabando de vacas, calificó a “todo el reino animal, incluidas las aves y especies acuáticas”, como una “persona jurídica distinta con los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades, igual que una persona viva” y los humanos son *in loco parentis* cuando aplican las normas para el bienestar animal, el tratamiento veterinario, el alimento y el refugio.

En la precitada sentencia, de 104 páginas, obligó al gobierno estatal a garantizar que los animales de tiro no lleven cargas que excedan los límites prescritos y que el peso debía reducirse a la mitad si la ruta atravesada implicaba un ascenso que excediera el límite prescrito por el tribunal, manteniéndose a temperaturas humanas. No más de cuatro personas, excluyendo al conductor y los niños menores de seis años, podían viajar en un vehículo de tracción animal¹⁰.

2.2.- Pakistán

En una decisión innovadora, la Corte Suprema de Islamabad, el 21 de mayo de 2020, reconoció explícitamente que los animales tienen derechos legales naturales y protección de acuerdo con la constitución del país. Puntualmente, resolvió en relación a tres acciones constitucionales planteadas por diferentes actores¹¹.

En la **primera** se solicitó el traslado de los animales del Zoológico de Marghazar a santuarios, especialmente en relación a Kaavan, un elefante que desde 1985 se encontraba en ese lugar. De los tres casos anteriores, fue el que tuvo más difusión en la prensa ya que Kaavi fue calificado como “el elefante más triste del mundo”.

8. Víctor Crespo Santiago, “Los animales no humanos como titulares de derechos legales: la sentencia del Alto Tribunal de Uttarakhand en el caso Narayan Dutt Bhatt contra el Estado de Uttarakhand y otros” *Revista Bioética y Derecho* 46 (2019): 203-217, ISSN 1886-5887.

9. El Tribunal Superior de Punjab y Haryana es el Tribunal Superior común para estos dos estados indios (Punjab y Haryana) y el Territorio de la Unión de Chandigarh

10. In The Hight Court of Punjab y Haryana “Karnail Singh and others versus State of Haryana” 31 de mayo de 2019, acceso el 9 de agosto de 2023, <https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2019/06/PHCJudgment31519.pdf>

11. Las tres causas son: 1. W.P. No. 1430/2019 Dr. Nadeem Omar v. Metropolitan Corporation Islamabad & 2 others. 2. W.P. No. 4693/2018 Faryal Nawaz v. Metropolitan Corporation Islamabad and 2 others. 3. CrI. Org. No. 182/2019 Dr Nadeem Umar Tarar v. Rana Tahir & another.

Por su parte, la **segunda** acción requirió que se hiciera definitiva la confiscación y el traslado al santuario de osos de Balkasar a un oso negro usado en un circo callejero y la **tercera** se refirió a la matanza de perros callejeros en la vía pública.

La Corte entendió que, en estos tres casos, había sido convocada “para reconocer que los animales tienen derechos que deben ser respetados, o más bien, que es el deber de la especie humana proteger estos derechos para su propia supervivencia”.

En el primer caso, el más alto Tribunal señaló que un elefante asiático necesitaba caminar más de 10 kilómetros por día y una estructura social para prosperar. Nada de esto era posible en cautividad. Efectivamente, Kaavan, era un elefante asiático, entregado como regalo a Pakistán por parte del Gobierno de Sri Lanka en 1985, cuando tenía 1 año. Las entidades que intervinieron en la causa en el carácter de *amicus curiae*, describieron la celda en la que Kaavan se encontraba desde hacía más de 3 décadas, como “de condiciones inapropiadas”, no asegurando el “bienestar psicológico, social y de comportamiento que este tipo de especie requiere”. Se detalló su situación de salud como “preocupante”, su dieta como “inadecuada a sus necesidades” y su vida social (los elefantes son seres sumamente sociales) finalizó cuando su compañera Saheli, murió en el año 2012, a la edad de 22 años. De acuerdo a los informes entregados al Tribunal por parte del organismo competente en Biodiversidad, Kaavan presentaba conductas de comportamiento estereotipadas (zoocosis) con presunción de haber desarrollado graves problemas neurológicos. Los mismos organismos estatales, a través de sus informes, manifestaron que, por la falta de presupuesto, no se podía mantener la higiene de la pequeña celda y tampoco la de su fuente de bebedero¹².

A la par, la Corte verificó que Kaavan presentaba una curvatura en los pies producto del balanceo, una alimentación inadecuada y cautiverio en soledad. Expresamente señaló la existencia de consenso científico en que un elefante tiene emociones y algunas son similares a las humanas. Sienten dolor, angustia, felicidad y tristeza. El nacimiento de un bebé elefante se celebra mientras lloran y se lamentan ante la muerte de un miembro de la manada. La naturaleza creó elefantes para vivir, sobrevivir y prosperar en un hábitat particular y la destrucción del mismo a manos de los humanos ha llevado a esta increíble especie al borde de la extinción. La conclusión, un zoológico no es un lugar apropiado para un elefante.

Al igual que Kaavan, se evidenció que los demás animales del zoológico también se encontraban en condiciones deplorables, por lo que el más alto Tribunal “no duda en declarar que los animales en el zoológico han sido sometidos a dolor y sufrimiento innecesarios, (...)”

12. María Elisa Rosa, “A un año de la sentencia que liberó al elefante más triste del mundo” *Diario DPI Suplemento Personas no Humanas* 29, 31 marzo de 2021, ISSN 2362-3217, acceso el 9 de agosto de 2023, https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-dpi-suplemento-personas-no-humanas-nro-29-31-03-2021/

las condiciones de cautividad en el zoo definitivamente equivalen a un trato criminal de seres vivos”.

Con respecto a los animales en general estableció que indudablemente son seres sensibles, con emociones y capacidad de sentir dolor o alegría. Naturalmente, cada especie tiene su propio hábitat, no es natural que un león se mantenga en cautiverio en un área restringida. Separar un elefante de la manada y mantenerlo aislado no es lo que la naturaleza ha contemplado. Al igual que los humanos, los animales también tienen derechos naturales que deben ser reconocidos. Es un derecho de cada animal, un ser vivo, a vivir en un ambiente que satisfaga las necesidades conductuales, sociales y fisiológicas y que toda práctica en contrario constituye una violación del derecho a la vida garantizado por el artículo 9 de la Constitución de Pakistán. Puntualmente afirmó que “los humanos no pueden arrogarse el derecho de esclavizar y subyugar a los animales¹³.”

En consecuencia, la Corte ordenó a la demandada trasladar a Kaavan a un santuario de elefantes apropiado, dentro o fuera del país, en un período máximo de treinta días y reubicar a todos los animales restantes del zoológico en sus respectivos santuarios dentro de los sesenta días a partir de la notificación de la sentencia. Conjuntamente prohibió que algún animal nuevo sea puesto en el zoológico hasta que una organización internacional acreditada certifique que las instalaciones estén disponibles para satisfacer las necesidades conductuales, sociales y fisiológicas de cada especie. Hoy se ha efectivizado.

Con referencia a la segunda –el oso negro en un circo-, ordenó su permanencia definitiva en el Santuario del Oso. Y la tercera –matanza de perros callejeros- ordenó la implementación de políticas que tuvieran en cuenta las mejores prácticas de bienestar animal aplicadas internacionalmente.

Además, recomendó al Estado Federal arbitrar los medios necesarios para incluir en la enseñanza del islam, el trato digno que debe darse a los animales. Y aún más, dispuso que el buen trato hacia los animales, también debía impartirse a través de los medios de comunicación (por ser integrantes de la creación de Allah)¹⁴.

2.3.- Sudáfrica

La Corte Constitucional de Sudáfrica, en los autos caratulados “National Society for the Prevention of Cruelty to Animals v Minister of Justice and Constitutional Development and

13. Islamabad High Court, Islamabad (Judicial Department) “Islamabad Wildlife Management Board versus Metropolitan Corporation Islamabad, etc” W.P. No. 1155/2019, 14 de diciembre de 202, acceso el 9 de noviembre de 2023, http://mis.ihc.gov.pk/attachments/judgements/W.P-1155-2019_____14-12-2020_____.pdf

14. Marcia Condoy Truyenque “Comentario a la sentencia de la Corte Superior de Islamabad sobre el derecho a la libertad de un elefante y los animales” *Pasión por el Derecho*, 10 de julio de 2020, acceso el 9 de agosto de 2023, https://lpderecho.pe/sentencia-corte-superior-islamabad-derecho-libertad-animales/#_ftn14

Another” se expidió, el 8 de diciembre de 2016, sobre la naturaleza jurídica de los animales no humanos. Los hechos que dieron origen a la controversia, en síntesis, fueron los siguientes:

Durante noviembre de 2010, la Sociedad Nacional para la Prevención de la Crueldad en Animales presenció un sacrificio religioso consistente en la matanza de dos camellos delante de una multitud de personas. Dicho sacrificio involucró ocho intentos de “rebanar” una de las gargantas del camello hasta que la hendidura fuera lo suficientemente profunda para que el animal se desangre; al otro le cortaron la garganta tres veces. En un acto de compasión, un inspector disparó a ambos camellos para aliviarlos de su miseria.

Después de varias controversias referidas a la competencia y validez jurídica del obrar del organismo nacional, la Corte -en lo que interesa al presente artículo- basándose, entre otros fundamentos, en el precedente “Lemthongthai” de la Corte Suprema de Apelaciones consideró que los valores constitucionales dictan una actitud más solidaria hacia el prójimo, hacia los seres humanos, los animales y el medio ambiente en general. Y destacó que obligación era especialmente pertinente por la historia sudafricana. En consecuencia, resolvió que la lógica de la protección del bienestar animal pasó de simplemente salvaguardar el estatus moral de los humanos hasta otorgar un valor intrínseco a los animales como individuos¹⁵.

3.- Estado Unidos e Iberoamérica

3.1.- Estados Unidos de América

El 6 de junio de 1979, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito, resolvió el caso “Palila (*Psittirostra bailleui*) an endangered species et al. v. Hawaii Department of Land and Natural Resources et al”. Lo novedoso es que la demanda se presentó en nombre de un ave en peligro de extinción, el Palila, de conformidad con la Ley de Especies en Peligro de Extinción de 1974, contra el Departamento de Tierras y Recursos Naturales de Hawái. El ave Palila es un miembro de la familia *Honeycreeper (Drepanididae)* y se encuentra solamente en dicha isla. El caso se deriva de la introducción de cabras y ovejas en la isla de Hawái en el siglo XVIII a efectos deportivos, por lo cual el Estado las dejó pastar en forma salvaje y dañaron el ecosistema local. Esa introducción en forma salvaje tuvo un impacto destructivo en el ecosistema *Mamane-Naio* de Mauna Kea, ya que esos animales se alimentaron de las hojas de los árboles, de los tallos, plántulas y brotes y evitaban la regeneración del bosque. La organización Sierra Club y demás movimientos conservacionistas promovieron juicio sumario en nombre de la Palila, alegando que la práctica del Estado de mantener cabras y ovejas salvajes para la caza deportiva amenazaba con la extinción del ave. El Tribunal aceptó la demanda basándose en que, como se trataba de una especie amenazada de extinción, de acuerdo con el *Endangered Species Act* el pájaro de la familia de los colibríes hawaianos tendría legitimación

15. Constitutional Court of South Africa, “National Society for the Prevention of Cruelty to Animals v Minister of Justice and Constitutional Development and Another” Case CCT 1/16, 8 de diciembre de 2016, acceso el 9 de agosto de 2023, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2016/46.pdf>

activa para ir a juicio como actor por derecho propio y ordenó al Estado que iniciara todas las acciones necesarias para eliminar, en dos años, a las ovejas y cabras salvajes del hábitat crítico de Palila¹⁶.

Posteriormente, el 2 de diciembre de 2013 la organización civil no gubernamental, The Non Human Rights Project, presentó un *habeas corpus* ante el Tribunal de Primera Instancia de Nueva York, en nombre de dos chimpancés Leo y Hércules -propiedad del New Iberia Research Center, usados en investigación experimental relacionada con el movimiento, en el Departamento de Anatomía de la Stony Brook University-. Ante su denegación y de sucesivas apelaciones, el 2015 la causa pasó a conocimiento de la Corte Suprema del Estado de New York.

Previamente, en 2013, el peticionario buscó sin éxito determinaciones similares en los condados de Fulton (en nombre del chimpancé Tommy) y Niagara (en representación del chimpancé Kiko) y en el condado de Suffolk, a favor de Hércules y Leo.

Volviendo a la causa ante la Corte Suprema de New York, la parte demandante, basó su petición en evidencia científica que probaba que los chimpancés eran seres autónomos y con conciencia y, por lo tanto, con titularidad para ser reconocidos como “personas en su sentido legal” con ciertos derechos fundamentales. Ofreció declaraciones juradas de psicólogos, zoólogos, antropólogos y primatólogos, que habían realizado investigaciones exhaustivas sobre el comportamiento, la personalidad, la cognición, la inteligencia, la comunicación y las habilidades lingüísticas de los chimpancés y otros primates no humanos.

En cuanto al fundamento legal, se invocó la Ley de Sucesiones, Poderes y Fideicomisos que avalaba su petición ya que expresamente faculta a que un “animal doméstico o de compañía” sea designado como beneficiario de un fideicomiso. El *thema decidendum* consistió en si los chimpancés podían ser detenidos legalmente.

Sobre el argumento de la legitimación activa para presentar dicha acción en nombre de Hércules y Leo, el demandante alegó que el recurso de *habeas corpus* podía ser realizado no solo por persona ilegalmente encarcelada o de otro modo restringida en su libertad, sino también por alguien que actuase en su nombre. La ministra de la Corte declaró admisible dicha solicitud, lo que significó, por una parte, su tratamiento por parte del juzgador, pero no su decisión sobre el fondo y por la otra, que el fiscal del Estado tuviera que fundamentar la

16. United States. District Court, D. Hawaii. “Palila (*Psittirostra bairdii*), an endangered species, Sierra Club, a Non-Profit Corporation, National Audubon Society, a Non-Profit Association, Hawaii Audubon Society, a Non-Profit Association, and Alan C. Ziegler, Plaintiffs, v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, and Susumu Ono, in his capacity as Chairman of the Hawaii Board of Land and Natural Resources, Defendants”. June 6, 1979. 471 F.Supp. 985 (1979) Civ. No. 78-0030.

detención de ambos chimpancés. La Corte estadual emitió su decisión rechazando el *habeas corpus* de Leo y Hércules, señalando que por ahora debía ceñirse a lo determinado por otra causa similar respecto del chimpancé Tommy en que se denegó su petición de *habeas corpus*.

Resulta interesante tener en cuenta algunas consideraciones efectuadas en la decisión. Por ejemplo, se afirma que el concepto de personalidad jurídica, es decir, la consideración legal de persona ha evolucionado significativamente desde el inicio de los Estados Unidos. No hacía mucho tiempo, solo los ciudadanos varones caucásicos propietarios tenían todos los derechos legales en virtud de la Constitución. Trágicamente, hasta la aprobación de su Decimotercera Enmienda, los esclavos afroamericanos eran comprados, vendidos y tratados como cosas, propiedad de sus dueños. Antes se consideraba a las mujeres casadas como propiedad de sus maridos y, previo al matrimonio, eran pertenencia de la familia, y se les negaba toda la gama de derechos otorgados a sus padres, hermanos, tíos y primos varones. Textualmente, el párrafo finalizó de la siguiente manera: “If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied.”

Sin embargo, concluye que equiparar en forma análoga el maltrato pasado de humanos, ya sean esclavos, mujeres, indígenas u otros, no resulta apropiado para extender a los no humanos el estatus de personalidad jurídica¹⁷.

En contrario, se expidió la Suprema Corte de Oregón, en 2014. La causa se inició con la presentación, por la Sra. Fessenden y el Sr. Dicke, de un recurso de revisión contra el Estado de Oregón. Argumentaron que los actos del oficial violaron los requisitos de orden judicial del artículo I, sección 9, de la Constitución de Oregón y la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Resulta que los codemandados poseían conjuntamente un caballo, que tenían en el campo de Dicke. Los vecinos llamaron a la oficina del alguacil para informar que el caballo parecía estar hambriento, la cual envió a investigar a un oficial con formación especializada en cría y crueldad animal. Para llegar a la propiedad donde se encontraba el caballo, el oficial condujo por un camino común compartido por Dicke y sus vecinos y ahí lo divisó pastando a plena vista. Desde ese camino de entrada compartido, el agente observó que la columna vertebral del caballo sobresalía, su cruz estaba erguida, su cuello era delgado, todas sus costillas eran visibles, no tenía tejido adiposo visible en sus hombros y se balanceaba un poco. Todas esas marcas evidenciaban signos de emaciación. El caballo también se esforzaba por orinar, lo que el oficial reconoció como un signo de insuficiencia renal (un resultado potencial de la inanición). En ese momento, procedió a rescatar al caballo

17. Supreme Court, New York County, “In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus, the Nonhuman Rights Project, Inc. ex rel. Hercules & Leo v. Stanley”, jul. 29 2015, acceso el 13 de agosto de 2023, <https://casetext.com/case/article-70-of-the-cplr-for-a-writ-of-habeas-corpus-the-nonhuman-rights-project-inc-ex-rel-hercules-leo-v-stanley/case-details>

incautándolo y lo condujo a una veterinaria para su recuperación. Se inició un proceso penal contra los dueños del equino y Dicke fue acusado de negligencia y maltrato animal en primer grado. Por su parte, Fessenden fue condenada por negligencia animal en segundo grado. Los acusados se presentaron ante la Corte de Apelaciones y finalmente ante la Suprema Corte de Oregón impugnando su condena a través del recurso de revisión. El Máximo Tribunal de Oregón confirmó la sentencia de las instancias anteriores y en lo que interesa a esta investigación, calificó al caballo como un ser sintiente a los que los oficiales podían rescatar sin orden judicial. Así lo expresó en los siguientes términos: “Although the Oregon legislature has found that “[a]nimals are sentient beings capable of experiencing pain, stress and fear...”¹⁸

Por último, el 2 de octubre de 2018, la organización Proyecto de Derechos No Humanos presentó un *habeas corpus* en favor de la elefanta Happy, que habitaba en el zoológico de El Brox, en la ciudad de Nueva York. Para el presidente de la entidad, Steven Wise el animal se encontraba en pésimas condiciones y pidió su traslado a un santuario para que pudiera convivir con otros elefantes. En su presentación, el organismo sostuvo que Happy debía ser considerada persona, ya que ese término designa la categoría más fundamental de la ley al identificar aquellas entidades capaces de poseer un derecho legal. La personalidad puede determinar, entre otras cosas, quién cuenta, quién vive, quién muere, quién está esclavizado y quién es libre. Para los demandantes, tal como lo expusieron en su presentación, el término persona nunca fue sinónimo de ser humano pudiendo designar una entidad más amplia, más estrecha o cualitativamente diferente de un humano. Los elefantes son animales sociales, y **durante 25 años, Happy había vivido en pareja con otro elefante llamado Grumpy**. Pero en 2002, su pareja murió luego de una pelea con las otras dos elefantas: Maxine y Patty. El zoológico separó a Happy de las otras elefantas y trajo a otro elefante llamado Sammie para brindarle compañía. Pero, en 2006, Sammie fue sometido a eutanasia después de una insuficiencia renal. Ese mismo año, el zoológico cerró su exhibición de elefantes cautivos y desde 2006 hasta el presente, para proteger a Happy de los otros elefantes, **ha vivido aislada, sin un verdadero compañero de su especie**.¹⁹ El 21 de octubre de 2019 se realizó la primera audiencia donde la jueza Alison Tuitt desestimó la denuncia y resaltó que Happy, quien vivió en cautiverio toda su vida, no dejó de comer, lo que demostraría que no se encuentra deprimida, y expresó sus dudas sobre la capacidad de supervivencia del animal en un santuario, donde viviría de una manera diferente a la que estaba acostumbrada.

18. Supreme Court of Oregon, “STATE of Oregon, Respondent on Review, v. Linda Diane FESSENDEN, Petitioner on Review. State of Oregon, Respondent on Review, v. Teresa Ann Dicke, Petitioner on Review”, August 7, 2014, acceso el 14 de Agosto de 2023, <https://casetext.com/case/state-v-fessenden-3#p774>

19. United States. Supreme Court Country of Orleans. Petitioner Nonhuman Rights Projects, Inc., on Behalf of Happy v. James J. Breheny, acceso el 10 de noviembre de 2019, <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/086/775/000086775.pdf>

En 2021, el Tribunal de Apelación de Nueva York accedió a conocer el caso de Happy, pero confirmó el decisorio de la jueza. En última instancia, el 14 de junio de 2022, el Tribunal Supremo de Nueva York, puso fin al caso de derechos de los animales más avanzado de la historia judicial de Estados Unidos y obligó a los tribunales y al público a reflexionar sobre los derechos que la sociedad humana debe a los animales altamente inteligentes. La sentencia judicial, con 5 votos a favor y 2 en contra, resolvió que Happy no es persona, lo cual significaba que no tenía derecho a la libertad corporal ni a no ser encarcelada y no sería trasladada al santuario. La sentencia, explica que, independientemente de la inteligencia de un elefante, el *habeas corpus* sólo se aplica a los seres humanos. Continuó aseverando que, aunque, era indiscutible las impresionantes capacidades de los elefantes, terminó rechazando los argumentos del peticionario sobre su legitimación para solicitar ese recurso en nombre de Happy. El eje central de sus consideraciones giró en torno a que el *habeas corpus* era un vehículo procesal destinado a garantizar los derechos de libertad de los seres humanos que son retenidos ilegalmente, no de los animales no humanos.

En disidencia, el juez Rowan Wilson cuestionó la idea que el *habeas corpus* sólo se aplicaba a los seres humanos, argumentando que la orden judicial fue vigorosamente utilizada para impugnar la detención de esclavos cuando, según la ley, eran considerados bienes muebles²⁰.

3.2.- Estados Unidos Mexicanos

El 2 de marzo de 2023 a través de la sentencia emitida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se reconoció jurídicamente la existencia de las familias multiespecie, intentando responder una demanda sobre el papel de los animales en las familias del mundo del siglo XXI.

En el fallo, los magistrados indicaron que la evolución jurisprudencial en la concepción de familia y su protección por parte del Pleno y Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación era dinámica por lo que habían emitido una nutrida interpretación sobre la evolución de lo que se entiende por el derecho y protección constitucional de la familia, en relación con su composición y origen. El mencionado Tribunal asevera que:

la realidad actual es que los animales domésticos han pasado a ser en algunos senos familiares, parte de los miembros de la familia. Desempeñan un papel de protección, apoyo, compañía, cariño y cuidado hacia los humanos. Incluso, es clara la relación de apego recíproca entre las personas y los animales domésticos, en las familias multiespecie, porque se les trata como parte de la familia. Son, en pocas palabras miembros de ella, de allí la denominación de familia multiespecie o interespecie²¹.

20. Rachel Fobar, “La elefanta Happy no es una persona, según la Justicia de Nueva York” *National Geographic*, 15 de jun. de 2022, acceso el 10 de agosto de 2023, <https://www.nationalgeographic.es/animales/2022/06/la-elefanta-happy-no-es-una-persona-segun-la-justicia-de-nueva-york>

21. El párrafo del Tribunal se encuentra disponible para su consulta en: Eliseo Rosales Ávalos, “Familias multiespecie, más derechos para los animales”, *El Economista*, 3 de abr. de 2023, acceso el 12 de agosto de 2023,

En consecuencia, eliminó las prohibiciones para que las mascotas ingresen a lugares públicos centros comerciales, hoteles, parques, entre otros lugares abiertos al público. Ese reconocimiento jurídico, conllevó al de otros derechos, por ejemplo, una vida libre de violencia, el derecho a la salud, al alimento, a un refugio seguro o una casa. Así como fijó la obligación de los propietarios de inscribirlos en los registros públicos de animales de los municipios y estados. En el caso del municipio de Escobedo Nuevo León y del Estado de Yucatán ya se entregan actas de nacimiento de las mascotas²².

3.3.- España

Con anterioridad a la reforma del Código Civil de 2022 que categorizó a los animales como seres sintientes, abandonado la calidad de cosas semovientes, la sentencia de los magistrados de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4º, del 14 de mayo de 2018, atenuó dicha cosificación. El litigio se produjo en un proceso de divorcio en el que se discutía la tenencia de un perro raza pomerania, en el que ambos convivientes demostraron relación afectiva merecedora de tutela jurídica.

Fundamentalmente tuvieron en cuenta que, si bien existía una laguna legislativa sobre el tema, la misma fue cubierta por leyes estatales y dicho proceso culminó en una proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre un régimen jurídico de los animales diferente del adoptado para las cosas. Refiriéndose a la modificación legislativa propuesta textualmente afirmó:

...atribuye a los jueces la potestad de confiar los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, texto aún en tramitación, pero que evidencia la intención del legislador de regular aspectos fundamentales de los animales de compañía²³.

Basándose en lo anteriormente expuesto, se puede deducir que, si bien los magistrados mantuvieron a los animales domésticos dentro del régimen de los bienes, lo atenúa dando a entender que son seres sintientes cuyo bienestar debe ser garantizado.

En similar línea argumentativa, el 27 de mayo de 2019, el Juzgado de Primera Instancia N° 9 de Valladolid en un caso de separación de pareja y basándose en la copropiedad, se les declara corresponsables de un perro de nombre “Cachas” y se concede una custodia compartida. Se establece que los animales no pueden ser tratados como meros bienes muebles, sino que son

<https://www.economista.com.mx/opinion/Familias-multiespecie-mas-derechos-para-los-animales-20230403-0022.html>

22. Eliseo Rosales Ávalos, “Los perrhijos ya son sujetos de derechos”, *El Economista*, 25 de jun. de 2023, acceso el 12 de agosto de 2023, <https://www.economista.com.mx/opinion/Los-Perrhijos-ya-son-sujetos-de-derechos-20230625-0054.html>

23. Audiencia Provincial de Málaga, “Sentencia Civil N° 316/2018”, 14 de mayo de 2018, acceso el 12 de agosto de 2023, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76b4eb6c94e7e3a0/20200805>

seres dotados de sensibilidad y por tanto se debe atender al bienestar del animal. Es de resaltar que se refiere a los animales y no únicamente a los domésticos al expresar que: “los animales no son cosas, sino seres dotados de sensibilidad, lo que implica que en determinados aspectos no se aplique supletoriamente el régimen jurídico de las cosas, sino que se ha de respetar su cualidad de ser sensible²⁴”.

Al año siguiente, el 25 de septiembre de 2020, otra litis sobre custodia compartida de una mascota, obtuvo similar pronunciamiento por parte de la Audiencia Provincial, Sección Sexta de Valencia. Los hechos que dieron lugar a la controversia se remontan al 25 de junio de 2016, noche de bodas de una pareja. Esa noche tan especial, firmaron convenio que denominaron “**Convenio Regulador de Custodia Compartida**” en previsión de una futura crisis conyugal. El acuerdo alcanzado giraba en torno **al destino de un perro**, propiedad de la esposa, llamado Chato. Establecieron unos periodos de tenencia de la mascota -que podrían ser semanales o quincenales-, al que nombraron perhijo y ellos progenitores.

Transcurridos dos años desde la firma del convenio, el matrimonio se divorció, quedando Chato en posesión de la ex esposa. Ante su negativa de dar cumplimiento a lo pactado en la misma noche de bodas, el ex marido, por vía de juicio declarativo ordinario, inició demanda. En la misma solicitó el cumplimiento de lo acordado para así poder gozar de la compañía de Chato en los tiempos pactados. Por su parte, la demandada negó la validez de lo acordado solicitando la nulidad del convenio regulador por tratarse, en esencia, de un contrato totalmente simulado.

El Juzgado de Primera Instancia, valorando las pruebas practicadas resolvió a favor de la ex esposa, considerando que los términos utilizados en el acuerdo demostraban que no era un documento jurídico, sino una broma. El demandante recurrió en apelación la decisión del Juzgado ante **la Audiencia Provincial de Valencia, la Sección Sexta, quien dictó la Sentencia 418/2020 de 25 de septiembre, resolviendo a favor del ex marido basándose en los argumentos del precedente de la Audiencia Provincial, Sección Cuarta de Málaga de 14 de mayo de 2018²⁵**, comentado al inicio de este apartado.

Siguiendo con la decosificación de los animales, el **Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Madrid, el 18 de octubre de 2021**, al emitir su sentencia tuvo en cuenta el vínculo afectivo de una pareja para decidir con quién se quedaría con el perro de nombre Panda tras una

24. Poder Judicial de España, Comunicado Oficial, “Un juez de Valladolid otorga la "custodia compartida" de un perro a una pareja que pleiteaba por la propiedad del animal”, 28 de mayo de 2019, acceso el 12 de agosto de 2023, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juez-de-Valladolid-otorga-la--custodia-compartida--de-un-perro-a-una-pareja-que-pleiteaba-por-la-propiedad-del-anim#:~:text=El%20Juzgado%20de%20Primera%20Instancia,de%20seis%20meses%20cada%20a%C3%B1o.>

25. Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, “Sentencia Nº 418/2020”, 25 de septiembre de 2020, acceso 12 de agosto de 2023, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb4f6b784351ab22/20201215>

separación. En esta sentencia el juez rechazó que una decisión sobre la tenencia de Panda tras la separación pueda tomarse únicamente a partir del dato meramente formal de la titularidad del animal, ya que vínculo afectivo que se produce entre las personas y animales merece protección jurídica. Así entonces resolvió que Panda debía convivir con cada uno de ellos en períodos alternos de un mes y que ambos serían responsables de asumir sus gastos de manutención. Tuvo en cuenta la importancia que una mascota tiene dentro de una familia y ese afecto demostrado no podía esfumarse con la ruptura de la unión de los convivientes. Al igual que sucede en un convenio regulador cuando una pareja con hijos se separa, se deberá establecer la manera en que se repartirán el tiempo de estancia, así como los gastos ordinarios, entre ellos alimentación y peluquería, y los extraordinarios como la asistencia veterinaria.

Entre los fundamentos, el juzgador destaca que:

Se trata de un ser vivo que acompaña e interactúa con sus propietarios, creándose lazos de afectividad mutua que deben ser conservados. Y no solo en pos de los derechos de cada uno de los propietarios sino también del propio animal, a los que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 13 considera “seres sensibles” exhortando a los Estados miembros a que tengan plenamente en cuenta las exigencias en materia bienestar de los animales²⁶.

Finalmente, y ya vigente la reforma del Código Civil, el Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Oviedo, el 13 de enero de 2022, emitió un auto de ejecución provisional al sentenciar que una mascota es un ser dotado de sensibilidad y así evitó que un perro se separe de la que fue su cuidadora durante los últimos cuatro años.

La causa se inició con una demanda del dueño de un perro, quien le solicitó a una amiga que se lo cuidase porque se mudaba fuera de España. Dos años después, regresó de su viaje y exigió la devolución de su perro y ante la rotunda negativa de la cuidadora, acudió a la vía penal, invocando el delito de apropiación indebida, La demanda que fue desestimada. Tras ese primer revés judicial, se abre la vía civil, reclamando una acción reivindicatoria.

Para la magistrada, el bienestar del animal aconseja no establecer cambios en su situación actual, que podrían no ser definitivos y generar un sufrimiento innecesario al perro que se vería separado en forma brusca de quien, durante los últimos tres años, fue su cuidadora.

Entre sus fundamentos ponderó que desde marzo de 2019 el hombre no tuvo ningún contacto con el perro durante casi 3 años. En cambio, la mujer lo cuidó con la máxima diligencia posible, alimentándolo y dándole las atenciones que necesitaba. Por otra parte,

26. Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Madrid, “Sentencia 358/2021”, 18 de octubre de 2021, acceso el 12 de agosto de 2023, <https://derechoanimal.info/sites/default/files/doc-law/Sentencia%207.10.2021.pdf>

invocó el artículo 333 bis del Código Civil vigente desde el 5 de enero de 2022, que dispone que un animal no es una cosa, sino es un ser vivo, dotado de sensibilidad, de manera que todas las decisiones que lo afecten deben asegurar su bienestar conforme a las características de cada especie. En el hipotético caso que en primera instancia se ordene su restitución y dicha sentencia sea revocada, el daño causado al animal por el cambio de entorno no podría ser enmendado ni compensado. En consecuencia, la jueza estimó que hubo una falta de responsabilidad hacia las necesidades básicas del animal imputable al hombre²⁷.

3.4.- República de Colombia

La primera causa sobre la calificación jurídica de los animales se dilucidó en el año 2010, a raíz de presentación de Carlos Andrés Echeverry Restrepo ante la Corte Constitucional, quien solicitó la inexequibilidad del artículo 7º de la ley 84 de 1989. El artículo establecía que quedaban exceptuados de la obligación de todas las personas de respetar y abstenerse de causar daño, lesión o todo acto de crueldad con los animales, las prácticas culturales del rejoneo, coleo, las corridas de toros, las novilladas, corralejas, becerradas y como las riñas de gallos. A juicio del actor, la disposición vulneraba principios y derechos establecidos en la Constitución, a saber: el principio de diversidad étnica y cultural, la prohibición de torturas y penas crueles, inhumanas o degradantes, la función social de la propiedad, la obligación de protección a la diversidad y al medio ambiente y el principio de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. El 30 de agosto de 2010, la Sala Plena de la Corte Constitucional, calificando a la Constitución política de 1991 como ecológica, expresó que el concepto de medio ambiente contemplado en la misma era un concepto complejo, en donde se involucraban los distintos elementos que se conjugaban para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se encontraban la flora y la fauna colombiana. Adelanta que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse *per se* y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. Acentúa que esta consideración supera el enfoque eminentemente utilitarista –que los considera en cuanto recurso utilizable por los seres humanos, y se inserta en la visión de los animales como otros seres vivos que comparten el contexto en que se desarrolla la vida humana. La Corte, por voto mayoritario declaró exequible el artículo mencionado, calificó a los animales como seres sintientes como poseedores de un valor intrínseco, pero habilitó la realización de dichas actividades exceptuadas en aquellas partes del territorio colombiano en las que impliquen una manifestación ininterrumpida de tradición de dicha población²⁸.

27. Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Oviedo “Auto 00009/2022” 13 de enero de 2022, acceso el 10 de agosto de 2023, https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3639/Auto%20Oviedo%20Letrada%20Mar%C3%ADa%20Girona%20Apadevi_Censurado.pdf

28. Corte Constitucional de la República de Colombia, “Sentencia C-666/10”, 30 de agosto de 2010, acceso el 12 de agosto de 2023, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>

Pasados tres años, el 26 de noviembre de 2013, el Consejo de Estado, Sección Tercera²⁹, al resolver un recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundimamarca, anuló los permisos de captura de primates de la especie *Aotus vociferans* en la Amazonía colombiana. Dichas autorizaciones se obtuvieron para la realización de investigaciones biomédicas con el fin de desarrollar vacunas sintéticas contra la malaria. El Tribunal consideró que con dicha captura se violaron derechos e intereses colectivos de los animales silvestres, especialmente de los miembros de la especie mencionada. Para resolver el caso se preguntó si los animales no humanos eran sujetos de derecho. A partir del desarrollo de la controversia filosófica sobre la naturaleza jurídica de los mismos, la sentencia se basó en las ideas utilitaristas de Jeremy Bentham, en la crítica elaborada por la filósofa contemporánea Martha Nussbaum y en los deberes de los humanos hacia las demás especies planteada por John Rawls.

Entre las numerosas citas contenidas en la fundamentación, el precitado Consejo, transcribe textualmente parte de la obra de Bentham, que reza lo siguiente: “Tal vez llegue el día en que el resto del reino animal recupere esos derechos que jamás le habrían podido ser arrebatados si no fuera mediante la tiranía... La pregunta no es: ¿pueden razonar? Ni: ¿pueden hablar? Sino: ¿pueden sufrir?”

A renglón seguido, afirma que:

el utilitarismo será la respuesta ética y filosófica al antropocentrismo a ultranza que niega en cabeza de los animales la titularidad de derechos, razón por la que es viable concluir, de la mano de esta doctrina ética y moral, que el ser humano no es el único sujeto de derechos sino todo ser que es capaz de experimentar dolor o placer³⁰.

Pero es necesario recordar que el filósofo utilitarista Peter Singer, en su libro *Liberación Animal*, aclaró la postura de Bentham ya que, cuando habla de derechos, en realidad se refiere a igualdad y no suscribe otorgar derechos a los animales.

Ello evidencia la confusión no solo terminológica sino de fondo en que incurrió el Consejo de Estado. Es más, asegura que no hay que sacrificar el desarrollo de la humanidad ni la supervivencia de la humanidad en pos del respeto de los derechos de los animales, la fauna y la flora ya que, a pesar de tener valor intrínseco, no es posible reconocer dignidad plena a los animales y a las especies vegetales.

29. El Consejo de Estado en Colombia es el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa de dicho país

30. Las citas textuales se pueden consultar en: Javier González Cortés, “Los derechos de los animales en Colombia: una enmarañada serie de discursos” *Revista Bioética y Derecho* 48 (2020); 245-260, - ISSN 1886-5887

Frente a tales incongruencias conceptuales, esta sentencia fue dejada sin efecto en 2014 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en el marco de una acción de tutela.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-467 de 2016 (demanda de inconstitucionalidad contra el Código Civil por la calificación jurídica de los animales como bienes muebles e inmuebles) resaltó, como estándar constitucional, la prohibición general frente al maltrato, el sufrimiento y el dolor de individuos de otras especies. Básicamente los fundamentó en la vinculación del deber constitucional de protección animal con los postulados esenciales del bienestar animal, según los cuales los animales no humanos no pueden ser sometidos a sed, hambre y malnutrición; a no ser mantenidos en condiciones de incomodidad, en términos de espacio físico, temperatura ambiental, nivel de oxigenación del aire; a ser atendidos frente al dolor, enfermedad y las lesiones; a no ser sometidos a condiciones que les genere miedo o estrés y a tener la posibilidad de manifestar el comportamiento natural propio de su especie. Así destacó que la categorización legal de los animales no humanos como bienes jurídicos, no se opone a su consideración como seres sintientes que son dignos de protección contra el maltrato³¹.

A contrario sensu, a fines de julio de 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia concedió un recurso de *habeas corpus* en favor de un oso de anteojos al que llaman ‘Chucho’, que estaba en el zoológico de Barranquilla, ordenó su libertad y traslado a una zona que se adecue a su hábitat, con plenas y dignas condiciones de semicautiverio, prioritariamente a la Reserva Natural Río Blanco de Manizales. Esta determinación, sin precedente alguno en ese país, extiende a otros seres la aplicación de un recurso como el *habeas corpus*, que era exclusivo para los seres humanos, a diferencia de los tribunales norteamericanos. Y la sentencia efectúa precisiones importantes: si bien se otorgan derechos, no se considera que los animales también tengan deberes; señala que son los humanos quienes deben velar por esos derechos; y afirma claramente que no se trata de afectar los desarrollos agroindustriales, los avances médicos, ni desatender la solución de las necesidades alimentarias de los seres humanos. Expresamente señaló que:

Los animales son sujetos de derechos sintientes no humanos que como tales tiene prerrogativas en su condición de fauna protegida a la salvaguarda por virtud de la biodiversidad y del equilibrio natural de las especies, y especialmente la de naturaleza silvestre. Como tales, deben ser objeto de conservación y protección frente al padecimiento, maltrato y crueldad injustificada.

31. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-467, 31 de agosto de 2016, acceso el 11 de agosto de 2023, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-467-16.htm>

En sus considerandos afirmó que se trata de reconocer y asignar derechos y personería jurídica para determinar epistemológica, ética, política, cultural y jurídicamente la irracional destrucción del planeta y de toda la Naturaleza. Dejó en claro que:

no se trata de la modificación de una postura jurídica desde una perspectiva exclusivamente biológica o moralista, o desde el dolor con criterio de sensiblería fruslera y trivial porque los animales sufren, sino desde una textura filosófico jurídica diferente y creadora; desde un compromiso existencia radical con la vida del hombre mismo, de las futuras generaciones, de las especies, de la conservación de la naturaleza como lucha individual y colectiva.

Especificó que no se trata de darles a los animales los mismos derechos que tienen los seres humanos, o de crear tribunales para resolver los asuntos de los animales, sino de reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo³².

El zoológico presentó una acción de tutela ante la Corte Constitucional y emitió un comunicado en contra de la sentencia afirmando que:

los animales criados en contacto cercano con personas no son aptos para ser devueltos al medio silvestre, pues perciben a los humanos como proveedores de alimento y no como una amenaza. Adicionalmente, no desarrollan habilidades naturales y sociales para interactuar con otros individuos de su especie y con su hábitat natural". "Un oso de anteojos sin temor a los humanos será más susceptible de entrar en conflicto con comunidades rurales. En este sentido, los zoológicos y acuarios sirven de apoyo a las autoridades ambientales, acogiendo animales que cumplen un rol para reforzar sus actividades de educación ambiental.³³

En la acción alegó que no solo había una violación a su derecho al debido proceso, sino que, además, esta figura legal solamente protege la libertad individual de los seres humanos. En 2018, la Corte Constitucional seleccionó el caso para su revisión, mientras que Fundazoo, le solicitó realizar una audiencia pública con el fin de convocar a expertos en la materia para debatir sobre las razones científicas y jurídicas de la inconveniencia de permitir la protección de los animales a través de acciones constitucionales referentes a derechos fundamentales. Así es que el 8 de agosto de 2019 se convocó lo que sería la audiencia del caso del oso "Chucho". Finalmente, con una votación de siete en contra y dos a favor, la Sala Plena del Alto Tribunal,

32. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil AHC4806-2017, 26 de julio de 2017, acceso el 10 de agosto de 2023, <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2017/07/habeas-corporus-oso-chucho.pdf>

33. "La polémica de los derechos de los animales detrás del oso 'Chucho'", *El Universal*, 28 de jul. de 2017, acceso el 11 de noviembre de 2019, <http://www.eluniversal.com.co/colombia/la-polemica-de-los-derechos-de-los-animales-detras-del-oso-chucho-258843>

mediante sentencia SU-016 de 2020, determinó que los animales no son sujetos de derecho, sino objetos de protección constitucional, y que el mejor lugar para Chucho en sus condiciones era el zoológico, ya que, al vivir gran parte de su vida en cautiverio, correría riesgo sin el cuidado humano³⁴.

Otro caso resonante fue el de la Amazonía colombiana, resuelto en julio del 2018. En el año 2016, la Amazonia colombiana perdió más de 70 mil hectáreas de selva, una cifra muy superior a la del año anterior. Esto motivó que 25 jóvenes y niños de siete a 26 años elevaran una impugnación, ya que consideraban que la deforestación amazónica contribuía al cambio climático y ponía en riesgo sus derechos en el futuro. La demanda puso su acento en la vulneración de los derechos de los niños y jóvenes demandantes, quienes tienen una esperanza de vida entre 75 a 80 años, y por ello terminarían afectados por el cambio climático hacia las décadas de 2040 a 2070. Esos impactos además se repetirían en las generaciones futuras.

Dando un paso de enorme importancia, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, el 5 de abril de 2018, dictó una sentencia que declara que la Amazonía, como región ecológica, es un sujeto de derechos. Expresamente señaló que:

los derechos fundamentales a la vida, salud, el mínimo vital de libertad y la dignidad humana están ligados sustancialmente y determinados por el entorno y el ecosistema. Sin ambiente sano los sujetos de derecho y los seres sintientes en general no podemos sobrevivir, ni mucho menos resguardar esos derechos, para nuestros hijos ni para las generaciones venideras. Tampoco podrá garantizarse la existencia de la familia, de la sociedad o del propio Estado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 2018, 13).

De la lectura del párrafo transcrito ut supra, se puede notar la relación existente entre la Naturaleza, los seres humanos y los animales no humanos. En efecto, al afirmar que seres sintientes en general **no podemos**³⁵, incluye en una misma categoría jurídica a todos los seres sintientes, tanto humanos como no humanos.

3.5.- República de Costa Rica

En el ámbito judicial, la Sala Constitucional de Costa Rica, ha trazado una línea jurisprudencial que se orienta a superar los razonamientos antropocentristas al calificar a los animales como seres sintientes. En esta línea es dable mencionar el recurso de amparo interpuesto por la Asociación Costarricense Acara de Rescate Animal, la Fundación

34. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU016-20 Acción de Tutela contra Providencias de habeas Corpus, 23 de enero de 2020, acceso 11 de agosto de 2023, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU016-20.htm>

35. El resaltado es propio

Amigo Animal y la Organización de Voluntarios de Amor contra la empresa E. P. S. A, la Municipalidad de Belén y el Área Rectora de Salud de Belén. El 12 de marzo de 2012, las recurrentes interponen recurso de amparo contra los demandados manifestando que en varios medios de comunicación y por Internet se ha anunciado la realización de una actividad taurina al estilo “encierro de Pamplona”. Afirman que en el evento se pondrá en riesgo la vida de las personas participantes, así como la de los animales, a los que, además, se les infligirá daño, crueldad y maltrato pues serán salvajemente utilizados ocasionando hasta su muerte. Sostienen que este tipo de actividad constituye un pésimo ejemplo para la sociedad costarricense. La Corte, en primer lugar, tomó como base que la interdependencia entre el ser humano y la naturaleza comprende aspectos que exceden la mera preservación de recursos para garantizar el desarrollo económico de la sociedad humana. En realidad, conforma un proceso único de influencia recíproca, en el que uno actúa sobre el otro y simultáneamente ambos necesitan uno del otro para su propia supervivencia. Al respecto citó la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-666 al aseverar que:

...la posibilidad de que se vean afectados por tratos crueles, por acciones que comportan maltrato, por hechos que los torturen o angustien obliga a que las acciones que respecto de ellos se realicen por parte de los seres humanos sean expresión del comportamiento digno que hacia ellos deben tener seres dignos. En efecto, la superioridad racional –moral- del hombre no puede significar la ausencia de límites para causar sufrimiento, dolor o angustia a seres sintientes no humanos.

En segundo lugar, solicitó informe al Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA), el cual expuso una serie de riesgos para la salud e integridad de los animales que se utilizarían para el evento y que, según su criterio técnico especializado, hacen que dicha actividad no deba ser avalada. En primer término, no es recomendable para la salud de los toros que las carreras se hagan sobre adoquines, pues lo ideal es que sea sobre tierra o arena; en segundo término, afirman que el organizador no pudo responder cómo van a tirar los toros en estampida, no pudo decir cuál va a ser el estímulo para que salgan corriendo, esto podría ser con chuzos eléctricos, pegándoles, con bombetas, entre otros, todos los cuales constituyen métodos no autorizados ya que estresan a los animales; en tercer término, tampoco pudo responder qué haría en caso de tener un animal caído; cuarto, no pudo contestar qué haría si los animales se metieran entre la estructura de tubos, pudiendo lesionarse o lesionar a una persona. Y en cuarto término, citó varios artículos de la Constitución referidos al medio ambiente y su interpretación constitucional. En consecuencia, se concedió el amparo y ordenó a los organizadores del evento que se abstuvieran de realizar algún tipo de actividad relacionada con corridas de toros al estilo Pamplona³⁶.

36. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Sentencia n° 04620. Recurso de Amparo”, 10 de abril de 2012, acceso el 14 de agosto de 2012, <https://vlex.co.cr/vid/-499705058>

En similar línea argumentativa y teniendo en cuenta el precedente anteriormente expuesto, se resolvió el proceso de conocimiento interpuesto por la Fundación Pro-Zoológicos – FUNDAZOO- contra el Estado, por la incautación del león Kibú. En 1998, con diez meses de edad, el felino arribó a Costa Rica, procedente del Zoológico de la Habana, Cuba, y durante todos esos años estuvo en cautiverio bajo el cuidado de la actora. En base al detrimento en su salud, el Estado costarricense ordenó su confiscación y traslado tras comprobar que padecía una enfermedad renal irreversible, degenerativa y que se incumplieron las órdenes administrativas de mejorar las condiciones en las que se encontraba recluso.

Posteriormente, el 24 de julio de 2019, la Sala Constitucional tuvo que resolver una acción de inconstitucionalidad referida a la realización de una riña de gallos. En la misma, el accionante cuestionó la Ley 7451 ya que no fue aprobada por mayoría calificada, violando el procedimiento previsto en el artículo 124 de la Constitución. Fundamentalmente se agravó de lo que establecen los artículos 5 al 19 que a su parecer limitan el ejercicio del derecho de propiedad en franca contradicción de los artículos 495 y 496 del Código Civil que dejan claro que los animales están sujetos a tener dueño. Con respecto al fondo de la cuestión, alega que la precitada normativa violenta otros artículos constitucionales, a saber: el artículo 20, porque se limita la libertad de los accionantes para dedicarse a la actividad de la cría, comercialización y organización de peleas de gallos; del principio de igualdad del artículo 33, por el trato discriminatorio con respecto a otras actividades permitidas, como las carreras de caballos; de los artículos 37, 39 y 40 por haber sido detenidos sin indicio comprobado de haber cometido delito; del artículo 56 porque no se les permite elegir esa actividad como medio de trabajo y subsistencia y solicitan, en esencia, autorización de las peleas de gallos.

La Corte, teniendo en cuenta el precedente previamente desarrollado y la sentencia de la Corte colombiana, entre otros, rechazó la acción incoada. Es de interés para ilustrar su aporte al presente trabajo los siguientes párrafos:

...la noción del bienestar animal comporta un límite y una obligación de los seres humanos de actuar con respeto a los animales por tratarse de seres sintientes que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de las personas.

...De la relación entre la naturaleza y los seres humanos se puede inferir el estatus moral de la vida animal y el reconocimiento de la capacidad de sufrimientos a los mismos, por ello se entiende que son seres sintientes que conllevan a una serie de obligaciones para los seres humanos, de cuidado y protección³⁷.

37. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “**Sentencia n° 2019013731. Acción de inconstitucional**”, 24 de julio de 2019, acceso el 14 de agosto de 2012, <https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2019013731-sala-809447589>

Por último, en 2017, FUNDAZOO accionó contra el Estado reclamando que desde que Kibú fue sacado del Zoológico la cantidad de visitas decayó. No obstante, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección I, declaró falta de legitimación activa con respecto a la pretensión indemnizatoria a favor de los empleados de la Fundación y declaró sin lugar la demanda. Dicho decisorio fue objeto de recurso de casación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, quien el 12 de octubre de 2021 rechazó el recurso interpuesto. Entre sus fundamentos se puede leer las deplorables condiciones en las que se encontraba Kibú, en una jaula que no constituía un lugar óptimo para su estancia, ya que carecía de estímulos adecuados y suficientes, además de las condiciones no solo de antigüedad sino de deterioro. La Corte, después de invocar diferentes normativas de otros países en la que se contempla y reconoce a los animales como seres sintientes o personas no humanas, las diversas sentencias reconociendo derechos a entidades naturales como los ríos Whanganui (Nueva Zelanda), Ganges (India), Atrato (Colombia), la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-23/17, y el caso de la orangutana Sandra (Argentina), enfatizó en el papel desempeñado por las instancias jurisdiccionales para que esa protección sea efectiva, debiendo decantarse las personas juzgadoras por la búsqueda de una verdadera justicia ecológica. Claramente sentó su postura la cual reza:

En criterio de esta Cámara el alegato del casacionista referido a que la jaula tenía más de 80 años de construida y que contaba con una llanta, tarimas, matones de zacate y algunos otros elementos, resulta inaceptable, en primer lugar porque constituye una negación del respeto y protección a los que tenía derecho el león Kibú, los cuales estaban en obligación de brindar las personas cuidadoras; y en segundo lugar y especialmente, porque degrada a Kibú como ser sintiente, al no reconocer que era necesario que el lugar donde pasaba su vida, tuviera condiciones dignas, que propiciara su salud en todas las aristas que esta conlleva y que buscara de alguna forma aliviar el hecho de que estaba en cautiverio³⁸.

3.6.- República Federativa de Brasil

A cuatro años de transcurrido el caso sobre la chimpancé Suiza –comentado al inicio del presente título-, en diciembre de 2009, el Proyecto Gran Simio Internacional (GAP), el Proyecto de Protección a los Grandes Primates, conjuntamente con representantes del movimiento de protección animal brasileño presentaron ante la Quinta Comarca de la Justicia Criminal del Estado de Río de Janeiro, un pedido de *habeas corpus* para el chimpancé Jimmy, de 26 años de edad, que hacía años vivía en solitario en una pequeña jaula en el Zoológico de Niterói (Río de Janeiro), privado de su derecho a la libertad de locomoción y a una vida digna. Los tribunales intermedios y el Supremo, tras varios meses de debate interno, denegaron la

38. Sala Primera, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Res. 001754-F-S1-2021”, 12 de octubre de 2021, acceso el 14 de agosto de 2023, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-1064894>

acción por improcedente. Al mismo tiempo que se juzgaba el *habeas corpus* de Jimmy, otro Tribunal, esta vez federal, aceptaba la petición del Ibama (Órgano de Protección a la Fauna Brasileña) sobre la retirada de todos los animales del zoológico de Niteroi, donde se encontraba Jimmy, debido a las malas condiciones de habitabilidad. Por tanto, tras 10 años de cautiverio en solitario y en malas condiciones, Jimmy fue trasladado al Santuario de Grandes Simios de Saracoba y el zoológico fue cerrado³⁹.

En los últimos años, algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal han generado un intenso debate sobre los derechos de los animales. Estos casos son, a saber: la acción directa de inconstitucionalidad contra la Ley 15.299/13 del Estado de Ceará que regula la vaquejada como una práctica cultural y deportiva en 2016; el Recurso Extraordinario de 2019 sobre la constitucionalidad de la Ley 11.915/03 del Estado de Río Grande do Sul que prohibió el trato cruel y el sacrificio de animales, excepto en el caso del ejercicio del culto o liturgia de las religiones africanas y el caso RESP. 1.713.167/SP del 2018 sobre derecho de familia y custodia de los animales domésticos.

En el primero de los casos mencionados, el más alto Tribunal de Brasil, por una mayoría de 6 votos contra 5, anuló la ley cuestionada tachándola de inconstitucional. La vaquejada es una actividad típica muy arraigada en el nordeste brasileño en la que dos vaqueros montados a caballo persiguen al toro en una arena tirándolo por el rabo. Quedó acreditado mediante pericias que la práctica provoca un sufrimiento innecesario a los toros, pues les produce fractura de patas, rotura de ligamentos y vasos sanguíneos y riesgos para su médula. También los caballos sufren lesiones. Por eso, los magistrados consideraron que esta actividad infringe una “crueldad intrínseca” a los animales que está prohibida por el artículo 225 de la Constitución Federal.

A contrario sensu, los jueces de la minoría votaron por la improcedencia de la acción alegando que la vaquejada era una manifestación cultural que no necesariamente implica un maltrato a los toros y, por lo tanto, que la ley del Estado de Ceará no atentaba contra ninguna norma de la Constitución Federal⁴⁰.

Los magistrados, en mayoría, abordaron conceptos de antropocentrismo, biocentrismo y sintiencia en sus votos al reconocer que, aunque a la fecha no se podía otorgar la titularidad de derechos jurídicos a los animales, como seres sintientes tenían al menos el derecho moral de no ser sometidos a crueldad. También señaló que, si bien el cuerpo del artículo 225 de la Constitución, apunta a una postura antropocéntrica, sus párrafos e incisos obligan a una relectura biocentrista. Por su parte, la Jueza Rosa Weber invocó la sintiencia al afirmar que

39. Pedro Pozas Terrados, “El Chimpancé Jimmy descansa en el Santuario del Proyecto Gran Simio de Brasil”. *Proyecto Gran Simio*, 9 de agosto de 2011, acceso el 8 de julio de 2023, <http://proyectogransimio.blogspot.com/2011/08/el-chimpance-jimmy-descansa-en-el.html>

40. Tribunal Supremo Federal de Brasil Control de Constitucionalidad. Maltrato Animal. Crueldad intrínseca. Práctica cultural. Sentencia del 6/10/2016 *Oficina de Referencia Extranjera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (14 de septiembre de 2018) acceso el 8 de agosto de 2023, <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=2458>

la Constitución busca superar la visión antropocéntrica en favor de una biocéntrica ya que confiere un valor intrínseco a las formas de vida no humanas y el enfoque elegido por la Carta Magna para la preservación de la fauna y el bienestar de los animales fue la prohibición expresa de conductas crueles que atenten contra su integridad.

A continuación, se analiza el segundo de los casos, el Recurso Extraordinario contra la Ley del Estado Grande do Sul que habilitaba el sacrificio de animales en un ritual religioso. A diferencia del anterior, éste fue decidido por unanimidad de votos. En el decisorio, los magistrados afirmaron que la Constitución excluye del concepto de crueldad con animales, la práctica que utiliza animales en manifestaciones culturales. Defiende la posibilidad de sacrificio de animales en ritos religiosos siempre y cuando no haya excesos ni crueldad. Únicamente avalaron una eventual restricción en cuanto a los sacrificios motivada en que el animal fuera silvestre y en peligro de extinción. Sin embargo, se señala que no hay informes de uso de este tipo de animales. Del análisis de estas dos sentencias, se puede colegir que el Superior Tribunal Brasileiro toma los fundamentos de la sintiencia y no adopta una cosmovisión biocentrista ya que, para sus partidarios, cualquier sacrificio de animales incluso por motivos religiosos, aunque sin crueldad, sería condenable.

Y el tercero, siguiendo la misma línea de seres sintientes, el Superior Tribunal de Justicia entendió que las mascotas forman parte del núcleo familiar. Aunque la legislación civil brasileña les otorga el estatus de cosa/objeto de derecho, las mascotas tienen un valor subjetivo único. Por lo tanto, el problema jurídico va más allá de la mera posesión/propiedad. Se reconoció el derecho a la custodia compartida/visitas del ex cónyuge a la mascota, teniendo en cuenta que los animales de compañía son seres que, inevitablemente, tienen una naturaleza especial y, como seres sensibles, dotados de sensibilidad y experimentando los mismos dolores y necesidades biopsicológicas que los animales racionales, también se debe tener en cuenta su bienestar⁴¹.

Finalizando con la jurisprudencia brasileña, a fines del 2017, la organización no gubernamental Forum Nacional de Protección y Defensa Animal presentó un recurso solicitando como medida cautelar la prohibición de la exportación de reses vivas bajo el argumento que los animales vivos sufren un tratamiento cruel al ser enviados en largos viajes marítimos a otros países. El juez civil federal de Sao Paulo, Djalma Moreira Gomes, otorgó la cautelar, en febrero de 2018, pero el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región dejó sin efectos de forma provisional, al atender un recurso presentado por el propio Gobierno brasileño. Sin embargo, en los últimos cinco años, el juez de primera instancia realizó varias audiencias públicas para discutir el asunto y escuchó a diferentes profesionales, que lo llevaron a ordenar la prohibición de forma definitiva, en abril de 2023 y ya no cautelar. En su decisión, el magistrado alegó que

41. Thiago Guerreiro Bastos y Ana Alice de Carli “Derecho de los animales no humanos en Brasil: una realidad en construcción” *Dictum* (2023): 106-123, ISSN 2959-1074.

los especialistas coincidieron en que los animales son seres vivos sensibles, capaces de sentir hambre, sed, dolor, frío, angustia y miedo, por lo que la protección de su dignidad debe prevalecer sobre el simple interés económico. Destacó que, para su exportación, los animales son hacinados y mantenidos confinados en navíos por semanas, y obligados a acostarse sobre sus propias heces y orina. Los viajes, por lo general de un mes, no están exentos de graves accidentes. En febrero de 2012 un problema en el sistema de ventilación de un navío que se dirigía a Egipto provocó la muerte de 2.750 animales y en noviembre de 2015 el naufragio de un carguero en el muelle de un puerto brasileño causó la muerte de 5.000 seres. Sin embargo, la sentencia fue apelada ante el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región, el mismo que rechazó la cautelar⁴².

3.6.- República de Ecuador

El Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas, el 23 de abril del 2015, condenó al capitán de la embarcación FERMARY 1 como autor responsable y a la tripulación como responsables cómplices del delito contra el medio ambiente tipificado en el Código Penal Ecuatoriano. El Tribunal concluyó que, conforme todas las pruebas aportadas, se encontraba acreditado que 357 tiburones fueron capturados dentro de la Reserva Marina de Galápagos, lo que conforme la normativa internacional, constitucional y penal, significaba lesionar al interés de la Naturaleza y del Estado Ecuatoriano. Destacó la obligación del Estado, establecida en el numeral 7 del artículo 3, y en el numeral 1 del artículo 277 de la Constitución, de garantizar los derechos de las personas, y de la Naturaleza. La especie capturada por la tripulación de la embarcación FERMARY 1, explicó el Tribunal, consistía en una especie vulnerable protegida como el tiburón, la pesca fue realizada parcialmente en la zona vedada de la Reserva Marina de Galápagos, para lo cual se utilizaron procedimientos de pesca prohibidos, como el Palangre o Lon Line. En síntesis, los magistrados señalaron que la Constitución de Ecuador en sus artículos 71, 72, 73, 83 numeral 6, 395 numeral 4, 396, 397 parte final y 405 establece preceptos, normas y principios referidos a los derechos de la Naturaleza o Pacha Mama; y que es deber del Estado establecer mecanismos para alcanzar la restauración de los daños a la Naturaleza y la adopción de herramientas aptas para mitigar las consecuencias nocivas. En igual sentido, concluyó que el Estado tenía la obligación de adoptar medidas de precaución y restricción para las actividades que pudieran producir la extinción de las especies y la destrucción de los ecosistemas⁴³. En este decisorio, se puede notar que la protección y la categorización jurídica proviene de los derechos de la Naturaleza en su conjunto y no de sus miembros en forma

42. “La prohibición de exportación de ganado vivo de Brasil depende de un tribunal” *SWI swissinfo.ch*, 29 abr. de 2023, acceso el 8 de noviembre de 2023, https://www.swissinfo.ch/spa/brasil-animales_la-prohibici%C3%B3n-de-exportaci%C3%B3n-de-ganado-vivo-de-brasil-depende-de-un-tribunal/48473912

43. Ecuador. Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas “Parque Nacional Galápagos y otros c/ Primitivo Rigoberto Pachay Murillo y otros s/ delitos contra el medio ambiente” N° del proceso 09171-2015-0004 Consejo de la Judicatura. SATJE, 54-56

aislada.

Novedosamente, el 4 de diciembre de 2019, en forma totalmente inédita, la jueza Luz María Ortiz Guevara, a cargo de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia de Iñaquito, Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, sentenció que los animales eran sujetos de derechos. El fallo tuvo lugar a raíz de una acción constitucional de medida cautelar presentada por Bernardo Gortaire, miembro del colectivo Movimiento Animalista Nacional MAN, por la cual solicitaba la prohibición de la riña de gallos que tendría lugar a las 48 horas, vale decir el día 6 de diciembre de 2019. En el afiche de propaganda anunciaba un premio de dos mil dólares al ganador que en 10 segundos termine con la vida de su opositor, lo que evidenció el tenor de violencia y muerte que corrían los gallos desde que son reproducidos y criados para morir en la arena de combate.

La acción constitucional se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución de Montecristi del año 2008, siendo el país pionero en reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos. Y es que, en el último párrafo del precitado artículo, se referencia a todos los elementos que forman un ecosistema. Así las cosas, los actores resaltaron que los animales, al ser elementos de la Naturaleza debían ser protegidos y respetados, vale decir, su vida, debía ser salvaguardada por el Estado en tanto fragmentos del ecosistema. Ponderaron entre el derecho a vivir del animal frente al derecho a divertirse del ser humano, efecto que es posible de conseguir sin que medie la tortura y muerte de ningún ser vivo. Otro de los puntos señalados fue la contundencia de la Declaración de Cambridge que demuestra científicamente que los animales no humanos no se tomen como objetos o mercancías generadores de lucro, sino como individuos sintientes con derecho a la vida.

En los considerandos, la Dra. Ortiz al respecto manifestó:

“ ... por cuanto el estado protege a la NATURALEZA y al ser los gallos parte de la naturaleza también son sujetos de protección de derechos constitucionales, en la gallera al ser obligados a enfrentarse entre sí, con el ánimo de ganar; se causan entre ellos: lesiones, maltratos, incluso mutilaciones y en un extremo ocasionar la muerte, la Constitución del Ecuador de 2008 ya que reconoce expresamente a la naturaleza como sujeto de derecho, y atentar contra la vida de estos seres vivos que forman parte de la naturaleza, constituye un daño GRAVE E IRREPARABLE , y través de esta garantía, se quiere evitar o prevenir la vulneración de los derechos...⁴⁴”.

44. Las palabras de la Dra. Ortiz son tomadas de: “Ecuador reconoce a los animales como sujetos de derechos” *Derecho Animal* (s.f.), acceso el 12 de agosto de 2023, <https://derechoanimal.info/sites/default/files/attachments/Ecuador.pdf>

Haciendo caso omiso de lo resuelto, los defensores de las peleas organizaron esa misma noche una riña alterna desoyendo la sentencia de la jueza, para la misma hora y fecha, la que fue clausurada por la Agencia Metropolitana de Control por no contar con los permisos necesarios.

Consecuentemente, el 27 de enero de 2022, la Corte Constitucional en pleno reconoció que los animales silvestres eran sujetos de derechos de protección en tanto forman parte de la Naturaleza, al pronunciarse sobre una acción de *habeas corpus* en favor de una mona chorongó rescatada por la Autoridad Ambiental de una familia que la tuvo como mascota ilegalmente durante dieciocho años. Ana Beatriz Burbano Proaño, residente en la ciudad de Ambato, Ecuador, recibió en su hogar a una hembra de un mes de vida de la especie de monos chorongó (*Lagothrix lagothricha*), a la que llamó Estrellita. La cuidó y se convirtió en parte de la familia, adquirió sus costumbres y aprendió a comunicarse por medio de gestos y sonidos. Según el Libro rojo de mamíferos del Ecuador, la mona pertenecía a una especie de fauna silvestre en peligro de extinción. También figuraba en el apéndice II (“especies que podrían llegar a estar en peligro de extinción a menos que se controle estrictamente su comercio”) de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y en la categoría de amenaza global vulnerable según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Cuando Estrellita tenía 18 años, la Unidad de Patrimonio Natural-Vida Silvestre de la Dirección Provincial del Ambiente de Tungurahua del Ministerio del Ambiente recibió una denuncia anónima sobre la tenencia de fauna silvestre en una vivienda de Ambato. Después de una serie de investigaciones, de la toma de fotografías y de visualizar, en la terraza de la casa, a Estrellita, en septiembre de 2018, el Ministerio del Ambiente determinó que personal de ese organismo debía realizar el seguimiento del espécimen para iniciar el proceso correspondiente. Casi un año después, el Ministerio del Ambiente, en coordinación con la fiscalía, la Unidad de Protección del Medio Ambiente, Criminalística y el Grupo de Operaciones Especiales, retuvieron a Estrellita. Invocaron una infracción de la normativa ambiental vigente y la falta de la autorización administrativa. Un informe médico veterinario concluyó que la mona era adulta, que se encontraba por debajo de su peso normal y en estado de desnutrición y que tenía erizamiento y despigmentación del pelaje debido a una deficiente e inadecuada ración alimenticia, pérdida parcial de pelo en la parte interna de su brazo izquierdo con presencia de pequeñas manchas rojizas y resequedad o descamación de la piel, posiblemente por la presencia de hongos y desgaste de los dientes incisivos y de los colmillos, lo cual le provocaba dificultad para rasgar, romper o cortar alimentos sólidos, parte esencial de su dieta.

En octubre de 2019, Estrellita falleció, pero la Sra Burbano, sin tener conocimiento del deceso interpuso, en base en el artículo 71 de la Constitución y el 585 del Código Civil, una acción de *habeas corpus* contra el Ministerio del Ambiente, el propietario del Ecozoológico y

la Procuraduría General del Estado. Señaló que Estrellita debería estar decaída por encontrarse enjaulada por primera vez, lejos de su familia y sin posibilidad de integrarse a los de su especie. Solicitó que se le expidiera una licencia de tenencia de vida silvestre y su inmediato retorno a su hogar y a la par se comprometía a cuidarla de una manera adecuada a las necesidades de su especie.

Si bien el *habeas corpus* fue denegado porque, entre otros fundamentos, Estrellita ya había fallecido, la causa llegó a conocimiento de la Corte Constitucional quien revocó los anteriores pronunciamientos y emitió una sentencia de revisión. El propósito de su tratamiento esencialmente obedeció a la necesidad de desarrollar jurisprudencia vinculante, reconocer el alcance de los derechos de la Naturaleza y determinar si ésta abarca la protección de un animal silvestre en particular como la mona chorongo “Estrellita”.

A tales efectos, declaró que habían sido vulnerados los derechos de la Naturaleza, principalmente por los hechos que terminaron en la muerte de Estrellita. Precisó que, si bien la Naturaleza es sujeto de derechos, esa cualidad es compartida con todos sus miembros, elementos y factores. Por eso, el Derecho protege tanto a la Naturaleza considerada como la universalidad de seres, fenómenos y elementos bióticos y abióticos que conviven, interactúan y se manifiestan en la Tierra, como a cada uno de sus miembros o elementos singulares.

Continuó asegurando que en la Naturaleza se pueden identificar varios niveles de organización ecológica y, en este sentido, reconoció previamente la calidad de titulares de derechos a ecosistemas como manglares, ríos y bosques. A renglón seguido y de manera similar afirmó el valor inherente de los animales, así como la calidad de sujetos de derecho, pero diferentes a los humanos y que no debían ser protegidos únicamente desde una perspectiva ecosistémica o con relación a las necesidades del ser humano, sino principalmente desde una óptica centrada en su individualidad y en su valoración intrínseca.

El máximo Tribunal clasificó a los sujetos de derecho en sujetos individuales (personas humanas); colectivos (pueblos indígenas); de naturaleza patrimonial (compañías, asociaciones y otras personas jurídicas); sujetos de derecho humano (personas naturales); de derecho no humano (Estado y corporaciones) y de derecho sintientes en sentido lato (reactividad biológica) que poseen o no la capacidad para percibir y responder ante estímulos externos o internos. Los elementos y componentes bióticos de la naturaleza como plantas y animales, por regla general, gozan de la capacidad para percibir y responder ante estímulos de su entorno y activar mecanismos naturales. No todo animal es sintiente en sentido estricto, por lo que se debe analizar las características físicas, psicológicas y fisiológicas de cada especie.

Por su parte, el ser humano es un sujeto de derecho sintiente en sentido estricto, ha empleado su capacidad de subjetivización para potenciar una importante aptitud de reflexión,

que le ha permitido construir distintos ámbitos sociales, políticos, económicos, religiosos, culturales, científicos y psicológicos; expresar mediante lenguajes convencionales sus ideas, emociones, sentimientos y razonamientos, y construir relaciones interpersonales a nivel familiar, comunitario, social y mundial.

A diferencia, los animales no pueden equipararse a los seres humanos dado que sus naturalezas no son plenamente compatibles. Ello no significa que los animales no sean sujetos de derecho, sino que sus derechos sean observados como una dimensión específica de los derechos de la Naturaleza. Precisó que ciertos elementos de la Naturaleza son seres sintientes en un sentido estricto, en cuanto poseen, en mayor o menor medida, un sistema nervioso centralizado y especializado, con capacidad para recibir estímulos de su entorno y de su interior, procesar esa información y producir una respuesta especializada y subjetiva. Muchos animales son seres sintientes en sentido estricto, ya que sus respuestas ante los estímulos podían ser subjetivas porque eran capaces de analizar los estímulos como fuentes de dolor, sufrimiento o placer. Sin embargo, no todas las especies animales contaban con dicha característica.

En efecto, muchas especies del reino animal no poseen una estructura nerviosa centralizada y especializada. La Corte Constitucional señaló que las especies silvestres y sus individuos tenían derecho a no ser cazadas, pescadas, capturadas, recolectadas, extraviadas, tenidas, retenidas, traficadas, comercializadas o permutadas. Sostuvo que también tenían derecho al libre desarrollo de su comportamiento animal, y a no ser domesticadas ni obligadas a asimilar características o apariencias humanas⁴⁵.

En línea con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sentada en el caso Estrellita comentado *ut supra*, en abril de 2022, un juez del Consejo de la Judicatura de Napo -situado en el centro norte del país- negó un *habeas corpus* interpuesto por un grupo de personas que querían que las autoridades les devolvieran un oso perezoso que habían capturado y mantenido en cautiverio desde 2018, alegando que eran los propietarios. Dicho ejemplar fue sacado de su hábitat y criado como mascota en un restaurante de la ciudad de Tena -capital de la provincia de Napo-. Tras una denuncia, las autoridades rescataron al animal y lo trasladaron a un centro de rescate y rehabilitación. Según los estudios realizados por Protección Animal Ecuador, el oso tenía sobrepeso, dientes y uñas dañadas debido a años de cautiverio y mala crianza.

La Justicia argumentó que los animales salvajes no son mascotas, y que el oso perezoso no sería devuelto. Tras ello, las autoridades rescataron al animal y lo trasladaron a

45. Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia No. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos) Caso “Mona Estrellita”, 27 de enero de 2022, acceso el 12 de agosto de 2023, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYw1pdGUnLCB-1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZDQyYTM2NC1kOGNiMwYwViMwMucGRmJ30=

IV. CONCLUSIONES

En el presente artículo se analizó la jurisprudencia de algunos Estados de Asia, Sudáfrica, España y América –a excepción de Argentina- que fueron abandonando el status jurídico de cosas con respecto a los animales no humanos.

Como conclusión final, se enfatiza que en la jurisprudencia paulatinamente se produjo un giro virtuoso en el tratamiento jurídico de los animales no humanos, limitando el accionar de los humanos para con los demás seres con los que comparte el planeta.

En todas las sentencias se destaca la valentía de los magistrados tanto de las Cortes Supremas, en algunos países, como las de los Tribunales Inferiores de otros en horadar el *statu quo* de todos los seres vivientes como cosas, objeto de apropiación y dominio imperante, aún en contradicción con su legislación vigente.

Fundamentalmente, a nivel jurisprudencial, este cambio se hizo plausible en la América Latina, en países en los cuales, a la fecha, si bien existen proyectos legislativos para modificar el status jurídico de los animales no humanos, son pocos los que consiguieron su consagración definitiva. Frente a la impasividad de uno de los Poderes del Estado –el Legislativo-, otro de los Poderes –el Judicial-, tomó nota de la evolución existente en la sociedad acerca de la consideración de los demás seres vivos, marcando la ruptura con la clásica visión antropocéntrica mecanicista de René Descartes según la cual, recordamos, la Naturaleza misma –y todos sus componentes, léase los animales no humanos- no son más que una máquina y su estructura y funcionamiento es comparable al de un aparato.

Si comparamos con la legislación analizada en la segunda parte de este trabajo de investigación, es marcada la diferencia con Europa. Casi no se registraron casos jurisprudenciales en los que se aplicase la novel legislación, por ejemplo, en Alemania, Suiza, Portugal, Francia, Luxemburgo. Únicamente el caso de España, que previo a la reforma del Código Civil de 2022 se registraron varias sentencias calificando a determinadas especies animales como seres sintientes y una ya con la nueva ley vigente. Es que estas modificaciones se produjeron hace no muchos años y generalmente un proceso judicial toma un tiempo de resolución.

En esta línea de pensamiento, es dable destacar la categorización realizada por los Tribunales de la India, Colombia (con sus críticas por la confusión entre las diferentes perspectivas) y Ecuador que dieron un paso más adelante y no solo los caracterizaron como seres vivientes merecedores de un trato compasivo, sino como sujetos de derechos, con todas las consecuencias que ello implica.

Nunca tan cierta y actual es la siguiente frase: “Los humanos tienen su justicia, se pueden defender, los animales no. Seamos su voz”.

Y este es el aporte de estas páginas a dicha reflexión.

Los invitamos a la lectura de la segunda unidad de análisis de esta tercera parte referida a la nutrida jurisprudencia argentina, citada como fuente -por ejemplo, el caso Sandra- en muchas de las sentencias latinoamericanas.

REFERENCIAS

- Audiencia Provincial de Málaga. “Sentencia Civil N° 316/2018”, 14 de mayo de 2018. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76b4eb6c94e7e3a0/20200805>
- Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta. “Sentencia N° 418/2020”, 25 de septiembre de 2020. Acceso 12 de agosto de 2023 desde <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb4f6b784351ab22/20201215>
- Constitutional Court of South Africa. “National Society for the Prevention of Cruelty to Animals v Minister of Justice and Constitutional Development and Another” Case CCT 1/16, 8 de diciembre de 2016. Acceso el 9 de agosto de 2023 desde <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2016/46.pdf>
- Condoy Truyenque, Marcia. “Comentario a la sentencia de la Corte Superior de Islamabad sobre el derecho a la libertad de un elefante y los animales” *Pasión por el Derecho*, 10 de julio de 2020. Acceso el 9 de agosto de 2023 desde <https://lpderecho.pe/sentencia-corte-superior-islamabad-derecho-libertad-animales/#ftn14>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. “Sentencia C-467”, 31 de agosto de 2016. Acceso el 11 de agosto de 2023 desde <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-467-16.htm>
- Corte Constitucional de Ecuador. “Sentencia No. 253-20-JH/22 (Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos) Caso “Mona Estrellita”, 27 de enero de 2022. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZDQrYTM2NC1kOGNiMWIwYWViMWMucGRmJ30=
- Corte Constitucional de la República de Colombia. “Sentencia C-666/10”, 30 de agosto de 2010. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia SU016-20 Acción de Tutela contra Providencias de habeas Corpus”, 23 de enero de 2020. Acceso 11 de agosto de 2023 desde <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU016-20.htm>

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. “AHC4806-2017”, 26 de julio de 2017. Acceso el 10 de agosto de 2023 desde <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2017/07/habeas-corpus-oso-chucho.pdf>
- Crespo Santiago, Víctor. “Los animales no humanos como titulares de derechos legales: la sentencia del Alto Tribunal de Uttarakhand en el caso Narayan Dutt Bhatt contra el Estado de Uttarakhand y otros” *Revista Bioética y Derecho* 46 (2019): 203-217, ISSN 1886-5887, <https://doi.org/10.1344/rbd2019.0.27097>
- Delhi High Court. “People For Animals vs Md Mohazzim & Anr”, 15 may, 2015. Acceso el 13 de agosto de 2023 desde https://ecojurisprudence.org/wp-content/uploads/2022/02/India_People-For-Animals-vs-Md-Mohazzim-Anr-_61.pdf
- Fobar, Rachel “La elefanta Happy no es una persona, según la Justicia de Nueva York” *National Geographic*, 15 de jun. de 2022. Acceso el 10 de agosto de 2023 desde <https://www.nationalgeographic.es/animales/2022/06/la-elefanta-happy-no-es-una-persona-segun-la-justicia-de-nueva-york>
- Ecuador. Noveno Tribunal de Garantías Penales del Guayas. “Parque Nacional Galápagos y otros c/ Primitivo Rigoberto Pachay Murillo y otros s/ delitos contra el medio ambiente” N° del proceso 09171-2015-0004 Consejo de la Judicatura. SATJE, 54-56.
- “Ecuador reconoce a los animales como sujetos de derechos” *Derecho Animal* (s.f.) Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://derechoanimal.info/sites/default/files/attachments/Ecuador.pdf>
- “Ecuador reconoció los derechos legales de animales silvestres”. *El tablero digital*, 22 de abr. de 2022. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.eltablerodigital.com.ar/index.php/diversidad/458-ecuador-reconocio-los-derechos-legales-de-animales-silvestres>
- González Cortés, Javier. “Los derechos de los animales en Colombia: una enmarañada serie de discursos” *Revista Bioética y Derecho* 48 (2020) 245-260, - ISSN 1886-5887, <https://doi.org/10.1344/rbd2020.48.29247>
- Guerreiro Bastos, Thiago y de Carli, Ana Alice. “Derecho de los animales no humanos en Brasil: una realidad en construcción” *Dictum* (2023): 106-123, ISSN 2959-1074.
- In The Hight Court of Punjab y Haryana “Karnail Singh and others versus State of Haryana” 31 de mayo de 2019. Acceso el 9 de agosto de 2023 desde <https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2019/06/PHCJudgment31519.pdf>

- Islamabad High Court, Islamabad (Judicial Department) “Islamabad Wildlife Management Board versus Metropolitan Corporation Islamabad, etc” W.P. No. 1155/2019, 14 de diciembre de 202. Acceso el 9 de noviembre de 2023 desde http://mis.ihc.gov.pk/attachments/judgements/W.P-1155-2019_____14-12-2020_____.pdf
- Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Madrid, “Sentencia 358/2021”, 18 de octubre de 2021. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://derechoanimal.info/sites/default/files/doc-law/Sentencia%207.10.2021.pdf>
- Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Oviedo “Auto 00009/2022” 13 de enero de 2022. Acceso el 10 de agosto de 2023 desde https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3639/Auto%20Oviedo%20Letrada%20Mar%C3%ADa%20Girona%20Apadevi_Censurado.pdf
- “La polémica de los derechos de los animales detrás del oso ‘Chucho’”. *El Universal*, 28 de jul. de 2017. Acceso el 11 de noviembre de 2019 desde <http://www.eluniversal.com.co/colombia/la-polemica-de-los-derechos-de-los-animales-detras-del-oso-chucho-258843>
- “La prohibición de exportación de ganado vivo de Brasil depende de un tribunal” *SWI swissinfo.ch*, 29 abr. de 2023. Acceso el 8 de noviembre de 2023 desde https://www.swissinfo.ch/spa/brasil-animales_la-prohibici%C3%B3n-de-exportaci%C3%B3n-de-ganado-vivo-de-brasil-depende-de-un-tribunal/48473912
- “Pedido Habeas Corpus para chimpancé que vive sólo en zoológico” *Protecao aos Grandes Primatas*, 17 de diciembre de 2009. Acceso el 8 de julio de 2023 desde <http://www.projetogap.org.br/es/noticia/pedido-habeas-corpus-para-chimpance-que-vive-solo-en-zoologico/>
- Poder Judicial de España, Comunicado Oficial, “Un juez de Valladolid otorga la “custodia compartida” de un perro a una pareja que pleiteaba por la propiedad del animal”, 28 de mayo de 2019. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juez-de-Valladolid-otorga-la--custodia-compartida--de-un-perro-a-una-pareja-que-pleiteaba-por-la-propiedad-del-anim#:.-:text=El%20Juzgado%20de%20Primera%20Instancia,de%20seis%20meses%20cada%20a%C3%B1o>
- Porcelli, Adriana Margarita y Martínez, Adriana Norma y. “Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos. Actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales. Primera Parte” *Lex* 30, año XX, II (2022): 47-82, ISSN 2313-1861, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2539>

- Porcelli, Adriana Margarita y Martínez, Adriana Norma. “Bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos. Actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales. Segunda Parte” *Lex* 31, año XXI (2023): 71-112, ISSN 2313-1861, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20131.2465>
- “Por fin en España los animales son seres “sintientes” *Fundación Affinity* (3 de diciembre de 2021) Acceso el 15 de febrero de 2023 desde <https://www.fundacion-affinity.org/blog/por-fin-en-espana-los-animales-son-legalmente-seres-sintientes#:~:text=El%20Congreso%20por%20fin%20ha,reconocidos%20como%20sujetos%20de%20derecho>
- Pozas Terrados, Pedro “El Chimpancé Jimmy descansa en el Santuario del Proyecto Gran Simio de Brasil”. *Proyecto Gran Simio*, 9 de agosto de 2011. Acceso el 8 de julio de 2023 desde <http://proyectogransimio.blogspot.com/2011/08/el-chimpance-jimmy-descansa-en-el.html>
- Rosa, María Elisa. “A un año de la sentencia que liberó al elefante más triste del mundo” *Diario DPI Suplemento Personas no Humanas* 29, 31 marzo de 2021, ISSN 2362-3217. Acceso el 9 de agosto de 2023 desde https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-dpi-suplemento-personas-no-humanas-nro-29-31-03-2021/
- Rosales Ávalos, Eliseo “Familias multiespecie, más derechos para los animales”, *El Economista*, 3 de abr. de 2023. Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Familias-multiespecie-mas-derechos-para-los-animales-20230403-0022.html>
- Rosales Ávalos, Eliseo “Los perrhijos ya son sujetos de derechos”, *El Economista*, 25 de jun. de 2023 Acceso el 12 de agosto de 2023 desde <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/Los-Perrhijos-ya-son-sujetos-de-derechos-20230625-0054.html>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Sentencia nº 04620. Recurso de Amparo”, 10 de abril de 2012. Acceso el 14 de agosto de 2012 desde <https://vlex.co.cr/vid/-499705058>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Sentencia nº 2019013731. Acción de inconstitucional”, 24 de julio de 2019. Acceso el 14 de agosto de 2023 desde <https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2019013731-sala-809447589>
- Sala Primera, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “Res. 001754-F-S1-2021”, 12 de octubre de 2021. Acceso el 14 de agosto de 2023 desde <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-1064894>

- Supreme Court, New York County, “In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus, the Nonhuman Rights Project, Inc. ex rel. Hercules & Leo v. Stanley”, Jul. 29 2015. Acceso el 13 de agosto de 2023 desde <https://casetext.com/case/article-70-of-the-cplr-for-a-writ-of-habeas-corpus-the-nonhuman-rights-project-inc-ex-rel-hercules-leo-v-stanley/case-details>
- Supreme Court of India, “Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors”. 7 may, 2014. Acceso el 13 de agosto de 2023 desde <https://indiankanoon.org/doc/39696860/>
- Supreme Court of Oregon, “STATE of Oregon, Respondent on Review, v. Linda Diane FESSENDEN, Petitioner on Review. State of Oregon, Respondent on Review, v. Teresa Ann Dicke, Petitioner on Review”, August 7, 2014. Acceso el 14 de agosto de 2023 desde <https://casetext.com/case/state-v-fessenden-3#p774>
- Tribunal Supremo Federal de Brasil Control de Constitucionalidad. Maltrato Animal. Crueldad intrínseca. Práctica cultural. Sentencia del 6/10/2016 Oficina de Referencia Extranjera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (14 de septiembre de 2018) Acceso el 8 de agosto de 2023 desde <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=2458>
- “Un tribunal de la India le reconoce a los animales los mismos derechos que a las personas”, *20 minutos* 21 de jul. de 2018. Acceso el 12 de noviembre de 2019 desde <https://www.20minutos.es/noticia/3400546/0/tribunal-india-reconoce-animales-mismos-derechos-personas/>

United States. District Court, D. Hawaii. “Palila (Psittirostra bairdii), an endangered species, Sierra Club, a Non-Profit Corporation, National Audubon Society, a Non-Profit Association, Hawaii Audubon Society, a Non-Profit Association, and Alan C. Ziegler, Plaintiffs, v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, and Susumu Ono, in his capacity as Chairman of the Hawaii Board of Land and Natural Resources, Defendants”. June 6, 1979. 471 F.Supp. 985 (1979) Civ. No. 78-0030.

- United States. Supreme Court Country of Orleans. Petitioner Nonhuman Rights Projects, Inc., on Behalf of Happy v. James J. Breheny. Acceso el 10 de noviembre de 2019 desde <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/086/775/000086775.pdf>

RECIBIDO:18/07/2023

APROBADO: 30/10/2023

*Una aportación de Filosofía del Derecho positivo a propósito de la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa y su posibilidad de mediación entre los cónyuges. Algunas reflexiones de Derecho comparado**

A Contribution of Philosophy of Positive Law Regarding Compensation Compensatory for Work for the Home and its Possibility of Mediation Between the Spouses. Some Reflections of Comparative Law

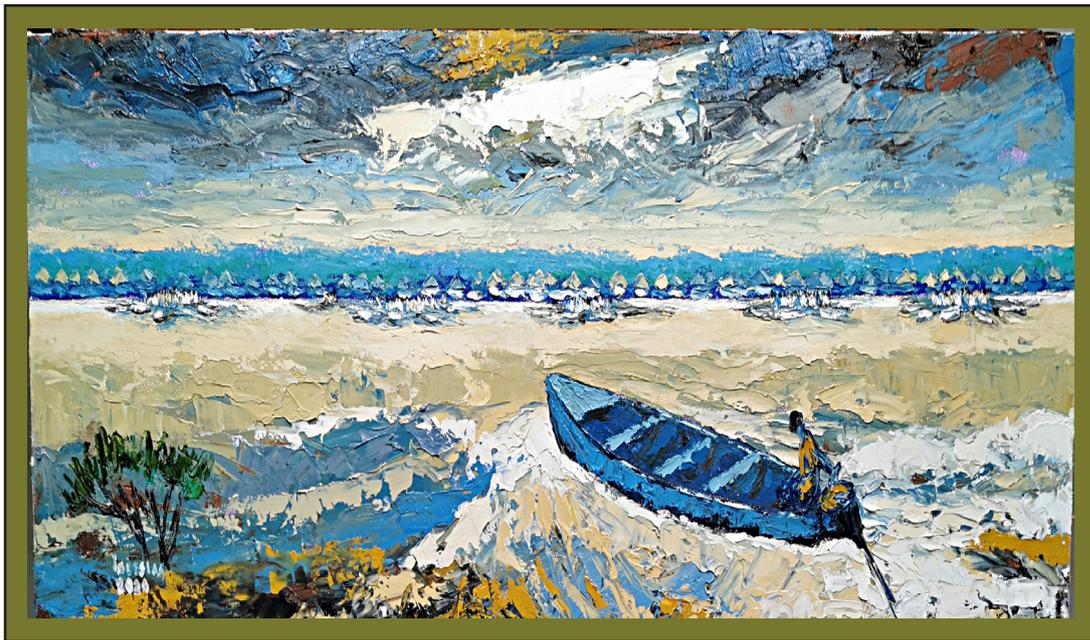
María Isabel Lorca Martín De Villodres** <https://orcid.org/0000-0003-4115-9299>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2521>

* El presente trabajo se incardina dentro del marco investigador del Proyecto I+D de Fondos FEDER (Junta de Andalucía) titulado: "Mediación y Derecho colaborativo: vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital". Referencia: UMA20-FEDERJA-043, cuya investigadora principal es la Dra. Fontestad Portalés, (Resolución de 28 de octubre de 2021, del Rector de la Universidad de Málaga, por la que se resuelve definitivamente la convocatoria de ayudas en concurrencia competitiva a proyectos I+D+I en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020, publicada en fecha 4 de febrero de 2020).

** La Doctora María Isabel Lorca Martín De Villodres es profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga (España). Es Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (RAJyL). Máster en Abogacía con titulación de Abogada. España . Correo electrónico: milorca@uma.es

Lex





Llegando a Iquitos. Óleo sobre tela 25 cm x 60 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

Dentro del fecundo marco general de la Filosofía del Derecho Positivo, en su entendimiento como filosofía práctica, se ubica la problemática abordada en este ensayo, esto es la cuestión relativa a la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa que se suscita con ocasión de la extinción del régimen de separación de bienes y la importancia de los criterios interpretativos fruto de la doctrina jurisprudencial para su reconocimiento. Asimismo, aunque este estudio se centra en la legislación española, se plantea un breve análisis de Derecho comparado en el que se hace referencia a diversos ordenamientos jurídicos de países de dentro y fuera del entorno europeo. Como cuestión secundaria, pero no menos importante, se aborda la posibilidad de que los cónyuges puedan llegar a un acuerdo en esta cuestión a través de un procedimiento de mediación.

Palabras clave: *separación de bienes, compensación indemnizatoria, trabajo para la casa, cónyuges, solidaridad, igualdad, justicia, equidad, merma de expectativas profesionales, desequilibrio, acuerdos, mediación.*

ABSTRACT

Within the fertile general framework of the Philosophy of Positive Law, in its understanding as a practical philosophy, the problem addressed in this essay is located, this is the question related to the compensation of work for the home and the family that arises on the occasion of the extinction of the regime of separation of property and the importance of the interpretative criteria fruit of the jurisprudential doctrine for its recognition. Likewise, although this study focuses on Spanish legislation, a brief analysis of comparative law is proposed in which reference is made to various countries inside and outside the European environment. As a secondary but no less important issue, the possibility that the spouses can reach an agreement on this issue through a mediation procedure is addressed.

Keywords: *separation of property, compensation, work for the home, spouses, solidarity, equality, justice, equity, reduction of professional expectations, imbalance, agreements, mediation.jurisprudence.*

I. INTRODUCCIÓN

Planteamiento General

Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho es posible realizar un análisis y crítica del Derecho positivo, no sólo como resultado de la obra del legislador, sino también en la fase de su interpretación por el Juez. La crítica axiológica de la Filosofía del Derecho se extiende a ambas fases del desenvolvimiento vital del Derecho, ya sea al nacimiento de la norma jurídica, ya sea en su momento interpretativo por el operador jurídico. La Filosofía del Derecho se separa así de la mera reflexión abstracta y especulativa en torno a qué sea lo justo, para centrarse en la justicia del caso concreto. Se pone así de manifiesto su carácter de Filosofía práctica. Norberto Bobbio lo expresaba de manera muy acertada, al afirmar que la Filosofía del Derecho es la *teoría de la justicia*, “es decir, la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo -que en su aspecto formal es objeto de la teoría general del Derecho y en su aspecto material de las ciencias jurídicas particulares- viene valorado y también, si es preciso, transformado.”¹

Se ha afirmado con acierto que los estudios jurídicos están viviendo un auténtico *giro ético*, es decir, los juristas parecen ocuparse cada vez menos de reglas y cada vez más de principios y valores: en resumen, de ética, entendida como el conjunto de todos los valores prácticos (morales, políticos, jurídicos...): “Incluso quien enseña derecho privado o derecho constitucional se encuentra frente al mismo problema que quien enseña filosofía del derecho o teoría del derecho o doctrina de la justicia: ..., no puede evitar hablar de valores...”²

Desde este enfoque filosófico-jurídico se plantea el objeto de estudio de este ensayo, esto es, la denominada *compensación indemnizatoria* o *indemnización del trabajo para la casa* contemplada en el artículo 1438 del Código civil español, la cual surge con ocasión de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. El análisis de este

1. Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres ed., (Valencia: 1980), 86-87.

2. Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 1.

ensayo se centra de manera principal en el ordenamiento jurídico español, pero también se realiza un breve estudio de Derecho comparado respecto a otros ordenamientos jurídicos estatales. Se analiza así el corpus doctrinal del Tribunal Supremo español sobre el contenido de este precepto y su aplicación, indicándose los criterios hermenéuticos que han sido establecidos por la jurisprudencia. Para finalmente, apuntarse si cabría la posibilidad de que los cónyuges acudieran a un procedimiento de mediación para llegar a un acuerdo, escapando a la estrechez de tales criterios hermenéuticos, antes de que pudiera decidir el juez.

Abordar esta temática desde una perspectiva filosófico-jurídica no parece ser algo inoportuno, debido al contenido ético que preside de manera permanente las relaciones jurídicas en el ámbito de Derecho de Familia, donde los lazos de solidaridad, entre los cónyuges y entre padres e hijos, hacen que la idea de deber u obligación predomine sobre la de derecho o facultad, debido a la existencia de un fin superior al que servir (la familia, el matrimonio, el bienestar de los hijos y demás descendientes).

En efecto, para la correcta interpretación del art. 1438 del Código civil español ha de tomarse por norte la naturaleza ética del Derecho de Familia, pero dentro del marco más amplio que supone el contexto axiológico del Estado Constitucional de Derecho, caracterizado por un *constitucionalismo material*³ que condiciona la legalidad constitucional de las normas y de las resoluciones judiciales, donde la Constitución tiene eficacia jurídica directa, instaurándose una concepción *principialista* del Derecho -el entendimiento del Derecho a través de la prioridad de los principios sobre la ley, en virtud de su carácter informador del ordenamiento jurídico-, y desde la comprensión del Derecho como un proyecto en permanente construcción, y no como la obra concluida, cerrada -fossilizada- del legislador, de un legislador racional y omnisciente. Sino que legislador y juez colaboran en la construcción paulatina del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se produce la *superación del positivismo legalista*, rechazándose la simple identificación del Derecho con la ley, de manera que la actividad jurisdiccional deja de ser mecanicista, silogística basada solamente en la teoría de la subsunción. En definitiva, la *razón teórica* queda superada por la *razón práctica*, abriéndose en el horizonte un concepto de justicia material, sustantiva, argumentada racionalmente, donde lo razonable será lo justo.

3. Si en la Constitución española de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29/XII/1978) se declara en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político, y en el art. 10. 1 de la misma Norma fundamental se establece que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social; en la Constitución Política de Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993, (16ª edic. oficial, actualizada a 28 de septiembre de 2022), en el Título II (Del Estado y la Nación), en el art. 43 (Estado democrático de Derecho) se declara que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. Asimismo, en el Título I (De la Persona y De la Sociedad), en el Capítulo I (Derechos Fundamentales de la persona), en el artículo 1 (Defensa de la persona humana) se establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado.”

Tomando como punto de partida estas consideraciones aquí expuestas, se pretende abordar en estas líneas el análisis de la compensación indemnizatoria prevista en el artículo 1438 del Código civil español, con especial referencia a su desenvolvimiento jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Supremo. Constituye el objetivo principal de este estudio, por tanto, determinar la línea interpretativa evolutiva seguida en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre el significado de este precepto legal y concretar los criterios hermenéuticos de ponderación que hacen posible su adecuada aplicación para resolver si procede o no la concesión de tal compensación indemnizatoria que en dicho precepto legal se regula. A lo largo de la exposición, y desde una crítica axiológica de filosofía jurídica, se deslizará una crítica respecto a las deficiencias que presenta dicha regulación en el ordenamiento jurídico español.

II. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO POSITIVO COMO FILOSOFÍA PRÁCTICA AL SERVICIO DEL PROGRESO DE LA CIENCIA JURÍDICA

Entre los años 1844-1845, el jurista italiano Antonio Rosmini publicaba su obra *Filosofía del Diritto*⁴, entendiendo la Filosofía del Derecho como “la scienza della giustizia sociale”. Aunque centraba su estudio en la problemática de la justicia, consideraba que estaba constituida por dos saberes: el *Derecho natural* o “Diritto razionale” y la *Filosofía del Derecho positivo*. El primero estudia “il principio di diritto”, aquellos derechos que el hombre posee por su propia naturaleza humana; el segundo estudia en qué manera han de ser elaboradas las leyes positivas vigentes para ser coincidentes con aquellos derechos esenciales, llevando a cabo, así mismo, una crítica de las leyes positivas según respeten o no el contenido de tales derechos propios de la condición humana.

No debe olvidarse que ya algunos años antes, aunque desde un planteamiento bien distinto ubicado en la senda del utilitarismo, el jurista británico John Austin publicaba en 1832 su obra *The Province of Jurisprudence determined*⁵, con el subtítulo *A Philosophy of Positive Law*, compuesta por seis lecciones del curso sobre *Jurisprudence* o *Ciencia jurídica* impartido por J. Austin en la Universidad de Londres. En el mismo subtítulo de dicha obra se refería a la Filosofía del Derecho como *Filosofía del Derecho positivo*, introduciendo así -como se sabe- un estudio propiamente científico del mismo.

Entendiendo, por tanto, que la dimensión predominante de la Filosofía del Derecho es la axiológica, sin olvidar otras dimensiones como la ontológica y la epistemológica, se ha afirmado que “la concepción más coherente con la verdadera posición que el Derecho ocupa dentro del espacio político-moral —precisamente por la centralidad que para él tienen los valores-, esto

4. Antonio Rosmini, *Filosofía del Diritto*, C. Batelli, (Nápoles: 1844-45, I, 19).

5. John Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, Vassar College, (New York: Cambridge University Press, December 1995).

es, la concepción postpositivista que llamamos *constitucionalismo* o la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico avalorativo del positivismo para concebir la filosofía del Derecho como filosofía práctica integrada con la filosofía moral y política.”⁶

Estas consideraciones de ven además reforzadas por el denominado “retorno a la racionalidad práctica”⁷ que acontece de manera notoria hacia la mitad del siglo XX y se consolida en nuestros días con el triunfo del Estado constitucional. Dicha tendencia es concebida como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, quedando sustituido el imperio de la razón teórica por el de la razón práctica. Ello supondrá concebir el Derecho como una creación social dinámica, algo que no está definitivamente construido, sino en permanente transformación y perfeccionamiento, donde la actividad jurisdiccional es siempre creadora en alguna medida, sin que el razonamiento jurídico se ajuste escuetamente a un modelo lógico-silogístico basado en la subsunción. Es decir, el Derecho se contempla como un proyecto normativo que se construye paulatinamente en una permanente interrelación con el contexto social en el que actúa.

Este cambio de paradigma jurídico corre paralelo con una evolución en el modelo de Estado de Derecho⁸, desde el Estado de Derecho legislativo de signo liberal al Estado de Derecho Constitucional, con el consiguiente entendimiento del Derecho a través de principios, en donde la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo queda superada, y donde la seguridad jurídica se entiende conforme a criterios de racionalidad argumentativa⁹.

La Filosofía del Derecho desde su dimensión axiológica y centrada en el eterno problema del Derecho justo, no permanece ajena a este nuevo entendimiento de lo jurídico, y ofrece como Filosofía práctica las herramientas necesarias para llevar a cabo una adecuada interpretación de la norma jurídica, así como una crítica al Derecho positivo vigente.

La Filosofía del Derecho positivo, no queda reducida a una mera faceta de abstracción intelectual sobre el Derecho y su problemática, sino que nos provee de los instrumentos necesarios para realizar una provechosa crítica de la legislación vigente, asesorando de manera conveniente cómo deben ser hechas las leyes para ser acordes con los principios de justicia contenidos en los textos constitucionales.

6. Jesús Vega “La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica”, en *REVUS, Journal for constitutional theory and philosophy of Law*, (34/2018): párrafo 40. Accesible on line (consultado 3.IX.2023): <https://journals.openedition.org/revus/3990>

7. Benito Castro Cid, Benito De, “El retorno a la racionalidad práctica”, en *Manual de Filosofía del Derecho*, N. Martínez Morán (coordinador), (Madrid: Editorial Universitas,2013): 85-97.

8. Juan Antonio Gómez García, “La crisis del positivismo y el retorno a la razón práctica”, en VV.AA., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, J.L. Muñoz De Baena Simón y J.C. Utrera García (Coordinadores), (Madrid: Síndesis, UNED, 2019): 57-71.

9. Juan Antonio Gómez García, op. cit., 63.

Esta importante función de la Filosofía del Derecho, que la sitúa más allá de la mera especulación teórica, supone una valiosa aportación al progreso de la Ciencia jurídica. Pues, no sólo las aportaciones de los juristas prácticos -abogados, jueces y legisladores- ejercen una amplia influencia en la vida jurídica y en particular en la elaboración y perfeccionamiento de los ordenamientos jurídicos estatales, sino que los juristas teóricos, los filósofos del Derecho, desde su análisis crítico del Derecho positivo contribuyen al desarrollo de la Dogmática jurídica. Pues, en torno a la interpretación de la norma jurídica surgen multitud de cuestiones relevantes: la validez y eficacia de la norma, su contenido de justicia, su conformidad con la Constitución, la resolución de posibles antinomias, la necesidad de acudir a la analogía o a procedimientos integradores para colmar lagunas legales, la importancia de construir una sólida argumentación jurídica, el arte de persuadir o convencer a los litigantes y al órgano jurisdiccional superior, etc. En efecto, como ha señalado E. Lalaguna, “la interpretación de la ley, que se presenta como núcleo del concepto de jurisprudencia en una concepción normativista del Derecho, es sólo un aspecto de la cuestión, y por cierto de un interés muy relativo cuando se atiende al modo de producirse las decisiones judiciales. ...La realización de lo que es justo en una situación jurídica singular y el modo de proceder el intelecto en esta tarea son cuestiones de las que no se puede prescindir...”¹⁰.

En efecto, el Derecho no es puro orden normativo, expresión de un deber ser, con una validez independiente de la realidad social que pretende configurar, sino que es un orden normativo observado en la sociedad, en la cual encuentra su origen. Esta perspectiva nos previene del legalismo, es decir de la supervaloración de la ley y de un excesivo apego a los textos legales “con inexcusable olvido de los hechos sociales de realización o aplicación de las normas”¹¹. Algunos juristas eminentes así lo han visto, baste recordar al francés Eugène Lerminier (1803-1857), seguidor entusiasta de F.K. von Savigny, quien definía el Derecho como la vida¹² (“Le Droit, c’est la vie”)¹³, y cuyas doctrinas alcanzaron gran predicamento en la Europa del siglo XIX, así como en América, donde se adoraba al brillante divulgador de Savigny¹⁴.

Dentro del marco general de la Filosofía del Derecho positivo se ubica, por tanto,

10. Enrique Lalaguna Domínguez, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Prólogo de L. Díez-Picazo, Aranzadi, (Pamplona: 1969), 27.

11. Guillermo García-Valdecasas, *La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la Ciencia jurídica*. Discurso de Apertura, Universidad de Granada, Curso MCMLXXIMCMLXXII, (Granada: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1971), 22.

12. María Isabel Lorca Martín de Villodres, *El Concepto de Derecho de un siglo. Su perspectiva iusfilosófica*. Editorial Dykinson, (Madrid: 2017), 75 y ss.

13. Eugene Lerminier, *Introduction générale a l’histoire du Droit*, Seconde édition, (París: Chamerot, Libraire Éditeur, Alex-Gobelet, Libraire, 1835, p. XXIII).

14. Raúl A. Orgaz, “Echeverría y su doctrina”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 3, núm. 7, (septiembre de 1916): 254-264, vid. 260.

la problemática abordada en este ensayo, esto es la cuestión relativa a la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa que se suscita a propósito de la extinción del régimen de separación de bienes y la importancia de los criterios interpretativos fruto de la doctrina jurisprudencial para su reconocimiento. Asimismo, se plantea como cuestión secundaria, la posibilidad de que los cónyuges puedan llegar a un acuerdo en esta cuestión a través de un procedimiento de mediación.

III. LA COMPENSACIÓN INDEMNIZATORIA POR TRABAJO PARA LA CASA: EL ART. 1438 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL¹⁵

Ante la habitual minusvaloración de las labores domésticas, en la extinción del régimen económico de separación de bienes el legislador trata de compensar a aquel de los cónyuges, quién sacrificando su formación académica o su vida laboral o profesional, se dedica a tales quehaceres domésticos en beneficio de la familia. Con semejante bienintencionado propósito se regula el trabajo para la casa en el último inciso del artículo 1438 del Código civil (“El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”). Ahora bien, este trabajo para la casa no sólo se reconoce como contribución a las cargas del matrimonio, sino que resulta ser además un título para obtener una compensación o indemnización en el momento de la disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio y la consecuente liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Como ha puesto de manifiesto L. Zarraluqui¹⁶, la compensación del artículo 1438 del Código civil es una prestación económica de naturaleza indemnizatoria porque su finalidad se orienta a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede ocasionar el régimen de separación de bienes para el cónyuge carente de actividad laboral y que se ha centrado en el cuidado de los hijos y del hogar familiar.

15. La parte de este epígrafe relativa a los criterios hermenéuticos fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo fueron analizados y expuestos por primera vez en el Trabajo Fin de Máster que presenté para superar los estudios conducentes al *Master Universitario en Acceso a la Abogacía* por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid (España) en el mes de septiembre de 2020.

16. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *Conflictos en torno a los regímenes económicos matrimoniales*, editorial Bosch, (Wolters Kluver), (Madrid: editorial Bosch, -Wolters Kluver- 2019), 381.

Para obtener dicha indemnización o compensación, el cónyuge acreedor deberá probar¹⁷ el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia, no constituyendo un requisito el que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, y la imposibilidad de haber podido acceder a una formación académica o/y promoción profesional. La prueba en este sentido no siempre resulta fácil.

En la interpretación del artículo 1438 del Código civil la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales ha generado una rica doctrina que se ha desarrollado siguiendo una evolución dinámica y progresiva. Tal evolución –pese a las críticas que aún se vierten mostrando con acierto deficiencias y carencias interpretativas en aras a resolver con mayor equidad desde el respeto a la igualdad de género y en consonancia con las exigencias de la realidad social actual- trata de alcanzar, aunque aún no lo consiga plenamente, una conexión cada vez mayor de la problemática relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes con las circunstancias sociales actuales.

Desde que en el año 1981¹⁸ fuera introducido el artículo 1438 en el Código civil hasta la actualidad, es posible establecer en el momento presente -desde una perspectiva temporal de algo más de cuarenta años- los criterios jurisprudenciales de interpretación que sobre dicho precepto legal ha ido especificado el Tribunal Supremo en sus resoluciones para determinar si procede o no la concesión del derecho a percibir la compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil.

17. A. Arrébola reconoce que las mayores complejidades en torno a la aplicación del presupuesto de la dedicación exclusiva al hogar, por parte de los jueces y tribunales se concentran en el terreno probatorio, “pues, en muchas ocasiones, según cabe desprender de los datos aportados en sus resoluciones, no existe una auténtica certeza de la efectividad del trabajo supuestamente desempeñado en el hogar.” Indica que la prueba más recurrente en estos asuntos es aquella procedente de declaraciones testificales, y que los testigos podrían ser susceptibles de tacha en muchas ocasiones teniendo en cuenta que en la práctica es común que intervengan como tales los hijos, los amigos o los empleados de las partes involucradas en el proceso, como el personal del servicio doméstico. En este sentido, A. Arrébola explica que la jurisprudencia considera que no tiene fundamento alguno la insistencia sobre la tacha del testigo, ya que dicha pretensión no es posible que prospere en la jurisdicción de familia, en las que los testigos suelen ser solo amigos o familiares, que son los que mejor conocen la situación real de los hechos que se presentan al tribunal competente en cada caso concreto. Incluso, la SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2014, estimó que la prueba consistente en la certificación emitida por la directora del Colegio de los hijos en la que se indicaba quien es la persona que deja y recoge habitualmente a los mismos en el centro escolar, no asegura una dedicación exclusiva a esta clase de tareas (Adrián Arrébola Blanco, *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, prólogo de C. de Amunátegui Rodríguez, (Madrid: Reus, 2019), pp. 244-245).

18. El artículo 1438 del Código civil fue introducido por la *Ley 11/1981, de 13 mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*. Dicha ley fue publicada siendo presidente del Gobierno de España D. Leopoldo Calvo Sotelo, es decir bajo el Gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD) liderada por D. Adolfo Suárez.

En un intento de síntesis, podemos indicar que tales criterios jurisprudenciales de interpretación son fundamentalmente:

1. ¿Exigencia de enriquecimiento o incremento patrimonial del otro cónyuge -cónyuge deudor- durante el matrimonio?

Como ha sido mencionado anteriormente, el artículo 1438 del Código civil fue introducido por la reforma legal operada por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, que plasmaba en dicho cuerpo normativo el principio constitucional de igualdad (art. 14 de la Constitución española) para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. En conformidad al espíritu de aquella reforma, en sus primeras sentencias el Tribunal Supremo consideraba que el trabajo para la casa debía ser computado como contribución a las cargas del matrimonio y daba derecho a obtener una compensación equitativa sólo si el otro cónyuge se hubiere enriquecido durante el matrimonio. Este requisito de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico estaba en el Proyecto de reforma del Código civil de 1981, pero desapareció en el texto definitivo, y se ha encontrado también en el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010, que aprobó el Libro II de dicho Código civil catalán. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, guiada por una interpretación rigurosa del precepto legal, exigía así entonces, en las primeras sentencias relativas a este precepto, un requisito que ni siquiera el propio tenor literal del Código civil español llegó a requerir.

Sin embargo, a partir de la sentencia núm. 534/2011, de 14 de julio (ponente Ilma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) las resoluciones del Tribunal Supremo excluyeron que fuera necesario para obtener la compensación que se hubiera producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. Es concluyente en este sentido el Fundamento de derecho quinto de dicha sentencia: “Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.” Sentándose definitivamente en el Fundamento de derecho séptimo¹⁹ de esta sentencia dicha doctrina jurisprudencial.

19. “Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.” (Fundamento de Derecho séptimo, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011).

Resulta esclarecedora, asimismo, la glosa relativa a las tres reglas coordinadas que se encuentran implícitamente contenidas en el artículo 1438 del Código civil y que resulta preciso tener en cuenta para apreciar si procede en cada caso la compensación prevista en este precepto legal. Véase en este sentido el Fundamento de derecho tercero de dicha sentencia del Tribunal Supremo 534/2011:

“1ª. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2ª. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3ª. Regla. El trabajo para la casa no sólo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.”

2. Requisito de desempeñar el trabajo para la casa en régimen de exclusividad

Otro aspecto fundamental a tratar en este análisis, no exento de cierta polémica, es el relativo a saber si para el reconocimiento de la citada compensación económica del artículo 1438 del Código civil se requiere que la dedicación del cónyuge acreedor al trabajo doméstico sea «exclusiva», esto es sólo con el trabajo realizado para la casa, lo que impediría reconocer el citado derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclamara hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, bien a tiempo parcial o bien en jornada completa. Es decir, se trata de saber, por tanto, si ese trabajo para la casa debe ser exclusivo, es decir en régimen de exclusividad, lo que impediría la realización profesional del cónyuge que llevara a cabo ese trabajo para la casa. Lo cual estaría en contradicción con lo establecido en el artículo 66 del Código civil (“Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”), y con los artículos 14, que proclama la igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, y 32.1 (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”) de la Constitución española.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha mostrado alguna tímida evolución. Pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en su Fundamento de derecho segundo: “Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral.” En las primeras sentencias

recaídas sobre la indemnización compensatoria del artículo 1438 del Código civil, el Tribunal Supremo exigía que dicha dedicación a las tareas domésticas del hogar fuera exclusiva, para apreciar más tarde el derecho a la compensación indemnizatoria, aunque se realice fuera de casa un trabajo siempre que sea equiparable a la contribución a las cargas familiares que supone el trabajo mismo para la casa, y no sea por cuenta ajena -como trabajar el cónyuge acreedor en el negocio familiar-, y ello con independencia de que se reciba ayuda en las tareas domésticas o de que se posea un importante patrimonio.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido, en definitiva, una reiterada doctrina jurisprudencial en la que ha venido exigiendo, para el reconocimiento de dicha compensación económica, que la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera “exclusiva”, esto es, sólo con el trabajo realizado para la casa, lo que impedía el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que la reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. En este sentido, es importante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 135/2015 de 26 marzo (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), la cual tomando apoyo en la sentencia de 14 de julio de 2011, tras hacerse eco, en su Fundamento de derecho segundo, de cuáles son -según la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales- las dos líneas interpretativas (literal y sistemática) que son posibles cuando se alude al requisito jurisprudencial de “sólo con el trabajo realizado para la casa” (la primera, la literal, es aquella que indica que el cónyuge acreedor debe haber realizado el trabajo para la casa y no haber desarrollado otras actividades laborales o profesionales fuera de ella; la segunda, la sistemática, es aquella que interpreta que es suficiente el trabajo para la casa del cónyuge acreedor, sin que se precise un incremento patrimonial en el cónyuge deudor), deja claro que la dedicación al trabajo para la casa del cónyuge acreedor ha de ser exclusiva:

“Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero lo que ha hecho esta Sala en su sentencia de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia diciendo lo que quería decir y no lo que dice la sentencia recurrida. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“solo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para

cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”.

Por tanto, lo que se exige en la interpretación jurisprudencial del art. 1438 del Código civil es que el cónyuge acreedor no haya podido realizar una actividad laboral o profesional o no haya podido seguir una formación académica. Es decir, la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta un modelo indemnizatorio que tiende a resarcir al cónyuge acreedor por las oportunidades perdidas por su dedicación al trabajo para la casa en el ámbito tanto profesional como académico. Es decir, se indemniza la dedicación esencial al hogar sin poder trabajar fuera del mismo o formarse académicamente. En este sentido, es importante tener en cuenta el Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2016²⁰, en cuyo Fundamento de Derecho segundo aclara cuáles son los presupuestos para la concesión de la compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil al explicar que:

“Alega la recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial según la cual contar con ayuda de terceras personas para realizar labores domésticas no es excluyente para la fijación de la indemnización, cuando, como en el caso que nos ocupa, quedó probado primero la existencia de un régimen de separación de bienes, segundo el cuidado de los hijos por la recurrente, tercero la dirección y supervisión del hogar y, cuarto la dedicación esencial al hogar sin poder trabajar fuera del mismo o formarse académicamente, presupuestos estos que hacen que sea procedente que se otorgue la indemnización solicitada.

El motivo debe ser inadmitido, ya que la recurrente parte de la premisa errónea de considerar acreditado que la dedicación a la familia habría impedido su proyección personal, y habría ayudado al otro cónyuge a ejercer su carrera profesional. Sin embargo, la sentencia recurrida hace suya la fundamentación de la sentencia de primera instancia, que sostiene en su fundamento jurídico sexto que la recurrente había tenido todas las facilidades a su disposición si deseaba desarrollarse laboralmente, sin que pueda reclamar una compensación por un supuesto trabajo en el hogar que consta que nunca realizó y que por lo tanto nunca le impidió desarrollar una faceta laboral o profesional.”

3. Realización del trabajo para la casa con la ayuda de terceros o de servicio doméstico. La dedicación al hogar debe ser exclusiva, pero no excluyente

La cuestión acerca de si se tiene derecho a tal compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil en el caso de que el cónyuge acreedor haya realizado su contribución del trabajo para la casa ayudado por terceras personas -asistido de servicio doméstico-, resulta aclarado en esta STS núm. 135/2015, en su Fundamento de derecho segundo, donde se afirma

20. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2016, RJ/2016/5236, Recurso de Casación 2742/2015. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

que el cónyuge acreedor tiene derecho a la compensación indemnizatoria del artículo 1438 sin que sea óbice para ello que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que:

“el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a éstas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos, así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación”.

4. Realización del trabajo para la casa cuando se posee un importante patrimonio

Conviene precisar que el artículo 1438 del Código civil no discrimina por razón de la importante cuantía de su patrimonio al cónyuge acreedor que tuviere derecho a la compensación indemnizatoria. En este sentido, es interesante destacar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), cuyo supuesto de hecho lo constituía un matrimonio en el que ambos cónyuges gozaban de una elevada posición económica (“matrimonio adinerado”, que vivía en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chofer y servicio doméstico). Tanto en primera instancia como en apelación, se le niega a la esposa el derecho a percibir la compensación indemnizatoria ex artículo 1438 del Código civil. El Tribunal Supremo en el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia 614/2015 recuerda que:

“Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chofer, pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la “dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico”. Esta Sala ha recordado que la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, “pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”, como ocurre en este caso.”

5. Incompatibilidad entre el trabajo realizado para la casa y una actividad profesional fuera del hogar por cuenta ajena

Con posterioridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado la posibilidad de compatibilizar por el cónyuge acreedor el trabajo para la casa con una actividad profesional fuera del hogar, estableciendo la incompatibilidad sólo en los casos en que se trate de trabajo por cuenta ajena. En este sentido, es fundamental la sentencia del Tribunal Supremo (Sala

de lo Civil) núm.136/2017, de 28 de febrero (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en la cual -según su Fundamento de derecho primero- se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena».

Precisamente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de fecha 30 de junio de 2021 revocaba una compensación indemnizatoria por trabajo para la casa que según la primera instancia -Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid- le correspondía a la ex esposa por valor de 61.673, 20 euros, porque había trabajado durante el matrimonio fuera de casa, a pesar de haber trabajado para la familia y el hogar común durante los 19 años de vigencia del matrimonio. En este supuesto no había existido el trabajo exclusivo (régimen de exclusividad) para la casa que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para que proceda la indemnización compensatoria del art. 1438 del Código civil.

6. Compatibilidad entre el trabajo realizado para la casa y una actividad profesional fuera del hogar cuando es en el negocio familiar

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, constituye un hito relevante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 252/2017, 26 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en donde la doctrina jurisprudencial acoge la consideración del trabajo desarrollado por el cónyuge acreedor en el negocio familiar como trabajo para la casa. En este caso, el supuesto de hecho lo constituye un matrimonio de 14 años, durante los cuales la esposa trabajó como “falsa autónoma” en el negocio del marido. Se le reconoce la indemnización del artículo 1438 del Código civil por aplicación analógica. Concretamente, en el Fundamento de derecho sexto, se apela a la necesidad de interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código civil), pues si bien se afirma que la regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada, en la realidad social actual es preciso tener presente que:

“más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia”.

Así pues, en esta Sentencia núm. 252/2017 que resuelve un supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar, se establece que:

“Por tanto, esta Sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”.

7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 71/2015, de 6 de abril²¹: la prueba de la desigualdad peyorativa entre los esposos como necesario presupuesto

A mi parecer en este análisis resulta obligado hacer referencia a la resolución judicial de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 71/2015, de 6 de abril, pues en ella –aunque se trate de jurisprudencia menor– se contiene una serie de importantes matizaciones para interpretar adecuadamente el derecho a la compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil, pues ha de tenerse siempre en consideración que por el hecho de regirse el matrimonio por el régimen económico de separación de bienes no surge de manera automática este derecho.

A continuación, sintetizo los criterios más relevantes que, según mi criterio, aporta esta resolución judicial (Fundamento de Derecho cuarto), los cuales sientan todos ellos en su conjunto una doctrina sobre la denominada *desigualdad peyorativa*, presupuesto *sine qua non* para la procedencia del derecho a la compensación indemnizatoria:

1. No tiene que producirse incremento patrimonial, pero tampoco puede haber empobrecimiento del cónyuge deudor: “Si de acuerdo con la tesis del Tribunal Supremo no es necesario que el otro cónyuge se enriquezca también será necesario que el derecho de compensación a satisfacer no le suponga pérdidas o un empobrecimiento.”

2. El trabajo para la casa del cónyuge acreedor debe producirle a éste un quebranto en sus expectativas profesionales, y permitiendo al mismo tiempo al otro cónyuge su expansión profesional (*desigualdad peyorativa entre los cónyuges*):

“Para que proceda la compensación es preciso que la aportación con trabajo doméstico al levantamiento de las cargas del matrimonio sea sustancial con tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de dedicación a la familia y tareas del hogar en general. Y que se produzca un quebranto, para el que trabaja en el seno del hogar, de sus expectativas profesionales.”

21. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), núm. 71/2015, de 6 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Salinero Román).

3. La *desigualdad peyorativa* entre los cónyuges es el presupuesto necesario, por tanto, para que surja el derecho a la compensación indemnizatoria, y en consecuencia debe acreditarse: “El presupuesto necesario para el reconocimiento de la compensación se centra en la prueba al respecto de la desigualdad peyorativa”.

4. El trabajo para la casa del cónyuge acreedor debe suponer una *sobreaportación* (que haya sido significativamente más relevante) respecto a lo aportado económicamente por el cónyuge deudor con su actividad laboral o profesional en cuanto al cumplimiento de la obligación de ambos de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio:

“El trabajo en el hogar familiar se computará, a los fines pretendidos, cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge al momento de la extinción del régimen de separación. ...si dicho trabajo doméstico y asistencial no ha constituido una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces el derecho al reembolso económico previsto.”

5. Deberá acreditarse suficientemente la “dedicación directa, exclusiva y excluyente a favor del vínculo familiar”, sin que pueda servir para dar por demostrada esta circunstancia el que no se haya desempeñado actividad laboral alguna fuera del hogar. Habrá de probarse igualmente por parte del cónyuge reclamante la “pérdida de expectativas profesionales y económicas que le hubiesen proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende se le compensen por la vía del art. 1438.”

6. “Si la dedicación de ambos cónyuges a las cargas del matrimonio ha sido similar o pareja, como se trata de una indemnización compensatoria del desequilibrio basado en el trabajo dedicado al hogar familiar, al no haber tal desequilibrio en la actividad desarrollada por cada uno en el hogar desaparecería el fundamento de la compensación porque no habría nada que compensar.”

8. Criterios empleados para determinar la cuantía de la indemnización compensatoria del artículo 1438 del Código civil.

Según establece la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 noviembre (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en su Fundamento de derecho cuarto, una de las opciones posibles para determinar la cuantía de la indemnización compensatoria es considerar el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona:

“De modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración,

aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro.”

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 300/2016, de 5 de mayo de 2016 (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) señala igualmente como criterio para determinar el importe de la compensación el salario mínimo interprofesional multiplicado por el número de meses que estuvo vigente el sistema; ponderadas razonablemente las circunstancias por el tribunal de instancia. Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha señalado que hay que tener en cuenta las pérdidas que ha podido sufrir el cónyuge “amo de casa”, como consecuencia de su dedicación al hogar y a la familia. Para ello, habrá que tener en cuenta sus posibilidades de trabajo remunerado desaprovechadas, su capacidad de ascenso o promoción en su profesión, preparación o estudios desperdiciados y su potencial de ingresos económicos que no ha podido obtener.

La Audiencia Provincial de Asturias ha indicado reiteradamente que lo correcto será aplicar los importes del SMI correspondientes a cada una de las anualidades (no el del último año) por estimarse que se ajusta más al importe real que hubiera supuesto la contratación de una tercera persona para la realización de dichas labores. Así lo estableció ya la Audiencia Provincial de Asturias en una Sentencia, de fecha 22 de abril de 2016 (Sentencia núm. 179/2016, ponente Excmo. Sr. Terán López).

En este mismo sentido, resulta de interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) núm. 37/2017, de 23 de enero de 2017 (ponente: Excma. Sra. Dña. Milagros Martínez Rionda), que usa como criterio el salario mínimo, pero “aplicando una reducción del 50%, en la medida en que el trabajo prestado también redundó en la satisfacción de las necesidades propias de la actora”.

En definitiva, al no determinar la norma jurídica cómo debe hacerse esta compensación económica deberá ser el Juez el que valore todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta en primer lugar que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro, y, en segundo lugar, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma. Ambas circunstancias permiten concretar la compensación atendiendo asimismo a los años de convivencia y al apoyo que el cónyuge acreedor ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres. Es más,

según establece esta sentencia del Tribunal Supremo núm. 614/2015, de 25 noviembre en su Fundamento de derecho cuarto, se debe tener en cuenta en definitiva que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro. En definitiva, es el Juez el que debe determinar en última instancia, a falta de acuerdo, la cuantía de dicha compensación.

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo²², se resuelve un interesante supuesto en el que el ex marido había solicitado que se descontasen gastos que en beneficio de su cónyuge (adquisición de un coche, pagos para la amortización de préstamo hipotecario que grava la vivienda de la esposa, gastos de dentista, compra de un colchón, gastos de teléfono, entre otros), que había sufragado durante el matrimonio, del importe de la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa que le correspondía a su ex esposa. En el Fundamento de derecho tercero, el Alto Tribunal reconoce que “es razonable exigir que de la compensación se descuenta todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación.” Sin embargo, en este supuesto el Tribunal Supremo considera que se trata de gastos que forman parte de las necesidades ordinarias correspondientes a un momento en que no se había disuelto el régimen económico matrimonial y relacionados con la vivienda familiar, además las cuantías de tales pagos eran moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges.

8.1 Determinación de la cuantía según la regulación contenida en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña*²³.

Al establecerse la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial legal supletorio de primer grado, en defecto de pacto entre los cónyuges, y al estar limitada la figura jurídica de la compensación del trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil para el régimen económico matrimonial de separación de bienes, su incidencia en la práctica no es muy amplia en los territorios de Derecho común. Pero, diferente es el panorama en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en donde el régimen económico matrimonial legal supletorio, en defecto de pacto –capitulaciones- entre los cónyuges, es el de separación de bienes. Allí, como ha señalado González del Pozo, “la pretensión de compensación llega con habitualidad a los tribunales y ha generado una acrisolada doctrina y no menos importante jurisprudencia de su Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desempeña funciones de Tribunal Supremo en esta materia dentro de dicha Comunidad.”²⁴

22. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo (ponente: Excm. Sra. Ángeles Parra Lucán).

23. *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (DOGC núm. 5686, de 05/08/2010; BOE núm. 203, de 21/08/2010).

24. Juan Pablo González del Pozo, “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código civil”, en VV.AA., *El Derecho de Familia en expansión*, (Dykinson, Madrid: 2009), 13 - 140, concretamente p. 20.

En el artículo 232-5 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia*, se regula ampliamente la denominada “compensación económica por razón de trabajo”, exigiéndose para su aplicación que se haya producido a la extinción del régimen un incremento patrimonial en el cónyuge deudor superior según lo previsto en esta regulación (artículo 232-5, apartado 1). El apartado 3 de dicho precepto legal contiene los criterios para determinar la cuantía económica de dicha compensación, indicándose que “debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.”

Para fijar el límite de dicha compensación económica habrá de calcularse previamente la diferencia entre los incrementos patrimoniales de los cónyuges, de manera que la compensación del trabajo para la casa no podrá exceder de la cuarta parte de dicha diferencia (“La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.”). No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.

IV. LA MEDIACIÓN COMO VÍA DE ALCANZAR EL ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES²⁵

Recordemos que el tercer inciso del artículo 1438 del Código civil español establece que: “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.” El tenor literal del precepto permite el acuerdo entre los cónyuges en la determinación de la compensación del trabajo para la casa.

Incluso el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en sentencia 362/2023, de 13 de marzo²⁶, dio eficacia al pacto prematrimonial, recogido en escritura de capitulaciones matrimoniales, en el que de manera preventiva los cónyuges acordaron que, en caso de divorcio, nada se reclamarían por cualquier concepto que pudiera generarse por razón del matrimonio. En este supuesto, por tanto, el Alto Tribunal entendió que no había lugar a establecer pensión compensatoria por desequilibrio a favor de la ex esposa ni tampoco a la indemnización por el trabajo doméstico

25. Algunos de los aspectos contenidos en este epígrafe fueron expuestos por vez primera formando parte del Trabajo Fin de Curso (TFC) que presenté para superar el *Curso de Mediación Civil, Familiar y Comunitaria (válido para la inscripción en el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia de España (4ª edición)*, organizado por el Centro Asociado de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia) en Teruel (España), del 28 de octubre de 2022 al 20 de abril de 2023, cuyo número de horas asignado a este curso es de 300h.

26. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 362/2023, de 13 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).

al amparo de lo establecido en el art. 1438 del Código civil. En la regulación del Código civil español la compensación por desequilibrio económico y la compensación por el trabajo para la casa tienen carácter disponible²⁷, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 90.2 del Código civil, “serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Se introduce así con carácter excepcional, como recuerda esta sentencia 362/2023, un denominado *control de lesividad* que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. En el Fundamento de Derecho sexto de esta sentencia 362/2023, se recuerda, asimismo, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles²⁸.

Dada la compatibilidad entre la pensión compensatoria del art. 97 del Código civil y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa del art. 1438 del mismo cuerpo legal, y debido al rigor interpretativo de los criterios hermenéuticos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar la procedencia de dicho derecho a la compensación por trabajo para el hogar común, así como la dificultad de prueba de dicha dedicación en exclusiva, a lo que además se sumaría que habitualmente el espontáneo acuerdo entre los cónyuges en esta cuestión no es fácil, podemos intuir que tal vez estemos ante un ámbito donde, debido a su naturaleza disponible, la mediación puede desplegar un interesante potencial, haciendo posible que el cónyuge deudor y el cónyuge acreedor aproximen sus posicionamientos enfrentados, y éste reciba aquello que en justicia le corresponde por haber sacrificado su vida laboral, su promoción profesional o formación académica por el bien de la familia que un tiempo fueron.

27. En el Fundamento de Derecho sexto de la STS 362/2023 se establece que: “Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 del Código civil) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 del Código civil), en el entendido de que el orden público como límite de la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.”

28. Ello en conformidad, como recuerda esta sentencia, con el principio de libertad contractual (art. 1255 del Código civil) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 del código civil, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

De prescindir de la vía pacificadora de la mediación, la resolución en vía judicial de la pretensión relativa a la compensación por el trabajo para la casa, no resulta fácil de alcanzar por el cónyuge acreedor. De un lado, porque existen unos rigurosos criterios interpretativos del precepto contenido en el art. 1438 del Código civil establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que condicionan la decisión judicial, tendentes a exigir, como ya se ha explicado, la denominada *desigualdad peyorativa*, que entre otros presupuestos ha de implicar una real pérdida de expectativas laborales o profesionales y/o académicas del cónyuge acreedor. De otro, porque de no solicitarse en el mismo proceso matrimonial, el cónyuge acreedor se arriesga si solicita el reconocimiento del derecho a obtener la compensación del trabajo para la casa en un procedimiento judicial posterior a ser condenado en costas si el Juez no le estimase su pretensión.

En efecto, en relación al cauce procesal para hacer valer la pretensión del cónyuge acreedor relativa al derecho a obtener la compensación indemnizatoria del artículo 1438 del Código civil, resulta concluyente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 94/2018, de 20 de febrero (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas), en cuyo Fundamento de Derecho primero se establece -tomando apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 678/2015- que:

“la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario, pero sí posible. La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge.”

Esta sentencia 94/2018 establece, por tanto, que la acción para reclamar la compensación del artículo 1438 C.C es autónoma y, por tanto, se puede solicitar dentro de un proceso matrimonial de separación o divorcio, pero también se puede pedir de forma independiente en el proceso declarativo correspondiente. El Alto Tribunal con esta argumentación casa y declara nula la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala 6ª) de 22 de diciembre de 2016. Había venido siendo doctrina reiterada de esta Sala de la Audiencia malagueña que la demanda de divorcio, inicial o reconventional no es el cauce para dilucidar dicha pretensión, sino que debe acudir a un juicio declarativo posterior, “pues tal petición excede del objeto del proceso de divorcio”²⁹.

29.Cristóbal Pinto, “¿Solicitud de pensión del art. 1438 CC dentro del proceso matrimonial? El tremendo “zasca” del Supremo a la Audiencia de Málaga”, 2018, accesible on line: <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2018/03/22/solicitud-de-pension-del-art-1438-cc-dentro-del-proceso-matrimonial-el-tremendo-zasca-del-supremo-a-la-audiencia-de-malaga/#comments> (consultado 9.XII.2022).

Se ha afirmado acertadamente que uno de los inconvenientes que presenta tal precepto legal contenido en el artículo 1438 del Código civil reside en la dificultad de prueba en sede judicial de la certeza del trabajo realizado en pro de la familia. De manera que “tanto beneficia la norma (y su aplicación judicial) a la abnegada mujer de clase baja o media que en verdad trabajó duramente... como a la que frecuentó de continuo gimnasios, peluquerías y centros de belleza, mientras que una tropa de empleados del hogar...se ocupan de los fogones, los niños y de limpiar el polvo.”³⁰

En definitiva, todo ello (exigencias de los criterios interpretativos, dificultad de prueba, reticencia del cónyuge deudor a reconocer espontáneamente la dedicación a la familia por parte de su cónyuge como algo cuantificable en dinero, la posibilidad de no reconocimiento en vía jurisdiccional si se solicita en un juicio posterior y ser condenado en costas...) hace recomendable acudir a la vía de la mediación, pues parece ser el cauce más idóneo para encontrar un espacio de concurrencia entre el cónyuge acreedor y el cónyuge deudor, que permita solventar con justicia esta cuestión tan importante como es compensar adecuadamente la dedicación de uno de los cónyuges a la familia, hasta tal punto que le ha impedido desarrollarse profesionalmente, mientras que el otro cónyuge sí que ha tenido la posibilidad de evolucionar laboral o profesionalmente gracias precisamente a aquella dedicación que le ha permitido apartarse de estos quehaceres y obligaciones domésticas diarias.

Por otro lado, acudir al procedimiento de mediación para resolver esta cuestión estaría más en consonancia con las últimas reformas legislativas en la materia. Es decir, la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio* supuso la desaparición del sistema causalista, es decir la desaparición de las anteriores causas de separación y divorcio establecidas en la *Ley 30/1981, de 7 de julio*, bastando ya la voluntad libre de uno cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Como indica la Exposición de Motivos de esta norma, “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio.” Es más, aprobada la *Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria*, se ha reducido la función del Juez a los casos puramente jurisdiccionales, permitiéndose la materialización del divorcio o la separación de mutuo acuerdo mediante la intervención del Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia) o el Notario, a elección de los cónyuges, cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada

30. Pilar Gutiérrez Santiago, “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código civil español”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IDIBE), núm. 3 ter, diciembre, (2015): 52-88, vid. p. 56. Accesible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/4_Pilar_Gutierrez_Santiago.pdf (consultado 25.III.2023); vid. también de la misma autora: “Disfunciones en la interpretación jurisprudencia del artículo 1438 del Código civil: El riesgo de duplicidad valorativa del “trabajo para la casa” en el régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, 538-599.

judicialmente que dependan de sus progenitores. Así pues, actualmente el divorcio o la separación de mutuo acuerdo pueden instrumentarse mediante sentencia judicial, formulación de convenio ante el secretario judicial o escritura pública notarial. Estas reformas han dado lugar, en definitiva, a un nuevo entendimiento de la institución del matrimonio, donde la comunidad de vida de los esposos puede fácilmente llegar a su fin, de manera libremente decidida ya sea de común acuerdo o por la sencilla voluntad de uno, sin tener que alegar una causa concreta y sin acudir a un complejo procedimiento judicial.

La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes puede realizarse, de mutuo acuerdo, en el mismo momento del divorcio, separación o nulidad, en el convenio regulador, o, si es de manera contenciosa, en un proceso posterior específico de liquidación. En este último caso el procedimiento será largo y costoso debido a la falta de acuerdo entre las partes. La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se producirá en defecto de acuerdo entre los consortes, siguiendo el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 806 a 811.

Es preferible, por tanto, proceder de mutuo acuerdo. En el convenio regulador (art. 90 del Código civil) deberán contenerse los acuerdos de los cónyuges relativos a la custodia de los hijos, el uso que se hará de la vivienda habitual, la pensión de alimentos en favor de los hijos comunes, el régimen de visitas del progenitor no custodio respecto de los hijos comunes, la posible pensión compensatoria y, en definitiva, todos los aspectos que sean necesarios regular tras la ruptura, como por ejemplo el derecho a la compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil.

Pudieran establecerse, en este caso, haciendo un mero esbozo, las fases generales del procedimiento de mediación³¹ para determinar el derecho a la compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil, donde sus actores serían los cónyuges, cuyos intereses se oponen, pero aceptan voluntariamente someter este asunto a mediación y el mediador, bajo cuya guía y orientación los cónyuges podrían alcanzar un acuerdo en este sentido sobre su reconocimiento y cuantía:

1) Conflicto: situación de desavenencia. Los cónyuges no se ponen de acuerdo en la percepción y determinación de la compensación del trabajo para la casa. El cónyuge deudor no está de acuerdo en abonarla. El cónyuge acreedor exige su derecho por el tiempo de su dedicación en exclusiva a la familia que le impidió su formación académica y/o promoción profesional. Motivo por el cual, tras el divorcio, le resultará difícil, o imposible, acceder al mercado laboral.

31. *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).

2) **Premediación:** se trata de entrevistas individuales del mediador con cada cónyuge. Donde se le explica a cada uno qué es la mediación y cuáles son las reglas de juego. Se les indica que durante el proceso de mediación deberán hablar en primera persona, respetar el turno de palabra, y guardar la confidencialidad. En esta entrevista cada cónyuge debe exponer su versión de la situación que viven de falta de acuerdo o disenso.

3) **Inicio de la mediación:** Se han de recordar las reglas de juego. El trato debe ser correcto y respetuoso. Se recuerda la importancia de guardar la confidencialidad. La mediación propiamente dicha cuenta con varias etapas o fases:

a) **CUÉNTAME:** los cónyuges se sientan frente a frente, y cada uno explica el problema, da su versión. Ofrece cada uno su punto de vista.

b) **ACLARAR EL PROBLEMA:** se trata de averiguar por qué ha surgido la falta de acuerdo, y unificar las posturas enfrentadas. El cónyuge deudor deberá darse cuenta del tiempo y esfuerzo que supuso la dedicación en exclusiva del otro cónyuge a la familia y cómo ello influyó negativamente en su formación académica y/o desarrollo profesional, mientras que él sí que obtuvo un tiempo que le resultó fructífero, y la tranquilidad necesaria, para que pudiera dedicarse sin asumir obligaciones de tipo doméstico a sus actividades profesionales y/o de negocios.

c) **SENTIMIENTOS:** cada cónyuge debe exponer cómo se siente, y cómo está viviendo esta situación de falta de acuerdo.

d) **PROPONER SOLUCIONES e IDENTIFICACIÓN DE INTERESES DE LAS PARTES:** ambos cónyuges deben proponer soluciones. Se propone la empatía y la cooperación. Ambos cónyuges deben crear opciones o vías de solución (CAUCUS propiamente dicho).

e) **PACTOS:** los cónyuges llegan a unos pactos que son satisfactorios para ambos, y que pacifican su controversia. Respecto a la cuantía económica de la compensación por trabajo para la casa, no sería inoportuno tener presente con carácter orientativo los criterios establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 232-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, que establece:

“3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.

4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con

las reglas establecidas por el artículo 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.”

Vemos, por tanto, como en el régimen jurídico civil de Cataluña se contemplan ciertas reglas de cálculo, así como un límite cuantitativo a dicha compensación por el trabajo realizado para la casa, que pudieran resultar de gran utilidad, siempre con un carácter orientativo para guiar un caso de mediación que decidiera estos aspectos.

4) Cierre de la mediación: las partes formalizan por escrito sus acuerdos, ambas firman el acta, junto con el mediador. Las partes se comprometen a cumplir lo pactado. Básicamente el acuerdo debe ser que el cónyuge deudor reconozca el derecho del cónyuge acreedor a percibir la compensación del trabajo para la casa, y lleguen a pactar una cuantía que ambas partes acepten. De esta manera se da sentido al precepto constitucional que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.” (art. 32.1 CE).

El acuerdo sobre el derecho a la compensación, alcanzado por los cónyuges a través de la mediación formará parte del convenio regulador, que será homologado por el Juez (“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”, según art. 90.2 párr. 1º, del Código civil).

Téngase presente que la mediación, también aquí en los casos de crisis matrimonial y de liquidación del régimen económico del matrimonio, trata de seguir los cauces de un *modelo transformativo*, que va más allá de las pretensiones de los modelos circular-narrativo, y lineal de Harvard. Es decir, dentro del *modelo transformativo* destaca el empoderamiento, entendido como capacidad que tenemos las personas para afrontar las dificultades y resolver conflictos; y el reconocimiento, en el sentido de que cada parte debe asumir su responsabilidad dentro del conflicto, y ser capaz de comprender la situación de la otra parte. Este modelo se centra, en definitiva, en la mejora de las relaciones humanas, dejando en segundo plano la consecución de acuerdos, siendo la disputa una oportunidad de crecimiento y mejora en las relaciones entre las partes. Especialmente importante, si se trata de excónyuges con hijos en común.

V. ALGUNAS REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho Comparado, procede indicar que tanto el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) o Código civil alemán, como el *Code* civil francés, el *Código civile* italiano y el *Código civil portugués* admiten la computación del trabajo doméstico de uno de los cónyuges como contribución al levantamiento de las cargas familiares.

De acuerdo con el Código civil italiano³², hay dos tipos de régimen económico matrimonial en Italia: el régimen de comunidad de bienes y el régimen de separación de bienes. De conformidad con el artículo 159 del Código civil italiano, en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges, el régimen económico matrimonial será de comunidad de bienes. Por tanto, la elección del régimen de separación de bienes debe realizarse, bajo pena de nulidad, mediante un acuerdo en documento público en presencia de dos testigos y firmado en presencia de un notario. La elección del régimen de separación de bienes también podrá realizarse en el acta de celebración del matrimonio (art. 162 Código civil).

En el Código civil italiano el régimen de separación de bienes se regula en los artículos 215 a 230. No se contempla una compensación indemnizatoria similar a la del artículo 1438 del Código civil español, pero sí se trata de un modo de contribuir a las necesidades de la familia (*bisogni della famiglia*), tal como se establece en el párrafo tercero del artículo 143 (Capítulo IV, Título VI, Libro I) del Código civil italiano, donde puede leerse que “ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades de la familia, cada uno en relación con sus activos y su capacidad para trabajar profesionalmente o en casa.”³³ Según Ribera Blanes, la igualdad de los cónyuges se traduce en términos de equivalencia, es decir se establece aquí una equivalencia entre el trabajo profesional y doméstico, pues se quiere evitar que la falta de prestación de trabajo extra-doméstico por parte de uno de los cónyuges pueda conllevar la infracción del deber de contribuir a las cargas del matrimonio. Es decir, se trata de reconocer la equivalente dignidad del trabajo doméstico respecto a cualquier otro, atribuyéndole una relevancia económica y jurídica³⁴.

En el Derecho alemán, la temática relativa al Derecho de familia se regula en el Libro IV del *Bürgerliches Gesetzbuch*³⁵ (BGB). La *comunidad de ganancias acumuladas* es el régimen económico matrimonial legal por defecto de pacto entre los cónyuges, y consiste en una separación de bienes, de manera que los bienes de los cónyuges no pasan a ser bienes gananciales, no forman un patrimonio común. La ley permite también optar por otros regímenes matrimoniales como la separación de bienes (parágrafo 1414 del BGB) o el de comunidad de bienes (parágrafo 1415 del BGB).

En el párrafo 1378 del BGB se regula el denominado *crédito de participación*, por el cual, si las ganancias de un cónyuge son mayores que las del otro, le corresponde a este último la

32. *Codice Civile Italiano*, RD 16 marzo 1942, n. 262 “Approvazione del testo del Codice Civile, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale”, n. 79 del 4 aprile 1942. Accesible on line: www.jus.unittn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html (consultado 2.IX.2022).

33. “Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.” (Art. 143, párrafo tercero).

34. Begoña Ribera Blanes, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004):45.

35. *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código civil*. Traducción de Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, (Madrid: 2013).

mitad del exceso como crédito de participación. La cuantía del crédito de participación resulta limitada por el valor del patrimonio a la extinción del régimen de bienes, una vez deducidas las obligaciones. El crédito de participación nace en el momento de la extinción del régimen de bienes y desde entonces es transmisible por causa de muerte e inter vivos. El crédito de participación prescribe en tres años, el plazo comienza en el momento en que el cónyuge conoce la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, el crédito prescribe como máximo a los treinta años de la extinción del régimen de bienes (parágrafo 1378 BGB). Es decir, el derecho de indemnización surge cuando termina el régimen económico matrimonial y es heredable y transferible a partir de ese momento.

Por tanto, en virtud del *régimen económico matrimonial de ganancias acumuladas*, puede uno de los cónyuges reclamar una compensación. Es decir, el cónyuge cuyas ganancias acumuladas durante el curso del matrimonio superen las ganancias del otro cónyuge está obligado a pagar la mitad del exceso a este. Las ganancias individuales se calculan deduciendo el patrimonio inicial del final. La igualación que un cónyuge puede reclamar está limitada al patrimonio existente de dicho cónyuge tras la deducción de las deudas. Así, las ganancias acumuladas que los cónyuges adquieran en el matrimonio se igualan si se da por concluida la comunidad de ganancias acumuladas (parágrafo 1363.2 BGB). Sin embargo, en virtud del régimen de separación de bienes, no existe igualación de ganancias acumuladas.

Pero, en referencia al objeto central de esta exposición, es preciso recordar que es en el parágrafo 1360 del BGB donde aparece la referencia a las cargas de la familia. El término utilizado es el de *Familienunterhalt*. En virtud de este precepto los dos cónyuges están obligados al sostenimiento de la familia, sin que ello implique que sus contribuciones tienen que ser idénticas. Según Ribera Blanes, en el mantenimiento de la familia “se integran tres tipos de conceptos: los gastos del hogar, las necesidades personales de los cónyuges y las exigencias vitales de los hijos comunes.”³⁶

En el Derecho civil francés, el artículo 1400 de su Código civil³⁷ dispone que, a falta de contrato matrimonial, los cónyuges quedan sujetos al régimen de comunidad regulado en los artículos siguientes. El artículo 1387 establece el principio de libertad de los cónyuges con respecto a la regulación de sus relaciones conyugales. Los cónyuges pueden optar por una comunidad convencional (art. 1497 y ss.); comunidad universal, conforme a la cual todos los bienes y deudas se comparten (art. 1526); separación de bienes, conforme a la cual no existe

36. Begoña Ribera Blanes, op. cit. 33

37. *Código civil francés*, Edición bilingüe. Traducción de Álvaro Núñez Iglesias. Estudio Preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias. Prólogo de Antonio Garrigues Walker y Coordinación de Rafael Domingo (Madrid: Marcial Pons, 2005).

comunidad (art. 1536 y ss); régimen de participación en ganancias, conforme a la cual no existe comunidad pero cada cónyuge tiene derecho a recibir una compensación monetaria en caso de divorcio o fallecimiento en el supuesto de que hubiera acumulado menos riqueza que el otro cónyuge durante el matrimonio (art. 1569 y ss). Para el caso³⁸ en que los cónyuges no establezcan un régimen mediante las correspondientes capitulaciones, que deberá ser uno de los previstos en el Código, o que no excluyan el régimen legal previsto que es el de comunidad o lo modifiquen mediante pactos, entrarán en juego las reglas establecidas en la primera parte del capítulo II que formarán el Derecho común de Francia, según lo prescrito en el artículo 1393. Téngase presente que todas las capitulaciones se otorgarán en documento público notarial, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que sean parte en ellas o sus representantes (art. 1394).

En cualquier caso, los cónyuges nunca pueden excluir la aplicación del régimen primario (arts. 212 y ss), que se aplica por el mero hecho del matrimonio (art. 226). Dentro de estos preceptos de derecho matrimonial primario, de obligada aplicación, sea cual sea el régimen económico que rija el matrimonio, merece destacarse el artículo 213 del Código civil francés que establece que “los esposos juntos aseguran la dirección moral y material de la familia. Proporcionan la educación de los niños y preparan su futuro”, así como el 223 que dispone que “cada cónyuge puede ejercer libremente una profesión, cobrar sus ganancias y salarios y disponer de ellos después de haber pagado los gastos del matrimonio.”³⁹

En el Código civil francés el término empleado es *charges du mariage* tal como aparece en el artículo 223 citado, así como en el artículo 214, el cual configura el principio de contribuir a las cargas del matrimonio estableciendo que si los convenios matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a los gastos del matrimonio, lo aportarán en proporción a sus respectivas facultades⁴⁰, y si uno de los cónyuges no cumple con sus obligaciones, el otro podrá obligarlo a hacerlo en las formas previstas en el Código de procedimiento civil. Como afirma Ribera Blanes, el artículo 214 supone la prolongación y determinación de la referencia hecha por el artículo 213 al concepto de familia, es decir “el legislador indica mediante este texto su voluntad de imponer a los cónyuges, en calidad de efectos directos del matrimonio, un funcionamiento de tipo comunitario para todo lo que se refiera al mantenimiento de la familia y a la educación de los hijos, aunque el régimen matrimonial elegido sea el de separación de

38. Lucía Rozalén Creus, “Régimen económico y pactos matrimoniales en el Derecho Comparado europeo”, en *Cuestiones de Interés Jurídico*, (Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), mayo 2019) 21 páginas. Accesible on line: www.idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/regimen-economico-pactos-matrimoniales-derecho-comparado-europeo/ (consultado 31.VIII.2020).

39. Article 223: “Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s’être acquitté des charges du mariage.”

40. Article 214.1: “Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.”

bienes. De este modo, se impone a los cónyuges la constitución de una comunidad económica: la contribución a las cargas se traduce en la obligación de los dos cónyuges encargados de la dirección material de la familia, de alimentar y mantener a los hijos, de constituir juntos un fondo común de rentas destinadas precisamente a la vida material de la comunidad familiar.”⁴¹

En el Derecho portugués es preciso mencionar el artículo 1676⁴² del Código civil⁴³, en donde se establece que el deber de contribuir a las cargas de la vida familiar recae en ambos cónyuges, según las posibilidades de cada uno, ya sea por asignación de sus recursos a esas cargas, ya sea por el trabajo dedicado al hogar y la educación de los hijos, regulándose un *crédito compensatorio*. Ahora bien, si la contribución de uno de los cónyuges a los costos de la vida familiar excede la parte que le correspondería según los términos del párrafo anterior, porque ha renunciado excesivamente a la satisfacción de sus intereses en favor de la vida en común, tiene derecho ese cónyuge a exigir del otro la *indemnización* correspondiente, otro lado, si no se paga la contribución debida, cualquiera de los cónyuges puede exigir judicialmente que se le entregue la parte de ingresos o ganancias del otro cónyuge que determine el Tribunal.

Conviene realizar una breve referencia al Reglamento UE 2016/1103, de 24 de junio. El Reglamento UE 2016/1103, de 24 de junio⁴⁴ de régimen económico matrimonial, que entró en vigor el 29 de enero de 2019, supone un avance en la uniformización del Derecho de Familia en la Unión Europea, en una materia donde existen diferencias de regulación en los distintos Estados miembros. Este Reglamento de régimen económico matrimonial ha sido adoptado por el mecanismo de la cooperación reforzada del artículo 329.1 del TFUE y son 18 los Estados de la Unión Europea que han participado en el mismo. Sin embargo, el texto está abierto a la firma del resto de los Estados miembros de la Unión. Como explica J. Rodríguez⁴⁵,

41. Begoña Ribera Blanes, op. cit. 25.

42. Artigo 1676:

“1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.”

43. El Código civil portugués fue aprobado por el Decreto-Ley núm. 47344, de 25 de noviembre de 1966, entrando en vigor el 1 de junio de 1967. Ha tenido revisiones posteriores, tal es el caso de la actualización operada por la Ley 59/1999 de 30 de junio.

44. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (DOUE núm. 183, de 8 de julio).

45. Juliana Rodríguez Rodrigo, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 33-34.

el Reglamento, si bien se aplica a las demandas interpuestas a partir del 29 de enero 2019, si el asunto se refiere a un matrimonio celebrado con anterioridad a esa fecha el Juez competente no puede aplicarlo para determinar el Derecho regulador del régimen económico matrimonial; deberá acudir en este caso a las normas de conflicto existentes en su ordenamiento, que en el caso del ordenamiento jurídico español son los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil.

En consonancia con este Reglamento 2016/1103, los cónyuges o futuros cónyuges pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, para impedir que la ley elegida guarde poca relación con la situación real de los cónyuges, la ley elegida deberá ser la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de los cónyuges o futuros cónyuges o de uno de ellos⁴⁶.

Si en los países mencionados dentro del ámbito europeo se regula el trabajo para la casa como contribución a las cargas del matrimonio, y sólo en algunos casos genera una indemnización, ya se denomine *crédito de participación* (Alemania) o *crédito de compensación* (Portugal), con el fin de igualar los patrimonios de ambos cónyuges, es decir igualar la posición económica del cónyuge que ha desempeñado una profesión con la posición del que ha trabajado para la casa, mencion merecen también, fuera del continente europeo, los casos de países como Chile, Argentina, México y Perú, en cuyos ordenamientos jurídicos encontramos interesantes peculiaridades al respecto. Es en el ordenamiento jurídico de México donde se regula la figura de un porcentaje de restitución que deberá percibir aquel cónyuge que se haya dedicado al cuidado del hogar y de la familia, ya sea trabajando exclusivamente en casa o compatibilizando su labor en el hogar con un trabajo fuera, normalmente de escaso sueldo y con pocos derechos o garantías laborales.

En efecto, fuera de nuestro entorno europeo, también encontramos la institución jurídica de la compensación por trabajo para la casa. Por ejemplo, en **Chile**, en el artículo 61⁴⁷ de la Nueva Ley del Matrimonio Civil (Ley 19947, de 7 de mayo de 2004)⁴⁸ se regula la figura de la compensación económica como consecuencia de haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. En el artículo 62, párrafo

46. María Inmaculada Espiñeira Soto, “Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 83, accesible on line: www.elnotario.es (consultado 5/IX/2023).

47. Artículo 61: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o de las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.”

48. Ley 19947, de 7 de mayo de 2004, Nueva Ley del Matrimonio Civil. Publicada el 17 de mayo de 2004. Última actualización por la Ley 21120 de 10 de diciembre de 2018. Esta norma sustituye la Ley de matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. Accesible on line en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128 (consultada a 31.IX.2022).

primero, del mismo cuerpo normativo se establecen los criterios para determinar la cuantía de la compensación⁴⁹. En definitiva, como señala Lepin Molina⁵⁰, esta norma jurídica -Ley 19947, de 7 de mayo de 2004- incorporó por primera vez en la legislación chilena el *divorcio vincular*, incorporándose también el derecho a la compensación económica en los artículos 61 a 66, y con ello surge la preocupación por proteger al cónyuge que al momento de la ruptura queda en una precaria situación económica, es decir el principio de protección al cónyuge más débil.

A mi parecer se trata de una figura jurídica semejante a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil español, aunque próxima a la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa del artículo 1438 del mismo cuerpo legal.

En **Argentina**, el trabajo para el hogar tiene un valor económico, resultando ser una aportación al sostenimiento de la familia. En el artículo 455 del Código civil y Comercial de la Nación⁵¹, se regula el deber de los cónyuges de contribuir a los gastos de la familia, estableciéndose que: “Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos.” Y se añade que: “El cónyuge que no dé cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es compatible como contribución a las cargas.” Existen dos tipos de regímenes patrimoniales en el matrimonio: el régimen de comunidad de bienes o gananciales y el de separación de bienes. Si no hay elección, el matrimonio se rige por el régimen de comunidad de bienes. En los arts. 505 y siguientes del mismo cuerpo legal se regula el régimen de separación de bienes, y concretamente en el art. 441 se regula la compensación económica como efecto del divorcio⁵². En dicho art. 441 Código civil se establece que: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por

49. Artículo 62: “Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.”

50. Cristian Lepin Molina, “El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. (2013):2, 513-548, vid. 513-514.

51. *Código Civil y Comercial de la Nación*, fecha de sanción 1.10. 2014, y publicado en el Boletín Nacional de 8 de octubre de 2014.

52. Mercedes Robba, y Romina LERUSSI; “Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídico-feminista”, en *Revista Ius et Praxis*, año 24, Núm. 2, (2018): 593-618.

plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.” En este caso estamos ante la figura de la pensión compensatoria, que en el Código civil español se regula en el art. 97, y que trata de compensar el desequilibrio económico que provoca la separación o divorcio.

En **México**, la Cámara de Diputados aprobó a comienzos del año 2022 una reforma para proteger en caso de divorcio a las mujeres que se han dedicado por completo durante el matrimonio al cuidado de los hijos, marido y hogar, renunciando a una actividad laboral o profesional, mientras que el esposo puede realizarse profesionalmente o fructificar con éxito en sus negocios. La mujer en esta situación, con ocasión del divorcio, se enfrenta a la compleja tarea de buscar un empleo sin contar con una formación académica o una experiencia laboral previa, pues volcó todos sus esfuerzos en el cuidado de la familia. Verdaderamente, la esposa en esta situación carece de medios de supervivencia. Por mayoría, el pleno de la Cámara Baja aprobó una reforma del Código Civil Federal⁵³, mediante la que se pretende dar cumplimiento al principio de igualdad de derechos. Así, se aprobó modificar el artículo 273 del Código Civil Federal, para que en el convenio de divorcio se establezca un *porcentaje de restitución*. Es muy interesante poner de manifiesto que en esta legislación también se contempla la percepción de tal restitución en los casos en que la esposa haya desempeñado alguna actividad laboral fuera del hogar y no se ciñe al régimen de separación de bienes, pues en realidad se inserta en el mercado laboral en condiciones desfavorables porque tienen la carga del trabajo doméstico, acogiéndose a empleos flexibles, donde los salarios son bajos sin prestaciones sociales o incluso sin Seguridad social. En definitiva, es una cuestión de justicia social, pues como bien se ha afirmado las mujeres generan riqueza con su trabajo al sostener la vida cotidiana. Corresponderá al juez de familia, examinar caso por caso, y fijar el porcentaje de la compensación.

En **Perú**, en términos generales no existe la figura de la pensión compensatoria por divorcio, salvo en el *divorcio causal*, en que procede una compensación económica. Es decir, el cónyuge inocente puede recibir un monto único en concepto de indemnización por daño moral, pero no una pensión. Mientras en el *divorcio convencional*, aquel basado en la voluntad de los cónyuges, resulta improcedente solicitar una compensación económica. Por tanto, para que proceda una compensación económica por divorcio, han de concurrir dos condiciones: primero, que la compensación económica sea solicitada por el cónyuge inocente; y segundo, que exista un perjuicio grave contra el cónyuge inocente, es decir, que los hechos que hayan determinado el divorcio comprometan gravemente el legítimo interés personal del cónyuge.

Asimismo, aunque por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, está regulada, para el divorcio causal, la pensión alimenticia en el art. 350, párrafo segundo del

53. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021

Código Civil peruano⁵⁴: “Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de garantías suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvertir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.” Dicha pensión compensatoria puede establecerse de común acuerdo por los cónyuges o por el juez en sentencia tras un proceso de divorcio contencioso.

En cualquier caso, no se regula una figura semejante a la compensación indemnizatoria por trabajo para la casa en la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, según estudios estadísticos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la mayor parte de las parejas que contraen matrimonio, lo hacen bajo el régimen de separación de bienes o separación de patrimonios, y el mayor número de dichas parejas se da en Lima. En este régimen económico matrimonial, que inicia su vigencia desde su inscripción ante la SUNARP, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, evitando que las deudas de un cónyuge afecten al otro (art. 328 del Código Civil peruano). Se realiza antes de celebrarse el matrimonio civil, aunque también puede elegirse después (sustitución del régimen patrimonial). Se realiza mediante el otorgamiento de escritura pública.

En defecto, de la elección del régimen de separación de bienes, rige la sociedad de gananciales. En cualquier caso, sea cual sea el régimen económico que rija el matrimonio, existe la obligación mutua de los cónyuges de sostener económicamente el hogar (art. 300 del Código civil peruano).

VI. CONCLUSIONES

El art. 1438 del Código civil español fue introducido en dicho cuerpo legal por la reforma producida por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de las Audiencias Provinciales, la que ha ido concretando y determinando tal precepto legal que hace del trabajo para la casa no sólo una contribución a las cargas del matrimonio, sino un título para adquirir una compensación indemnizatoria que trata de reparar la dedicación al hogar del cónyuge acreedor, que le ha impedido obtener una formación académica o acceder a una promoción profesional por dedicar todo su tiempo a cuidar de la casa y de la familia.

54. *Código Civil peruano* (Decreto Legislativo 295). Promulgado el 24 de julio de 1984. Al día siguiente fue publicado en el diario oficial El Peruano. Entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. El Código Civil ha sufrido diversas modificaciones. La última de ellas fue la publicación de la Ley 31643, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2022, que modificó los artículos 248, 250, 252, 253, 256, 258, 259, 260, 265 y 266; para darle facultad a los notarios para celebrar matrimonios civiles.

El precepto es bienintencionado en su finalidad, pues trata de reparar el desequilibrio que se ocasiona a la extinción del régimen de separación de bienes, pues en este régimen económico matrimonial cada uno de los cónyuges conservan sus bienes propios, por lo que el cónyuge que no ha podido desarrollarse académica o profesionalmente queda en una posición de desventaja y de agravio comparativo respecto del otro cónyuge que ha tenido el tiempo y la tranquilidad para dedicarse a sus negocios o actividades profesionales liberado de tareas domésticas. Esta situación de vulnerabilidad del cónyuge que se ha dedicado al trabajo para la casa no se produce en el régimen económico matrimonial de gananciales, donde tras liquidarse dicho régimen los cónyuges reparten la masa común de bienes por mitad, ni en el régimen económico matrimonial de participación, en el que cónyuge que menor incremento patrimonial ha obtenido participa en las ganancias obtenidas por su cónyuge a la hora de la liquidación de dicho régimen.

Sin embargo, ocurre que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no admite la concesión de semejante compensación indemnizatoria del art. 1438 del Código civil para los casos en que el cónyuge que se dedique al cuidado del hogar y de los hijos desempeñe también una actividad profesional fuera de casa. Lo cual resulta poco coherente con la realidad social actual, donde el cónyuge dedicado a la familia -normalmente es la mujer la que se ocupa del hogar y del cuidado de los hijos- trata de conciliar con gran esfuerzo ambas facetas, sin que ello se considere sobreaportación a las cargas del matrimonio, y no entrando, por tanto, en el supuesto de hecho del precepto legal según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En tales supuestos, es claro que el precepto legal del art. 1438 del Código civil no está siendo interpretado en función de los criterios hermenéuticos del art. 3 del mismo cuerpo legal, en concreto no se está teniendo en cuenta el criterio de carácter sociológico, que se refiere a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, ni se están respetando principios constitucionales como el de igualdad o no discriminación por razón de sexo, ni el contenido axiológico propio del Estado constitucional de Derecho, donde la interpretación de las normas jurídicas ha de ser no cognoscitiva sino atributiva de sentido, y donde interpretar supone *esclarecer y poner en vigencia la norma jurídica*.

Puede resultar pertinente, por tanto, la utilización del procedimiento de mediación en la determinación de la compensación indemnizatoria del trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil, a la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Dicha pertinencia viene marcada por la dificultad que supone hacer valer dicha pretensión en sede jurisdiccional, pues la decisión judicial vendrá condicionada por el rigor y tecnicismo de unos criterios jurisprudenciales de interpretación establecidos por el Tribunal Supremo, que tienden a subrayar como requisito la desigualdad peyorativa en relación al cónyuge acreedor, que es quien se encontraría en una situación de más vulnerabilidad, y por la dificultad de prueba orientada a demostrar la dedicación al hogar y a la familia en régimen de exclusividad por dicho cónyuge acreedor, y el perjuicio sufrido al mismo tiempo en su formación académica y/o desarrollo profesional.

Guiados por la habilidad técnica y la formación específica de un mediador, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes en este sentido. El cónyuge deudor deberá reconocer cómo esa dedicación al hogar y a la familia en exclusividad ha supuesto un beneficio para él -y los hijos, si los hubiere- en cuanto que le ha permitido desarrollarse profesionalmente, pero ha perjudicado académica, laboral y/o profesionalmente a su cónyuge (cónyuge acreedor), mientras que a él (cónyuge deudor) le ha permitido realizarse en su vida laboral y/o en sus negocios sin obligaciones de tipo doméstico que atender y cumplir a diario, y que es, por tanto, de justicia y equidad que aquel reciba la compensación que le corresponda por el tiempo que dedicó a la familia, mientras perdía expectativas profesionales.

Los cónyuges, a través del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación, y por ser una materia de carácter disponible -pues el Código civil admite la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges, sólo en defecto de tal acuerdo decide el órgano jurisdiccional-podrán situarse más allá de la estrechez de los criterios marcados por el Tribunal Supremo y superar esa dificultad de prueba, porque en sus manos está decidir sobre algo que tan sólo a ellos atañe y que conocen mejor que nadie, que es, en esencia, cómo ha sido su vida familiar y las obligaciones y sacrificios que ha comportado.

De esta manera, el acuerdo de los cónyuges obtenido en el procedimiento de mediación podrá dar pleno sentido a lo establecido en el art. 32.1 de la Constitución española, esto es “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Además, mediante su acuerdo podrán salvar toda situación de discriminación, que se haya producido; mientras que, en vía jurisdiccional se produce discriminación cuando se niega la percepción de tal compensación al cónyuge que habiendo desempeñado una actividad profesional fuera de casa también se ha dedicado a cuidar de la familia y del hogar, compatibilizando ambas tareas con sumo esfuerzo.

Para la determinación de la cuantía de tal compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Código civil podrían los cónyuges, con la ayuda del mediador, hacer uso con carácter orientativo de los criterios contenidos en los apartados 3 y 4 del artículo 232-5 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña*.

En definitiva, la mediación, en los casos de crisis matrimonial y de liquidación del régimen económico del matrimonio, trata de seguir los cauces de un modelo transformativo, que va más allá de las pretensiones de los modelos circular-narrativo, y lineal de Harvard, destacándose el empoderamiento, entendido como capacidad que tenemos las personas para afrontar las dificultades y resolver conflictos; y el reconocimiento, en el sentido de que cada parte debe asumir su responsabilidad dentro del conflicto, y ser capaz de comprender la situación de la otra parte. Este modelo se centra, en definitiva, en la mejora de las relaciones humanas, dejando en segundo plano la consecución de acuerdos, siendo la disputa una oportunidad de

crecimiento y mejora en las relaciones entre las partes. Algo especialmente importante, cuando los excónyuges tienen hijos menores en común.

REFERENCIAS

Bibliografía, normativa legal, resoluciones judiciales y enlaces de interés.

- Arrébola Blanco, Adrián. *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, prólogo de C. de Amunátegui Rodríguez. Madrid:Reus, Madrid: 2019.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, Vassar College. New York: Cambridge University Press, december 1995.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511521546>
- Barberis, Mauro. *Ética para juristas*, Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres ed. Valencia: 1980.
- Castro CID, Benito De. “El retorno a la racionalidad práctica”. En *Manual de Filosofía del Derecho*, N. Martínez Morán (coordinador), 85-97. Madrid: Editorial Universitas, 2013.
- *Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021
- *Codice Civile Italiano. RD 16 marzo 1942, n. 262* Approvazione del testo del Codice Civile, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942. Accesible on line:
www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/home.html
(consultado 2.IX.2022).
- *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código civil*. Traducción de Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Código Civil francés*. Edición bilingüe. Traducción de Álvaro Núñez Iglesias. Estudio Preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias. Prólogo de Antonio Garrigues Walker y Coordinación de Rafael Domingo. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- *Código Civil portugués*, aprobado por el Decreto-Ley núm. 47344, de 25 de noviembre de 1966.

- *Código Civil y Comercial de la Nación*, Argentina, fecha de sanción 1.10. 2014, y publicado en el Boletín Nacional de 8 de octubre de 2014.
- *Código Civil federal México: Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 11-01-2021
- *Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295)*. Promulgado el 24 de julio de 1984. Al día siguiente fue publicado en el diario oficial El Peruano. Entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. El Código Civil ha sufrido diversas modificaciones. La última de ellas fue la publicación de la Ley 31643, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2022, que modificó los artículos 248, 250, 252, 253, 256, 258, 259, 260, 265 y 266; para darle facultad a los notarios para celebrar matrimonios civiles.
- *Constitución española* (BOE núm. 311, de 29/XII/1978).
- *Constitución Política del Perú*, promulgada el 29 de diciembre de 1993, (16ª edic. oficial, actualizada a 28 de septiembre de 2022).
- Espiñeira Soto. María Inmaculada. “Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 83, accesible on line: www.elnotario.es (consultado 5/ IX/2023).
- García-Valdecasas, G. *La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la Ciencia jurídica*. Discurso de Apertura, Universidad de Granada, Curso MCMLXXIMCMLXXII, Secretariado de Granada: Publicaciones de la Universidad de Granada, 1971.
- Gómez García, Juan Antonio. “La crisis del positivismo y el retorno a la razón práctica”, en VV.AA., *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*, J.L. Muñoz De Baena Simón y J.C. Utrera García (Coordinadores), Sínderesis, UNED, 57-71 Madrid: 2019.
- González del Pozo, Juan Pablo. “La compensación prevista en el artículo 1438 del Código civil”, en VV.AA., *El Derecho de Familia en expansión*, Dykinson, 13-140. Madrid: 2009.
- Gutiérrez Santiago, Pilar. “Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código civil español”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana (IDIBE)*, núm. 3 ter, (diciembre, 2015): 52-88, vid. 56.

Accesible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/4_Pilar_Gutierrez_Santiago.pdf (consultado 25.III.2023).

- Gutiérrez Santiago, Pilar. “Disfunciones en la interpretación jurisprudencia del artículo 1438 del Código civil: El riesgo de duplicidad valorativa del “trabajo para la casa” en el régimen económico matrimonial de separación de bienes”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 17, 538-599.
- Lalaguna Domínguez, Enrique. *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*. Prólogo de L. Díez-Picazo, Aranzadi, Pamplona, 1969.
- Lepin Molina, Cristian, “El Principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 2 (2013): 513-548. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000200007>
- Lerminier, E., *Introduction générale a l’histoire du Droit*, Seconde edition, Chamerot, Libraire París: Éditeur, Alex-Gobelet, Libraire, París.
- *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).
- *Ley 19947, de 7 de mayo de 2004, Nueva Ley del Matrimonio Civil. Publicada el 17 de mayo de 2004*. Última actualización por la Ley 21120 de 10 de diciembre de 2018. Esta norma sustituye la Ley de matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. Accesible on line en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128 (consultada a 31.IX.2022).
- *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (DOGC núm. 5686, de 05/08/2010; BOE núm. 203, de 21/08/2010)
- *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).
- *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).
- *Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria* (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).
- Lorca Martín de Villodres, M. I. *El Concepto de Derecho de un siglo. Su perspectiva iusfilosófica*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

- Orgaz, Raúl A. “Echeverría y su doctrina”. En *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 3, núm. 7, (septiembre de 1916): 254-264.
- Pinto, Cristóbal. “¿Solicitud de pensión del art. 1438 CC dentro del proceso matrimonial? El tremendo zasca del Supremo a la Audiencia de Málaga”, 2018, accesible on line: <https://jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2018/03/22/solicitud-de-pension-del-art-1438-cc-dentro-del-proceso-matrimonial-el-tremendo-zasca-del-supremo-a-la-audiencia-de-malaga/#comments> (consultado 9.XII.2022).
- *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales* (DOUE núm. 183, de 8 de julio).
- Ribera Blanes, Begoña. *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Robba, Mercedes, y LERUSSI, Romina. “Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídico-feminista”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, Núm. 2, (2018): 593-618. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200595>
- Rodríguez Rodrigo, Juliana. *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Rosmini, Antonio. *Filosofía del Diritto*, C. Batelli, Nápoles, 1844-45.
- Rozalén Creus, Lucía. “Régimen económico y pactos matrimoniales en el Derecho Comparado europeo”, en *Cuestiones de Interés Jurídico, Instituto de Derecho Iberoamericano* (IDIBE), 21 páginas, mayo 2019. Accesible on line: www.idibe.org/cuestiones-de-interés-juridico/regimen-economico-pactos-matrimoniales-derecho-comparado-europeo/ (consultado 31.VIII.2020).
- Vega, Jesús. “La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica”. En *REVUS, Journal for constitutional theory and philosophy of Law*, (34/2018): párrafo 40. Accesible on line (consultado 3.IX.2023): <https://journals.openedition.org/revus/3990> <https://doi.org/10.4000/revus.3990>
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *Conflictos en torno a los regímenes económicos matrimoniales*. Bosch, Wolters Kluver, Madrid: 2019.

Resoluciones judiciales:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil), núm. 534/2011 de 14 de julio (ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 135/2015 de 26 marzo (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), núm. 71/2015, de 6 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Salinero Román).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 614/2015, de 25 de noviembre (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 179/2016, de 22 de abril (ponente Excmo. Sr. Terán López).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 300/2016, de 5 de mayo de 2016 (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Auto del Tribunal Supremo, ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de noviembre de 2016, RJ/2016/5236, Recurso de Casación 2742/2015. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm.136/2017, de 28 de febrero (ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 252/2017, 26 de abril (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 94/2018, de 20 de febrero (ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 357/2023, de 10 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 362/2023, de 13 de marzo (ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán).

RECIBIDO: 05/09/2023

APROBADO:15/10/2023

*Que en paz descanse...,
feminicidio, violencia institucional y
sufrimiento social*

*Rest in Peace...,
Femicide, Institutional Violence and Social
Suffering*

Viviana Castellano Suárez* <https://orcid.org/0000-0003-2506-8207>
Rolando Castillo Santiago** <https://orcid.org/0000-0001-8764-9168>
Yazmín Isolda Álvarez Isolda Álvarez García*** <https://orcid.org/0000-0002-0587-0406>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2522>

* Doctora en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, profesora Investigadora de tiempo completo adscrita a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I CONAHCYT, coordinadora de la Maestría en Ciencias en Investigación Psicosocial, programa PNPC CONAHCYT. México.

Correo electrónico: viviana.castellanos@Ujat.mx

** Doctor en Estudios Jurídicos, profesor investigador tiempo completo adscrito a la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I SNI CONAHCYT, miembro del Sistema Estatal de Investigadores 2023, representante del Grupo de Investigación Derecho, Psicología y otras ciencias, línea de investigación derechos humanos, propiedad intelectual y vulnerabilidad. México.

Correo electrónico: rolando.castillo@ujat.mx

*** Doctora en Estudios Jurídicos, profesora investigadora tiempo completo UJAT, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I SNI CONAHCYT, miembro del Sistema Estatal de Investigadores 2022, miembro del grupo de investigación Derecho, Psicología y otras ciencias, línea de investigación derechos humanos, propiedad intelectual y vulnerabilidad, México.

Correo electrónico: yazmin.alvarez@Ujat.mx

Lex





Calle Próspero cdra. 3-zona monumental, Iquitos. Óleo sobre lienzo 100 x 81 cm
Cliver Flores Lanza (Iquitos, Loreto, Perú, 1965)
Correo electrónico: floreslanza@yahoo.com
www.cliverpintoramazonico.blogspot.com

RESUMEN

En este artículo se aborda el feminicidio como la manifestación más extrema de la violencia de género, destacando su impacto en la sociedad. El propósito es generar conciencia sobre la discriminación de género, la impunidad y la violencia institucional relacionadas con este fenómeno. Se argumenta que el feminicidio está arraigado en estructuras de poder y sometimiento de género, y que la falta de investigaciones adecuadas y la negligencia en la justicia perpetúan el problema. El sufrimiento social que conlleva se manifiesta en la resistencia y protesta de víctimas y familiares. En última instancia, se subraya la necesidad de dismantelar estas estructuras de poder de género y abordar sus causas fundamentales para combatir eficazmente el feminicidio.

Palabras clave: *feminicidio, violencia, violencia social, violencia doméstica, violencia institucional.*

ABSTRACT

This article addresses femicide as the most extreme manifestation of gender violence, highlighting its impact on society. The purpose is to raise awareness about gender discrimination, impunity and institutional violence related to this phenomenon. It is argued that femicide is rooted in structures of power and gender subjugation, and that the lack of adequate investigations and neglect of justice perpetuate the problem. The social suffering that it entails is manifested in the resistance and protest of victims and relatives. Ultimately, it highlights the need to dismantle these gendered power structures and address their root causes to effectively combat femicide.

Keywords: *femicide, violence, social violence, domestic violence, institutional violence*

I. INTRODUCCIÓN

La violencia en general es la antítesis, el antagonismo y el contraste diametral de los Derechos Humanos, concretamente la violencia contra la mujer y en su caso más desmedido el Femicidio, se ha concebido como la muerte violenta de las mujeres por razones de género, tipificada el sistema penal mexicano como Femicidio, es considerada como **la forma más extrema de violencia** contra la mujer y una de las manifestaciones más graves de la discriminación hacia ellas (Gobierno de México, 2023)¹

Acorde con UNOC² se reconoce como feminicidio el asesinato de mujeres y niñas por razones de género, se subraya que solo un pequeño porcentaje del número total de homicidios y se indica que los impulsores de este tipo de violencia letal requieren respuestas personalizadas, ya que los asesinatos llevados a cabo por parejas íntimas rara vez son espontáneos o aleatorios, y deben ser examinados como un acto extremo en un continuo de violencia relacionada con el género que sigue sin denunciarse y que es ignorado frecuentemente.

El feminicidio, sin caber la menor duda, impacta de frente con los principios de vida, libertad, justicia, paz, igualdad, respeto y seguridad, dignidad, honor, entre otros, y que pese a que existe la presencia y validación de las normas o instrumentos internacionales y nacionales la violación a los Derechos Humanos de las mujeres este tipo de conducta continua, permanece

1. Gobierno de México. *¿Qué es el feminicidio y cómo identificarlo?* (2023)

2. *United Nations Office on Drug and Crime. "Global Study on Homicide"* (2019). Publicación de la Organización de las Naciones Unidas. , recuperado el 24 de julio del 2023 del link: https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS_EN_ESPANOL.pdf

y se recrudece, acorde con Naciones Unidas³ cinco mujeres son asesinadas cada hora por alguien de su propia familia.

En el presente estudio, se pretende visibilizar a partir de la revisión bibliográfica, documental, registrada, sistemática y actualizada, a fin de sintetizar ideas y describir hallazgos sobre la violencia feminicida como el acto máximo de la culminación de la violencia contra las mujeres, así mismo se subrayará la impunidad y Re vulneración que los envuelve en el marco de la violencia institucional y con ello recapitular en el sufrimiento social que enfrentan víctimas, familiares y la sociedad que ante la falta de esclarecimiento de los hechos, no permite que las víctimas primarias y secundarias descansen en paz, se abrevia sobre la necesidad de abordar las causas en su profundidad, en la urgencia de desmontar el sistema patriarcal de dominación-sometimiento, sufrimiento social y como propuesta la necesidad impulsar estudios sobre los varones y la transformación de sus masculinidades así como incidir y continuar visibilizando las desigualdades estructurales del género.

II. FEMINICIDIO: CULMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

UNOC⁴ recapitula que en la década de 1970 el término feminicidio, se utilizó para describir el asesinato de mujeres y en su estudio se ha llegado a diferenciar a esta muerte violenta de otras formas que no sean conflictos armados y guerra o muerte autoinfligida, es decir, dentro de la categoría de muerte no relacionada con conflictos como guerras o autoinfligidos, y de allí se vuelve a subdividir y calificar en el rubro de homicidio intencional, ya sea sociopolítico, interpersonal o relacionado con actividades criminales, se menciona que es posible separar esos tipos de homicidios femeninos del resto, ya que están relacionados con el género, donde la muerte no suele ser el resultado de un acto aleatorio, sino la culminación de la violencia de género, que se basa en relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, encontrándose que el continente Asiático representó el mayor número de mujeres asesinadas en todo el mundo por parejas íntimas u otros miembros de la familia, seguido de África y América.

3. Naciones Unidas, *Violencia de género: Cinco mujeres son asesinadas cada hora por alguien de su propia familia*, Publicación de la Organización de las Naciones Unidas. (2022), recuperado el 24 de julio del 2023 del link: <https://news.un.org/es/story/2022/11/1517077>

4. *United Nations Office on Drug and Crime. Global Study on Homicide*. (2019), op.cit.

Radford y Russell ⁵ exponen cómo el feminicidio, ha sido usado a lo largo de la historia por los hombres para asegurar las relaciones sociales del patriarcado, esto es, el dominio masculino y la subordinación femenina, además que el feminicidio refleja jerarquías en sociedades patriarcales específicas que afectan de forma distinta a las mujeres, ya sean estructuras de poder de religión, grupo racial, heterosexualidad en una cultura heterosexista, clase, diferencias culturales.

Russell⁶ precursora en el tema de la violencia feminicida y de la realidad estadounidense, describe una breve historia del concepto, agregando que la primera vez que se utilizó en público el término femicidio en la edad moderna, fue cuando la autora testificó sobre estos letales crímenes calificados de letales y misóginos en 1976 en el Tribunal Internacional de Crímenes Contra las Mujeres en Bruselas, Bélgica en donde se subrayó que muchos homicidios son en realidad feminicidios, en un primer momento se definió como el asesinato misógino de mujeres por hombres, en un segundo momento, el asesinato de mujeres por parte de hombres porque son mujeres, posteriormente y tomando en cuenta que existe un pequeño porcentaje de mujeres también matan a mujeres porque son hembras, se adoptó considerar al femicidio como el asesinato de una mujer porque ella es una mujer y finalmente lo definió como el asesinato de una o más hembras por uno o más machos porque son hembras.

Por su parte, el MESECVI⁷, que es el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, declara 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.

5. Jill Radford y Diana EH Russell, eds. *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, vol. 8. (UNAM: 2006). ISSN: 0185-1918

6. Diana Russell, *Definición de feminicidio*, Discurso presentado en la abertura del Simposio sobre Femicidio, das Nações Unidas, 26. 2012.

7. Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), “Declaración sobre el Femicidio” (2008), MESECVI/CEVI/DEC.1/08, punto 2 <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>

En México, una de las principales feministas, académicas y comisionadas para estudiar amplia y certeramente la violencia feminicida es Lagarde (2006)⁸, quien señala acuña y que la forma adecuada de mencionar el término es feminicidio y no femicidio, señala que el término mismo no se trata de la descripción de crímenes que comenten homicidas contra niñas y mujeres, sino de la construcción social de estos crímenes de odio, la culminación de la violencia de género contra las mujeres, así como la impunidad que los configura, añadiendo que el feminicidio es un crimen de estado, ya que este no es capaz de garantizar la vida y la seguridad de las mujeres, agregando que el feminicidio es la cima de la normalización y la tolerancia de la violencia de género y que desencadenan procesos de violencia institucional sobre las familias de las víctimas y la sociedad, caracterizándose por el común no esclarecimiento de casos, deficiencias y faltas de acceso a la justicia y verdad, así como a la reparación del daño.

Este tipo de violencia acorde con Lagarde⁹ en su escrito del feminicidio al feminicidio, indica que es una violencia ejercida por hombres contra mujeres, colocados en supremacía social, sexual, jurídica, económica, política, ideológica y de todo tipo, sobre mujeres en condiciones de desigualdad, de subordinación, de explotación o de opresión, y con la particularidad de la exclusión, discriminación, explotación y marginación específica.

Por su parte, Segato¹⁰ propone que los feminicidios con crímenes contra el *genus* argumentando que si bien el medio de agresión es sexual, su finalidad es de exterminio o eliminación dirigida a una categoría o *genus*, con una impersonalidad que se refiere a la intensidad genérica y no personalizable tanto con relación a los móviles del agresor como a la relación entre este y la víctima, por lo que propone el tipo femigenicidio, garantizando así la comprensión del término en el ámbito jurídico.

8. Marcela Lagarde, Introducción *Feminicidio: una perspectiva global*, editoras Diana E. Russell, y Roberta A. Harmes, Traducción Guillermo Vega Zaragoza, ISBN: 970-32-3001-6. (UNAM: 2001). (Primera ed. Título original: Femicide in Global Perspective, Serie Athene, 2001 Publicado por Teachers College Press, 1234 Amsterdam Avenue, New York, NY 10027, Columbia University, Nueva York y Londres).

9. Marcela Lagarde, "Del feminicidio al feminicidio", *Desde el jardín de Freud* 6 (2006).

10. Rita Laura Segato, "Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho", *Feminicidio en América Latina*, (México: DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades. 2011), 245-248.

Al respecto, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el 2007¹¹, establece en su Capítulo V, Artículo 21 que:

Violencia Feminicida: Es 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.

En el Código Penal Federal ¹²expone, en el Capítulo V, al Femicidio, tipificado en el Artículo 325 como lo siguiente: Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Considerándose que existen razones de género cuando:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo.
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia.
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima.
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

11. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. 2007. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209278/Ley_General_de_Acceso_de_las_Mujeres_a_una_Vida_Libre_de_Violencia.pdf

12. Código Penal Federal, Artículo 325. Última reforma publicada DOF 06-01-2023 https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf

Iribarne¹³ reconoce que México fue el primer país en proponer la tipificación del feminicidio o femicidio, pero no el primer país en que este fue tipificado, en abril de 2007 Costa Rica fue el primer país en tipificarlo, un año después, Guatemala, e identifica que en el caso de México el problema radica en que la tipificación a nivel federal es importante desde un punto de vista político y simbólico, pero en la práctica resulta complicado que se actualicen los supuestos para que un feminicidio suceda en el ámbito federal además de que no se hace mención alguna al elemento de impunidad y que las entidades federativas se crearon tipos de difícil e imposible acreditación.

Así en cada país, se comienza a definir al feminicidio a partir de sus antecedentes y se logra posicionarlo como un delito autónomo contemplándolo en sus códigos penales o incluyéndolo en sus leyes, lo cual explica implica un gran avance en sus políticas criminales, sin embargo, hay que tomar en cuenta que independientemente de la tipología o manifestaciones encontradas, según Segato¹⁴ se trata de desenmascarar con una voluntad de indistinción el patriarcado como una institución que se sustenta en el control del cuerpo y la capacidad punitiva sobre las mujeres, y mostrar la dimensión política de todos los asesinatos de mujeres que resultan de ese control y capacidad punitiva, sin excepción.

El feminicidio es un flagelo mundial en el cual los esfuerzos por dar respuesta se han distinguido modalidades delictivas de muertes violentas de las mujeres por razones de género, entre ellas: el Íntimo; No Íntimo; Infantil; Familiar; Por conexión; Sexual sistémico desorganizado; Sexual sistémico organizado; Por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas; Por Trata; Por Tráfico; Transfóbico; Lesbofóbico; Racista; Mutilación genital femenina, (OACNUDH)¹⁵.

13. Macarena Iribarne, "Feminicidio (en México)." *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2015): 205-223. EISSN 2253-6655.

14. Rita Laura Segato, *¿Qué es un feminicidio?: notas para un debate emergente?* Vol. 401. (Universidad de Brasilia: Departamento de Antropología, 2006).
<https://www.nodo50.org/codoacodo/enero2010/segato.pdf>

15. OACNUDH para América Central. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/Feminicidio)*. Párr. 47. 2022.

Es calificado por Lezama¹⁶ como una Pandemia que se expande en México sin freno, en incremento, realizándose como propuestas para su erradicación, desaparecer la desigualdad de los géneros que genera discriminación, inequidad de oportunidades y un cambio en la cultura patriarcal, así como políticas públicas que soporten esta igualdad y promuevan, investiguen y persigan al feminicidio.

Es menester mencionar que el feminicidio, como se ha expuesto, es sin duda la culminación de la violencia contra las mujeres y por ello es importante recalcar la siguiente aseveración:

El feminicidio es una ínfima parte visible de la violencia contra niñas y mujeres, sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos de las mujeres. Su común denominador es el género: niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y solo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública o privada¹⁷.

A esta definición se suma lo que Monárrez¹⁸ considera respecto a que los actos violentos, son agresiones que se cometen una tras otra y en comprender una progresión de actos violentos que se mezclan para formar un todo. Es decir, toda violencia que se dé contra la mujer, por mínima que esta parezca, es el caldo de cultivo para que se culmine en un feminicidio.

III. VIOLENCIA INSTITUCIONAL

La impunidad es una constante que atraviesa al feminicidio y mientras esta exista, coexistirá la violencia institucional, mientras exista negligencia, corrupción en los procesos, no se tenga acceso a la justicia pronta y esta tenga un tinte patriarcal heteronormativo, mientras exista la discriminación, se revulnere a las víctimas primarias, secundarias y no se prevenga a las víctimas potenciales, entonces hay violencia institucional.

16. Blanca Ivonne Olvera Lezama, "Feminicidio en México, la otra pandemia", *Revista Mexicana de Ciencias Penales* 3.11. (2020):19-31.

17. Marcela Lagarde, "¿A qué llamamos feminicidio?" *Primer Informe Sustantivo de actividades* 14, 2019. https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/feminicidio.pdf.

18. Julia Estela Monárrez Fragoso, *Feminicidio sexual sistémico: víctimas y familiares, Ciudad Juárez, 1993-2004*. Diss (México: Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco. 2005), 43.

Al respecto la OACNUDH¹⁹, engloba en su párrafo 8, lo que varias instituciones internacionales han visibilizado respecto a las deficiencias e irregularidades de las investigaciones y procesos abiertos en particular de muertes violentas que dificultan los procesos de investigación y clarificación en los operadores judiciales y alimentan la violencia institucional como son los siguientes: prejuicios, estereotipos, demoras al iniciar la investigación, lentitud de las investigaciones o inactividad del expediente, negligencia e irregularidades en la recolección de pruebas e identificación de las víctimas y de los responsables, gestión de investigación por autoridades no competentes, énfasis exclusivo en la prueba física y testimonial, escasa credibilidad conferida a las aseveraciones de víctimas y familiares, trato inadecuado a estos cuando quieren colaborar en la investigación, pérdida de información, extravió de cuerpos o parte de los cuerpos bajo custodia de ministerios públicos, ausencia del análisis de las agresiones.

Por su parte la recomendación CDHCM²⁰ por violencia institucional en casos de violencia familiar y tentativa de feminicidio, reconoce que se acreditó en casos investigados, la violencia de género la presencia de la violencia institucional por acción u omisión por parte de personas servidoras públicas de la Fiscalía General de Justicia, al realizar su trabajo, mediante discriminación, dilatación, obstaculización o impedimento en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres al Acceso a la Justicia y a una Vida Libre de Violencia, consistente en irregularidades y deficiencias en las pruebas periciales; omisiones en aplicar las herramientas metodológicas necesarias y obligatorias en las investigaciones, tales como el análisis de contexto, el enfoque diferencial, de género y etario, agrega que la falta o insuficiencia de medidas de protección a las víctimas y/o de su seguimiento y garantía de implementación; así como en la victimización secundaria de las denunciantes, a partir de culpabilizar o estigmatizarlas genera la falta de confianza ante las instituciones, concluye que la violencia contra las mujeres, cometida por las instituciones encargadas de protegerlas, perpetúa las normas y conductas violentas, mantiene desigualdades sistémicas entre los géneros y refuerza la cultura patriarcal.

19. OACNUDH para América Central, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/Feminicidio)*. Párr. 8. 2022.

20. CDHCM Recomendación 01/2023 por violencia institucional en casos de violencia familiar y tentativa de feminicidio. 2023.

Lo cierto es que la violencia institucional que se reconoce abiertamente que existe, se compone de elementos como el poder, la subordinación, desigualdad, despersonalización, lo cual permite que sea aceptable a todas luces, las aseveraciones siguientes apoyan a considerar que:

Cuando el Estado no responsabiliza a los autores de actos de violencia y la sociedad tolera expresa o tácitamente a dicha violencia, la impunidad no solo alienta nuevos abusos, sino que también transmite el mensaje de que la violencia masculina contra la mujer es aceptable o normal. El resultado de esa impunidad no consiste únicamente en la denegación de justicia a las distintas víctimas/sobrevivientes, sino también en el refuerzo de las relaciones de género reinantes y asimismo reproduce las desigualdades que afectan a las demás mujeres y niñas (ONU, 2006. Parr, 368)²¹.

IV. SUFRIMIENTO SOCIAL

No solo se asesina el cuerpo biológico de la mujer, se asesina también lo que ha significado la construcción cultural de su cuerpo, con la pasividad y la tolerancia de un Estado masculinizado.

Monárrez²²

El feminicidio acorde con Russell²³ es un asesinato de mujeres, de tipo misógino, que aparece desde tiempos pasados como la quema de brujas, hasta los asesinatos en nombre del honor y el proceso mismo de negar el contenido político de los homicidios perpetuados y también se aprecia en diferentes escenarios prueba de ello las películas pornográficas llamadas *smuff* donde había desmembramiento de mujeres, es decir los feminicidios se daban con diferentes estandartes o bajo diferentes motivos, pero si desde del terror que ayuda a perpetuarlo y nos mantiene débiles, vulnerables y temerosos.

21. ONU: Asamblea General, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General* (2006), 368.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>

22. Julia Monárrez Fragoso, "Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores", *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos* 1.8 (2019): 85-110.

23. Diana Russell, *Definición de feminicidio*. Discurso introductorio presentado al Simposio de las Naciones Unidas sobre Femicidio. (Nueva York: ONU. 2012).

Al respecto Lagarde²⁴ señala que tanto las sociedades pasadas y presentes han interiorizado el feminicidio en una costumbre o práctica social que desvaloriza y degrada a las mujeres como el infanticidio con el cual se desecha a las niñas o la práctica del feticidio selectivo de productos XX para buscar el XY, agrega que la explicación del feminicidio se encuentra en el dominio de género el cual está caracterizado por la supremacía masculina y por la opresión, discriminación, explotación y exclusión social de niñas y mujeres, lo cual lleva al destino de la arbitrariedad e inequidad social donde se potencian con la impunidad social y judicial en torno a los delitos contra las mujeres, es decir, después de perpetrado el homicidio, continúa como violencia institucional a través de la impunidad que caracteriza el tratamiento de los casos.

Por su parte Segato²⁵ menciona que desde las guerras tribales hasta las guerras convencionales, el cuerpo de las mujeres es visto como territorio, mismo cuerpo que acompañó el destino de las conquistas y significó la ocupación de espacios geopolíticos, al parecer hoy el objetivo es la destrucción con exceso de crueldad y sustracción hasta el último vestigio de vida y tortura hasta la muerte, pero hay imprecisiones y ambigüedades tanto en el móvil como en los tipos de violencia feminicida, subraya cómo el aparato jurídico debe dar atención y entendimiento a las víctimas reales y potenciales, se puede apreciar de manera histórica la transmisión bárbara de la crueldad (Monárrez,²⁶) y que solo han existido cambios en el modus en el que operan los diferentes tipos de feminicidio, sin embargo, lo común en todos los tiempos históricos es el género.

Configurándose así el primer impacto que no permite descansar en paz a ninguna de las víctimas, pese a que en papel están descritos sus derechos en la LGV²⁷ entre ellos conocer la verdad de lo ocurrido, ser tratadas con humanidad, protección de su bienestar físico y psicológico, etc., se trata del Sufrimiento social y las dinámicas tanto de la experiencia del sufrir como de reorientarlo y su estudio a partir de la hermenéutica del sufrimiento

24. Marcela Lagarde, "¿A qué llamamos feminicidio?" *Primero Informe Sustantivo de actividades* 14. (2019).

25. Rita Segato, *Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación*, (2012).

26. Julia Monárrez Fragoso, "Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores". *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos* 1.8 (2019): 85-110.

27. LEY GENERAL DE VÍCTIMAS, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada DOF 28-04-2022.

Moratalla²⁸ explica que el sufrimiento, no solo es el dolor, sino las prolongaciones a diferentes ámbitos afectados, señala que la hermenéutica del sufrimiento plantea dos ejes fundamentales de análisis, el eje uno sí mismo-otros, donde hay heridas vivas en la experiencia del sufrir y el eje hacer-padecer, agregando que el sufrimiento es la disminución del poder decir, poder hacer, poder narrar, poder estimarse y si bien el sufrimiento enseña, también exige, interroga, apela, aguanta, persevera, existe, se da a pesar de y da a pensar, agrega que la ética y política del cuidado que implica la comprensión y reorientación del sufrir, ya que el puro dolor puede ser tratado, pero el malestar y el sufrimiento permanecen y padecerlos es indicativo de que la identidad puede resquebrajarse o desconfigurarse al dejarnos frágiles y vulnerables, por lo que apunta a considerar que solo el gesto cotidiano puede ir aminorando los rostros de dolor con resistencia, parsimonia e ilusión.

Ante el feminicidio, no hay manera que no duela el pasado, el presente y el futuro, pues está revestido de alta saña, crueldad, deshumanización, es menester mencionar que en el caso de los feminicidios, la violencia estructural y la violencia cultural sostienen este tipo de violencia directa hacia las mujeres, sus cuerpos, género y territorio, que se explica a partir del triángulo expuesto por Galtung²⁹ donde hay tres vértices la violencia directa, la estructural y la violencia cultural, expone que cuando el triángulo se coloca con la base en el lado que une la violencia estructural con la directa, la violencia cultural queda como legitimadora de ambas. Si el triángulo se basa sobre el vértice de la violencia directa, la imagen obtenida refleja las fuentes estructurales y culturales de dicha violencia, el triángulo continúa siempre inscrito en un círculo vicioso de fuerza, autoridad, dominio y poder, así mismo agrega que tanto la violencia directa como la estructural son generadoras de ansiedad y desesperación cuando el orden establecido se ve desafiado.

En el caso de los feminicidios se ha desafiado este orden, estamos inmersos en una cultura violenta, donde no se puede sembrar la paz si existen pozos de agua donde se siembran cuerpos de mujeres. Tapar el pozo después de la mujer ahogada, de la mujer muerta, está en la cultorología del manejo estructural no permite que ellos y ellas descansan en paz, ya que

28. Tomás Domingo Moratalla, *Hacia una antropología hermenéutica del sufrimiento. Fenomenología de la acción (y del sufrir), ética de la resistencia y hermenéutica de la parsimonia*. (Una presentación de El sufrimiento no es el dolor de Paul Ricœur). *Isegoría* 60. (2019): 75-91.

29. J. Galtung, "La violencia: cultural, estructural y directa", *Cuadernos de estrategia*, (183), (2016): 147-168.

sus muertes fueron por la implacable violencia por lo que nadie está en paz, se dice descansa en paz, pero ni las víctimas ni los familiares, tampoco la sociedad, encuentran tan anhelado estado, solo se encuentra el terror a que pase nuevamente, a encontrar la noticia de una mujer más, que se convierte en un cuerpo desaparecido, del cual se desconoce su paradero y con ello no se puede estar sin un temor y un dolor crónico ante la amenaza constante de daño y de impunidad de los hechos, ante ello en la hermenéutica del sufrimiento y respondiendo al sufrimiento social que causa el feminicidio, surgen según (Pineda-Madrid)³⁰, las prácticas de resistencia en medio del sufrimiento que forjan un nuevo espacio político, social, religioso, espiritual emancipatorio, y es cómo muchas de las víctimas han buscado resistir y protestar, estas prácticas de resistencia personal y social las han hecho a través de acciones públicas utilizando símbolos religiosos, utilizando días nacionales e internacionales designados para honrar a las mujeres.

Así se gestan grupos de personas que humanizan a las víctimas, reclaman su existencia y sus cuerpos y se manifiestan en un llamado círculo de nosotros en el cual comparten su dolor y exigen sus derechos (Gravante, 2018)³¹ al menos sus derechos que les han dicho que tienen como víctimas, entre ellos, el derecho a la verdad y a con ello logran mitigar su sufrimiento, más nunca desaparecerlo, sus rostros de dolor son una ínfima parte de lo que sus seres queridos vivieron.

V. CONCLUSIONES

El feminicidio, es una violencia letal que no está lejana a nuestra intocable persona, ya que su presencia pasada, presente y futura pega de frente en la realidad de todo ser humano al conocer que nadie está seguro o a salvo de ser víctima de tan atroz realidad, que sin duda pega en el sufrimiento colectivo al conocer diariamente de este en diferentes territorios del país y de su gran impunidad y reconocida violencia institucional.

Por ello ni las víctimas, ni sus familiares y en realidad nadie puede descansar en paz, es un estado que ni los que fueron cosificados para arrancarles el bien preciado de la vida, pueden lograr, en el mejor de los casos están en un campo santo, recinto o panteón, pero muchos de

30. Nancy Pineda-Madrid, *Sufrimiento y salvación en Ciudad Juárez*, Prensa de la fortaleza, 2011.

31. Tomasso Gravante, "Desaparición forzada y trauma cultural en México: el movimiento de Ayotzinapa". *Convergencia* 25. 77. (2018):13-28.

ellos solo tienen la desaparición de su persona y con ello el sufrimiento continuo de quienes se quedaron, este gran sufrimiento y preguntas sin respuesta en torno a lo sucedido los llevan a la resistencia personal y social creando círculos, redes, grupos, todos ellos unidos para poder mitigar el sufrimiento y su estandarte son miles de rostros de dolor con heridas abiertas y manos atadas ante la impunidad.

Se requiere con prontitud recapitular en que toda violencia por leve que sea es un caldo de cultivo para el feminicidio, se necesita incidir en desmontar las estructuras de poder y sometimiento y en la erradicación de la misoginia.

REFERENCIAS

- CDHCM Recomendación 01/2023 por violencia institucional en casos de violencia familiar y tentativa de feminicidio. 2023.
- Código Penal Federal. Artículo 325. Última reforma publicada DOF 06-01-2023 https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf
- Galtung, J. “La violencia: cultural, estructural y directa”. *Cuadernos de estrategia*, 183, (2016): 147-168.
- Gobierno de México. *¿Qué es el feminicidio y cómo identificarlo?* (2023) <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-feminicidio-y-como-identificarlo?idiom=es>
- Gravante Tomasso. Desaparición forzada y trauma cultural en México: el movimiento de Ayotzinapa. *Convergencia* 25. 77.(2018): 13-28.
- Iribarne, Macarena. “Feminicidio (en México).” *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* (2015):205-223. <https://doi.org/10.3917/rtm.223.0205>
- Lagarde, Marcela, Introducción. *Feminicidio: una perspectiva global*. Editoras Diana E. Russell, y Roberta A. Harmes. Traducción Guillermo Vega Zaragoza, ISBN: 970-32-3001-6.(México: Universidad Nacional Autónoma de México: 2006). (Primera ed. Título original: *Femicide in Global Perspective*, Serie Athene, 2001 Publicado por Teachers College Press, 1234 Amsterdam Avenue, New York, NY 10027, Columbia University, Nueva York y Londres).

- Lagarde, Marcela. “Del femicidio al feminicidio”. *Desde el Jardín de Freud* 6. (2006).
- Lagarde, Marcela. “¿A qué llamamos feminicidio?”. *Primer Informe Sustantivo de Actividades* 14. 2019.
https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/feminicidio.pdf.
- Lezama, Blanca Ivonne Olvera. “Feminicidio en México, la otra pandemia”. *Revista Mexicana de Ciencias Penales* 3.11. (2020): 19-31.
<https://doi.org/10.57042/rmcp.v3i11.317>
- Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. 2007
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209278/Ley_General_de_Acceso_de_las_Mujeres_a_una_Vida_Libre_de_Violencia.pdf
- Ley general de víctimas. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada DOF 28-04-2022
- MESECVI. “Declaración sobre el Femicidio”, 15 de agosto de 2008, MESECVI/CEVI/DEC.1/08, punto 2
<https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>
- Monárrez Fragoso, Julia Estela. *Feminicidio sexual sistémico: víctimas y familiares, Ciudad Juárez, 1993-2004*. Diss. México: Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco. 2005, 43.
- Monárrez Fragoso, Julia. “Feminicidio sexual sistémico: impunidad histórica constante en Ciudad Juárez, víctimas y perpetradores”. *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos* 1.8. 2019, 85-110.
- Moratalla, Tomás Domingo. “Hacia una antropología hermenéutica del sufrimiento. Fenomenología de la acción (y del sufrir), ética de la resistencia y hermenéutica de la parsimonia”. (Una presentación de El sufrimiento no es el dolor de Paul Ricœur). *Isegoría* 60. (2019): 75-91.
<https://doi.org/10.3989/isegoria.2019.060.05>
- NACIONES UNIDAS. *Violencia de género: Cinco mujeres son asesinadas cada hora por alguien de su propia familia*, Publicación de la Organización de las Naciones Unidas. 2022. <https://news.un.org/es/story/2022/11/1517077>

- OACNUDH para América Central. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/ Feminicidio)*. Párr. 8, 47. 2022.
- ONU Asamblea General, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer: Informe del Secretario General*, 2006.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>
- Pineda-Madrid, Nancy. *Sufrimiento y salvación en Ciudad Juárez*. Prensa de la fortaleza, 2011.
- Radford, Jill y Diana EH Russell, eds. *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*. vol. 8. UNAM, 2006.
- Russell, Diana. *Definición de feminicidio*. Discurso introductorio presentado al Simposio de las Naciones Unidas sobre Femicidio. Nueva York: ONU. 2012.
- Segato, Rita Laura. “¿Qué es un feminicidio?: notas para un debate emergente.” Vol. 401. Universidad de Brasilia, Departamento de Antropología, 2006.
<https://www.nodo50.org/codoacodo/enero2010/segato.pdf>.
- Segato, Rita Laura. “Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho”. *Feminicidio en América Latina*, 245-248. México, DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades.
- Segato, Rita. *Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación*. 2012.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUG AND CRIME. *Global Study on Homicide 2019*. Publicación de la Organización de las Naciones Unidas. 2019
https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS_EN_ESPANOL.pdf

RECIBIDO:05/09/2023

APROBADO: 30/10/2023

Del edicto de Nantes a la libertad religiosa

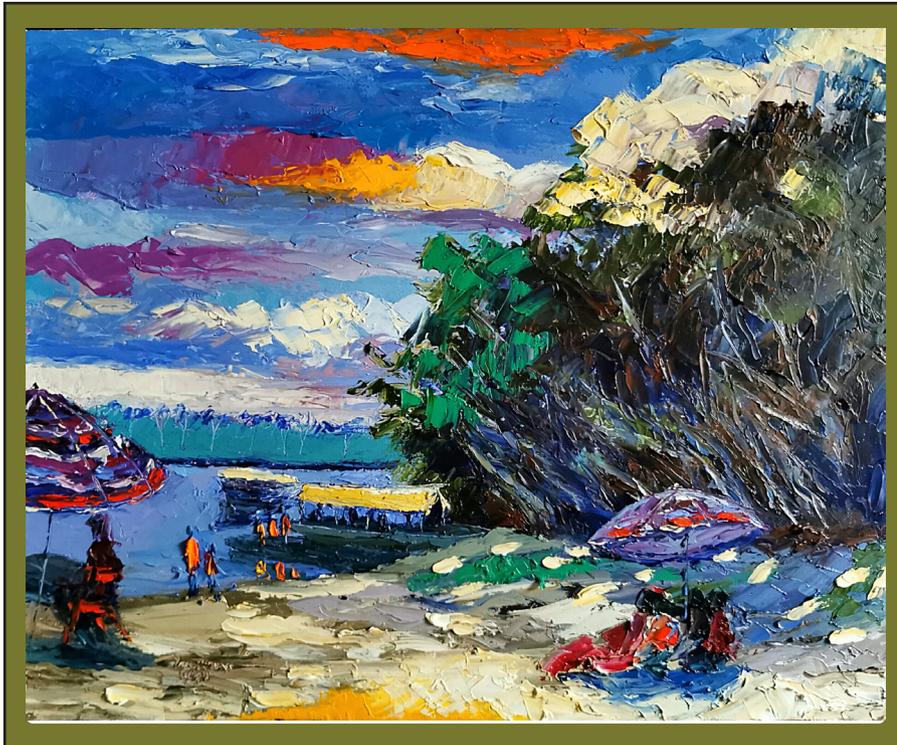
From the Edict of Nantes to Religious Freedom

Krúpskaya Ugarte Boluarte* <https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>
Jhon Kenneth Munive Ortiz** <https://orcid.org/0009-0000-5662-3328>
Rodolfo Javier Salazar Huaman*** <https://orcid.org/0009-0008-1852-6904>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2523>

- * Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid – España (CUM LAUDE). Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, y DEA en Derecho Internacional Público. Magister por la Universidad Carlos III de Madrid/ España, con mención en Derechos Fundamentales. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora Nacional de la Liga Peruana Pro Derechos Humanos (LIPPRODEH), consultora en Derechos Humanos, entre otros. Ejerce la docencia Postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre otras casas de estudio. Dictaminante del Anuario Colombiano de Derecho Internacional, así como de la Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos DA UFRJ – Brasil. Profesora Ordinaria Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de la UNMSM, titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público. Perú. Correo electrónico: krupskaya74@hotmail.com.
- ** Bachiller en Derecho - Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente legal del área penal en el estudio jurídico Lizano & Asociados. Maestrando en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2023). En el periodo de septiembre 2021 a enero 2022 realizó el intercambio académico en España en la Universidad de Extremadura. Perú. Correo electrónico: jhon.munive@unmsm.edu.pe
- *** Abogado por la Universidad Tecnológica del Perú (2019), egresado de la Maestría de Derecho Procesal por Universidad San Martín De Porres (2019); maestrando en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2023). Secretario de Despacho de Juzgados Superiores. En la actualidad es asistente de Juez Superior en la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial del Perú. Correo electrónico: rodolfo.salazarh@unmsm.edu.pe

Lex





Playa de Tipishca. Óleo sobre tela 33 cm x 41cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

El Edicto de Nantes marca un punto de quiebre para los derechos exclusivos de los católicos y un punto de partida para los derechos (nacientes) de los protestantes (llamados en Francia Hugonotes). Antes del Edicto de Nantes hubo muchos intentos por lograr una paz duradera que permitiera una convivencia y desarrollo en Francia; sin embargo, cada vez que se intentaba mediante Edictos (que fueron un total de 7 antes del Edicto de Nantes) fracasaban. Es decir, no lograban su objetivo, que era buscar una paz duradera. Fue solo mediante las circunstancias históricas, la voluntad de Enrique IV y la inteligencia mediante una “fórmula” religiosa (pero que tenía un trasfondo político) en que se pudo lograr dicho objetivo. Esta “fórmula” fue que Enrique IV era de origen protestante, sumado a ello, el hecho de haberse convertido, estando ya en el trono, en católico, evidenció una voluntad de tolerancia. Fueron esas circunstancias que permitieron lograr el objetivo de una Francia tolerante. Este cambio de paradigma, más adelante desembocó en la Revolución Francesa, la Independencia de EE.UU. y el fenómeno de la Constitucionalización (y en consecuencia la llegada de las ideas liberales, de John Locke, Rousseau y Montesquieu). El presente trabajo analiza el proceso histórico que dio origen a la libertad religiosa, desde el Edicto de Nantes de 1658 (e incluso mucho antes, con el Edicto de Saint Germain de 1562) hasta la consagración como derecho fundamental en el artículo tres de la Constitución de Francia de 1791. Asimismo, se analiza los principales artículos sobre libertad religiosa en las Constituciones del Perú, desde la Constitución de 1823 (e incluso antes, con las Bases de la Constitución de la República Peruana de 1822 que consagra cierta tolerancia religiosa a otras confesiones) hasta la Constitución vigente de 1993. De igual manera, se analizan tres sentencias nacionales y una internacional (muy conocida, como es el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Busto y otros) VS Chile*).

Palabras claves: *edicto, declaración, Hugonotes, protestantes e ideas liberales.*

ABSTRACT

The Edict of Nantes marks a turning point for the exclusive rights of Catholics and a starting point for the (nascent) rights of Protestants (called Huguenots in France). Before the Edict of Nantes there were many attempts to achieve a lasting peace that would allow coexistence and development in France; however, each time it was attempted by means of Edicts (which were a total of 7 before the Edict of Nantes) they failed. In other words, they did not achieve their goal, which was to seek lasting peace. It was only through historical circumstances, the will of Enrique IV and intelligence through a religious “formula” (but one that had a political background) in which this objective could be achieved. This “formula” was that Henry IV was of Protestant origin, added to this, the fact that he had become a Catholic, while already on the throne, evidenced a desire for tolerance. It was these circumstances that made it possible to achieve the goal of a tolerant France. This paradigm shifts later led to the French Revolution, US Independence and the phenomenon of Constitutionalization (and consequently the arrival of liberal ideas, from John Locke, Rousseau and Montesquieu). This paper analyzes the historical process that gave rise to religious freedom, from the Edict of Nantes of 1658 (and even much earlier, with the Edict of Saint Germain of 1562) to its consecration as a fundamental right in article three of the Constitution. of France of 1791. Likewise, the main articles on religious freedom in the Constitutions of Peru are analyzed, since the Constitution of 1823 (and even before, with the Bases of the Constitution of the Peruvian Republic of 1822 that consecrates a certain religious tolerance to other confessions) until the current Constitution of 1993. In the same way, three national sentences and one international one (well-known, as in the case of *The Last Temptation of Christ (Olmedo Busto et al.) VS Chile*).

Keywords: *edict, declaration, Huguenots, protestants and liberal ideas.*

I. INTRODUCCIÓN

El Edicto de Nantes marca un antes y un después respecto a la libertad de culto y religión, pero no fue solo eso, sino que en esencia era un Edicto de la tolerancia, no solo religiosa, sino política y jurídica, porque en aquella Francia del siglo XVI la religión estaba estrechamente relacionado con la política y la ley. En ese sentido, Davis sostiene que:

“El Edicto de Nantes, en 1598, marcó un hito en la historia de Francia y fue el mayor logro de Enrique IV. Francia estableció la noción de tolerancia y proclamó oficialmente, por primera vez, que los ciudadanos eran libres de profesar la religión de su elección, aunque el catolicismo seguiría siendo la religión del reino. Se trata de un edicto de compromiso hasta entonces desconocido en Francia, que concede el reconocimiento legal de la religión protestante y establece los límites del culto protestante”¹

Este concepto de libertad religiosa o de culto, no ha sido ajeno al Perú como lo vamos a evidenciar, y es que, desde el Estatuto Provisional de San Martín de 1821, elaborado con la participación de Hipólito Unanue -educado en San Marcos, fundador de la escuela de Medicina de San Fernando-, se reconocía que la religión católica, apostólica, romana era la Religión del Estado; sin embargo, en su artículo 2 mencionaba cierta tolerancia con la Religión protestante, haciendo énfasis en la Religión cristiana de la siguiente manera:

“Los demás que profesen la Religión Cristiana, y disientan en algunos principios de la Religión del Estado, podrán obtener permiso del Gobierno con consulta de su Consejo de Estado, para usar el derecho que les compete, siempre que su conducta no sea trascendental al orden público”².

En nuestra Primera Carta Magna de 1823 se establece de manera expresa que la Religión Católica es exclusiva de nuestra naciente República, así como el deber de protegerla y respetarla. De esta manera, en base a lo expuesto, podemos observarlo en el artículo 8 y 9 (respectivamente) que expresa:

“La religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusividad del ejercicio de cualquier otra”³.

1. Stephen M. Davis, *World History Encyclopedia* 2022.

<https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2031/enrique-iv-de-francia-y-el-edicto-de-nantes/>

2. Estatuto Provisional de 1821-1821.

3. Constitución Política de la República Peruana 1823.

“Es un deber de la nación protegerla constantemente por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier hablante del Estado respetarla inviolablemente”⁴.

Es así que, a través de la derogación y promulgación de nuestras doce Constituciones, y, actualmente, con la Constitución de 1993, en la que se sostiene un reconocimiento al aporte de la Iglesia Católica, cómo podemos observar: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. “El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”⁵. (Constitución Política del Perú 1993).

II. RELEVANCIA HISTÓRICA DEL EDICTO DE NANTES

El Edicto de Nantes fue promulgado en Francia el 13 de abril de 1598 por el Rey Enrique IV⁶. Fue un documento inédito para su época por muchas razones, tanto por el contexto histórico en que se produce como por su contenido. Respecto a su contenido es importante mencionar que el Edicto de Nantes consta de 96 artículos públicos y 56 artículos secretos. Asimismo, se aprueban dos decretos para apoyar a los protestantes, de acuerdo a Carbonell, “el Rey aprueba el otorgamiento de apoyos financieros para facilitar el culto protestante y para dar a los hugonotes garantías militares”⁷.

Respecto a su contexto histórico, se promulgó en una época de muchas guerras religiosas. Ya que la religión en aquella época estaba ligada a la sociedad civil y al poder político. Es así, qué después de haber fracasado en el intento de lograr la paz a través de la promulgación de los Edictos de Amboise de 1563, de Saint Germain de 1570, de Nérac y de Fleix de 1577, finalmente, se logró con el Edicto de Nantes en 1598. En base a lo expuesto, podemos observar en su artículo 6 que menciona:

“A fin de eliminar toda causa de discordia y enfrentamiento entre nuestros súbditos, permitimos a los miembros de la susodicha religión reformada vivir y residir en todas las ciudades y distritos de nuestro Reino y nuestros dominios, sin que se les importune, perturbe, moleste u obligue a cumplir ninguna cosa contraria a su conciencia en materia de religión, y sin que se les persiga por tal causa en las casas y distritos donde deseen vivir, siempre que ellos por su parte se comporten según sus cláusulas de nuestro presente edicto”⁸.

4. *Ibidem*.

5. Constitución Política del Perú 1993, <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>

6. Stephen M. Davis. “Enrique IV de Francia y el Edicto de Nantes” 2022. <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2031/enrique-iv-de-francia-y-el-edicto-de-nantes/#SnippetTab> (último acceso: 13 de Julio de 2023).

7. Miguel Carbonell. *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. (Perú: Palestra, 2010), 71.

8. Edicto de Nantes, 1598.

De manera que, el Edicto de Nantes, además de establecer la tolerancia, dio una muestra de equidad (que es aplicar la justicia al caso concreto, de acuerdo a las personas y en una situación determinada) porque aplica directamente al conflicto que había entre protestantes y católicos, y lo hizo teniendo en cuenta el contexto histórico en que se encontraban, ya que -como lo dijimos anteriormente- la religión era la base de todo porque estaba abarcaba todo los ámbitos sociales, jurídicos, políticos y culturales.

Asimismo, el Edicto de Nantes establece libertad (amplia) de conciencia y libertad (restringida) de culto. En ese sentido, Peces-Bárba⁹ sostiene:

El Edicto de Nantes establece una libertad de conciencia para los protestantes reformados general y amplia, y una libertad de culto restringido y limitada a lugares expresamente señalados en el Edicto, y precisados en los artículos secretos. Con poca congruencia vinculará otros derechos derivados no tanto de la libertad de conciencia sino de la libertad de cultos. Así la libertad de prensa e imprenta, la libertad de enseñanza, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación y de residencia o la libertad de reunión. Es un texto, quizá aún prematura para su tiempo, que pretende la pacificación religiosa, pero también el asentimiento de la autoridad real frente a las facciones católica y protestante.

Asimismo, el Edicto de Nantes marca otro cambio de paradigma, a la letra dice:

“Queda prohibida la impresión y venta al público de libros referentes a dicha religión reformada, excepto en aquella ciudad y distrito en que esté permitida su profesión pública. En cuanto a los demás textos impresos en las restantes ciudades, serán sometidos al examen de nuestros oficiales y teólogos, como queda dispuesto en nuestra ordenanza; prohibimos concretamente la impresión, publicación y venta de cualquier libro, opúsculo y escrito difamatorio, bajo pena de los castigos prescritos en nuestra ordenanza, cuya aplicación rigurosa se exigirá a todos nuestros jueces y oficiales”¹⁰.

En ese sentido, queda prohibido la impresión y venta al público de libros referentes a dicha religión reformada, excepto en aquella ciudad y distrito en que esté permitida su profesión pública. Rousseau, con su obra cumbre, *El Contrato Social*, argumenta que el hombre ha nacido libre y todo orden social se base en acuerdos, en convenciones. Rousseau afirma:

El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado. Tal cual se cree el amo de los demás, cuando, en verdad, no deja de ser tan esclavo como ellos.¹¹

Por lo tanto, a nuestra consideración, se evidencia que los privilegios que los católicos

9. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Historia de los derechos fundamentales*, (IDHBC-Dykinson, 2003).

10. Edicto de Nantes, op. cit.

11. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Partido de la Revolución Democrática, 2017.

defendían como exclusividad para ellos, no eran más, que simples acuerdos de hombres libres. Y como son acuerdos, estos privilegios o derechos naturalmente también pueden ser para los protestantes.

Durante la vigencia del Edicto de Nantes, si bien es cierto que hubo una relativa paz, esta no fue del todo así, porque los católicos se sentían agraviados al ver que el Rey les había dado privilegios que antes solo ellos (los católicos) tenían, y buscaban de manera constante derogar este Edicto. Y esto se consumó en 1629 mediante el Edicto de Alés promulgado por el Rey Luis XIII. Todos estos sucesos desembocaron en la Revolución Francesa.

En ese sentido, Peces-Barba Martínez expresa:

“Fue imposible, como se ve, ese primer intento de establecer la libertad de conciencia en Francia. La victoria católica fue pírrica. Un siglo más tarde la Revolución francesa aportará una solución más laica, sin las raíces religiosas de la revolución americana, donde la tolerancia fructificó más fácilmente. El exceso católico, y el exceso del Estado Absoluto, abrirán las puertas a un anticlericalismo que se manifestará en Francia en 1789 y a lo largo de todo el siglo XIX. La frustración de la libertad de conciencia y la responsabilidad de la Iglesia católica y del Estado absoluto confesional pagarán las consecuencias”¹².

El Edicto de Nantes marcó un antes y un después en la humanidad, porque fue el punto de quiebre del absolutismo y el punto de apertura y origen de la Tolerancia Política en toda su dimensión. Es por esa razón que el Edicto de Nantes es tan relevante y vigente en la actualidad. Porque un país solo progresa a través del diálogo y la tolerancia de sus ciudadanos. Asimismo, se puede evidenciar que, si no existe una tolerancia y diálogo, esto puede desembocar en guerras y conflictos como sucedieron en el Contexto histórico de la vigencia, su derogación y lo que vino después del Edicto de Nantes.

2.1 Antecedentes del Edicto de Nantes

Antes del Edicto de Nantes, el Reino se encontraba en una constante guerra de aproximadamente cuarenta años. En ese sentido Peces-Bárba menciona:

“Con esto el Rey pone fin a más de cuarenta años de guerras religiosas y civiles, como habían ya intentando con anterioridad otros textos jurídicos de pacificación y regula las condiciones y los límites de un culto protestante oficialmente tolerado”¹³.

Asimismo, al hablar o referirnos sobre el Edicto de Nantes y sus antecedentes, es importante mencionar personajes importantes de aquella época que contribuyeron con su filosofía y contribuir en aquel momento (y sin saberlo) al nacimiento del estado moderno. Personajes como Martin Lutero, Calvino, entre otros, son personas que no podemos dejar de mencionarlos. En ese sentido, Martí sostiene:

12. Gregorio Peces-Bárba Martínez, *Historia de los derechos fundamentales* (IDHBC-Dykinson.2003).

13. *Ibíd.*

“En Francia el movimiento protestante comienza con un rápido contagio luterano de 1525 a 1540. El principal inspirador de esta corriente fue Calvino. Él le dio un sistema teológico coherente -con la publicación en francés de la Institución cristiana (1541) y unificó su dirección desde Ginebra (1541-1564). A partir de 1555 la Reforma “constituye ya un conjunto de iglesias organizadas y establecidas en casi todas las provincias del país, con su ministerio, su consistorio, su liturgia, su disciplina y su dinamismo conquistador• “A partir de 1560, la minoría protestante, ya numerosa y políticamente organizada, comienza a reivindicar para sí la libertad religiosa en el reino. Acaban exigiéndola incluso por la fuerza”. Sin embargo, nunca pasó de ser una minoría. Se da una cifra aproximada de un millón de hugonotes antes de la persecución (el 6% de la población del momento) tras el Edicto de Fontainebleau” (1685)”¹⁴.

Asimismo, hubo intentos de lograr la pacificación de las guerras de Religión en el periodo transcurrido desde 1560 hasta 1598. Los edictos cuyo fin era lograr la paz y que lograron dicho fin fueron:

Tabla 1. Sobre los Edictos que antecedieron al Edicto de Nantes. Fueron un total de 7 Edictos que tenían el mismo fin, el cuál era buscar la paz

Nº	EDICTOS	FECHA	PROMULGADO POR	OBJETIVO
1	Edicto de Saint-Germain	17 de enero de 1562	Catalina de Médici	Consagrar la libertad de conciencia y libertad para los protestantes.
2	Edicto de Amboise	19 de marzo de 1563	Catalina de Médici	Lograr la paz y aceptar y aceptaba los derechos al culto de los protestantes.
3	Edicto de Longjumeau	23 de marzo de 1568	Catalina de Medici	Fue un acuerdo entre la Reina Catalina de Medici y los hugonotes, para cesar las hostilidades y buscar paz.

14. J. M. Martí Sánchez, (s.f.). El protestantismo y la separación iglesias-estado en Francia. *Cuestiones actuales de Derecho comparado*: 69-85.

4	Edicto de Boulogne	11 de julio de 1573	* Sin embargo, restringía la libertad religiosa.	Conceder inmunidad a los hugonotes por los delitos contra Francia.
5	Edicto de Beaulieu	6 de mayo de 1576	Enrique III	Establecer un acuerdo entre protestantes y católicos.
6	Edicto de Nerac	28 de febrero de 1579	Enrique III	Otorgar catorce lugares adicionales a los protestantes durante seis meses.
7	Edicto de Fleix	26 de noviembre de 1580	Enrique III	Reconocer todos los privilegios otorgados por los anteriores Edictos a los hugonotes.
8	Edicto de Nantes	30 de abril de 1598	Enrique IV	Lograr una paz duradera estableciendo la religión católica como la Religión de Francia, y la tolerancia respecto a la religión de los protestantes en determinados lugares.

***Solo fue mediante el Edicto de Nantes de 1658 que se logró La Paz.**

En ese sentido, podemos observar que hubo aproximadamente siete edictos que tenían como fin lograr la paz entre católicos y protestantes. Lo cierto era que había dos extremos, mientras unos -los católicos- querían imponerse y reclamar la exclusividad de sus derechos; los otros -protestantes-, querían un reconocimiento y tolerancia respecto a sus convicciones religiosas.

El Edicto de Nantes tuvo éxito porque logró identificar los elementos negociables y los elementos no negociables de ambos extremos. Asimismo, las circunstancias históricas y políticas contribuyeron de manera fundamental, ya que Enrique IV era protestante, y después se convirtió al catolicismo, de igual manera, estableció que la religión de Francia era la católica, y estableció lugares específicos para que los hugonotes puedan profesar su religión (y con ello su comercio, economía y política). En otras palabras, en la práctica se había configurado un Estado dentro de otro Estado.

En ese sentido se sostiene que:

La importancia del edicto radica en el cambio de perspectiva del individuo. Como súbdito político, el individuo debía obedecer al rey, independientemente de su confesión. Como creyente, el sujeto era libre de elegir su religión, que ahora se consideraba un asunto privado. Los protestantes conservaron la posesión territorial de lugares seguros en más de 100 ciudades de Francia, como la Rochelle, Saumur, Montpellier y Montauban. Durante este periodo de tolerancia, estas ciudades se convirtieron en Estados dentro del Estado. Celebraron asambleas políticas, desarrollaron una organización territorial, mantuvieron fortalezas militares y practicaron la diplomacia y las relaciones con las potencias extranjeras, especialmente con Inglaterra. La Rochelle se convirtió en el principal bastión de la religión reformada y contó con el apoyo de Inglaterra, que trató de frenar el desarrollo y la expansión de la armada francesa.¹⁵

Por todos esos motivos, consideramos que, el Edicto de Nantes tuvo éxito porque Enrique IV pudo establecer un acuerdo inteligente, político y humano, ya que vio más allá de lo propuestos por ambos extremos. He ahí la razón del éxito de este Edicto.

2.2 Enrique IV

Enrique IV fue Rey de Francia tras la muerte de Enrique III. Su nombre verdadero era Enrique de Navarra, de origen protestante; sin embargo, cuando se coronó Rey (el 27 de febrero de 1594 en la Catedral de Chartres) se volvió católico. Falleció en 1610. Se dice que Enrique IV logró la paz y tolerancia religiosa y política; sin embargo, Antonio Rivera en su artículo *El origen del absolutismo francés: golpes de estado y neutralidad religiosa* refuta esta idea que se tiene, sosteniendo:

“Recordemos: es el mismo rey que en 1610 promulga un edicto por el cual se prohíbe la entrada de los moriscos en Francia. No obstante, difícilmente podrá ser modificada su imagen, incluso en un país donde es tan visible la presencia árabe, dada la penetración del mito sobre las conciencias. Los mitos, porque están hechos para el futuro, casi siempre ganan sobre el pasado. Por eso, Enrique IV seguirá siendo el rey tolerante en el imaginario popular y en la propaganda institucional”¹⁶.

Asimismo, manifiesta que las actuaciones de Enrique IV siendo Rey y antes que se convierta al catolicismo, donde había muchas guerras y muertes, fueron dictatoriales, ya que produjeron muchas muertes, y el hecho que se convierta al catolicismo, más que un interés de querer la paz, se debió a un interés de mantener el poder, es decir, de mantenerse en el Poder.

15. Stephen M. Davis, “Enrique IV de Francia y el Edicto de Nantes”, 2022, último acceso 13 de julio de 2023, <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2031/enrique-iv-de-francia-y-el-edicto-de-nantes/#SnippetTab>

16. A. R. García, “El origen del absolutismo francés: golpes de Estado y neutralidad religiosa”, *Res publica*, (2000): 133-153.

Finalmente, después de la muerte de Enrique IV (en 1610), y después de muchos conflictos entre católicos y protestantes, durante el Reinado de Luis XIV, se llevó a cabo la revocación del Edicto de Nantes mediante el Edicto de Fontainebleau el 18 de octubre 1685, iniciando así el Estado moderno. En ese sentido, se considera: “Un periodo fundamental de la historia francesa, el iniciado con las guerras civiles religiosas de la segunda mitad del siglo XVI y terminado con la revocación del Edicto de Nantes en 1685, durante el cual se gesta el primer Estado moderno, absoluto, centralizado y patrimonial de Europa”¹⁷.

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La libertad religiosa se podría decir que tuvo su origen con el Edicto de Nantes, sin embargo, no es una postura unánime. Respecto a los derechos fundamentales, se sabe que fue con la Declaración de Virginia de 1776 en EE. UU, cuando por primera vez se reconoció el derecho a la libertad, libertad religiosa, libertad de prensa, entre otros derechos. Posteriormente, con el Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa, se prohíbe la coerción respecto al culto y la religión. Por otro lado, en Francia, tuvo lugar con la Declaración del hombre y del ciudadano de 1789, donde se establecía el derecho a la libertad, libertad de pensamiento, libertad religiosa, entre otros derechos. Y finalmente, la consagración como derecho positivo en la Constitución de Francia de 1791 donde se establece como un derecho fundamental.

17. A. R. García, op. cit.

Tabla 2. Menciona los artículos y párrafos que se refieren a la Libertar Religiosa

N°	Documentos Oficiales	Año	Artículo
1	Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia.	1776	XVI. “Que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlas, sólo pueden estar dirigidas por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen idéntico derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia; y que es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas”. (Declaración de Derechos de Virginia 1776) ¹⁸ .
2	Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa.	1786	“Ningún hombre deberá ser coaccionado para frecuentar o patrocinar un culto, lugar o ministerio religioso de cualquier índole, ni se verá forzado, restringido, molestado o agobiado en su persona o en sus bienes, ni deberá padecer en ninguna otra forma a causa de sus opiniones o creencias religiosas; sino que todos los hombres deberán ser libres para profesar y mantener su opinión por medio de argumentos, en cuestiones de religión, sin que este hecho menoscabe, aumente o afecte en modo alguno sus capacidades civiles....” (Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa 1786) ¹⁹ .
3	Declaración del Hombre y del Ciudadano	1789	Art. 10° “Ninguno debe ser inquietado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley”. (Declaración del Hombre y del Ciudadano 1789) ²⁰ .

18. *Declaración de Derechos de Virginia*, (12 de junio de 1776), recuperado 13 de julio de 2023, en <https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/GDF/DECLARACIONES%20DE%20DERECHOS/DECLARACION%20DE%20VIRGINIA%20DE%201776.pdf>

19. *Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa*. (1786), recuperado 13 de julio de 2023, en <https://cas.umw.edu/cprd/files/2011/09/Jefferson-Statute-2-versions.pdf>

20. *Declaración del Hombre y del Ciudadano*. (1789). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

4	Constitución de Francia	1791	Art. 3° La Constitución garantiza igualmente como derechos naturales y civiles: “La libertad de todo hombre para hablar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin que los escritos sean sometidos a ninguna censura o inspección antes de su publicación, y para ejercer el culto religioso al que está vinculado”. (Constitución de Francia 1791) ²¹ .
---	-------------------------	------	---

Cuadro de elaboración propia. Declaración de los Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, el Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa 1786, la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Constitución de Francia de 1791.

3.1 La Libertad Religiosa como Derecho Fundamental en el Perú

El Perú en su historia republicana tuvo doce Constituciones, y en estas se recogió y protegió al principio como libertades y garantías, es importante revisar el proceso de evolución de los derechos fundamentales reconocidos inicialmente como garantías fundamentales para las primeras Constituciones en estos 200 años de República²². Es así que identificamos en el presente cuadro los artículos pertinentes a la religión:

Tabla 3. Se recopila los artículos que hacen referencia a la Religión

N°	Documentos Oficiales	Año	Artículos	¿Libertad Religiosa?
	Cortes de Cádiz	1812	Art.12° La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por las leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra. (Constitución Política de la Monarquía Española 1812) ²³ .	No

21. *Constitución de Francia*. (1791), Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>

22. K. R. Ugarte Boluarte, “La Consagración constitucional de los derechos fundamentales en el Perú”. En *Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional peruano*, (Tribunal Constitucional del Perú: Centro de Estudios Constitucionales, 2021), 399-411.

23. *Constitución Política de la Monarquía Española*, (1812). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1812.htm>

	Reglamento Provisional de 1821	1821	No menciona	-
	Estatuto Provisional de 1821	1821	Art.1 ° La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la Religión del Estado: El Gobierno reconocer como uno de sus primeros deberes el mantenerla y conservarla por todos los medios que estén al alcance de la prudencia humana. Cualquiera que ataque en público o privadamente sus dogmas y principios, será castigado con severidad a proporción del escándalo que hubiese dado. (Estatuto Provisional de 1821 1821) ²⁴ Art.2 ° Los demás que profesen la Religión Cristiana, y disientan en algunos principios de la Religión del Estado, podrán obtener permiso del Gobierno con consulta de su Consejo de Estado, para usar el derecho que les compete siempre que su conducta no sea trascendental al orden público. (Estatuto Provisional de 1821 1821) ²⁵ Art. 3° Nadie podrá ser funcionario público si no profesa la Religión del Estado (Estatuto Provisional de 1821 1821) ²⁶	Si
	Bases de la Constitución de la República Peruana	1822	Art. 5° Su Religión es católica, Apostólica, Romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra. (Bases de la Constitución Política de la República Peruana 1822) ²⁷	No
I	Constitución Política de la República Peruana	1823	Art.8° La religión de la República es la católica, Apostólica, Romana con exclusión de cualquier otra. (Constitución Política de la República Peruana 1823) ²⁸	No

24. *Estatuto Provisional de 1821* (1821). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821b.htm>

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. *Bases de la Constitución Política de la República Peruana*, (1822). Recuperado 13 de julio de 2023, from <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1822.htm>

28. *Constitución Política de la República Peruana*, (1823). Recuperado 13 de julio de 2023, https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf

2	Constitución Política para la República Peruana	1826	Art.6° La Religión del Perú es la católica, Apostólica y Romana. (Constitución Política de la República Peruana 1826) ²⁹	No
3	Constitución Política de la República Peruana	1828	Art.3 ° Su Religión es la católica, Apostólica, Romana. La Nación la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna. (Constitución Política para la República Peruana 1828) ³⁰	No
4	Constitución Política de la República Peruana	1834	Art.2° Su Religión es la católica, Apostólica, Romana, La Nación la protege por todos los medios conformes al Espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna. (Constitución Política de la República Peruana 1834) ³¹	No
5	Constitución Política de la República Peruana	1839	Art.3° Su religión es la católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otra. (Constitución Política de la República Peruana 1839) ³²	No
6	Constitución Política del Perú	1856	Art.4° La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana; el Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna. (Constitución Política del Perú 1856) ³³	No
7	Constitución de 1860	1860	Art.4° La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna. (Constitución de 1860 1860) ³⁴	No

29. *Constitución Política de la República Peruana*, (1826). Recuperado 13 de julio de 2023, https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1826/Cons1826_TEXTO.pdf

30. *Constitución Política para la República Peruana*, (1828). Recuperado 13 de julio de 2023, https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1828/Cons1828_TEXTO.pdf

31. *Constitución Política de la República Peruana*, (1834). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1834.htm>

32. *Constitución Política de la República Peruana*, (1839). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1839.htm>

33. *Constitución Política del Perú*, (1856). Recuperado 13 de Julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1856.pdf>

34. *Constitución de 1860*, (1860), Recuperado 13 de julio de 2023, https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf

8	Constitución Política de la República	1867	Art.3° La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna. (Constitución Política de la República 1867) ³⁵	No
9	Constitución para la República del Perú	1920	Art.5° La Nación profesa la Religión, católica, Apostólica, Romana. El Estado las protege. (Constitución para la República del Perú 1920) ³⁶	No
10	Constitución Política del Perú	1933	Art. 232°. Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos. (Constitución Política del Perú 1933) ³⁷	Si
11	Constitución para la República del Perú	1979	Art.2° Toda persona tiene derecho: 3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público. (Constitución para la República del Perú 1979) ³⁸ Art. 86° Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y mortal del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones. (Constitución para la República del Perú 1979) ³⁹	Si

35. *Constitución Política de la República*, (1867), Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1867.pdf>

36. *Constitución para la República del Perú*, (1920), Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/constitucion-1920.pdf>

37. *Constitución Política del Perú*, (1933). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm>

38. *Constitución para la República del Perú*. (1979). Recuperar 13 de julio de 2023, <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

39. Íbidem.

12	Constitución Política del Perú	1993	<p>Art.2° Toda persona tiene derecho:</p> <p>3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. (Constitución Política del Perú 1993)⁴⁰</p> <p>Art.50° Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. (Constitución Política del Perú 1993)⁴¹</p>	Si
----	--------------------------------	------	---	----

Cuadro de elaboración propia. Constitución de Cádiz, Reglamento Provisional de 1821, Estatuto Provisional de 1821 y Bases de la Constitución de la República Peruana. [El uso de las mayúsculas y minúsculas es del texto de origen].

IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

4.1 Jurisprudencia Nacional

En el presente trabajo, hemos analizado 03 sentencias del Tribunal Constitucional, cuyos hechos son:

- En el primer caso: "... de la señora Jurado Garay, respecto al supuesto derecho vulnerado al trabajo, el alto tribunal estableció, sobre el derecho al trabajo de la profesora de un colegio estatal al querer desempeñar labores en un colegio parroquial, el tema en controversia estaba relacionado con la laicidad cuyo principio constitucional reconocido en el primer párrafo del artículo 50 de la Constitución, que dispone que "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración"
- En el segundo caso: "Linares Bustamante, alegó que se debía retirar de todas las salas judiciales y despacho de magistrados a nivel nacional los símbolos de carga en la religión católica y además que la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial en

40. *Constitución Política del Perú*. (1993). Recuperado 13 de julio de 2023, <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>

41. *Ibidem*.

la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general. El Tribunal Constitucional, declaró por un lado infundado el extremo de retiro de todas las sala judiciales y de despacho y magistrados los símbolos de religión católica como el crucifijo en la Biblia, por la importancia del modelo constitucional, el cual se esfuerza en hacerlo, es que aunque no existe adhesión algunas respecto de ningún credo religioso en particular, nuestro Estado reconoce a la iglesia católica como parte integrante en su proceso de formación histórica, cultural y moral; pero declaró fundada la exclusión de diligencia o declaración ante el Poder Judicial de cualquier pregunta sobre la religión”.

- En el tercer caso: “...versa sobre el pedido de un trabajador de no ir a laborar los días sábados, al respecto el Tribunal Constitucional hizo una distinción entre la libertad de conciencia que alberga a la objeción de conciencia, el cual permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generales a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa”.

En los siguientes cuadros, disgregamos los fallos para mejor análisis y debate.

4.1.1 Sentencia 00895-2001-AA/TC

Tabla 4. Fundamentos relevantes de Libertad Religiosa

EXP. N.º 00895-2001-AA/TC ⁴²	
Demandante	Lucio Valentín Rosado Adanaque
Demandado	Seguro Social De Salud- Essalud Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo
Materia	Libertad de conciencia Libertad de religión
Cuestión controvertida	Que no se le obliga a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, que no ser discriminado por motivos de religión.

42. EXP. N.º.00895-2001-AA/TC. (2001). Recuperado 13 de Julio de 2023, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>

<p>Fundamento fuerza</p>	<p>“Así las cosas, y habiéndose considerado que, en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que 1 de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder auto determinarse en la formación de las ideas, si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. [...] y, Por ende, en su dignidad de ser humano, de allí que el Tribunal Constitucional considere, necesidad de acudir a la cláusula 3 de la Constitución, el derecho a la libertad de conciencia alberga, el derecho a la objeción de conciencia. F6”.</p> <p>“El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generales a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que, en un estado social y democrático de derecho, (...) la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. y por ello, también, la comprobación de la alegada a causa de exención debe ser fehaciente. F7”.</p>
<p>Decisión</p>	<p>“REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola declara infundada la citada excepción y FUNDADA la acción de amparo; ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente dispone la notificación a las partes, [...]”</p>

Cuadro de elaboración propia. Recuperado de 00895-2001-AA.pdf (tc.gob.pe)

4.1.2 Sentencia 06111-2009-PA/TC

Tabla 5. Fundamentos relevantes para el tema de Libertad Religiosa

EXP. N.º 06111-2009-PA/TC ⁴³	
Demandante	Jorge Manuel Linares Bustamante
Demandado	Presidente del Poder Judicial
Materia	El derecho fundamental de la libertad religiosa. El derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa. El principio de laicidad del Estado El principio de colaboración entre el estado y las confesiones religiosas La presencia del crucifijo y la Biblia en despachos y tribunales del Poder Judicial.
Cuestión controvertida	“a) Que se ordene el retiro en todas las salas judiciales y despacho de magistrados a nivel nacional de símbolos de la carga legión católica como la Biblia o el crucifijo, b) la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial en la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general. Se alega vulneración del derecho a la igualdad a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole”.

43. EXP. N° 06111-2009-PA/TC. (2009). Recuperado 13 de Julio de 2023, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06111-2009-AA.pdf>

<p>Fundamento fuerza</p>	<p>“En cuanto a los límites del derecho fundamental de la libertad religiosa, La Constitución, en el inciso 3 de su artículo 2, señala que estos son la moral y el orden público. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12) conforme a los cuales deben interpretarse los derechos humanos que en la Constitución reconoce (cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), indican que la libertad religiosa estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. F .18”.</p> <p>“Según el principio de la laicidad, el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos. Mientras el Estado no coaccione ni concorra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, en la promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico. F 25”.</p> <p>“Lo que sí es importante matizar, y el modelo constitucional se esfuerza en hacerlo, es que, aunque no existe adhesión algunas respecto de ningún credo religioso en particular, nuestro Estado reconoce a la iglesia católica como parte integrante en su proceso de formación histórica, cultural y moral. interrogarse en torno del porqué de tal proclama no es, por otra parte, intrascendente, habida cuenta de que desde los inicios de nuestra vida republicana (e incluso antes) la religión católica ha sido decisiva en el proceso de construcción de muchos de nuestros valores como sociedad. Sólo así te explica que buena parte de nuestra Constitución histórica coincida con referentes notablemente de desarrollados por el pensamiento católico (como ocurre con la dignidad, por ejemplo). F26”.</p>
<p>Decisión</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar INFUNDADA la demanda en el extremo en que se solicita el retiro en toda la sala judiciales y despacho de magistrados a nivel nacional, de los símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia. 2. Declarar FUNDADA la demanda en el extremo en que se solicita la exclusión en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de cualquier pregunta sobre la religión que profesa el declarante en general, aplicando la misma exclusión a la declaración ante toda autoridad o funcionarios públicos, y que juicio de lo indicado en el fundamento 66.

Cuadro de elaboración propia. Recuperado de 06111-2009-AA.pdf (tc.gob.pe).

4.1.3 Sentencia 00007-2014-PA/TC

Tabla 6. Fundamentos que son relevantes para el tema de Libertad Religiosa

EXP. N.º 00007-2014-PA/TC ⁴⁴	
Demandante	Darlyn Roxana Jurado Garay
Demandado	El Estado
Materia	Supuestos derechos constitucionales vulnerados al trabajo, al debido proceso y a la dignidad.
Cuestión controvertida	“Si bien el pedido concreto de la demandante es que sea reincorporada en su último puesto de trabajo; no obstante, la problemática específica que plantea este caso es determinar si una profesora estatal de carrera puede laborar en una institución educativa privada de naturaleza religiosa como es la empleada y, concretamente, si ello resulta compatible con el régimen de laicidad consagrado en el artículo 50 de la Constitución, que asegura la autonomía y la independencia del Estado con las organizaciones religiosas. (,2)”
Fundamento fuerza	<p>“La laicidad como principio constitucional está recogido en el primer párrafo del artículo 50 de la Constitución que dispone que “Dentro de un régimen de <i>independencia</i> y <i>autonomía</i>, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración” (cursivas agregadas). (F,10)”.</p> <p>“En efecto, el artículo 50 define la forma política del Estado peruano como un Estado laico o aconfesional en tanto que declara su “independencia” y su “autonomía” respecto de toda organización o autoridad religiosa. Es decir, se constituye como un régimen de emancipación con las confesiones religiosas y, por ende, no se proclama, ni por la forma ni por los hechos, a ninguna religión como oficial; y, su actuación política y normativa se desenvuelve en un ámbito de neutralidad en relación a cualquier creencia en lo religioso. (F,11)”</p>

44. EXP. N° 00007-2014-PA/TC. (2014). Recuperado 13 de julio de 2023, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00007-2014-AA.pdf>

Decisión	<p>1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo por haberse vulnerado el derecho fundamental al trabajo; en consecuencia, declarar nulo el despido arbitrario de la accionante;</p> <p>2. ORDENAR a la UGEL de Zarumilla que reponga a doña Darlyn Roxana Jurado Garay en otro centro educativo a su cargo, conforme a lo establecido en el fundamento 78 de esta sentencia; bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional; [...].</p>
----------	---

Cuadro de elaboración propia. Recuperado de 00007-2014-AA.pdf (tc.gob.pe)

De la revisión bibliográfica sumada a estas sentencias se puede ampliar la jurisprudencia en los siguientes casos:

1. No puede considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber.	Exp. No 0895-2001-AA/TC, “[...]el Tribunal Constitucional señala que el derecho constitucional a la objeción de conciencia permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa ⁴⁵ .”
2. La objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad de conciencia.	Exp. No 05258-2016-PA/TC, “[...]el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la libertad de conciencia está constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, pues no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa ⁴⁶ .”
3. La objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas del objetor.	Exp. No 02430-2012-PA/TC, “[...]el Tribunal Constitucional reafirma que la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos ⁴⁷ .”

45. EXP. N°. 00895-2001-AA/TC. (2001). Recuperado 13 de Julio de 2023, en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>

46. Exp. No 05258-2016-PA/TC. https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/05258-2016-AA_unlocked.pdf

47. Exp. No 02430-2012-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02430-2012-AA.html>

<p>4. Solo se podrá dar respuesta a la legitimidad o la ilegitimidad de la negativa sostenida en la objeción de conciencia realizando un juicio de razonabilidad en el contexto de cada caso en particular.</p>	<p>Exp. No 01198-2012 PA/TC, “[...]el Tribunal Constitucional señala en primer lugar que los diversos contenidos subjetivos que la conciencia de cada individuo puede internalizar como valores o principios de crucial importancia y cuya defensa no resulta claudicable ni siquiera frente a deberes jurídicamente exigibles resultan, por demás, innumerables. Asimismo, precisa que estos contenidos no solo pueden desprenderse de justificaciones o valoraciones de tipo religioso, sino que incluso pueden nacer de todo tipo de escenarios oponibles en razón de conceptualizaciones filosóficas, creencias culturales y también sociales, además de otros factores”⁴⁸.</p>
<p>5. La objeción de conciencia debe sustentarse en convicciones que puedan ser objeto de comprobación fehaciente.</p>	<p>Exp. No 15-2013-PI/TC, “[...]el Tribunal Constitucional señala que la objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas del objeto, sino que debe sustentarse en convicciones que puedan ser objeto de comprobación fehaciente, y que como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado en el individuo un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia”⁴⁹.</p>
<p>6. Aquellos congresistas que renuncien por motivos ajenos al ejercicio del derecho fundamental de objeción de conciencia no podrán constituir un nuevo grupo ni adherirse a otro.</p>	<p>Exp. No 0001-2018-PI/TC, “[...] el Tribunal Constitucional establece en primer lugar que el transfuguismo ilegítimo acarrea un comportamiento contrario a la Constitución, mas no aquel que se realiza por circunstancias justificadas, particularmente en los casos de objeción de conciencia...”⁵⁰.</p>
<p>7. La objeción de conciencia es una manifestación externa de la libertad de conciencia.</p>	<p>Exp. No 05680-2009-PA/TC, “[...] el Tribunal Constitucional señala que la libertad de conciencia,(...) como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral con la que se autoconciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva. De manera adicional señala que, a diferencia de la libertad de religión, la libertad de conciencia se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna, aunque excepcionalmente o en ciertas circunstancias, también de manera externa, como sucede en los casos en los que se invoca objeción de conciencia determinada concepción deontológica o estimativa de la vida”⁵¹.</p>

Cuadro de elaboración propia. (Gaceta Jurídica 2023)⁵².

48. **Exp. No 01198-2012 PA/TC**. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01198-2012-AA.html>

49. **Exp. No 15-2013-PI/TC**. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00015-2013-AI.html>

50. **Exp. No 0001-2018-PI/TC**. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00001-2018-AI.pdf>

51. **Exp. No 05680-2009-PA/TC**. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/05680-2009-AA.pdf>

52. Gaceta Jurídica. (18 de septiembre de 2023). *Gaceta Jurídica*. laley.pe: <https://laley.pe/art/12021/7-sentencias-clave-del-tc-sobre-el-derecho-a-la-objecion-de-conciencia#:~:text=No%200895%2D2001%2DAA,del%20criterio%20de%20conciencia%20y>

4.2 La libertad Religiosa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo busto y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Tabla 7. Libertad Religiosa

SECCIÓN A: DATOS DEL CASO			
1	Nombre del caso		Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile
2	Víctima (s)		Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.
3	Representantes		- Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G - Juan Pablo Olmedo Bustos - Ciro Colombara López
4	Estado demandado		Chile
8	Sumilla		“El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura judicial a la exhibición de la película “La Última tentación de Cristo” por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica”.
9	Palabras claves		“Libertad de conciencia y religión; Libertad de pensamiento y expresión”
11	Derechos	Convención Americana sobre Derechos Humanos	-Artículo 1 (Obligación de respetar derechos) -Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) -Artículo 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) -Art 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión)
SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO			
13. Hechos			- Los hechos del presente caso ocurrieron el 29 de noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. Esta decisión fue posteriormente ratificada por la Corte Suprema de Justicia.
18. Análisis de fondo			

II. Derecho a la libertad de Conciencia y Religión

79. “Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. Es su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias”.

80. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.

20. Puntos Resolutivos

La Corte declara que,

-El Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Table y Hernán Aguirre Fuentes.

Cuadro de elaboración propia: Recuperada de Ficha Técnica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵³.

53. **Ficha Técnica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263

V. COMPARACIÓN ENTRE EL EDICTO DE NANTES Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El cuadro nos permite observar y analizar la tipificación de cada uno de estos artículos

Tabla 8.

Edicto de Nantes	Constitución Política del Perú
Artículo 3	Artículo 50. Iglesia Católica y Respeto a otras Confesiones
<p>Ordenamos que la religión católica apostólica y romana quede restaurada y restablecida <u>en todos los lugares y los distritos de nuestro Reino</u> y de las tierras que están bajo nuestro dominio, en las que su práctica se interrumpió, y que en todos estos sitios se profese en paz y libremente, sin desorden ni oposición. Prohibimos expresamente a cualquier persona del rango o condición que sea, bajo pena del susodicho castigo, turbar, importunar o causar molestias a los sacerdotes en la celebración de los oficios divinos, en la recepción o goce de los diezmos, bienes y rentas de sus beneficios (...), <u>Y prohibimos también, expresamente, que los miembros de la religión reformada tengan reuniones religiosas u otras devociones en iglesias, habitaciones y casas de los referidos eclesiásticos. (...)</u></p>	<p>Dentro de un régimen de independencia y autonomía, <u>el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante</u> en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.</p> <p><u>El Estado respeta otras confesiones</u> y puede establecer formas de colaboración</p>

Nota: Tabla elaboración propia. Comparación entre la forma de regulación de la religión católica y otras religiones, tanto en el Edicto de Nantes de 1563, como en La Constitución Política del Perú de 1993.

Respecto a la libertad de conciencia, la libertad de culto, el siguiente cuadro nos puede ayudar:

Tabla 9. Respecto a la libertad de conciencia y religión

Edicto de Nantes	Constitución Política del Perú
Artículo 6	Inciso 3 Artículo 2. Derechos de la Persona
<p>A fin de eliminar toda causa de discordia y enfrentamiento entre nuestros súbditos, <u>permitimos a los miembros de la susodicha religión reformada vivir y residir en todas las ciudades y distritos de nuestro Reino y nuestros dominio, sin que se les importune, perturbe, moleste u obligue a cumplir ninguna cosa contraria a su condición en materia de religión, y sin que se les persiga por tal causa en las casas y distritos donde deesen vivir, siempre que ellos por su parte se comporten según sus cláusulas de nuestro presente edicto.</u></p>	<p><u>Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.</u></p>

Tabla elaboración propia: Prohibiciones y persecuciones. Comparación entre lo dispuesto en el Edicto de Nantes y la Constitución Política del Perú.

VI. CONCLUSIONES

1. El Edicto de Nantes marca un antes y un después respecto a la libertad de culto y religión, en esencia era un Edicto de la tolerancia, no solo religiosa, sino política y jurídica, porque en aquella Francia del siglo XVI la religión estaba estrechamente relacionado con la política y la ley.

2. Debemos precisar que el Edicto de Nantes significaba, tolerar tanto la presencia de la iglesia católica y a su vez de los protestantes. Era una forma incipiente del derecho y reconocimiento de la libertad de conciencia y una libertad de culto. En tal sentido, la importancia del estudio del Edicto de Nantes nos sirve para entender de dónde y cómo nace el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad de conciencia y una libertad de culto, que hoy en día los ciudadanos disfrutamos como titulares de derechos.

3. Según la jurisprudencia del TC, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas, mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias”. En ese sentido, “[...] Ambos derechos que, por lo demás, gozan del pleno reconocimiento internacional (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, entre otros), pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, cómo podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad, y el orden público. Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, el mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar la debida garantía para el ejercicio de la libertad de conciencia. F, 3 de la Sentencia 00895-2001-AA/TC⁵⁴.

REFERENCIAS

- Agurto de Atocha Gonzales, Eduardo Imanol . *Libertad religiosa y laicidad del Estado*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2018.
- Aubert, Charles-Edouard. “Observer la loi obéir au roi les fondements doctrinaux de la pacification du royaume de l’édit de Nantes á la Paix d’Alés (1598-1629)”. Université de Strasbourg: 2021. Francés. NNT: 2021STRAA021.
- Barrero Ortega, Abraham . “Origen y actuación de la libertad religiosa”. *Derechos y libertades*, s.f.: 93-121.
- ”Bases de la Constitución Política de la República Peruana”. 1822. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1822.htm> (último acceso: 13 de julio de 2023).
- Campoamor, Alonso Fernandez-Miranda. “Estado Laico y Libertad Religiosa”. *Estudios políticos* 6 (1978): 57-80. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/48075-Texto%20del%20art%C3%ADculo-138702-1-10-20160218.pdf
- Carbonell, Miguel. *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. Palestra, 2010.
- Christabelle, Thouin-Djeuaide. “La vanité et la rhétorique de la prédication au XVII siècle”. <https://theses.hal.science/tel-02057724v1> . Université de Limoges, 2019.
- “Constitución de 1860”, 1860. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución de Francia. 1791”. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791> (último acceso: 13 de Julio de 2023).

54. Sentencia 00895-2001-AA/TC, op.cit.

- “Constitución para la República del Perú, 1920”. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/constitucion-1920.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución para la República del Perú, 1979”. <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política de la Monarquía Española, 1812”. <https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1812.htm> (último acceso: 13 de julio de 2023).
- “Constitución Política de la República, 1867”. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1867.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política de la República Peruana, 1823”. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf (último acceso: 13 de julio de 2023).
- “Constitución Política de la República Peruana, 1826”. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1826/Cons1826_TEXTO.pdf (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política de la República Peruana, 1834”. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1834.htm> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política de la República Peruana, 1839”. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1839.htm> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política del Perú, 1856”. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/Constitucion-1856.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política del Perú, 1933”. <https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política del Perú, 1993”. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Constitución Política para la República Peruana, 1828”. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1828/Cons1828_TEXTO.pdf (último acceso: 13 de Julio de 2023).

- Davis, Stephen M. *Luis XIV y la revocación del Edicto de Nantes* . 26 de julio de 2022. <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2046/luis-xiv-y-la-revocacion-del-edicto-de-nantes/>.
- Davis, Stephen M. *World History Encyclopedia* . 11 de julio de 2022. <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2031/enrique-iv-de-francia-y-el-edicto-de-nantes/>.
- Davis, Stephen M. “Enrique IV de Francia y el Edicto de Nantes”. 2022. <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-2031/enrique-iv-de-francia-y-el-edicto-de-nantes/#SnippetTab> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Declaración de Derechos de Virginia” 12 de Junio de 1776. <https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/GDF/DECLARACIONES%20DE%20DERECHOS/DECLARACION%20DE%20VIRGINIA%20DE%201776.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Declaración del Hombre y del Ciudadano”, 1789. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Edicto de Nantes”, 1598. <file:///C:/Users/jhoan/TRABAJO%20EDICTO%20DE%20NANTES/Edicto%20de%20Nantes%20completo.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Estatuto de Virginia sobre la Libertad Religiosa”. 1786. <https://cas.umw.edu/cprd/files/2011/09/Jefferson-Statute-2-versions.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “Estatuto Provisional de 1821”, 1821. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/quipu/constitu/1821b.htm> (último acceso: 13 de julio de 2023).
- “EXP. N° 00007-2014-PA/TC”, 2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00007-2014-AA.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “EXP. N° 06111-2009-PA/TC”, 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06111-2009-AA.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).
- “EXP. N°. 00895-2001-AA/TC”, 2001. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf> (último acceso: 13 de Julio de 2023).

- Exp. N° 05258-2016-PA/TC
https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/05258-2016-AA_unlocked.pdf
- Exp. N° 02430-2012-PA/TC
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02430-2012-AA.html>
- Exp. N°1198- 2012-PA/TC
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01198-2012-AA.html>
- "Exp. No 15-2013-PI/TC", 2013
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00015-2013-AI.html>
- "Exp. No 0001-2018-PI/TC" 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00001-2018-AI.pdf>
- "Exp. No 05680-2009-PA/TC" , 2009.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/05680-2009-AA.pdf>
- **Ficha Técnica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=263
- Gaceta Jurídica. *Gaceta Jurídica*. 18 de Septiembre de 2023.
<https://laley.pe/art/12021/7-sentencias-clave-del-tc-sobre-el-derecho-a-la-objeccion-de-conciencia#:~:text=No%200895%2D2001%2DAA,del%20criterio%20de%20conciencia%20y.>
- García, Antonio Rivera. "El origen del absolutismo francés: golpes de Estado y neutralidad religiosa". *Res publica*, 2000: 133-153.
- Guerrero, Doris Emilia. "El Tratado sobre el Gobierno de John Locke". Universitas Philosophica, 1991.
- J. Roca , María. "Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la reforma". *Nueva época*, 2006: 49-83.
- Le Touzé, Isabelle . "Suivre Dieu, servir le roi : la noblesse protestante bas-normande, de 1520 au lendemain de la Révocation de l'édit de Nantes". Université du Maine: 2012.
- Martí Sánchez, José María. "El protestantismo y la separación iglesias-estado en Francia". *Cuestiones actuales de Derecho comparado*, s.f.: 69-85.

- Pabon Medina, Deivys Javier . *Libetad religiosa y paz en el contexto actual de los derechos humanos* . Valencia, España: Universitat de València , 2006.
- Peces-Bárba Martínez, Gregorio. *Historia de los derechos fundamentales* . IDHBC-Dykinson, 2003.
- Peña Freire , Antonio Manuel . “Tolerancia: Uso y abuso.» *acfs*, 2019: 387-394. <https://doi.org/10.30827/acfs.v53i0.7382>
- Piora, Juan Carlos. “Libertad de conciencia, libertad religiosa, librtad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos (perspectiva histórico-biblica)”. *Enfoques XIV*, 2002: 39-56. [https://doi.org/10.1016/S0015-1882\(02\)80248-8](https://doi.org/10.1016/S0015-1882(02)80248-8)
- Rodríguez Paniagua, José María. “Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho”. *Anales de la Cátedra F*, 1988: 331-352.
- Rousseau, Jean-Jacques . *El contrato social* . Partido de la Revolución Democrática , 2017.
- Ugarte Boluarte, Krúpskaya Rosa Luz. “La Consagración constitucional de los derechos fundamentales en el Perú”. En *Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constiucional peruano.*, de importancia y retos en la forja del Estado Constiucional peruano. Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, 399-411. Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2021.

RECIBIDO: 16/09/2023

APROBADO: 27/10/2023



“Nube de mariposas” óleo sobre lienzo, 100 x 81 cm (2021)
Cliver Flores Lanza (Iquitos, Loreto, Perú, 1965)
Correo electrónico: floreslanza@yahoo.com
www.cliverpintoramazonico.blogspot.com

Cuestiones de autoridades administrativas de consumo en un país federal

Issues of Administrative Consumer Authorities in a Federal Country

Silvina Analía del Huerto Aquino* <http://orcid.org//0009-0005-1275-9254>

Carlos Eduardo Tambussi** <http://orcid.org//0000-0003-0444-7937>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2524>

* Abogada. Egresada de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Universitaria de Ciencias Jurídicas. Jefa de Trabajos Prácticos regular en la Facultad de Derecho, UBA, asignatura Elementos de Derechos Administrativo, Cátedra Gallegos Fedriani. Egresada del ProMaFag año 2012. Auxiliar en Derecho Romano de la Cátedra Costa. Especialidad en Derecho Administrativo (2021 UNLAM– tesis en desarrollo) y Especialidad en Derecho Constitucional (2022 UBA – Tesis en desarrollo). Maestrando en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Ha participado en Congresos Nacionales e Internacionales y realizado publicaciones en la materia. Actualmente es Jefe del Dto. Jurídico de Poder de Policía de la Dirección Gral. de Asuntos Institucionales de la Procuración General del GCBA. Argentina.

Correo electrónico: silvinaaquino@derecho.uba.ar

** 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. 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



© 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.

Lex



Chullachaqui robando una botella. Óleo sobre madera, 61 cm x 46 cm
David Hewson (EEUU 1966)
www.davidhewsonart.com

RESUMEN

La consagración constitucional y legislativa de los derechos de usuarios y consumidores motivó que los Estados crearan las agencias con competencia en la materia a los fines de fiscalizar el cumplimiento de las normas. En los países federales, surgió el tema de las competencias de los organismos nacionales en relación con las atribuciones de los estados integrantes de la federación. A este aspecto se ha dado una respuesta legislativa que en la práctica no resulta del todo clara. El propósito de este trabajo es el de reflexionar sobre la jerarquía administrativa de las autoridades de consumo, a la par que indagar sobre las llamadas “facultades concurrentes” entre las esferas federal y local, y la necesidad que el precepto legal se conjuge, en la práctica, con el principio de coordinación administrativa, a los fines de un actuar eficaz de los poderes públicos.

Palabras clave: *autoridad administrativa, Estado federal, Derechos del consumidor, facultades concurrentes, jerarquía administrativa, principio de coordinación administrativa.*

ABSTRACT

The constitutional and legislative consecration of the rights of users and consumers, motivated the States to create agencies with competence in this area in order to monitor compliance with the regulations. In federal countries, the issue of the competences of national bodies in relation to the powers of the constituent states of the federation has arisen. A legislative response has been given to this issue which in practice is not entirely clear. The purpose of this paper is to reflect on the administrative hierarchy of the consumer authorities, as well as to investigate the so-called “concurrent powers” between the federal and local spheres, and the need for the legal precept to be combined, in practice, with the principle of administrative coordination, in order for the public authorities to act effectively.

Keyword: *administrative authority, Federal state, consumer rights, concurrent faculties, administrative hierarchy, principle of administrative coordination.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Carta Magna argentina del año 1994 incorporó el derecho de usuarios y consumidores en el artículo 42, donde dice “...*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*”, y con ello el Estado debió considerar una nueva forma de organización en aras de darle operatividad y dinámica al régimen tuitivo consagrado¹.

El constitucionalismo provincial, algunas veces pionero en la consagración de estos derechos y otras veces lento al receptorlo en su legislación y adaptarlo a la organización de justicia, ha dado muestras de atención a las normas de la especialidad, incorporando a su articulado el derecho de usuarios y consumidores, a partir de los procesos de reformas constitucionales posibilitados por la recuperación de la democracia en 1983.

1. La operatividad de la cláusula constitucional implicó la resignificación del análisis y consideración sobre postulados clásicos del derecho, tal como fuera desarrollado por el Profesor M.A. Ciuro Caldani, en "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario" en *Aportes a la filosofía del Derecho Privado* (ED 159-1022 y ss). Al mismo tiempo, si bien los Tratados enumerados en el inciso 22 del artículo 75 no contienen normas expresas sobre la relación de consumo o la defensa del usuario, se ha dicho que “*La regla de la progresividad, originariamente pensada para auxilio de los ‘derechos sociales’, se traduce en el deber del Estado de adoptar las medidas técnicas, económicas y legislativas para lograr sucesivamente la plena efectividad de los derechos garantizados. Bajo ese prisma, el Estado no puede darse por satisfecho con el reconocimiento de un mínimo del derecho; por el contrario, el cumplimiento debe ir en aumento y no quedarse estático. La progresividad implica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación estatal. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la apuntada pauta se encuentra normativamente prevista en el art. 2º.1 del PIDESC y, de un modo más mediato, en el art. 11.1. A su turno, el art. 2º.1 del PIDESC sirvió de base para la formulación del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y al art. 1º del Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Asimismo, este Protocolo contiene normas semejantes a los arts. 2º y 29.b) de la CADH*” (Sahían, José H. “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, *La Ley* 26/12/2017, pág. 1)

Desde entonces, varias provincias sancionaron normativa de procedimiento de consumo en materia administrativa y autoridades de aplicación (Catamarca ley 5069, Chaco ley 2068 D, Córdoba ley 10247, Entre Ríos ley 8973, Formosa ley 1480, La Rioja ley 8468, Mendoza ley 5547, entre otras).

Con sustento en la reforma de 1994, en el año 1996 se sancionó Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo de “afirmar su autonomía” y “organizar sus instituciones” (tal cual fuera plasmado en el Preámbulo), otorgándose a la misma el status jurídico que, tardíamente, ha sido caracterizado por el Máximo Tribunal Nacional como de “ciudad constitucional federada” por integrar de manera directa el sistema federal argentino, contar con un gobierno autónomo y poseer facultades de legislación y jurisdicción dadas por la Constitución Nacional.

Dicho ello, y encauzando la cuestión hacia el ámbito de los derechos de consumidores y usuarios, cabe señalar que en virtud del sistema federal previsto en nuestra organización constitucional nacional, en la Ciudad de Buenos Aires -y en todas las provincias- coexiste la normativa nacional con el derecho local, y en cada uno de dichos ámbitos se ha previsto la designación de la Autoridad de Aplicación en derechos de usuarios y consumidores con las respectivas competencias².

Esta situación puede dar lugar a algunos inconvenientes en cuanto a la superposición de funciones de los organismos, o bien en dificultades que, más allá de significar algún esfuerzo interpretativo para éstos al momento de intervenir, se trasladan a aquellos que deberían ser justamente objeto de la tutela y protección, es decir: dificultades para los consumidores y usuarios sobre la comprensión del sistema de concurrencias y potestades compartidas o excluyentes, en razón del análisis de aristas sumamente técnicas y/o distinciones hechas por la doctrina especializada.

2. Autoridades locales de Defensa del Consumidor,
<https://www.argentina.gob.ar/produccion/consumidor/oficinas-provinciales>, disponible al 20 de julio de 2023.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN DE DISTINTA JURISDICCIÓN EN MATERIA DE CONSUMO Y LAS FACULTADES CONCURRENTES

La Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias (en adelante LDC), regula lo concerniente a la autoridad de aplicación de la norma en el Título II, capítulo XI, donde establece que:

Artículo 3°: Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley No 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley No 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

Artículo 41: Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. (Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Artículo 42. — Facultades concurrentes. La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el artículo 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley. (Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Artículo 45 (parte pertinente): La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales bajo los principios aquí establecidos (Artículo sustituido por art. 60 de la Ley N° 26.993 B.O. 19/09/2014).

Luego de la LDC y con la entrada en vigencia de la Constitución reformada en el año 1994, no pasa desapercibida la incorporación del artículo 42 en los términos transcritos en la introducción, donde aparece el mandato tuitivo respecto del consumidor y usuario, que fuera objeto de debate en la Convención constituyente, donde se sostuvo: “*el sistema federal de*

gobierno y la descentralización, que esta Convención ha incorporado a la Constitución Nacional, son pautas importantes para las políticas del gobierno y para el contralor de los servicios públicos. Creo que el Congreso, auténtico representante, deberá aceptarlas para que el control sea lo más eficiente posible. Estas son las razones por las cuales mantenemos el texto original (...), partimos de reconocer la incumbencia indelegable de las provincias como actor específico. Esto se sustenta en el propósito de facilitar la fiscalización y el control en todo el territorio, favoreciendo en la práctica la participación real y efectiva de las organizaciones de usuarios y de consumidores implicadas —de carácter local—, como principio y como forma de garantizar la búsqueda de la eficiencia en el cumplimiento de su labor”³.

Dos años después (1996) y en la misma línea, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció en los artículos 46 y 80, inciso 2, apartado g), reglas de competencia en materia legislativa y también administrativa de la autoridad de aplicación local, sobre consumidores y usuarios (tal es la terminología empleada por el constituyente para el capítulo decimoquinto), con la siguiente formulación:

Artículo 46: La Ciudad (...) Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación.

Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos.

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley”.

Más adelante se lee: “Artículo 80: La Legislatura de la Ciudad (...) 2) Legisla en materia (...) g) De comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor”.

A su tiempo, la Ley N° Ley 757 que estableció el Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y Usuario (Texto consolidado por la Ley N° 6.588), conjuntamente con su Decreto Reglamentario, dispuso que:

3. Versión taquigráfica de la Convención Nacional Constituyente, 32° Reunión, 3° Sesión Ordinaria, 17/8/1994, intervención del Sr. Constituyente Irigoyen, 4353.

Artículo 1º: La presente ley tiene por objeto establecer el procedimiento administrativo para la implementación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los derechos de los consumidores y usuarios, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802) y disposiciones complementarias, sin perjuicio de las competencias concurrentes de la autoridad nacional de aplicación, así como de todas las normas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuyo objeto sea la protección al consumidor y que no dispongan de un procedimiento específico.

Artículo 2º.-Autoridad de aplicación. - La máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios, será la autoridad de aplicación a los efectos de esta ley y de las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802), sin perjuicio de las funciones de los demás organismos de la Ciudad que persigan la protección y defensa del Consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley.

A los efectos de garantizar la defensa y protección de los derechos de los consumidores, la autoridad de aplicación tendrá facultades para firmar convenios o acuerdos de colaboración con organismos públicos o privados y para dictar las normas instrumentales e interpretativas necesarias, a fin de hacer eficaz y efectiva la implementación de los objetivos de la presente ley.

En la reglamentación de la norma, instrumentada en el Anexo del Decreto N° 714/10 se dispuso:

Artículo 1º Objeto. Las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se aplican supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente, en tanto no fueran incompatibles con la Ley N° 757 y con este reglamento.

Artículo 2º Autoridad de Aplicación. La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, es la Autoridad de Aplicación del Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, aprobado por Ley N° 757.

Tal cual lo mencionamos, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias, actúan como autoridades locales de aplicación de la ley 24.240 (Art. 41), ejerciendo el control y la vigilancia en su cumplimiento e interviniendo en el juzgamiento y sanción de aquellas

infracciones que se cometan en sus respectivas jurisdicciones, concurrentemente con la autoridad nacional⁴.

A su vez las provincias pueden delegar sus funciones, o algunas de ellas, en los municipios. A tal efecto se hace necesario contar con una norma de carácter provincial que habilite a los municipios el ejercicio del poder de policía de consumo dentro del esquema municipal.

Tal es el caso en la provincia de Buenos Aires donde funcionan las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) que se encargan, entre otras funciones de prestar asesoramiento y evacuar consultas a los consumidores y usuarios, brindar información, orientación y educación al consumidor, recibir denuncias de los consumidores y usuarios, fijar y celebrar conciliaciones entre el denunciante y la empresa denunciada y elevar las actuaciones al organismo municipal de aplicación en el caso que fracase la conciliación, o para su homologación. Estas funciones surgen del art. 79 de la Ley N° 13.133 de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires.

Esto es así, sin perjuicio que con la reforma a la Ley N° 24.240 introducida por la Ley N° 26.361 se suprimió el párrafo que preveía que *“Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales”*, por cuanto si la prerrogativa le corresponde a la provincia, dependerá de su propia organización constitucional la posibilidad cierta de delegar o no sus funciones en los municipios.

Las facultades y atribuciones con las que cuentan las autoridades locales no difieren demasiado de aquellas con las que cuentan la autoridad nacional. En general, ejercen su función como autoridades de aplicación, tanto respecto de la ley 24.240, como de leyes complementarias de esta, como la ley de lealtad comercial, la ley 25.065 (de Tarjetas de Crédito), la ley 19.511 (de Metrología Legal), entre otras; así como respecto decretos y resoluciones nacionales y locales vigentes y aplicables.

4. *“La ley 24.240 instituye como autoridades de aplicación en la órbita administrativa no sólo a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación sino también a los gobiernos nacionales y provinciales y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires -hoy Gobierno de la Ciudad- “respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción”, sin perjuicio de las facultades concurrentes con la autoridad nacional arts. 41 y 42 de la ley 24.240. Ello se refiere al ámbito administrativo ya que, en cualquier caso, el juzgamiento judicial de las sanciones que se apliquen se rige por lo dispuesto en el Art. 45 de la Ley 22.240”* (“Banco Hipotecario SA c/ “SIC y TTGBA-Res 244/00”. Cám. Nac. Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 19/06/2005).

En esta instancia podemos señalar conforme los textos transcritos, que con notable amplitud, la Ley N° 757 de la Ciudad incluye dentro del ámbito de actuación de la Autoridad de Aplicación local, a las Leyes N° 24.240 y N° 22.802 de Lealtad Comercial, previendo la realización de convenios con organismos públicos y privados, a “*los efectos de garantizar la defensa y protección de los derechos de los consumidores*”⁵, y de la misma manera se formulan las normativas administrativas de las provincias en general⁶

Del mismo modo, surge que el legislador no ha obviado el ejercicio de potestades concurrentes al momento de plantear la implementación de los mecanismos de aplicación de la ley de fondo, bajo las pautas procedimentales y operativas propias de la jurisdicción local, poniendo “*...en funcionamiento el sistema de garantías para el ejercicio efectivo de la defensa de estos derechos*”⁷.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias componentes de la federación, encuentran en la constitución Nacional y en la Ley N° 24.240 el marco general competencial de orden público que las habilita a legislar ampliando, especificando y complementando los aspectos procedimentales necesarios para poner en marcha el sistema tuitivo sobre el consumidor y usuario, tal es la postura de la Corte Suprema de Justicia que “*...el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (artículo 65, ley 24.240) no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, dicten normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional*”⁸.

Esa concurrencia permite que tanto la Nación, como las provincias y la Ciudad de Buenos Aires puedan iniciar y/o tramitar un sumario administrativo para determinar la existencia de un quebrantamiento a la LDC, porque se ha contemplado la interrelación entre jurisdicciones

5. Ley N° 757. Artículo 2°.

6. Nota de los autores: así lo refleja la ley N° 5.992 de Jujuy, que hace mención a la norma aludida y a la ley de tarjetas de crédito, como así también toda norma complementaria o modificatoria sobre las que será competente la autoridad de aplicación que el Ejecutivo provincial determine (art. 2).

7. Véase Carlos E. Tambussi *Derecho Administrativo de Consumidores y Usuarios en la CABA*. Carlos Eduardo Tambussi, Coordinador”, (Argentina: Ed. Jusbaire, 2018)

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Edelar S.A. c. SE y M Resol. 41/01 - ENRE - Resol. 1576/98 (ex. 3638/97), 08/05/2007 (Fallos 330:2081) del dictamen del Procurador General subrogante que la Corte hace suyo.

bajo los preceptos de una ley de orden público⁹, que como tal, “... *tienen un especial interés para la sociedad, de origen y sustento moral y ético y —como hemos dicho supra— económico, en este caso con raigambre constitucional y en tal carácter se incluyen a los derechos del consumidor como parte de los llamados derechos civiles constitucionalizados*”¹⁰.

En cuanto al ámbito nacional, el artículo 43 de la Ley N° 24.240 establece que la autoridad de aplicación será la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Hacienda y a cargo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, que funciona bajo la órbita de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores¹¹.

A su vez, dentro de cada jurisdicción, las autoridades locales han organizado sus propias estructuras administrativas, ubicando al organismo que ejerce las funciones de autoridad de aplicación en la cartera de economía, producción, finanzas, desarrollo, comercio interior u otros, o bien, como ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Mendoza, Tucumán y Salta, donde se han creado dependencias por fuera de dichos ministerios.

En la Capital Federal, la autoridad de aplicación es la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, dependiente de la Secretaría de Cultura Ciudadana y Función Pública, Subsecretaría de Demanda Ciudadana, Calidad y Cercanía, en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros¹².

La norma porteña (Ley N° 757, y su modificatoria, texto consolidado por la Ley N° 6.588) refiere expresamente que la actuación se ejerce “*sin perjuicio de las funciones de los demás*

9. Nota de los autores: sobre el orden público en materia de derechos del consumidor y usuario, ver Carlos E. Tambussi en DOI: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1236> “No obstante, las normas del nuevo Código claramente establecen que los límites de la libertad contractual son el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958), y que los jueces pueden modificar de oficio las convenciones particulares cuando este valor se encuentre afectado de modo manifiesto (art. 960). A su vez, determina que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público (art. 12). Y existen referencias al orden público en los artículos 7, 144, 151, 279, 386, 515, 1014, 1644, 2477, 2600, 2637, 2651 y 2634.11.

10. Ricardo Luis Lorenzetti, *Consumidores*, (Argentina: Rubinzal- Culzoni, 2009), 45.

11. Ley N° 24.240 art. 43

https://mapadelestado.jefatura.gob.ar/estructura_oescalar.php?n1=005, de acuerdo al organigrama vigente al mes de junio de 2023 disponible al 9/6/2023.

12. Nota de los autores: conforme el organigrama vigente a la fecha de este trabajo (julio 2023).

organismos de la Ciudad que persigan la protección y defensa del Consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley”, y en este punto debemos hacer mérito de otras situaciones cuya regulación especial ha de seguirse.

III. PAUTAS PARA ATRIBUIR COMPETENCIAS DE ACTUACIÓN A LA NACIÓN, LAS PROVINCIAS Y A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Ha dicho la doctrina especializada, que de conformidad con el artículo 42 de la Ley N° 24.240 (a lo que agregamos las directivas constitucionales mencionadas en el título II de este trabajo¹³), las funciones de la autoridad de aplicación se clasifican o pueden agruparse en dos categorías:

a) En primer lugar, se engloba a las que identificamos como de control, de fiscalización y para el juzgamiento de las infracciones plasmadas en la legislación específica. En términos administrativistas, constituye el ejercicio de las facultades de poder de policía de cada jurisdicción donde se tratan las inspecciones, denuncias y/o cualquier actuación que tramite a efectos dilucidar si hubo -o no- incumplimiento de la normativa. Cabe señalar que cualquiera sea la vía escogida o correspondiente, la cuestión trata por ejercer la potestad tuitiva de la persona en una relación de consumo.

b) La otra categoría incumbe a una actividad proactiva y protectoria del consumidor y usuario a partir de la implementación de políticas públicas, y la labor es tanto legislativa como ejecutiva en la implementación de las acciones.

Consideramos aquí, a las campañas de prevención, educación, concientización sobre consumo responsable, como así también la necesaria adecuación de los organismos para legislar, programar e implementar las normas procedimentales que tornan operativa la legislación de fondo.

13. Véase Leonardo Gianzone, “Cuestiones relevantes respecto de la autoridad de aplicación nacional y de las autoridades locales en materia de derecho del consumidor” *Revista de Derecho del Consumidor* - Número 2 – (mayo 2017) IJ Editores, Cita: IJ-CCLXIV-966.

A diferencia de la norma nacional, la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se limita a indicar que la autoridad de aplicación cuenta con facultades para la firma de convenios o acuerdos de colaboración con organismos públicos o privados, y para dictar las normas instrumentales e interpretativas necesarias, a fin de hacer eficaz y efectiva la implementación de los objetivos de la norma, mientras que el estatuto especial de la Nación posee la enumeración expresa de las facultades de la autoridad de aplicación.

No obstante, la Ley N° 757 fue reglamentada y se creó el Registro de Asociaciones de Consumidores, en igual sentido se hizo sobre el trámite de las denuncias, de inspecciones y de verificaciones técnicas, en aras a cumplir con la normativa constitucional que refiere a la “eficacia” en los medios y mecanismos que el Estado provee para la prevención y resolución de conflictos.

El art. 42 de la Ley N° 24.240 determina que la autoridad nacional “podrá” actuar en forma concurrente con las autoridades locales en la vigilancia, control y juzgamiento de las infracciones a la norma¹⁴.

Ahora bien, de acuerdo a lo que sostiene Bersten¹⁵, la posibilidad de actuación “concurrente” se refiere al juzgamiento y control de la actividad establecido por la ley N° 24.240, o como ha dicho la jurisprudencia *“de conformidad con lo establecido en los artículos 41 y 42 de la Ley N° 24.240 existe una aplicación concurrente de la ley por parte de la autoridad nacional y los gobiernos locales, conclusión que resulta concordante con el sistema federal de atribución de competencias públicas adoptado por la Constitución Nacional, según el cual todas aquellas facultades que no han sido expresamente delegadas a la Nación, resultan de competencia de las provincias o, en su caso, de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del artículo 129 de la Constitución Nacional”*¹⁶.

14. Véase Carlos Tambussi, *Juicios y Procesos de Consumidores y Usuarios*, (Hammurabi, 2014). Colección Procesos Constitucionales N° 7. Director Dr. Pablo Luis Manili.

15. Horacio Bersten, *Derecho procesal del consumidor*, La Ley 2003, 22.

16. CCont. Adm. y Trib., Sala I, 13/9/07, “Asociación de Supermercados Unidos c. GCBA s/Amparo (art. 14, Const. CABA)”, del voto de los doctores Carlos F. Balbin, Horacio G. Corti, y Esteban Centanaro, causa 21476-0, Sent. N° 56. Fuente: Juristeca. Base de datos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Del mismo modo, judicialmente se entendió que la competencia prevista en el artículo 45 de la ley N° 24.240, con respecto a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para resolver impugnaciones contra la imposición de sanciones administrativas de la autoridad de aplicación, *“sólo es aplicable a las (...) impuestas por la autoridad nacional de aplicación, pues la interpretación de los artículos 41 y 45 de la citada ley permite sostener que si bien en el cuerpo normativo se establece que tanto la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación, como los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires -actualmente el Gobierno de dicha ciudad (confr. dto. Municipal 2225/94 y decreto GCBA 213)- son autoridades de aplicación, lo cierto es que en el artículo 45 primera parte -al regularse lo atinente al procedimiento, sanciones y recursos-, expresa y exclusivamente se hace mención a la autoridad nacional de aplicación”*¹⁷.

Por otro lado, la Corte Suprema ha aplicado el siguiente estándar: *“En la Ley de Defensa al Consumidor la actuación de las autoridades de aplicación nacional en las jurisdicciones provinciales es la regla general, mientras que las facultades de las autoridades locales tienen su fundamento en una expresa habilitación (arts. 42 y 43, último párrafo), conclusión que se infiere de la propia naturaleza de las normas en juego que resultan ser de las denominadas federales en cuanto atribuyen competencia a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación (o un organismo jerárquicamente dependiente) para iniciar las actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a la ley y para aplicar las sanciones que correspondan. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-*.

... Si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, a mi juicio, la competencia de estas últimas no se extiende a la fiscalización y al control de los órganos del Estado Nacional que, por la materia, están sujetos a la jurisdicción federal.

En efecto, dicha ley es bien clara al establecer que ‘La Secretaria de Industria y Comercio será la autoridad de aplicación de la presente ley. Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la

17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV “AMSA c. SIC Y T GCBA”, 3/3/2005. En La Ley On Line, cita AR/JUR/9969/2005.

Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción’ (art. 41, primera parte)”¹⁸.

Por otro lado, la doctrina se inclina por señalar que será competente la autoridad de aplicación del domicilio donde tuvo lugar la infracción, y para ello es de primordial relevancia que haya una actividad “coordinada” y de “subordinación” entre jurisdicciones, de manera que no se multipliquen innecesariamente los procesos.

Así, hemos dicho que *“En la práctica, y para evitar un doble juzgamiento sobre un mismo hecho, intervendrá la autoridad de aplicación local, cuando la presunta infracción se produzca en el ámbito de su jurisdicción; y la autoridad nacional, cuando se presenten conflictos interjurisdiccional”¹⁹* y para las cuestiones donde exista jurisdicción federal en razón de la materia.

En palabras del Dr. Balbín *“es básicamente, poder no delegado por las provincias en el estado federal, y consecuentemente, conservado por estas”²⁰.*

En un conflicto planteado ante la Corte Suprema, en el marco del caso “Telefónica de Argentina SA c. Provincia de Mendoza”²¹, se ha dicho -en línea con el precedente antes citado- que *“El poder de policía local no debe extenderse a los aspectos regulatorios de competencia de la Nación, como lo es, inequívocamente, el de establecer la modalidad de la prestación del servicio telefónico. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- se afirma sobre la necesidad de arribar a un proceso integrador y jerárquico de la interpretación”.*

Sin embargo, algunos autores entienden que dicha concurrencia *“significa que la autoridad de aplicación nacional de la LDC no intervendrá cuando actúe la autoridad de aplicación local,*

18. CSJN “Banco Nación Argentina c/ Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis S/Apelación” (Fallos: 328:2671 - Dictamen del Procurador General al que adhirió la CSJN. En el mismo sentido, véase Mendieta Ezequiel “Facultades concurrentes entre Nación y Provincia de Buenos Aires para la protección del consumidor” en la Ley BA, Año 28 Nro. 1, febrero 2021.

19. Véase Carlos E. Tambussi, *Derecho administrativo de consumidores y usuarios en la CABA*, (Jusbaires, 2018), 56.

20. Carlos Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 484, (Bs. As.: La Ley, Bs. As), 2015.

21. "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza", Fallos 326:4718.

debiendo declinar su competencia y remitir las actuaciones a la misma. O bien, admitiendo una concurrencia atenuada, la exclusión de la autoridad nacional se daría cuando la autoridad de aplicación local previno” y –en consecuencia- por efecto del art. 3 LDC, será la competencia más favorable para el usuario la que prevalezca, toda vez que la materia del caso es el consumo inherente a la relación de consumo, asistiendo al damnificado la facultad de elegir, ante qué autoridad de aplicación efectuar su reclamo²².

IV. EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

En este panorama, es necesario señalar que el derecho de los consumidores y usuarios, receptado en la Constitución Nacional y en base a cuyos preceptos se desarrolló, recurriendo a principios contenidos en instrumentos internacionales, leyes federales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, requiere de una labor de coordinación administrativa en varios sentidos.

Por un lado, el compromiso de los órganos legislativos de todo el territorio nacional, que deben sujetar su labor a los límites que la propia Constitución Nacional prevé, en tanto mantiene en cabeza de las provincias todas aquellas potestades que no delegó en el gobierno federal, y determinó la naturaleza autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, que ha sido reafirmada por la Corte Suprema de manera expresa y en reiteradas oportunidades en sus recientes pronunciamientos.

A su vez, por las contingencias que se suscitan a raíz del ejercicio de facultades concurrentes entre la Nación y las autoridades locales en materia de derecho del consumidor, con las variables que conlleva el tratamiento de diferentes tipos de servicios o prestaciones, los casos que han llegado a tribunales han ido forjando una doctrina judicial que recoge la dinámica del sistema, permitiendo cristalizar en varios supuestos, el margen de actuación de las autoridades de aplicación de la LDC y, si hubiere, el de los organismos que legislativamente poseen facultades de control y verificación sobre la actividad.

En esa inteligencia debe entenderse que la Nación tiene facultades de actuar en las Provincias, pero no la obligación de ejercerlas, dada la concurrencia con las autoridades locales.

22. Véase Marcelo Gelcich y Laura Lencioni “Competencia de la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor”, *LLitoral* (2010 abril): 273.

Y finalmente, la propuesta de una coordinación operativa en consonancia con los poderes judiciales nacionales y provinciales y las autoridades de aplicación administrativas del derecho del consumidor, para que implementen políticas públicas conjuntas y coordinadas, tendientes a una mejor implementación del derecho del consumidor, entre ellas el intercambio de estadísticas e información general, medidas para la prevención de malas prácticas comerciales, capacitación, y políticas públicas en general, entre otras.

De allí que traemos a colación la necesaria aprehensión del principio de coordinación administrativa como correlato de la existencia de una organización territorial del Estado, reconocida en el texto constitucional y debe desarrollarse entre dependencias de la administración centralizada y descentralizada, tanto nacional como de las provincias y CABA.

El desarrollo de la doctrina del principio de coordinación administrativa nos remite al derecho Español donde el Tribunal Constitucional en pleno ha dicho “*La coordinación implica «la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta» de las administraciones coordinadora y coordinada en el ejercicio de sus respectivas competencias, de manera que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema», integración que la coordinación persigue para evitar contradicciones y reducir disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían el funcionamiento del mismo. Así entendida, la coordinación constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las Corporaciones Locales y como tal, en cuanto que afecta al alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, sólo puede producirse en los casos y con las condiciones previstas en la Ley*”²³.

En un reciente fallo, en el que no se trataron cuestiones ligadas al derecho del consumidor, la Corte Suprema supo explayarse en torno a la distribución de competencias y un llamado a las obligaciones de las jurisdicciones, diciendo que “*La distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso (...) corresponde señalar que los principios de ‘buena fe’ y ‘lealtad federal’ que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la ‘coordinación*

23. Tribunal Constitucional Español, Sentencia Nº 27/1987, (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1987).

y ‘concertación’ entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios)”²⁴

En la misma oportunidad, del voto del Juez Lorenzetti puede leerse que “*los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada. De allí la utilidad del diálogo constructivo –entre Nación y provincias- al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva (Fallos: 342:917, “Barrick”).*

Así las cosas, en la actualidad, este principio de coordinación administrativa, visto a través del texto de nuestra Constitución Nacional, debe ser entendido intrínsecamente vinculado a la eficacia en la resolución de conflictos, en las relaciones entre los diferentes organismos constituidos por efecto de la legislación, y todo ello en la consecución de un objetivo común: la efectiva concreción de los derechos establecidos en la Constitución, con lo cual se trata de un principio de lógica-política, cuya puesta en práctica favorece debe realizarse con miras a cumplir todos los aspectos mencionados en el artículo 42 de la Carta Magna.

Por último, a efectos de ratificar que la coordinación administrativa puede ser vista como el tan necesario federalismo de concertación sobre el que nuestro Máximo Tribunal se exployó en más de una ocasión, nos permitimos recordar las palabras de la doctrina cuando señaló que “*los constituyentes de 1853 y de 1860 no solo adoptaron un determinado modelo de texto constitucional, sino también una concepción específica de la organización y estructura política del gobierno. Así fue que se determinó una concepción del derecho administrativo como derivación lógica del derecho constitucional. Y se lo hizo teniendo en mente una aguda advertencia de Alberdi: ‘Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar o escamotear las libertades y garantías constitucionales’*”²⁵, términos que resultan sumamente ajustados a la cuestión de fondo de este trabajo.

24. Expte. CSJ 567/2021, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4 de mayo de 2021.

25. Véase Manuel J. García Mansilla e Iván Vignani, “Alegato contra la impunidad Estatal. A treinta años del caso ‘Compañía Azucarera Tucumana’” *Suplemento Constitucional. La Ley*. 2019-E.

Dentro de la concurrencia de facultades, la aplicación de la coordinación debe ser racionalizada unificando criterios, en torno a que en muchos casos puede ser necesario acordar interpretaciones de las infracciones, a fin de evitar contradicciones entre las distintas autoridades.

En otros casos, la concurrencia puede suplir, con la intervención de la autoridad nacional, las dificultades operativas o de recursos que puedan tener las provincias, aspecto que puede solucionarse en coordinación ante el pedido expreso de las autoridades locales. Se ha señalado que existen lugares o regiones que por sus especiales características demográficas, geográficas o culturales, determinados productos o servicios son comercializados con mayor agresividad y con gran poder de influencia o negociación frente a las autoridades locales, que pueden hacer necesario el accionar conjunto con la autoridad nacional²⁶.

V. LA JERARQUIA ADMINISTRATIVA DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN

En la mayoría de los casos, las autoridades administrativas de consumo se ubican dentro de los organigramas administrativos dentro de ministerios o carteras económicas relacionadas con economía, producción, comercio, u otras denominaciones, que no nos parecen las más adecuadas para una política de estado en materia de consumo²⁷. Sostenemos la inteligencia que resulta más adecuada su inserción en las áreas de justicia o de derechos humanos, más acorde a la naturaleza de los derechos, a la finalidad protectoria, al formato de las políticas que desde allí se generen.

Como ha sido dicho *“los ejes de gestión pública que atraviesan estas áreas de gobierno se encuentran básicamente orientados al fomento y al desarrollo de las actividades productivas que poco o nada tienen que ver con la defensa de los intereses específicos de los usuarios y consumidores*

26. Véase Jorge Bru y Dante Rusconi, citados por Alejandro Chamatrópulos, **Estatuto del Consumidor Comentado**, La Ley, 2019, segunda edición, Tomo 2, 949.

27. Nota de los autores: en la provincia de Buenos Aires la autoridad de aplicación funciona dentro del Ministerio de Justicia; en Mendoza en el Ministerio de Trabajo, Justicia y Gobierno, en Neuquén dentro del Ministerio de Ciudadanía, en Salta en el Ministerio de Gobierno, en Tucumán como dependencia de la Secretaría de Estado de Servicios al Ciudadano del Ministerio de Seguridad Ciudadana, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro de la Subsecretaría de Demanda Ciudadana, Calidad y Cercanía de la Jefatura de Gabinete de Ministros. La Ley 5414 de la provincia de Río Negro le otorga a Agencia de Recaudación Tributaria del carácter de autoridad de aplicación en materia de consumo "sin perjuicio de las funciones de los demás organismos de la provincia que persigan la protección y defensa del consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley" (art. 2º).

*o que, en el mejor de los casos, sólo indirectamente se vinculan con su problemática*²⁸. A esto debe sumarse que, en la mayoría de los casos, estas autoridades administrativas, ocupan sólo direcciones provinciales o generales con poca jerarquía institucional dentro de las estructuras gubernamentales.

Es fundamental entonces que se replantee la impronta que tiene la autoridad de aplicación de consumo, y asumir que la jerarquía que tenga dentro de la estructura administrativa será un significativo de la consideración que se le deba al tema por parte de las políticas del estado.

Por esa razón entendemos que la autoridad administrativa de consumo debe ser un organismo autárquico y descentralizado²⁹, con la suficiente autonomía para poder desarrollar sus funciones independientemente de los vaivenes de las políticas económicas de los gobiernos coyunturales³⁰ y con estructuras ágiles que permitan desarrollar sus funciones. Pero, sobre todo, con la integración de sus directivos mediante procedimientos de selección transparentes como los concursos públicos, que garanticen la estabilidad en los cargos que incluso, no deben coincidir temporalmente en cuanto a su renovación, con las de las autoridades nacionales o locales.

VI. CONCLUSIONES

El carácter federal de la organización institucional de un país, como en el caso argentino, trae algunos problemas de interpretación en cuanto a las facultades de las autoridades nacionales y de las entidades componentes.

28. Leonardo Gianzone, op. cit.

29. Nota de los autores: obrante en los arts. 124 y ss. del proyecto elaborado por la Comisión formada por la iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Producción y Trabajo de la Nación, que trabajó durante más de un año, integrada con un sentido federal y desde los distintos enfoques de la disciplina (académicos, autoridad de aplicación, magistrados, abogados de la matrícula provenientes de distintas provincias). La integran Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muíño, Carlos Hernández, Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Gonzalo Sozzo, Federico Ossola, Roberto Vázquez Ferreyra, María Eugenia D'Archivo, Javier Wajtraub, Sebastián Picasso y Carlos Tambussi. Fue presentada como Anteproyecto en la ciudad de La Plata a fines de 2018 y discutida en audiencias públicas en varias provincias e instituciones, para transformarse en un Proyecto presentado al Parlamento que ha recibido distintas transformaciones y aún se encuentra con estado parlamentario.

30. Nota de los autores: en su característica revisten el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, o el SERNAC chileno, creado por ley 18959, siendo, además –entre los ejemplos nacionales– el caso de la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia, creada (pero no implementada) por la ley 27.442.

La propuesta del legislador, para el control y vigilancia administrativa de la observancia de las normas de consumo, ha sido la de las facultades concurrentes, conforme lo han consagrado las normativas nacionales y reflejado los ordenamientos locales.

Estas se han atribuido en un marco jerárquico donde las autoridades de consumo no se encuentran debidamente valoradas, generándose su dependencia política del gobierno de turno o de un área de incumbencia económica, aspecto que consideramos no es el adecuado para una política permanente que debe sustentarse en la autarquía de las instituciones que la ejecutan y en la estabilidad de sus funcionarios.

En relación a la concurrencia de facultades, conforme lo han señalado algunos precedentes³¹, el término “concurrir” puede utilizarse en el sentido de concertar “...*en algo o en alguien diferentes cualidades o circunstancias*” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, segunda acepción).

Dentro de tal acepción la autoridad nacional y las provinciales, confieren facultades concurrentes a los organismos en sus “cualidades o circunstancias”, y con ello al decir que las prerrogativas administrativas pueden ser concurrentes, entendemos que cualquiera de las jurisdicciones tiene la potestad de dirigirse en forma autónoma para controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones que la ley impone, sin necesidad de contar con la colaboración de la otra.

Por otro lado, en cuanto al análisis sobre la constitucionalidad en el ejercicio de estas facultades, la Corte Suprema ha dicho que para poner en crisis la actuación de la autoridad de aplicación, se requiere que medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable, sin que la mera disparidad implique antagonismo en la aplicación de ambos plexos, remarcando la exigencia de evaluar que “*haya una repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema*”³².

31. Sentencia de la Corte Suprema Buenos Aires, 17 de abril de 2001. “Cencosud S.A. s/ ley 22.802 c/ Sec. de Ind. y Comercio expte. 064- 2509/97”.

32. CSJN, 15 de junio de 2010 “Día Argentina S.A. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad” Boletín de Jurisprudencia de la CSJN; febrero 2014, 338.

Sin embargo, el federalismo también impone la coordinación, para que los esfuerzos de los poderes públicos actúen en un entendimiento común, y se construya la conexión armónica que debe mediar entre todos los entes y órganos públicos al ejercer sus competencias.

De este modo, en tanto y en cuanto asegura la eficiencia y eficacia administrativas, la coordinación es un principio constitucional virtual o implícito que permea entero el ordenamiento jurídico administrativo y obliga a todos los entes públicos, evitando las duplicidades y omisiones en el ejercicio de las funciones de cada uno de ellos, para que sean desempeñadas de forma racional y ordenada; y "... a través del establecimiento de niveles o canales fluidos y permanentes de información entre los entes públicos, todo lo cual se puede lograr a través de reuniones, informes o la creación de instancias formales de coordinación. (...)"³³.

REFERENCIAS

- Ciuro Caldani M.A. "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario" en *Aportes a la Filosofía del Derecho Privado* (ED 159-1022 y ss).
- Bersten Horacio. *Derecho procesal del consumidor*, Bs. As.: La Ley 2003, 22.
- Balbín Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As.: La Ley, 2015.
- Ciuro Caldani M.A. "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario" en *Aportes a la Filosofía del Derecho Privado* (ED 159-1022 y ss).
- Chamatropulos Demetrio Alejandro. *Estatuto del Consumidor Comentado* Buenos Aires: Ed. La Ley, 2019.
- García Manuel J., García Mansilla y Vignani Iván, "Alegato contra la impunidad Estatal. A treinta años del caso "Compañía Azucarera Tucumana" Publicado en: *Suplemento Constitucional. La Ley 2019-E*.
- Gelcich Marcelo, Lencioni Laura. "Competencia de la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor", *LLitoral* (2010 abril): 273.

33. Corte Suprema de Costa Rica, *Sala Constitucional*, N.º 18896 de 21 de noviembre de 2014.

- Gianzone, Leonardo “Cuestiones relevantes respecto de la autoridad de aplicación nacional y de las autoridades locales en materia de derecho del consumidor” *Revista de Derecho del Consumidor* - Número 2 – (mayo 2017): IJ Editores 04-05-2017, Cita: IJ-CCLXIV-966.
- Lorenzetti Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.: 2009.
- Tambussi Carlos, *Juicios y Procesos de Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. Colección Procesos Constitucionales N° 7. Director Dr. Pablo Luis Manili.
- Mendieta Ezequiel “Facultades concurrentes entre Nación y Provincia de Buenos Aires para la protección del consumidor” en *La Ley BA*, año 28 Nro. 1, (febrero 2021).
- Tambussi Carlos, *Juicios y Procesos de Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. Colección Procesos Constitucionales N° 7. Director Dr. Pablo Luis Manili.
- Tambussi Carlos *Derecho Administrativo de Consumidores y Usuarios en la CABA* Carlos Eduardo Tambussi, Coordinador”. Buenos Aires: Jusbaire, 2018.
- Sahián, José “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores” *La Ley* (26/12/2017): 1.

FALLOS:

- Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II “Banco Hipotecario SA c/ SIC y TTGBA-Res. 244/00”, 19/06/2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Edelar S.A. c. SE y M RESOL. 41/01 - ENRE - Resol. 1576/98 (ex. 3638/97), 08/05/2007 (Fallos 330:2081) del dictamen del Procurador General subrogante que la Corte hace suyo.
- CCont. Adm. y Trib., Sala I, 13/9/07, “Asociación de Supermercados Unidos c. GCBA s/Amparo (art. 14, Const. CABA)”, del voto de los doctores Carlos F. Balbín, Horacio G. Corti, y Esteban Centanaro, causa 21476-0, Sent. N° 56.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV “AMSA c. SIC Y T GCBA” DEL 3/3/2005. La Ley On Line, cita AR/JUR/9969/2005.
- Banco de la Nación Argentina c/ Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis S/Apelación (Fallos: 328:2671 - Dictamen del Procurador General al que adhirió la CSJN).
- CSJN “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 326:4718.
- Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 27/1987, de 27 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marca de 1987).
- Expte. CSJ 567/2021, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4 de mayo de 2021.
- Sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 17 de abril de 2001 “Cencosud S.A. s/ ley 22.802 c/ Sec. de Ind. y Comercio expte. 064- 2509/97”.
- CSJN, 15 de junio de 2010 “Día Argentina S.A. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad” Boletín de Jurisprudencia de la CSJN; febrero 2014, pág. 338.
- Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, N.º 18896 de 21 de noviembre 2014.
- Ley N° 24.240 art. 43 https://mapadeleestado.jefatura.gob.ar/estructura_oescalar.php?n1=005, de acuerdo al organigrama vigente al mes de junio de 2023 disponible al 9/6/2023

RECIBIDO:23/07/2023
APROBADO:30/10/2023

La genética criminal y su implicancia en el derecho penal

The Criminal Genetics and its Implication in Criminal Law

Javier Ysrael Momethiano Santiago <https://orcid.org/0000-0002-6009-1907>
Daivi Emerson Farfán Sullcahuaman <https://orcid.org/0000-0003-1309-6593>
Hugo Ramiro Ambrosio Bejarano <https://orcid.org/0000-0003-3796-2580>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2525>

- * Abogado, Master en Derecho Penal; Doctorado en Derecho en la UNMSM; profesor universitario a nivel de pregrado y posgrado; y especializado en Destrezas de Litigación Oral por California Western School Of Law (USA). Perú.
Correo electrónico: momethianoabogados@yahoo.es
- ** Abogado, Licenciado en Educación; Master en Derecho y Litigación (USA) y Doctorado en Derecho en la UNMSM; profesor universitario de pregrado, y experto en Litigación Oral por la Universidad de Salamanca (España). Perú
Correo electrónico: dfarfans@gmail.com
- *** Abogado, Doctor en Derecho, Maestro en Criminalística por la UNFV, Maestro en Criminología por Universidad Internacional de Valencia, y Maestro en Derechos Humanos, y Resolución de Conflictos por el CAEN. Perú.
Correo electrónico: bejarano2000.hugo@gmail.com

Lex





Palometas sobre bijao. Óleo sobre tela, 70 cm x 80 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

El patrimonio genético influye innegablemente, en la génesis del hecho, pues las pruebas genéticas predictivas se basan en un informe pericial que debe ser realizado por un genetista y criminólogo. Sin embargo, la herencia no solo es capaz de influir directamente en el carácter, ya que también es necesario el contacto del individuo con el medio para que su constitución potencial se actualice y no se afecte al ámbito ético y legal. El tema aprecia un factor fundamental en tanto proceso criminológico, pues no solamente se trata de apreciar un hecho y adecuarlo en el correspondiente tipo penal, sino de procurar comprender su etiología mediante la IA, las pruebas genéticas predictivas, y la relación entre genes y ambiente. La criminalidad contemporáneamente no debe ser únicamente vista por la genética (determinismo débil), ya que las causas que desencadenan el comportamiento delincuenciales son varias para la Criminología.

Palabras clave: *genética criminal, derecho penal, criminología, peritaje criminológico.*

ABSTRACT

Genetic heritage undeniably influences the genesis of the event, since predictive genetic tests are based on an expert report that must be carried out by a geneticist and criminologist. However, heredity is not only capable of directly influencing character, since the individual's contact with the environment is also necessary so that their potential constitution is updated and the ethical and legal field is not affected. The subject appreciates a fundamental factor in both the criminological process, since it is not only a matter of appreciating a fact and adapting it to the corresponding criminal offense, but also trying to understand its etiology through AI, predictive genetic tests, and the relationship between genes and environment. Contemporary crime should not be seen solely by genetics (weak determinism), since the causes that trigger criminal behavior are various for Criminology.

Keywords: *criminal genetics, criminal law, criminology, criminological expertise.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando leemos en los diarios o revistas, o escuchamos en los informativos radiales, televisivos e Internet, casos como que un niño mata a otro con agravantes; o que un maestro “monstruo” abusó de su alumno; o que la niña criminal sonrió cuando vio el cadáver de su víctima; o que muchas mujeres menores de edad en Lima practican la prostitución; o cuando en forma denigrante un individuo o una organización criminal pisoteando valores y sin ninguna sensibilidad, asesinan, estafan, extorsionan, utilizando el temor y soborno como formas corruptoras de ejercer el poder y tantos otros titulares nos alarmamos un momento, comentamos y muy pocas veces tratamos de escudriñar en las raíces del delito.

Escribimos este artículo referido a la genética delictual¹ y sus implicancias dentro del Derecho Penal, cautivados por un tema tan apasionante buscando exponer nuestro parecer en este vasto asunto que se encuentra aún en plena evolución, no sin antes considerar que la herencia delincuencia es y debe ser siempre motivo de constante preocupación en los órganos judiciales, pues es que la familia y el Estado tienen mucho que hacer al respecto.

El incremento constante del índice de criminalidad –nacional y extranjera– en sus diferentes aspectos –elevado por secuelas económicas de la pandemia por COVID-19; la guerra entre Rusia y Ucrania; y el fenómeno global del niño– y la labor desplegada hasta hoy por las

1. Si bien, se aprecia una Criminología especializada, referida a la Criminología biológica, sin embargo, creemos que no se puede dejar de lado a la vinculación con la Criminología victimológica, la Criminología conductual, la Criminología etiológica, la Criminología familiar, la Criminología de la salud, la Criminología informática, la Criminología jurídico penal u otras. Al respecto, Cfr. Wael Hikal et al. *Criminologías Específicas* (Lima: Instituto Pacífico, Perú, 2018), 22-41.

diferentes instituciones que van desde las de índole policial hasta los centros penitenciarios, y el papel de la administración de la justicia en nuestro país, merecen un estudio concienzudo, al menos en el aspecto criminológico, ya que esta ciencia debe estudiar el funcionamiento efectivo de las instituciones en referencia. “Por consiguiente, pues al estudiar la Criminología el sistema penal puede construir también indicadores sobre su eficiencia y retroalimentar en base a ellas sus estrategias e instituciones”².

II. HERENCIA Y LA INCIDENCIA EN EL COMPORTAMIENTO HUMANO

Si la herencia, es la transmisión de rasgos criminales de los ancestros, en la conducta de los descendientes, “podemos *a priori* negar la tesis de la herencia criminal, no sin dejar de aclarar que esto no constituye un desconocimiento absoluto de la herencia biológica, cuyas características pueden tener diverso grado de incidencia concomitante en el comportamiento psicosocial humano”³.

“Es una incógnita todavía más difícil de aclarar, pues no obedece a ningún principio concreto ya que, además de la herencia, en si hay multitud de causas y condiciones que, a la postre, contribuyen a la formación de la personalidad del autor, muy importante para determinar su vida recta o delictiva”⁴, aunque mediante la inteligencia artificial (IA) se podrá analizar un grupo de datos⁵ para vincular algunos con la conducta punible.

2. Víctor Roberto Prado Saldarriaga y Bertha Verónica Prado Manrique, *Políticas públicas y criminalidad* (Perú, Lima: Ideas solución Editorial, Perú, 2021), 238 – 239.

3. Alejandro Solís Espinoza, *Criminología Panorama Contemporáneo*, (Perú, Lima: Adrus Editores, 2017), 247.

4. Eloy Fernán Momethiano Zumaeta, y Javier Ysrael Momethiano Santiago, *Tratado de Derecho Penal. Fundamentos para determinar la pena y las medidas de seguridad*, (Lima, Perú: Editorial San Marcos, 2001), 117.

5. Los alegorismos pueden estimar de que probablemente sucederá algo, basándose en datos. Sin embargo, la información genética debe ser no codificada, pues el ADN es obtenido en la investigación preliminar, respetando los derechos fundamentales de las partes. Vid. Carlota Cuatrecasas Monforte. *La inteligencia artificial como herramienta de investigación criminal* (Madrid, España: La Ley, 2022), 319.

Sin embargo la confidencialidad y la utilización correcta de datos deberán tomarse en cuenta desde el ámbito ético⁶ y legal, para no discriminar a las personas⁷.

Otros autores opinan en el sentido que el factor hereditario no es preponderante en la formación de una conducta criminal, pero todos dicen que influye en la conducta prohibida de las personas naturales, pues no es fácil sostener que las personas jurídicas tienen capacidad de actuar, ya que algunos la consideran como una ficción jurídica producto de una operación intelectual⁸.

“Si la disposición determina de manera decisiva la evolución de la personalidad, y el delito es una exteriorización de esa personalidad desarrollada, no es posible restar importancia a la influencia de la masa hereditaria en el delincuente y el delito”⁹.

El problema de la herencia ha sido y es juzgado apasionadamente desde diferentes puntos de vista, que se aprecian desde lo político hasta lo filosófico, pasando por lo religioso, antropológico, biológico, etc.

Y desde ya, debemos adelantar que materias como la antropología, fisiología, patología, historia, biotipología, y otras no han llegado todavía a enunciar con certeza, la forma en que, exactamente, se produce la herencia criminal. Además, este problema no es tenido en cuenta por los órganos judiciales de nuestro país, al menos en forma científicamente organizada en un departamento especial, pues no se incorpora pruebas genéticas predictivas¹⁰

6. Pues, se protegen principios y valores que se relacionan con la seguridad, privacidad, transparencia, responsabilidad y sostenibilidad, según Ariana FONT. Además, los usuarios deberán interpretar adecuadamente la información contenida en la Big Data, ya que los algoritmos no discriminan, por tanto, es necesario la explicabilidad y transparencia en lo concerniente a la IA. Vid. Elen Irazabal Arana. *La inteligencia artificial explicada para abogados* (Madrid, España: La Ley 2023), 156 – 165.

7. Es por eso, que al adolescente no se le discrimina por factor genético, tal como lo estipula el artículo 2 del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

8. Cfr. Pablo Sánchez – Ostiz. “La acción de las personas jurídicas. Límites en una ficción; en el Código Penal Bicentenario”, *Estudios de Derecho Penal actual*, Tomo II (Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2022), 322.

9. Franz Exner. *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, (Barcelona, España: Bosch Casa Editorial, España, 1946), 205.

10. La sociedad aprecia más al pre–hecho punible, que al post –hecho punible. Esto permitirá obtener un banco de datos y/o muestras genéticas para combatir al crimen, aunque su mal uso atenta contra los derechos fundamentales. Además, los test predelictivos tienen un margen de error por mala praxis. Al respecto, Vid. Fernando Velásquez Velásquez. “Las pruebas genéticas predictivas y el moderno proceso penal”. *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 37 (2017), 391 – 438, <https://doi.org/10.15304/epc.37.4158>.

al proceso penal peruano, que podría implicar para unos la quiebra de su función garantista, implantándose un Derecho Penal de autor, pues desde la visión de la fiscalía el sujeto es un riesgo para la sociedad; y a la vez para otros se pretendería atenuar la pena al realizar la conducta el sujeto o excluir su responsabilidad, desde la apreciación del abogado defensor, ya que “es absolutamente legítimo que la persona investigada o su defensa pueda realizar actos tendientes a reforzar la presunción de inocencia”¹¹.

También, se discute si estas pruebas deben ser obligatorias, ya que se vulneraría la libertad, integridad corporal y la no autoincriminación. Además, es posible responsabilizar penalmente a quien con negligencia practica el examen genético mencionado. La toma de muestras debe tener el consentimiento informado, así como la autorización del juez de garantías; y el profesional sanitario pondrá en conocimiento del Ministerio Público y del Poder Judicial los resultados respectivos, siendo una excepción al secreto profesional.

Estas pruebas periciales, deberían basarse en un informe pericial¹², realizado por un genetista y luego por un criminólogo de oficio o parte, que deberá comparecer ante el juzgador respondiendo a las preguntas que le formulen los sujetos procesales, pues en el juicio oral adquiere la calidad de prueba pericial¹³.

“En lo que respecta a la administración de la justicia penal alemana [en el siglo pasado] y en relación con el cumplimiento de la pena en grados, la Biología encontró un amplio campo de actuación práctica en la investigación biológico-criminal de los reclusos en los denominados Centros de investigación biológico-criminal”¹⁴.

11. José Luis Castillo Alva, *El Derecho a la prueba en la investigación preparatoria*. (Lima: Instituto Pacifico, Perú, 2023), 233.

12. Considerando el Modelo del triple Riesgo delictivo, aunque seguro ahondando mas en el factor personal; que en factores de apoyo pro-social y de factores de oportunidades delictivas. Al respecto, Vid. Nasserine Montornés Mataoui. “El informe criminológico. Valoración del riesgo de reincidencia en la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad”; en *La Criminología que viene* (España: s.l., Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019), 192 – 193, <https://rejjicblog.files.wordpress.com/2020/01/la-criminologia-que-viene-V5-dbg-1.pdf>

13. Cfr. Carlos Climent Durán et al. *El informe criminológico forense* (Valencia, Tirant lo Blanch, España, 2012), 33 -37.

14. Edmundo Mezger. *Criminología*, (Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950), 155-156.

Si para un estudio preciso de la herencia y sus variaciones hay una dificultad casi insalvable, que es la trasmisión de caracteres, debemos si hacer notar que no puede dejar de reconocerse que algunas leyes universales descubiertas sobre la herencia rigen no solo para los animales y plantas¹⁵, sino que pueden aplicarse también a la especie humana.

Es así que en el 2022 se descubre nuevos genes, y sus relaciones con las enfermedades, propulsándose así, avances importantes en terapia génica. Asimismo, se han desarrollado estudios de respuesta al SARS-COV-2 identificando varios genes candidatos para la pérdida de gusto y olfato, vinculado al COVID 19. También, se destaca avances en cardiogenética¹⁶, pues ya se aplicaba la genética al campo oncológico, reproductivo, y en varias enfermedades.

El patrimonio hereditario influye innegablemente, en la génesis del carácter. Esto se comprueba en los gemelos univitelinos que tienen, en la mayoría de los casos, el mismo destino en materia de criminalidad o de anomalías mentales. La constitución psíquica hereditaria obra, pues, como determinación preponderante en la conducta criminal.

No solo la herencia es capaz de influir directamente en el carácter, también es necesario el contacto del individuo con el medio para que su constitución potencial y latente se actualice. Sin la actuación e influencia del ambiente no es imaginable la actualización de los rasgos, lineamientos y fuste total del carácter. No se puede negar ni desconocer que con cualquier medio ambiente se manifestaran siempre ciertas disposiciones y rasgos permaneciendo muchos otros como meras virtualidades ignoradas toda la vida, como acontece con los factores de la herencia mendeliana. Por eso, es necesario cada vez mas una “amplia visión explicativa, que llega a colegir que esta causalidad criminógena, es múltiple y combinada”¹⁷.

En la descendencia de algunos círculos familiares, se encuentran rasgos reaccionales, que

15. Siendo estos, considerados comunidades de organismos inferiores (células y bacterias) que colaboran para sobrevivir, vista desde la teoría simbiogenética reinterpretada por Lynn Margulis.

16. Estudio de factores genéticos que producen enfermedad coronaria; siendo interés la aplicación médica clínica y genética, para mejorar el peligro a evolucionar una enfermedad cardiaca, esto incentivó al primer trasplante de corazón de un cerdo, variado genéticamente para un paciente con problema coronario.

17. Daniel Ernesto Peña Labrin, *Curso de Post Grado Criminología* (Barcelona, España: Editora Jurídica V Lex International, 2013), 50, <https://derecho.usmp.edu.pe>

exhiben mas o menos temprano, durante su vida situaciones que los hace clasificar como desajustados, nerviosos o psicopáticos. Estas personas no manifiestan un positivo déficit mental ni sufren enfermedades de la mente, pero su manera de responder a ciertos estímulos es anormal. Un equilibrio emocional es casi constante, lo que les hace vivir, más o menos permanentemente en conflicto con las personas que entra en contacto.

Una personalidad psicopática no es un ser normal, tiene una disposición anormal congénita del ánimo de la voluntad la que puede ser o no heredada.

No siempre la personalidad psicopática se hace presente desde el nacimiento, en algunas ocasiones es durante el crecimiento y aun en la adolescencia, que los rasgos psicopáticos están ocultos hasta que un estímulo los pone de manifiesto.

No debe descartarse el hecho de que el psicópata vaya haciéndose asimismo parte de su desviación, fuertemente condicionado por el ambiente¹⁸.

La anormalidad caracterológica conduce al concepto dinámico del mecanismo delictogeno. El infractor es el resultante de la inhibición y descarga de reacciones. La delincuencia se produce por un bloque de energía o de estímulo.

Tenemos para una cabal interpretación del punto de vista de la herencia psicológica que resulta imposible, por así decirlo, enfocarla por sí sola. Se hace, pues, sumamente necesario establecerla en estrecha vinculación con la herencia biológica, puesto que el organismo en general debe ser considerado como un todo, como una unidad armónica tanto en sus funciones como en la psique.

“Como se puede advertir, hay diferentes interpretaciones del fenómeno criminal o de la desviación, donde se tienen en cuenta caracterizaciones biológicas o psicológicas de tipo social, estructural o cultural”¹⁹.

18. Vid. Javier Ysrael Momethiano Santiago, “Genética, Derecho y estructura del tipo penal de clonación humana”, en *Estudios de Derecho Penal*. Libro homenaje a Domingo García Rada (Arequipa, Perú: Editorial Adrus, 2006), 302 – 303.

19. Luis Marco del Pont, *Manual de Criminología*, (Lima, Perú: Ediciones Jurídicas, 1997), 108.

Naturalmente el tema que aquí se enfoca no es nuevo, pero si tiene una inquietud de hacer ver un factor fundamental en tanto proceso criminológico, ya que es necesario hacer notar que no solamente se trata de apreciar el hecho y adecuarlo en el correspondiente tipo penal, sino de procurar comprender su etiología, es decir saber el porqué de su conducta humana.

Es que sencillamente, es lamentable que nos asombremos de grandes actos delictivos como fue el caso de que dos menores degollaron a otro, porque creyeron que se trataba de una gallina. Tenemos que comprender que un hecho de tal naturaleza tiene gravísimas repercusiones, pues refleja sordidez inhumana de la clase social, por lo que se debe ir en ayuda de los pueblos jóvenes o asentamientos humanos que claman la pregonada justicia social.

Parece sencillamente mentira que, con actos así, insignificantes, se vaya incubando en el alma, en el pensamiento y en la vida misma de millones de pobladores, un sentido de venganza o se refuerce algún complejo, que al tratarse de contenerlo en el alcohol o drogas, termine en no saber imponer su personalidad. La consecuencia de un hijo con tara u otro aparentemente sano, está predispuesto a la degeneración.

Es esto posible, naturalmente. El Perú esta hoy más que nunca, en constantes contradicciones en todos los campos; en lo social, económico, educacional, etc. Se aprecia en la triste realidad, lo que podríamos llamar la tesis y antítesis objetivas. Y pensar que todo guarda relación con el alma humana y la mente tan susceptible de ser impresionada.

Estudios especializados nos demuestran con claridad meridiana la influencia de la herencia. Incluso un experto médico norteamericano L y TT Gardner ha revelado que uno entre trescientos niños nace agresivo, pues esto, se relaciona con la duplicación anormal del cromosoma "Y", en los núcleos de las células, pudiéndose establecer que se nace con cromosoma "2Y". Esto resulta relevante para la Criminología.

Existe influencia de los genes y del ambiente en el comportamiento humano, pues se aprecia la relevancia de los factores biológicos para la capacidad de culpabilidad, en tal sentido la penalidad se manifiesta, con fines de prevención especial positiva; y las medidas de seguridad, en base a la peligrosidad criminal.

Esto podría implicar que el avance genético pone fin a la polémica determinista e indeterminista. Lo cierto, es que se aprecia un determinismo débil, puesto que la influencia genético hereditario mas es visto con criterio político que científico.

Como puede apreciarse en nuestro artículo de investigación, consideramos al Derecho Penal y la Criminología como ciencia, pues es primordial sentar la interconexión de lo legal con la herencia biológica y psicológica. Y estas, a su vez en sus repercusiones en el ámbito social y humano que, desde luego, derivan en la política social del Estado, sea para con los niños, adolescentes o adultos.

En la actualidad puede afirmarse que un grupo mayoritario de criminólogos reivindica la autonomía de la ciencia criminológica, sobre la base de que las investigaciones vienen desplazándose hacia la sociología, paralelo fenómeno que ocurre con el Derecho Penal, pues es indudable que complica aún más el terreno de los sistemas sociales, por eso se dice que el giro sociológico de la criminología ha problematizado su objeto de estudio. Muestra de esta evolución es el éxito de la definición de Criminología como teoría radical de la desviación y control social²⁰.

Si tratamos un tema tan delicado e interesante, no podemos tampoco dejar de enfocar lo concerniente a las influencias positivas, y negativas de los medios publicitarios desde que ejercen tremenda acción en la mente humana, por tal razón es necesario que los espacios televisivos verifiquen y comprueben los motivos, manifestándose objetivamente en sus narraciones²¹.

Los efectos criminógenos de la prensa se dejan sentir especialmente en el mundo de la infancia y del adolescente, que imitan por sugestión lo bueno y lo malo. La prensa de un sector en vez de emplear su poder al servicio de fines superiores de la comunidad hace que esté subordinado al fin privado de la empresa. La valoración de la prensa tiene dos aspectos: la valoración individual y la valoración cultural, estando esta última en relación con las

20. Cfr. Javier Ysrael Momethiano Santiago, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (Lima, Perú: Editorial San Marcos, 2016), 19.

21. Nieves Sanz Mulas, *Política criminal* (Lima, Perú: A&G Impresiones, 2018), 125.

tradiciones del país. En nuestro medio, el nivel cultural no es homogéneo, pues hay lugares donde la influencia de la prensa se deja sentir, sobre todo en los centros urbanos, donde se tiene acceso a todas las clases sociales, pues la literatura roja que enerva el espíritu del menor de edad; y las tradiciones de negocio, necesitan tener vigilancia y poseer normas de ética²².

De tal manera, adviértase que la genética, no tiene relevancia absoluta, pues la personalidad del sujeto depende de varios factores que influyen en su desenvolvimiento, como es el ambiente social, ya que “el comportamiento dependerá del grado de la cultura y de la educación de cada persona, en tanto tales circunstancias permitirán al sujeto el correcto manejo de los frenos inhibitorios”²³.

Si lo heredado y lo vivido forman la personalidad procuremos al menos, poner nuestro aporte, para no tener que decir que nuestra sociedad merece un índice elevado de criminalidad.

III. CONCLUSIONES

- La genética ha tenido grandes avances en el campo oncológico, reproductivo y cardíaco. Durante la pandemia por COVID-19 se identificaron varios genes.
- La genética criminal se observa en las personas naturales, pues no es fácil sostener que las personas jurídicas tienen capacidad de actuar.
- La genética criminal aprecia lo referido a la herencia, a las alteraciones cromosómicas, y a la criminalidad.
- Una personalidad negativa es secuela de causas biológicas debido a factores hereditarios y psicológicos que recaen directamente en los caracteres propios que gobiernan su conducta, constitución física y espiritual.

22. Vid. Javier Ysrael Momethiano Santiago, “La herencia delincencial y sus proyecciones en el campo del Derecho Penal”, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal* (Lima, Perú: Talleres Gráficos de la UNFV, 2003), 104 – 106.

23. Salvador Francisco Sicmé, *Criminología causas y cosas del delito*, (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas, 2000), 266.

- En la conformación de la conducta humana intervienen varios factores, influenciando unos más que otros: medio ambiente, medio escolar, medio familiar, biológico, etc.
- La IA tendrá por objeto analizar un grupo de datos para vincular algunos marcadores genéticos con la conducta prohibida, pero no debiendo afectar el ámbito ético y legal.
- La influencia de la genética criminal se aprecia como un determinismo débil, en razón de tener un sustento político, mas que científico.
- La Criminología explica el comportamiento del agente tipificado como delito, mientras que el Derecho Penal valora o desvalora dicha conducta, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por la norma ha sido vulnerado.
- Las pruebas genéticas podrían determinar la atenuación de la pena por disminución de la culpabilidad; o la aplicación de las medidas de seguridad por peligrosidad criminal.
- Las pruebas genéticas deben ser voluntarias, respetando la confidencialidad, salvo excepción. Se excluye por lo general su obligatoriedad porque se vulneraría los derechos fundamentales.
- El informe pericial realizado por un criminólogo, deberá apreciar el delito, el delincuente, y la víctima; y adquiere esta, la calidad de prueba pericial, durante el juzgamiento penal.
- La incorporación de pruebas genéticas predictivas para solo elevar la punibilidad quiebra el proceso penal garantista por influencia del Derecho Penal de autor.
- La teoría monogenética de la criminalidad es rechazada contemporáneamente por la Criminología, ya que las causas que desencadenan el comportamiento delincencial son varias.
-

- Es necesario que los magistrados y los operadores de justicia se capaciten y especialicen en Criminología a efectos de buscar la explicación causal del hecho punible.
- Para cambiar la política penal de un país, por una política criminológica con mayor acercamiento preventivo al hecho punible, se requiere al Estado propulse que en las Facultades de Derecho y Ciencia Política creen Escuelas de Criminología, otorgando el grado de Bachiller en Criminología, y el Título profesional de Licenciado en Criminología.

REFERENCIAS

- Castillo Alva, José Luis. *El derecho a la prueba en la investigación preparatoria*. Lima: Instituto Pacífico, 2023.
- Climent Duran, Carlos et al. *El informe criminológico forense*. Valencia: Tirant lo Blanch: 2012.
- Cuatrecasas Monforte. Carlota. *La inteligencia artificial como herramienta de investigación criminal*. Madrid: La ley, 2022.
- Exner, Franz. *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1946.
- Francisco Scimé, Salvador. *Criminología Causas y Cosas del Delito*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2000.
- Hika L, Wael et al. *Criminologías Específicas*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- Irazabal Arana, Elen. *La inteligencia artificial explicada para abogados*. Madrid: La Ley, 2023.
- Marco del Pont, Luis. *Manual de Criminología*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.
- Mezger, Edmundo. *Criminología*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.

- Momethiano Santiago, Javier Ysrael. “La herencia delincencial y sus proyecciones en el campo del Derecho Penal”, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal*. Lima, Talleres Gráficos de la UNFV, (2003).
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael “Genética.Derecho y estructura del tipo penal de clonación humana”. En *Estudios de Derecho Penal*. Libro homenaje a Domingo García Rada. Arequipa: Editorial Adrus, 2006.
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial San Marcos, Segunda edición, 2016.
- Momethiano Zumaeta, Eloy Fernán y Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Tratado de Derecho Penal. Fundamentos para determinar la pena y las medidas de seguridad*. Lima: Editorial San Marcos, 2001.
- Montornés Mataoui, Nasserine et al. “El informe criminológico. Valoración del riesgo de reincidencia en la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad”; en *La Criminología que viene*, s.l., Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología, 2019.
https://rejjicblog.files.wordpress.com/2020/01/la-criminologia-que-viene_V5_dbg-1.pdf (consultado el 12 de julio de 2023).
- Peña Labrín, Daniel Ernesto. *Curso de Post Grado Criminología*. Barcelona: Editora Jurídica V Lex International, 2013, <https://derecho.usmp.edu.pe> (Consultado 12 de agosto de 2023)
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto y Prado Manrique, Bertha Verónica. *Políticas públicas y criminalidad*. Lima: Ideas solución editorial, 2021.
- Velásquez Velásquez, Fernando. “Las pruebas genéticas predictivas y el moderno proceso penal”. *Estudios penales y criminológicos*, Volumen 37 (2017), <https://doi.org/10.15304/epc.37.4158> (consultado el 29 de julio de 2023).

- Sánchez – Ostiz, Pablo et al. “La acción de las personas jurídicas. Límites en una ficción; en el Código Penal Bicentenario”, *Estudios de Derecho Penal actual*, Tomo II (Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2022), 322.
- Sanz Mulas, Nieves. *Política Criminal*. Lima: A&G Impresiones, 2018.
- Solis Espinoza, Alejandro. *Criminología Panorama Contemporáneo*. Lima: Adrus Editores, Quinta Edición, 2017.

RECIBIDO: 17/09/2023

APROBADO: 20/10/2023

*La colaboración eficaz en el proceso penal
cubano: problemáticas y pautas para su
solución**

*Effective Collaboration in the Cuban Criminal
Process: Problems and Guidelines for their
Solution*

Liuver Camilo Momblanc** <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>
Alianna Sosa Zúñigas*** <https://orcid.org/0000-0003-2504-3907>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2526>

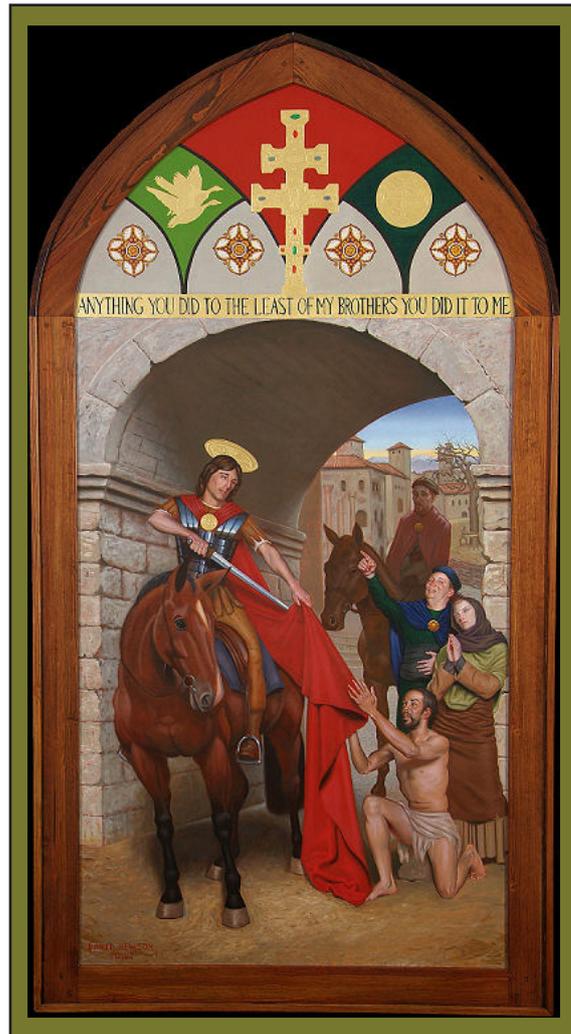
* El presente artículo es resultado del proyecto de investigación "La seguridad humana y sus retos en el contexto de la nueva Constitución" (Proyecto Asociado a Programa Nacional), adscrito a la sublínea de investigación Institucionalidad y ordenamiento jurídico cubano. Perfeccionamiento y retos ante la actualización del modelo económico y social, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Al propio tiempo, es continuidad del artículo intitulado: "La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial". *Revista Lex* n° 30 (2022): 229-57.
doi: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2448>

** Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Oriente, Cuba. Especialista en Derecho Penal, Especialista en Administración Pública, Licenciado en Derecho, Licenciado en Contabilidad y Finanzas, Presidente del Capítulo de Derecho Penal de la Unión de Juristas en Santiago de Cuba.
Correo electrónico: liuverc@uo.edu.cu

*** Especialista de Postgrado en Derecho Penal. Fiscal Municipal, municipio Palmira, provincia Cienfuegos. Cuba.
Correo electrónico: alian.sosa@gases.co.cu

Lex





Saint Martin. Óleo dorado, 24 kt, al agua sobre madera, 1.20 m x 2.45 m
David Hewson (EEUU 1966)
www.davidhewsonart.com

RESUMEN

En el artículo se señalan las insuficiencias que dificultan una efectiva implementación de la figura del colaborador eficaz en el proceso penal cubano, razón por la que se formulan, a partir de criterios teórico-doctrinales, su fundamento político-criminal y el Derecho comparado, un conjunto de pautas que puedan servir de guía en una futura reforma en la que la institución tenga un mejor tratamiento normativo que facilite su instrumentación a favor del sujeto que presta su colaboración con la justicia a cambio de una expectativa premial. De este modo, su correcta utilización debe favorecer la disminución de la impunidad y de la desconfianza en el sistema penal ante el auge de la nueva criminalidad y sus diversas manifestaciones.

Palabras claves: *derecho premial, crimen organizado, técnicas especiales de investigación, colaborador eficaz.*

ABSTRACT

The article points out the insufficiencies that hinder an effective implementation of the figure of the effective collaborator in the Cuban criminal process, reason why it is formulated, based on theoretical-doctrinal criteria, its political-criminal foundation and comparative law, a set of guidelines that can serve as a guide in a future reform in which the institution has a better regulatory treatment that facilitates its instrumentation in favor of the subject who collaborates with justice in exchange for a rewarding expectation. In this way, its correct use should favor the reduction of impunity and distrust in the criminal system in the face of the rise of new criminality and its various manifestations.

Keywords: *premises law, organized crime, special investigative techniques, effective collaborator.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República de Cuba del 2019 subrayó la existencia y el contenido esencial del debido proceso tanto en el ámbito judicial como administrativo y al mismo tiempo particularizó en cuanto al catálogo de las garantías penales que lo configuran, dibujando al legislador ordinario los márgenes de su labor reformativa en las oportunas leyes de desarrollo.¹ No en balde es sintomático que cuando cambia la Constitución de un Estado esté próxima la transformación y/o reforma de su ordenamiento jurídico-penal.

En la esfera adjetiva la reforma significó una medular transformación para el sistema de justicia al punto de ser calificada como la de mayor calado hasta ahora en el país. Específicamente en el ámbito penal se caracterizó por estar colmada de derechos y garantías, así como de novedosas instituciones procesales y útiles herramientas en el combate contra la criminalidad.²

Una de las herramientas que incorpora la nueva Ley adjetiva (Ley No. 143 “Del Proceso Penal”)³ bajo el rubro de las denominadas técnicas especiales de investigación criminal, cuando en realidad responde a una conocida institución del Derecho penal premial,⁴ es la

1. Mendoza Díaz, «La reforma procesal multidireccional cubana derivada de la Constitución de 2019», 18; «Constitución de la República de Cuba», arts. 94 y 95.

2. Mendoza Díaz, «La reforma procesal multidireccional cubana derivada de la Constitución de 2019», 11; Goite Pierre, «El desafío de la reforma procesal penal cubana: entre el garantismo y la política criminal», 672.

3. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”».

4. Fernández Romo, «Las técnicas especiales de investigación en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. Particularidades en Cuba», 295. «El Derecho Penal Premial agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena, orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en

figura del colaborador eficaz. A pesar de lo anterior, como quiera que la colaboración del culpable interesa en cuanto supone una contribución a la adquisición de pruebas procesales, su incorporación significa un paso de lo sustantivo a lo procesal.

El colaborador eficaz es un miembro o exmiembro de la organización delictiva que aporta elementos que pueden ser usados para la incriminación de otros miembros de la organización o para impedir la comisión de nuevos delitos. En términos generales, esta colaboración se va a promover con una expectativa de disminución en la pena impuesta o en la obtención privilegiada de beneficios penitenciarios.⁵

Así, con la misma finalidad que las técnicas de investigación especial, pero con una naturaleza jurídica distinta, cual mecanismo de incentivación a la colaboración con la justicia, la colaboración eficaz se prevé junto a la investigación encubierta, el empleo de la vigilancia electrónica o de otro tipo y las entregas vigiladas. En efecto, se circunscribe su utilización a hechos delictivos que lo ameriten por su gravedad, connotación u organización y a operaciones cuyo origen o destino sea el exterior del país, de cuya tesis se colige que no está limitada a la criminalidad organizada.⁶

Con base al auge que ha cobrado a nivel mundial el crimen organizado y en correspondencia con los compromisos asumidos internacionalmente, fue oportuno el reconocimiento de estos controvertidos métodos y técnicas en aras de elevar la efectividad en la prevención y el enfrentamiento a la delincuencia no convencional. La incapacidad de los Estados para enfrentar delitos con los mecanismos de siempre, los conmina a armarse con métodos especiales de investigación, medidas de prevención y expectativas premiales para erradicar

el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado. Las disposiciones premiales en los ordenamientos penales del Derecho Penal Clásico, se ubicaron históricamente en la Parte General de los Códigos Penales, en las modalidades de desistimiento o arrepentimiento en la etapa previa o durante a comisión del delito, donde se prevé una considerable disminución de la pena, y en correspondencia con la efectividad lograda por el oportuno desistimiento o arrepentimiento se podía exonerar de sanción, así como entre las circunstancias generales de atenuación, referidas a la casi totalidad de los delitos».

5. Borzi Cirilli, «La figura del arrepentido frente a casos de corrupción»; Castillo, *La colaboración eficaz en el derecho peruano*, 313; Benítez Ortúzar, «El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español», 251; Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial»; Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», 337.1.

6. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», 328.1.2.

la delincuencia, lo que ha hecho necesario actualizar la legislación penal.⁷ De ahí que la incorporación de esta noción en el ordenamiento jurídico nacional signifique un paso de avance en la actualización del proceso penal cubano en el marco de la reforma, sin que por ello se menoscaben las garantías procesales propias e irrenunciables del Estado Democrático de Derecho y Justicia Social.

El presente trabajo da continuidad a un artículo anterior publicado en esta propia revista con el título «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial», en el que se realiza una sistematización de los fundamentos generales que caracterizan el Derecho Penal Premial, la evolución histórica de esta modalidad del Derecho Penal moderno y los aspectos fundamentales que se han esgrimido en relación a ello. Aquel artículo contiene las nociones elementales en torno a la figura del colaborador eficaz, que sustentan la incorporación de esta nueva institución en las prácticas legales modernas. Es por ello que constituye el antecedente y fundamento de esta segunda entrega en la que se particulariza en la regulación de esta figura en el ordenamiento procesal nacional.

Consiguientemente, en este trabajo se presenta un diagnóstico, con base en los fundamentos teóricos que caracterizan a la colaboración eficaz, de las insuficiencias que dificultan su adecuada implementación en el país. Por último, se formulan pautas para su efectiva aplicación, a partir de sus fundamentos teóricos, el Derecho comparado y el propio diagnóstico realizado.

II. EL REFERENTE DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

2.1.- Antecedentes y fundamentos normativos

El empleo de las técnicas especiales de investigación responde a dos argumentos básicos, en primer orden: están diseñadas para enfrentar manifestaciones más graves de un sector de la delincuencia que se caracteriza por su lesividad, alto nivel de especialización, clandestinidad

7. Fernández Romo, «Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea.», 140; Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial», 229 ss.

y por su proyección transnacional, lo cual deviene en la complejidad para obtener pruebas que, conforme a los parámetros del proceso penal tradicional permitan el esclarecimiento y juzgamiento de los hechos que ejecutan. En lo atinente a la previsión de un mejor tratamiento punitivo al delincuente arrepentido, se pretende incluir, junto al castigo como consecuencia legítima de la comisión de la conducta constitutiva de delito, el premio por la contra-conducta consistente en la colaboración con la justicia. En segundo lugar, traen consigo restricciones a derechos fundamentales que se autorizan y toleran con apoyo en el interés general para prevenir y controlar esos delitos de especial gravedad.⁸

La Organización de Naciones Unidas (ONU), a partir del auge de la delincuencia no convencional, se ha pronunciado en fortalecer la cooperación entre los Estados para combatir el crimen organizado y crea importantes instrumentos jurídicos en aras de hacer frente a ese flagelo a nivel mundial. La Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo del 2000 y la Convención de Mérida del 2003 forman parte de estos cuerpos legales, gestados internacionalmente para combatir las más graves y peligrosas manifestaciones de la delincuencia contemporánea. En efecto, Cuba firmó y ratificó dichos instrumentos que posteriormente puso en vigor en el país.

Atendiendo al llamado de la comunidad internacional, las técnicas especiales de investigación criminal se han reconocido legalmente sin que se advierta uniformidad en cuanto a la sistemática legislativa asumida por los Estados. En este sentido, unos las han incorporado al Código de procedimiento penal ordinario, como en el caso de España, que lo hace en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otros como Guatemala, Costa Rica y Venezuela, las han legitimado en leyes especiales contra la delincuencia organizada y delitos de especial gravedad, para lo cual prevén taxativamente a qué delitos puede aplicarse en función de la investigación, y además regulan la forma de realización del Derecho Penal material, legalizando el procedimiento a seguir.⁹

8. *Vid.* Goite Pierre op. cit., 684 ss; Benítez Ortúzar, «El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español», 251 s.

9. Fernández Romo, «Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea.» op. cit. 295; Goite Pierre, op. cit. , 688.

No se debe perder de vista que la gran delincuencia tiende a aprovechar los déficits de regulación que puedan existir en determinadas cuestiones que implican relaciones internacionales entre diferentes Estados para desplazar allí sus operaciones, aprovechar las fisuras legales que les ofrecen esas lagunas penales y procesales y alcanzar impunidad a costa de burlar los esfuerzos investigativos que puedan estar realizando varios Estados. Para evitarlo se precisa de la cooperación internacional y ello requiere que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales contemplen medidas especiales de investigación, pues su falta de previsión y legitimación normativa impedirá o dificultará el aprovechamiento procesal válido de las informaciones que se recaben a través de su aplicación.

La cuestión que no debe desatender el legislador al momento de adoptar este tipo de medidas, ni los operadores del sistema penal encargados de su aplicación, es que se trata de actuaciones excepcionales. De hecho, en la modernización o perfeccionamiento de los medios de investigación, se debe procurar un equilibrio entre las aspiraciones de eficacia y el respeto a los derechos fundamentales que están en juego, por lo que su aplicación debe estar bien justificada y ser la estrictamente necesaria. Esta exigencia tiende a garantizar los estándares básicos del debido proceso que no se pueden saltar ni siquiera para reaccionar contra las formas delincuenciales más peligrosas, pues si lo que se pretende es tutelar el Estado de Derecho frente a los ataques más intolerables, no es conveniente que para ello se utilicen métodos contrarios a ese Estado de Derecho.¹⁰

En Cuba la polémica en cuanto al crimen organizado no se torna pacífica y aunque predomina la idea de que aún no existen condiciones que favorezcan su total desarrollo, es incuestionable que se han llevado a cabo actividades delictivas con carácter internacional y transnacional. Ello presupone la existencia de gérmenes de una nueva delincuencia que se distingue de la no convencional u organizada clásica, porque en ellas ha faltado la permanencia, autorrenovación y un modelo estructural maduro, como características que identifican a esta forma de criminalidad.¹¹

10. Goite Pierre, op. cit., 687 ss.

11. Fernández Romo, «Las técnicas especiales de investigación en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. Particularidades en Cuba» 314; Cruz Ochoa, *Crimen Organizado, Tráfico de Drogas, Lavado de Dinero y Terrorismo*, 5 ss.

Las actividades ilegales vinculadas con el crimen organizado en la Isla se presentan como impactos temporales más que como resultado de un proceso interno. Primeramente, porque el proyecto social vigente no las favorece, pues en él se muestra una clara voluntad del Estado de enfrentar de manera oportuna fenómenos de esta naturaleza a los efectos de mantener el orden social, la seguridad ciudadana e incluso la propia supervivencia. Por otro lado, la condición geográfica propicia un mejor control de las fronteras, lo que impide el paso indiscriminado de miembros de las organizaciones criminales.¹²

No obstante, aunque no se afirme categóricamente la existencia en el país de una criminalidad organizada arraigada, se radican procesos penales vinculados a una criminalidad no convencional y otros de naturaleza económica que, dada las bondades de las tecnologías de la información, permiten realizar transferencias de efectivo al exterior con la consecuente afectación económica al Estado. Estas acciones ilegales, por su peculiar forma de consumación, demandan de un proceso investigativo donde se autorice la realización de acciones proactivas de inteligencias.¹³

Con la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 389 del 2019 modificativo del entonces Código Penal y la Ley Contra Actos de Terrorismo, en el país se reconocieron legalmente las técnicas especiales de investigación, siendo estas: la investigación encubierta, la colaboración eficaz, la vigilancia electrónica o de otro tipo y las entregas vigiladas, las que actualmente se contemplan por vez primera en ley adjetiva (Ley No. 143 “Del Proceso Penal”).¹⁴

Las razones materiales que condujeron a esta reforma procesal en el ámbito nacional, más que a necesidades vinculadas con el grado de complejidad y gravedad de las manifestaciones delincuenciales en el contexto patrio, se derivaron de los compromisos asumidos a nivel internacional, teniendo en cuenta que el Estado cubano firmó y ratificó los instrumentos jurídicos internacionales creados para enfrentar el crimen organizado.¹⁵

12. Fernández Romo, ídem, 314.

13. Idem

14. Rivero García y Bertot Yero, *Código Penal de la República de Cuba Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*; Cuba. Consejo de Estado, «Decreto-Ley No. 389/2019 Modificativo del Código Penal, de la Ley Contra Actos de terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal (GOC-2019-1053-EX27)»; Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», p. art. 328.1.

15. Al realizarse entrevista a profesionales del Derecho en relación a las razones que fundamentaron la actual regulación de la figura del colaborador eficaz en la vigente Ley del Proceso Penal cubano como técnica especial de investigación, se conoció que tuvo sus precedentes en el hecho de que Cuba en el año 2012 recibió el apoyo internacional para integrarse al Grupo de Acción Financiera Internacional, a los efectos de ser excluido de la lista de países que supuestamente

Al realizarse un breve análisis del Decreto-Ley No. 389 del 2019, se advierte que regula las técnicas especiales de investigación en un único artículo, resultando escueto y ambiguo en cuanto a los aspectos que las comprende y a los presupuestos de actuación según sus particularidades. En relación con la institución objeto de estudio, introduce la figura del colaborador eficaz y plantea, al igual que para las restantes, que debe emplearse siempre que resulte idónea o necesaria para la investigación de hechos delictivos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sean el exterior del país.¹⁶

Establece de manera general el procedimiento para solicitar y autorizar la aplicación de los métodos de investigación,¹⁷ de la misma manera para todas las técnicas, sin tener en cuenta que estas difieren entre sí. No es por ello de extrañar que se obvian aspectos importantes dirigidos a proporcionar un uso debido según sus particularidades. Además, la formulación que ofrece del término colaborador eficaz no estipula, entre otros elementos, los beneficios que pueden obtenerse a cambio de la cooperación del sujeto con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos delictivos. En síntesis, aunque su reconocimiento significó un paso de avance en la lucha contra la delincuencia, la regulación jurídica nacional de esta figura era a todas luces insuficiente.

2.2. Un análisis de *lege lata*

La Ley No. 5 de 1977 de Procedimiento Penal,¹⁸ resultó objeto de diversas modificaciones durante su vigencia y además se adoptaron numerosas instrucciones y acuerdos por el Consejo

financiaban el Lavado de Activo y el Terrorismo y con ello propiciar el acceso a líneas de créditos internacionales aún con las limitaciones que impone el bloqueo norteamericano a la Isla. Al incorporarse al GAFILAT (grupo latinoamericano), el Estado cubano anualmente se evalúa por este grupo y se le realizan recomendaciones encaminadas a demostrar la eficacia judicial en el enfrentamiento al Tráfico de drogas, de armas y de capitales ilícitos, al flagelo de la corrupción. Una de esas recomendaciones fue la reformulación del tipo penal de Lavado de Dinero por el de Lavado de Activos y la incorporación de tipologías precedentes para su configuración. Posteriormente se le recomendó al país que el ordenamiento jurídico debía contener las técnicas especiales de investigación, lo cual fue asimilado y en su momento se promulgó la norma jurídica que lo regulaba.

16. Cuba. Consejo de Estado, «Decreto-Ley No. 389/2019 Modificativo del Código Penal, de la Ley Contra Actos de terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal (GOC-2019-1053-EX27)», p. art. 4.

17. *Ibid.*, p. art. 110.

18. Rivero García, *Ley de Procedimiento Penal, Ley no. 5 de 13 de agosto de 1977 (Anotada y concordada con las Disposiciones del CGTSP)*.

de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) en cumplimiento de su misión de establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley. Con el tiempo se hizo necesario integrar en una nueva disposición normativa toda la experiencia precedente y observar los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba; así como las tendencias actuales del Derecho Procesal Penal.¹⁹

Atendiendo a lo anterior se aprobó la «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”» que introdujo importantes cambios en el procedimiento para investigar y juzgar presuntos hechos delictivos. Las modificaciones refuerzan las garantías de los acusados y otros sujetos que intervienen en el proceso penal y resuelve las fundamentales insatisfacciones que se tenían en relación con algunos aspectos de la ley anterior.²⁰

El nuevo texto normativo mantuvo la regulación jurídica de las técnicas especiales de investigación preceptuadas en el Decreto-Ley No. 389 del 2019, con mínimos cambios en su reconocimiento. En consecuencia, adolece de las mismas problemáticas que su precedente. Así, en el capítulo dedicado a las técnicas especiales de investigación, se definen de manera general y establece cuáles las conforman, entre las que se reconoce la figura del colaborador eficaz, aunque este mecanismo básicamente responde a una conocida institución del Derecho penal premial.²¹

La norma expone cuándo procede aplicar la figura del colaborador eficaz y enmarca su empleo de la misma manera que para las restantes técnicas. Al efecto acota su uso siempre que resulte idónea o necesaria para la investigación de hechos delictivos concretos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sean el exterior del país, de acuerdo con la cooperación penal de Cuba con otros Estados.²²

19. *Vid.* POR CUANTO: Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”».

20. Mendoza Díaz, «La reforma procesal multidireccional cubana derivada de la Constitución de 2019»; Goite Pierre, «El desafío de la reforma procesal penal cubana: entre el garantismo y la política criminal».

21. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», arts. 327 y 328.

22. *Ibid.*, p. art. 328.2.

Aunque constriñe su empleo a aquellos casos que verdaderamente lo requieran y plantea los criterios para aplicarla, no define los términos gravedad, connotación y organización, ni establece su alcance. Consecuentemente, no se descarta que su uso esté dirigido a la investigación de todos los hechos delictivos comprendidos en la legislación penal sustantiva, por lo que al no establecer taxativamente las tipicidades delictivas que pueden justificar su aplicación, no se ajusta a las posiciones doctrinales y jurídico-comparativas referentes a esta figura procesal.²³

Se plantea que su tramitación se realiza en pieza independiente al Expediente de Fase Preparatoria y que las diligencias que lo conforman son secretas,²⁴ pero no se precisa quiénes intervienen en ese momento inicial ni quiénes tienen acceso a esa investigación preliminar.²⁵ No se clarifica cómo entra el colaborador eficaz al proceso y tampoco se aclara la forma en que las diligencias deben ser incorporadas en un futuro al expediente, ni cuál resulta el momento cumbre para que la autoridad encargada de la investigación decida su anexión.

Si bien se le atribuye al Instructor Penal la facultad de solicitar al Fiscal la aprobación para el empleo de la técnica de colaboración eficaz,²⁶ no se detalla qué información debe presentar que justifique el uso de la técnica especial y no otro mecanismo tradicional. Tampoco se relaciona la práctica de otros medios de prueba necesarios para corroborar la información que se aporta, los que sin lugar a dudas deben acompañar el escrito de solicitud; ni se detallan los aspectos que rigen el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz como expectativa premial en caso de que este procediera.

De igual modo, no se aclara quién le aporta la información a la autoridad solicitante, si el Fiscal en ese momento tiene acceso a la misma, y si este último tiene contacto directo con el imputado que colabora para comprobar por sí mismo los aportes que le presentó el Instructor Penal, teniendo en cuenta que este proceso especial se desarrolla en el marco de la

23. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial».

24. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», p. art. 328.3.

25. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, *op. cit.*

26. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, *op.cit* », p. art. 329.1.

consensualidad, o sea, en el pacto que se suscribe entre el Fiscal y el aspirante a colaborador eficaz dado a que es el persecutor penal quien aprueba la aplicación de la técnica. Lo mismo ocurre cuando le corresponde otorgar dicha autorización al Fiscal General de la República, si bien el texto jurídico establece los casos concretos en que ostenta la facultad de consentir el empleo de la colaboración eficaz.²⁷

La ley esboza cómo deben proceder el Instructor o el Fiscal cuando utilizan la multicitada técnica sin contar previamente con el permiso correspondiente.²⁸ No obstante constituir esta situación una excepción a lo reglado, no se precisa cuáles son las circunstancias del caso que pueden llevar a que la autoridad emplee el método de investigación sin contar con la aprobación previa. Tampoco se especifica en qué instante se interesa el consentimiento para continuar con el empleo de la técnica, pues si bien la norma otorga un plazo de veinticuatro horas para ello, no precisa si ese momento es al inicio de su aplicación o en el transcurso de ella.

Se limita el término de duración del empleo de la colaboración eficaz hasta sesenta días y se faculta al Tribunal para el otorgamiento de una prórroga a ese término²⁹ sin detallar qué elementos debe tener en cuenta el órgano de justicia para ello. Además, no se especifica quién es la autoridad encargada de solicitarle al Tribunal el aplazamiento de la aplicación de la técnica ni si el Fiscal o el Juez tienen facultades para revisar el expediente secreto y comprobar el estado de la investigación que en él se sustancia.

Se hace referencia al momento en que la solicitud de aplicación de la colaboración eficaz y su aprobación se incorporan al Expediente de Fase Preparatoria,³⁰ pero no se establece qué debe realizar la autoridad actuante con el material probatorio acopiado durante el procedimiento especial ni cómo esas pruebas que se practicaron en la secretividad se van a hacer públicas en un proceso penal ya iniciado. Se obvia que es un imputado quien tiene la categoría de colaborador eficaz, por lo que en el proceso instructivo es al coimputado y al resto de las partes a quienes se les comunica de la aplicación de la técnica especial.

27. *Ibid.*, p. art. 329.2.

28. *Ibid.*, p. art. 330.

29. *Ibid.*, p. art. 331.

30. *Ibid.*, p. art. 332.

El texto normativo precisa qué se considera por colaborador eficaz,³¹ pero no se señalan elementos que constituyen parte esencial de esta figura. Al limitarlo a la categoría de imputado, deja en desventaja a la persona que siendo acusada, incluso sancionada, tiene el interés de colaborar con la administración de justicia penal. Por último, no se hace referencia a los requisitos que debe cumplir la persona para que le sean aplicables los beneficios por colaboración eficaz.³² De tal forma que para el proceso penal cubano, tal y como está concebido, los líderes, cabecillas o dirigentes principales de las organizaciones delictivas pueden ser colaboradores eficaces y disfrutar de la atenuación o beneficios que se establece respecto a la sanción penal, si bien en cualquier caso estos deben tener mayor reproche por ostentar una posición determinante dentro de la red criminal.

La Ley adjetiva concibe la posibilidad de la colaboración eficaz desde dos aristas distintas dentro del proceso: como un criterio de oportunidad³³ y como una técnica especial de investigación criminal.³⁴ En su dimensión de criterio de oportunidad se concede este tratamiento procesal al colaborador con el requisito de que la sanción que corresponda al hecho punible en que incurra sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita, y brinde información esencial para evitar que continúe cometiéndose el delito o que se perpetren otros; ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados. Unido a lo anterior, bajo esta vertiente existe la limitación de la aplicación del beneficio de la oportunidad en delitos intencionales de hasta 5 años de privación de libertad.³⁵

31. *Ibid.*, p. art. 337.1.

32. Se establece en la doctrina y en algunos de los textos normativos estudiados en el Derecho Comparado que la aplicación de los beneficios premiales por la colaboración eficaz que brinda el imputado en un proceso penal debe cumplir con determinados requisitos. Al respecto se establecen los siguientes: haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas; admitir o no contradecir los hechos en que ha intervenido o se le imputan, por lo que los hechos que este no acepte no formarán parte del proceso de colaboración eficaz y se estará a lo que se decida en el proceso penal correspondiente; y presentarse al Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial».

33. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», p. art. 17.4.

34. *Ibid.*, p. art. 337.1.2.

35. *Ibid.*, p. art. 17.1.4.

Por otra parte, como técnica especial de investigación, aunque igualmente exige que la sanción que le corresponde por el hecho punible que cometió sea menor que la sanción del hecho punible que facilita su persecución y esclarecimiento, señala con mayor amplitud los beneficios de la colaboración. En este sentido, prevé la posibilidad de aplicar la regla de atenuación extraordinaria de la sanción prevista en el Código Penal, cuya aplicación significa una reducción de la pena a imponer. También estipula que le resulta aplicable el criterio de oportunidad regulado en el artículo 17.4, pero en este caso con independencia del marco sancionador del delito correspondiente, lo que efectivamente se traduce en una ampliación de su margen de aplicación.³⁶

De acuerdo con GOITE PIERRE, esta dualidad de la colaboración eficaz puede ser objeto de modificación en la que la institución tenga un solo concepto que obedezca al Derecho premial. Solo si fuera necesario, podrá evaluarse el tratamiento específico cuando se emplee como una técnica de investigación criminal, lo que evitaría esta doble mirada teniendo en cuenta que los criterios de oportunidad obedecen a razones de política criminal.³⁷

Como otra de las insuficiencias en el procedimiento establecido para la aplicación de la colaboración eficaz, no se reconocen sus fases o etapas, por lo que la regulación jurídica de esta figura dista de la legislación comparada.³⁸ En relación con la fase de iniciación, no se le otorga protagonismo al imputado que deviene en colaborador eficaz, en tanto es a partir del acercamiento de esta persona a la autoridad competente que se da inicio al proceso.³⁹ No se formulan precisiones en cuanto a la corroboración de los datos que el colaborador proporciona, siendo esta una fase vital del procedimiento, sin que se aclare qué ocurriría cuando la información no se corrobore luego de agotados los medios de prueba aportados por el colaborador ni si los elementos de convicción recabados durante dicha fase tienen validez para ser incorporados en otros procesos.

36. *Ibid.*, arts. 337.1.2 y 17.4; Rivero García y Bertot Yero, *Código Penal de la República de Cuba Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*.

37. Goite Pierre, *op. cit.*, 691.

38. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, *op. cit.*.

39. En la legislación penal correspondiente a los países estudiados que reconocen esta fase del proceso especial de colaboración eficaz, se estima que ese acuerdo se realiza entre el imputado colaborador y el Fiscal, y que es la policía quien realiza las investigaciones que el representante del Ministerio Público indica. *Vid.* *Ibid.*

No se menciona el momento en que debe celebrarse el acuerdo con el imputado, ni si este se da o no y por qué motivos. Tampoco se hace referencia a la homologación del acuerdo por el Juez, pues solo se hace mención a este para conceder la prórroga al término de duración de la técnica. Esta constituye la fase de control y decisión judicial, en la que el órgano de justicia tiene como objetivo efectuar el control de la legalidad tanto del procedimiento como de las obligaciones impuestas y la proporcionalidad entre los hechos delictivos perpetrados y los beneficios acordados.

Del mismo modo, no se establecen los principios que deben regir para garantizar su correcta aplicación, aunque tampoco se especifican estos para el resto de los métodos que establece el cuerpo normativo. En relación a ello, la norma solo se refiere a la secretividad en su tramitación, así como la confidencialidad de las informaciones obtenidas mediante su aplicación,⁴⁰ lo cual se asocia con el principio de reserva, por lo que se puede razonar que lo admite aunque no explícitamente.

Tampoco se otorga protección alguna al imputado que colabora con la justicia contribuyendo al esclarecimiento de los hechos delictivos, pues no existe un sistema de protección a testigos, ni legislación que lo instituya.⁴¹ En tal sentido debió el legislador establecer en la ley la forma de brindar protección tanto al colaborador eficaz como a sus familiares de posibles actos de intimidación o represalia llevados a cabo por otros imputados, lo cual sin lugar a dudas genera confianza en el sistema penal.

La Ley No. 143 del 2021 responsabilizó al Ministerio del Interior (Minint) con la solicitud y ejecución de las técnicas especiales de investigación, así como las medidas de protección que se adopten durante su aplicación. En correspondencia con ello, se dictó la Resolución No. 84 del 2021 que dispone el tratamiento de dichos métodos por parte del Minint.⁴² La citada norma también adolece de algunas cuestiones que fueron esbozadas anteriormente, aunque contiene aspectos que en la ley adjetiva no se enuncian.

40. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”», p. art. 339.3.

41. *Vid.* Salazar Caramazana, «La protección a testigos en Cuba: retos y perspectivas», 61 ss.

42. *Vid.* Ministerio del Interior, «Resolución No. 84 del 2021».

Como aspecto positivo también se establecen taxativamente las tipicidades delictivas a las que resultan de aplicación las técnicas especiales. En esta dirección se estipula que se emplean en las investigaciones penales cuyos intervinientes estén presuntamente involucrados en actos contra la Seguridad del Estado, Terrorismo, Tráfico de Drogas, Lavado de Activos, Trata de Personas, de corrupción grave, operaciones cuyo origen o destino sean el exterior del país y otros que por su lesividad, connotación u organización criminal lo requieran.⁴³ Se introduce de esa forma el término lesividad en correspondencia con los cambios que se han implementado en el país a partir de la reforma en materia penal. Además, se adiciona el concepto criminal, por lo que acertadamente se reconoce en la norma de rango inferior el uso de los modernos métodos de averiguación delictiva en aquellos casos que conciernen al crimen organizado.

En contraposición con la ley previamente analizada, la Resolución No. 84 del 2021 incorpora los principios internacionales que respaldan la utilización de las técnicas especiales. Aunque no se refiere a la mayoría de los que se plantean en la legislación comparada, satisfactoriamente admite los referidos a la subsidiaridad, necesidad, proporcionalidad, especialidad y reserva, los cuales explica en su articulado;⁴⁴ sin embargo, no admite otros de vital importancia, especialmente para la colaboración eficaz.⁴⁵

III. LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LA PRAXIS CUBANA: PROBLEMAS Y DESAFÍOS

En busca de lo que acontece en el proceso penal cubano en cuanto a la colaboración eficaz, tal y como está concebido a partir de la entrada en vigor de la Ley No. 143 “Del Proceso Penal”, se aplicaron encuestas y entrevistas a profesionales que ejercen en el campo

43. *Vid.* Ibid.

44. *Ibid.* *Vid.* Resuelvo Segundo, el cual establece que: Respaldan la aplicación de las Técnicas Especiales de Investigación los principios internacionales reconocidos siguientes: 1. Subsidiaridad: se aplica solo si no existen otros métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus intervinientes identificados; 2. Necesidad: se utiliza solo atendiendo a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito investigado; 3. Proporcionalidad: se emplea solo si la protección del interés público predomina sobre la protección del interés privado; 4. Especialidad: la información recolectada es conocida por la autoridad competente y utilizada en el proceso para aprobar la acusación que fue materia de la investigación; 5. Reserva: las actuaciones referidas a las Técnicas Especiales de Investigación solo son de conocimiento de los funcionarios autorizados por la ley.

45. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, op. cit.

del Derecho Penal en el país y se tuvo en cuenta la experiencia en el desempeño de sus funciones. La muestra, no probabilística, se corresponde con un total de 73 profesionales en ejercicio que pertenecen a los 8 municipios de la provincia Cienfuegos, donde se desarrolló la investigación. Entre ellos especialistas del Departamento de Procesos Penales de la Fiscalía Provincial, de la Sala de lo Penal del Tribunal Provincial Popular y de la Unidad Provincial de Investigación Criminal y Operaciones. El 27.4% (n=20) se desempeña como fiscales, el 20.5% (n=15) representa a jueces, igual por ciento corresponde a abogados (n=15) y el 31.5% (n=23) a instructores penales.

De la muestra seleccionada, solo 4 profesionales ostentan la categoría académica y/o científica de Especialista de Posgrado (2 abogados, 1 juez y 1 instructor penal), cuya representación es del 5%; los restantes no poseen categoría alguna, lo que equivale al 95%. En cuanto a la categoría docente, el 10% (n=7) son Profesores instructores (3 jueces, 2 fiscales y 2 abogados); mientras que el 1% (n=1) ostenta la categoría de Profesor asistente (1 juez) e igual cifra 1% (n=1) la de Profesor consultante (1 instructor). Por otro lado, el 88% (n=64) de los encuestados no tienen categoría docente alguna.

Solo el 14% de los encuestados manifiestan conocer el contenido del Derecho Penal Premial (2 jueces y 8 abogados), no así el resto representado por el 86% (n=63). Esto evidencia que una reducida cifra de ellos tiene conocimiento sobre esta nueva tendencia del Derecho Penal y del carácter premial que se le atribuye. Ello supone un riesgo de cara a su implementación si se tiene en cuenta que corresponde al Fiscal jugar un rol fundamental en este caso en correspondencia con el modelo constitucional cubano de control de la investigación por parte de la Fiscalía.

En cuanto a los que respondieron de forma positiva, solo un 20% (1 juez y 1 abogado) lo asocia al Derecho Penal del Arrepentimiento, tal y como se conoce también en la doctrina. Del resto de los participantes, el 50% (n=5) lo relacionaron con el Derecho Penal Mínimo (1 juez y 4 abogados); mientras que el 30% (n=3) representado por los restantes encuestados se refirieron a este como el Derecho Penal de *ultima ratio*. Se demuestra, por tanto, un desconocimiento de los componentes teóricos que fundamentan la regulación jurídica de las instituciones que devienen del Derecho Penal Premial.

La totalidad de la muestra manifestó conocer en qué consiste la figura procesal del colaborador eficaz y esa noción la fundamentan en que se trata de una institución conocida en el proceso penal cubano a través de su incorporación en la legislación nacional por el Decreto-Ley No. 389 del 2019. Sin embargo, en virtud de las respuestas ofrecidas por estos se determinó que predomina la problemática de igualar esta técnica especial de investigación con la circunstancia atenuante prevista en el entonces artículo 52 inciso ch) del Código Penal cubano.⁴⁶

El 95% (n=69) de la muestra seleccionada entiende que la figura del colaborador eficaz debe aplicarse en todos los casos en que resulte de utilidad en el proceso penal, lo cual se corresponde con 16 fiscales y el resto de los encuestados. La otra representación, siendo esta el 5% (n=4) referida a 4 fiscales, lo relacionan con los delitos no convencionales. Se considera de esa manera que su aplicación se puede manifestar en todas las tipicidades delictivas establecidas en la ley sustantiva y no solo en aquellos delitos que caracterizan la criminalidad no convencional para los cuales está diseñado.

El 26% (n=19) de los profesionales escogidos para el estudio (11 abogados y 8 instructores penales) refirieron haber tramitado casos donde se ha empleado la figura del colaborador eficaz. Ello significa para este grupo el imputado cuya conducta en el proceso penal califica para que concurra la circunstancia atenuante antes mencionada por haber contribuido de las formas que lo establece el precepto legal en el esclarecimiento del delito. Debe tenerse en cuenta que se trata de instituciones penales diferentes, lo cual constituye una problemática hoy dado por la interpretación que sobre ellas se evidencia en los actores procesales. Por su parte, el 74% (n=54) respondió de forma negativa.

Sobre la actual regulación de la figura del colaborador eficaz en la Ley del Proceso Penal, el 100% (n=73) de los encuestados coincide en que resulta necesaria. El 73% (n=53) admite que la norma vigente proporciona los elementos suficientes para implementar esta figura en el país (13 fiscales, 20 instructores penales, 10 jueces y 10abogados); mientras que el 12%

46. *Vid.* Rivero García y Bertot Yero, *Código Penal de la República de Cuba Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, p. art. 52-ch).

(n=9) lo niega (7 fiscales, 1 juez y 1 abogado). En ese aspecto destaca que predomina un [15% (n=11)] desconocimiento en cuanto a ello al estimarse por 3 instructores penales, 4 jueces e igual número de abogados no saber el alcance de la norma procesal.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que existe inexperiencia en cuanto a los elementos que caracterizan esta institución jurídica. Si bien resulta novedosa en Cuba, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno obliga a estudiar los fundamentos que la componen en aras de coadyuvar su correcta implementación.

En otro orden de ideas, el 41% (n=64) de la muestra estima que la regulación de la colaboración eficaz en la ley adjetiva es acertada (18 fiscales, 11 jueces, 15 abogados y 20 instructores penales). Respuesta contraria a la anterior fue ofrecida por el 5% (n=8), equivalente a 2 fiscales, 4 jueces y 2 instructores penales. Además, se obtuvieron respuestas referidas a que la misma se encuentra completa, para un 20% (n=31) (11 jueces y 20 instructores penales); mientras que otras se manifestaron acerca de que esta aún resulta insuficiente, representadas por el 34% (n=52) que se corresponde con 20 fiscales, 7 jueces, 15 abogados y 10 instructores penales. En este caso se ofrecieron un total de 155 criterios para lo cual debe tenerse en cuenta que se le dio la posibilidad a los encuestados de marcar una posible multirrespuesta.

En mérito de lo expuesto hasta aquí, las problemáticas que dificultan la adecuada implementación en el proceso penal cubano de la figura del colaborador eficaz se dividen en dos grupos, lo cual responde con una calificación realizada por los autores de conformidad con las respuestas de los encuestados. En el primer grupo, denominado como insuficiencias de orden teórico-doctrinal, se destacan el escaso tratamiento desde el punto de vista teórico y práctico de las técnicas especiales de investigación en Cuba y el Derecho premial, el desconocimiento de la figura del colaborador eficaz por las partes que intervienen en el proceso penal cubano, la falta de preparación y experiencia profesional en la aplicación de la figura del colaborador eficaz. En el segundo grupo califican las de orden normativo, prevaleciendo en ellas el insuficiente diseño en la Ley del Proceso Penal de la figura del colaborador eficaz, la utilidad práctica que pudiera tener no está procesalmente definida, la implementación de la figura por el Minint carece de elementos que son imprescindibles para su aplicación y la falta de estructura normativa.

El 45% (n=33) de los encuestados coincide en que es necesario formular pautas que contribuyan a la implementación de la figura del colaborador eficaz en el proceso penal cubano, aspecto que fue planteado por 20 fiscales, 8 jueces y 5 instructores penales; mientras que el 17% (n=12) ofrecieron criterios contrarios al anterior (3 jueces, 8 abogados y 1 instructor penal). Por otra parte, el 38% (n=28) de la muestra se abstuvo de un pronunciamiento al respecto al sostener una postura neutral (4 jueces, 7 abogados y 17 instructores penales). Ello denota, como se ha planteado antes, que prevalece inexperiencia en ese sentido, lo cual refuerza la incertidumbre del cómo proceder cuando haya que hacerlo.

También se aplicó como instrumento de investigación la entrevista a 3 profesionales de las diferentes esferas de actuación en el campo del Derecho Penal. A los efectos de la investigación constituyen sujetos claves por razón de su vasta experiencia en el ejercicio profesional y los conocimientos que poseen en aspectos particulares de la colaboración eficaz. De ellos, 2 Doctores en Ciencias Jurídicas y 1 Especialista en Derecho Penal.

Según manifestaron los entrevistados, la actual regulación de la figura del colaborador eficaz en la Ley adjetiva proporciona los elementos suficientes para su implementación, teniendo en cuenta que a nivel internacional se ha confirmado la validez de la norma jurídica que lo contiene y su incorporación textual en la ley constituye su máxima expresión. Además, se plantea que la ley reúne los elementos básicos para su ejecución porque establece las reglas necesarias para poder utilizar esta técnica, evita el abuso de sus postulados y el riesgo de elevar o beneficiar la posición de un imputado/acusado en un proceso por encima de otros involucrados que pudieran tener un menor nivel de responsabilidad.

IV. EL COLABORADOR EFICAZ. PAUTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

El estudio realizado desde el punto de vista teórico-doctrinal, el análisis de las tendencias aportadas por la comparación jurídica⁴⁷ y de la legislación nacional, así como la constatación de los resultados obtenidos con la aplicación de las encuestas y entrevistas, permiten delimitar

47. *Vid.* Camilo Momblanc y Sosa Zúñigas, *op. cit.*

los elementos trascendentales que sirven de sustento en el análisis general de la colaboración eficaz como técnica especial de investigación en la vigente Ley No. 143 “Del Proceso Penal”. En consecuencia, se proponen las siguientes pautas para su correcta instrumentación:

Debe entenderse por colaborador eficaz al imputado, acusado o sancionado por delitos de considerable gravedad que siendo miembro o no de una organización delictiva aporta información útil y comprobable a la autoridad competente que permite disminuir o reparar el daño causado, determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, facilitar su castigo, impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad o recuperar bienes producto del delito, lo cual hace motivado por la obtención de beneficios premiales que pueden ser la abstención por parte del Fiscal del ejercicio de la acción penal, la atenuación de la sanción penal, la libertad condicional o controlada, el indulto judicial, la sustitución de la pena por restrictiva de derechos, la suspensión de la ejecución de la pena y la remisión para quien la está cumpliendo.

La norma jurídica que desarrolle los aspectos instrumentales o de procedimientos relativos a las técnicas especiales de investigación que establece la Ley No. 143 “Del Proceso Penal” debe ser de rango normativo superior (no así la Resolución No. 84/2021 del Minint), teniendo en cuenta la fuerte incidencia de estos métodos de investigación criminal en los derechos fundamentales de los implicados.

La colaboración eficaz se erige sobre criterios utilitaristas, considerando que se trata de buscar herramientas eficaces para contrarrestar el fenómeno de la criminalidad organizada en tanto los mecanismos tradicionales que guardan compatibilidad con las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos resultan insuficientes e ineficaces para la lucha contra esta nueva forma de criminalidad. Tiene como finalidad la desarticulación de la organización criminal, mediante el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras. En consecuencia, su instrumentación requiere autorización expresa que se ventila caso por caso, la cual debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente con la debida motivación. Al mismo tiempo, se debe asegurar la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.⁴⁸

48. *Vid.* Fernández Romo, «Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea», 149; Goite Pierre, *op. cit.*, 688; Benítez Ortúzar, *op. cit.*, 271.

El objetivo primordial de otorgar beneficios o privilegios a la persona que colabora con la administración de justicia penal es premiar y fomentar conductas de desistimiento, renuncia, abandono o arrepentimiento eficaz de la actividad criminal o, en su caso, auxiliar o colaborar con la justicia en el desmantelamiento de los grupos de organización criminal a la que pertenece.

En función de la obtención de beneficios premiales, el agente debe tener la voluntad de proporcionar información eficaz para el esclarecimiento del delito, debe abandonar la organización criminal de la que es miembro y admitir o no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen.

No son aptos para ser denominados colaborador eficaz los líderes, cabecillas o dirigentes principales de las organizaciones delictivas.

El proceso especial de colaboración eficaz es excepcional, por lo que su aplicación debe limitarse a determinados delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales siempre que las conductas ilícitas se correspondan con: Actos contra la Seguridad del Estado; Terrorismo y su financiamiento; Producción, venta, demanda, tráfico, distribución, tenencia ilícitos de drogas estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras de efectos similares; Tráfico de Personas; Tráfico de Órganos; Tráfico de Armas; Lavado de Activos; Corrupción; Delitos contra la humanidad; Contrabando y otros con características similares.

El proceso especial por colaboración eficaz se sustancia en pieza separada del Expediente de Fase Preparatoria la cual se puede denominar Carpeta Fiscal de Colaboración Eficaz, y deberá contener las declaraciones del colaborador, los actos procesales de corroboración documentados, los documentos aportados por el colaborador, las disposiciones y providencias de impulso, así como toda la documentación pertinente al proceso especial.

El proceso especial por colaboración eficaz debe constar con las siguientes fases o etapas:

- Fase de iniciación o calificación. La colaboración eficaz puede iniciarse por tres vías: mediante la solicitud voluntaria del imputado, acusado o sancionado; por solicitud del Fiscal,

quien podrá proponer el procedimiento de colaboración eficaz a la persona que considere susceptible de brindar información; o por solicitud del órgano de persecución penal, quien podrá captar al individuo que considere idóneo para aportar información, debiendo comunicarlo inmediatamente al Fiscal. La solicitud puede ser verbal o escrita y debe contener la manifestación libre y espontánea de someterse al proceso especial, el alcance de la pretensión premial, los hechos involucrados y los conocimientos o información que se aportará.

Si el Fiscal advierte que la información resulta útil, relevante y corroborable a los efectos de contribuir al esclarecimiento del hecho delictivo, nombrará al imputado postulante como colaborador eficaz, debiendo mantener siempre la secretividad en todo lo que concierne al proceso. En todos los casos la persona que se postule como colaborador eficaz será asistida por un defensor de libre elección o, en caso contrario, se le deberá designar uno de oficio.

- Fase de corroboración. El Fiscal inicia los actos de investigación para corroborar con otros medios de prueba la información ofrecida por el colaborador eficaz, para lo cual dispone de las diligencias que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada, precisando qué órgano las tendrá a su cargo, el que realizará los actos de corroboración necesarios para posteriormente elevar el respectivo informe. Los actos de corroboración tienen carácter reservado, por lo que en esta fase solamente intervienen el Fiscal, el colaborador eficaz con su defensor y el perjudicado a los efectos de aportar pruebas enmarcadas al ámbito de la reparación civil.

- Fase de celebración del acuerdo. En dependencia de los resultados obtenidos mediante la corroboración de la información aportada por el colaborador eficaz, el Fiscal decide si considera procedente o no celebrar el acuerdo de beneficios. Debe celebrarse de forma proporcional teniendo en cuenta el grado de importancia de la colaboración, la magnitud del delito, la culpabilidad del colaborador y podrá acordar los beneficios que se establecen en la definición planteada con anterioridad. En virtud de ello se confecciona un acta con el colaborador en la que debe constar el beneficio acordado, los hechos a los cuales se refiere y las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada, denominada Acta de Beneficios y Colaboración Eficaz.

De manera contraria, si se estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, el Fiscal deniega la realización del acuerdo. En ese caso deberá emitir una disposición debidamente razonada justificando cuál es la causal de denegación, entre las que se encuentran que la información no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente, la falta de corroboración y la falsedad de la información. La denegación del acuerdo genera los siguientes efectos: en caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe expedir comunicación. Los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos.

- Fase de control y decisión judicial. El acuerdo entre las partes debe ser homologado por el juez. Dicha validación consta de tres momentos: el control preliminar de la Carpeta Fiscal de Colaboración Eficaz; la celebración de una audiencia especial y privada con la presencia obligatoria del Fiscal, el colaborador y su abogado defensor, la cual tiene por finalidad precisar y ratificar el contenido del Acta de Beneficios y Colaboración Eficaz, escuchar la motivación del acuerdo, escuchar al colaborador eficaz y verificar la legalidad y proporcionalidad del acuerdo; y la decisión judicial, que puede ser aprobando o desaprobando el acuerdo. En el primer caso el juez emitirá un auto motivando las razones de su decisión, mientras que en el segundo caso dictará la sentencia por colaboración eficaz en los mismos términos descritos en el Acta de Beneficios y Colaboración Eficaz.

Los actos de investigación que se realizan durante el proceso especial de colaboración eficaz en virtud de corroborar la información que ofrece la persona que deviene como colaborador, constituyen prueba anticipada y su incorporación al Expediente de Fase Preparatoria debe hacerse mediante la práctica de las pruebas reconocidas tradicionalmente, o sea, testifical, documental, pericial, etc.⁴⁹

Los principios que rigen el proceso especial por colaboración eficaz son los siguientes: eficacia, oportunidad, proporcionalidad, comprobación, formalidad, control judicial, revocabilidad, condicionalidad, reserva y protección.

49. *Vid.* Fernández Romo, «Las técnicas especiales de investigación en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. Particularidades en Cuba», 312 ss.

Mientras dure el proceso penal deben adoptarse medidas de aseguramiento personal para la persona que ostenta la categoría procesal de colaborador eficaz y para sus familiares allegados, en aras de garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y la seguridad personal. Lo anterior se sustenta en que los mismos pueden estar sometidos a fuertes actos de represalias o intimidación, de lo contrario se corre el riesgo de no contar con testimonios y pruebas valiosos para el proceso. Dichas medidas pueden ser: de protección policial en el domicilio, la cual puede abarcar el cambio de residencia y ocultación del paradero; preservar la vivienda y la de sus familiares; previo a la primera declaración del colaborador eficaz, preservar u ocultar la identidad del beneficiario y demás datos personales; y después de su declaración otorgada ante juez competente y siempre que exista riesgo o peligro para la vida, integridad o libertad del beneficiado o la de sus familiares, se podrá otorgar el cambio de identidad y facilitar su salida del territorio donde reside.

V. CONCLUSIONES

La reciente reforma procesal cubana es el resultado natural de un procedimiento atemperado a los nuevos escenarios jurídicos normativos que dispuso la promulgación de la nueva Constitución de la República en abril del año 2019. Sin duda la ley suprema trazó la ruta para la actualización de Ley “Del Proceso Penal”, la que, entre tantas otras novedades, incorpora por vez primera las técnicas especiales de investigación criminal, que define como métodos para obtener la información de los recursos técnicos, tecnológicos, humanos y de otras características, utilizados en determinadas actividades delictivas.

A pesar de lo anterior, la regulación jurídica de la figura procesal del colaborador eficaz como técnica especial de investigación es insuficiente, en tanto no se vislumbran aspectos esenciales que permitan su correcta implementación en el país. Ello puede traer consigo tanto su incorrecta aplicación en los casos en los que proceda o su falta de empleo cuando realmente se requiera. En base a lo anterior, resulta de vital importancia el perfeccionamiento en el orden normativo tanto en la propia ley como en la norma que la desarrolle, la cual debe ser de rango superior al de una resolución debido a la naturaleza de su contenido. Al mismo tiempo se requiere la preparación de los operadores jurídicos en aras de contar con los conocimientos indispensables para su adecuada utilización.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba. «Ley No. 143 “Del Proceso Penal”». Ministerio de Justicia. Gaceta Oficial No. 140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021, 28 de octubre de 2021.
<https://www.minjus.gob.cu/sites/default/files/archivos/publicacion/2021-12/goc-2021-o140.pdf>
- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. «El colaborador con la justicia en el ordenamiento jurídico español». En *El Derecho penal en tiempos de cambios*. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño, 244-94. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2016.
- Borzi Cirilli, Federico A. «La figura del arrepentido frente a casos de corrupción». Accedido 28 de febrero de 2022.
http://penalismocritico.blogspot.com.ar/2016_11_01_archive.html.
- Camilo Momblanc, Liuver, y Alianna Sosa Zúñigas. «La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho penal premial». *Revista Lex*, n.º 30 (2022): 229-57. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2448>.
- Castillo, José. *La colaboración eficaz en el derecho peruano*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial, 2018.
- «Constitución de la República de Cuba», 10 de abril de 2019.
<http://www.cubadebate.cu/noticias/2019/04/09/descargue-la-constitucion-de-la-republica-de-cuba-pdf/>.
- Cuba. Consejo de Estado. «Decreto-Ley No. 389/2019 Modificativo del Código Penal, de la Ley Contra Actos de terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal (GOC-2019-1053-EX27)». *Gaceta Oficial* No. 27 Extraordinaria de 18 de noviembre de 2019. Ministerio de Justicia, 18 de noviembre de 2019.
- De la Cruz Ochoa, Ramón. *Crimen Organizado, Tráfico de Drogas, Lavado de Dinero y Terrorismo*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 2004.
- Fernández Romo, Rodolfo. «Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea.» En *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*, 139-62. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2013.

- Fernández Romo, Rodolfo. «Las técnicas especiales de investigación en el enfrentamiento a la criminalidad organizada. Particularidades en Cuba». En *El Derecho penal de los inicios del siglo xxi la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, 292-316. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2014.
- Goite Pierre, Mayda. «El desafío de la reforma procesal penal cubana: entre el garantismo y la política criminal». *Revista Cubana de Derecho* 2, n.º 1 (2022): 670-700.
- Mendoza Díaz, Juan. «La reforma procesal multidireccional cubana derivada de la Constitución de 2019». *Revista Cubana de Derecho* 2, n.º 1 (2022): 11-41.
- Ministerio del Interior. «Resolución No. 84 del 2021». Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 107, Edición Extraordinaria, 29 de diciembre de 2021. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-84-de-2021-de-ministerio-del-interior>.
- Rivero García, Danilo. *Ley de Procedimiento Penal, Ley no. 5 de 13 de agosto de 1977 (Anotada y concordada con las Disposiciones del CGTSP)*. 2a edición. La Habana: Ediciones ONBC, 2012.
- Rivero García, Danilo, y María Caridad Bertot Yero. *Código Penal de la República de Cuba Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*. 3a edición. La Habana: Ediciones ONBC, 2017.
- Salazar Caramazana, Dayron Lorenzo. «La protección a testigos en Cuba: retos y perspectivas». Tesis de especialidad, Universidad de Oriente, 2014.

RECIBIDO: 07/09/2023

APROBADO: 10/25/2023

*Eficacia del sistema anticorrupción desde
una perspectiva axiológica*
*Effectiveness of the Anti-Corruption System
from an Axiological Perspective*

Ailin Estefany Pérez Zapata* <https://orcid.org/0009-0007-4317-5977>

Rolando Castillo Santiago** <https://orcid.org/0000-0001-8764-9168>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2527>

* Licenciada en Derecho, Estudiante de la Maestría en Derecho con Matricula:231F18011 adscrita a la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.

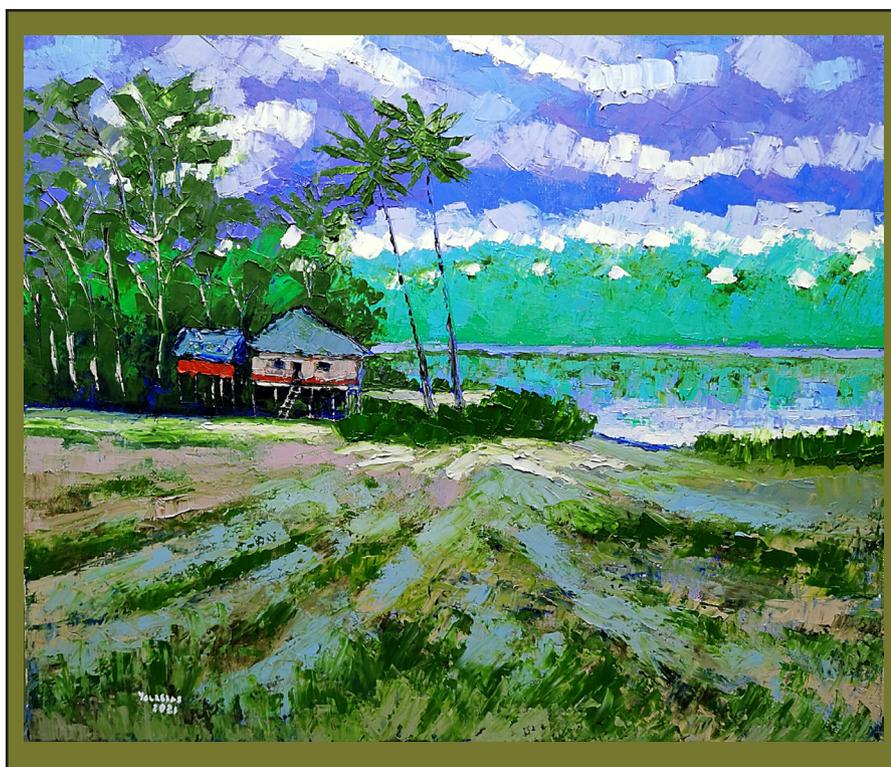
Correo electrónico: ailinez23@gmail.com

** Doctor en Estudios Jurídicos, Profesor Investigador tiempo completo adscrito a la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I SNI CONAHCYT, miembro del Sistema Estatal de Investigadores 2023, Representante del Grupo de Investigación Derecho, Psicología y otras ciencias, línea de investigación derechos humanos, propiedad intelectual y vulnerabilidad México.

Correo electrónico: rolando.castillo@ujat.mx

Lex





Santa Clara de Nanay. Óleo sobre tela, 60 cm X 50 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiassanchez@hotmail.com

RESUMEN

El fenómeno corrosivo llamado corrupción, es una conducta humana que atañe a casi todos los países del mundo. En México se implementó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como una estrategia que contraataca estas conductas negativas que realizan principalmente los servidores públicos; estos mismos actores son quienes deben dar cumplimiento a las medidas establecidas para combatir conductas antiéticas que van en contra de la moral, frente a los constantes obstáculos que se presentan en el desempeño de sus funciones para obtener beneficios personales o de los cuales tenga un interés para con terceros del cual designe, lo que impide la eficiente implementación del Sistema propuesto dentro de las políticas públicas establecidas para tal fin, imposibilitando el beneficiar a toda sociedad para dar certeza y seguridad al ciudadano mismo, por parte del gobierno.

Palabras clave: *corrupción, servidores públicos, derecho comparado, moral.*

ABSTRACT

The corrosive phenomenon known as corruption is a human conduct that strikes nearly every country of the world. In Mexico, the National Anticorruption System (NAS) was implemented as a strategy that counteracts these negative conducts carried out mainly by public servants; these same actors are the ones who must comply the established measures to combat unethical doings that go against morality, in the face of constant obstacles that arise in the performance of their functions to obtain personal benefits or those that have an interest with third parties who they designate, which prevents the efficient implementation of the proposed System within the public policies established for that purpose, making it impossible to benefit society by giving certainty and security to the citizen himself, by the government.

Keywords: *corruption, public servers, comparative law, morality.*

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se estableció como hipótesis el *determinar si las políticas públicas correspondientes al sistema anticorrupción, tienen resultados satisfactorios a la sociedad*, desarrollando un esquema de objetivos que se describen de forma paulatina en el contenido del trabajo en cuestión, utilizando para el desarrollo del contenido los métodos estratégicos de comparación de casos, análisis de información, sociología jurídica, criminología, comparación de datos duros como fuentes de resultados, entre otros.

Determinar la conducta como factor primordial la sinergia sistemática entre los individuos, correspondiente en no hacer y dejar hacer, para la obtención de un lucro.

Cada uno de los puntos que se desarrollan se interrelacionan gradualmente, de tal forma que se tiene al apartado denominado *II. El Sistema Anticorrupción en México*, el cual tiene como objetivo el identificar los elementos esenciales de la anticorrupción en el implementado Sistema Nacional Anticorrupción; se analizan las medidas establecidas en las leyes mexicanas para llevar a cabo con eficacia el mencionado Sistema, y los resultados que se han obtenido desde su puesta en práctica.

Seguidamente, en el apartado denominado *III. El Sistema Anticorrupción en el Derecho Comparado*, se continua con el tema de estudio, esta vez a un nivel internacional, analizando las medidas de acción contra la corrupción que otros países han establecido. Para esto, se

tomaron en cuenta distintos parámetros de puntuación asignado a cada nación, teniendo como primordial técnica la comparación de marcos legales.

En el apartado designado *IV. Principales actores en las conductas de hacer, la individualización en el efecto anticorrupción*, se examinan los diferentes sectores que son primeramente afectados por la corrupción, estudiando algunas acciones cometidas por los principales involucrados en las conductas corruptas y sus posibles motivos o causas.

Finalmente, es en el apartado *V. Esquemas metodológicos para individualizar la conducta del servidor público ante circunstancias socio-jurídicas*, que se reflexiona sobre los valores y códigos de ética y moral propios que los servidores públicos deben poner en uso al momento de ejercer su función, a través de diversas normas y lineamientos promulgados por el gobierno que establecen los principios con los que cualquier servidor de la nación debe cumplir.

II. EL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO

De acuerdo a la Secretaria de la Función Pública, la corrupción se puede definir como *el abuso del poder público para beneficio propio*.¹ Otras formas de conceptualizar la corrupción son *el uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado; todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político; y el uso arbitrario del poder*.²

Partiendo de estos conceptos, se puede opinar que la corrupción es el abuso del poder, cometido por una figura de autoridad pública; ésta es representada por el agente encomendado en un estatus de supremacía en el ejercicio de sus funciones para con los demás ciudadanos. Es preciso reconocer que el trasladar facultades por parte del Estado se encuentra legitimado mediante instrumento normativo legal correspondiente al área, materia y territorio. El resultado de la conducta contraria a un fin establecido trae como resultado un beneficio privado o dispuesto a tercera persona (en la actualidad, éste fenómeno ha evolucionado a que los beneficios se extiendan a personas designadas por el ente que se encuentra en condiciones

1. Cfr. <https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion>

2. Stephen Morris, *Corrupción y Política en el México Contemporáneo*, (México: Siglo Veintiuno Editores, 1992), 18.

de corrupción, como hermanos, primos, papás, hijos etc.).

Se entiende entonces que la corrupción cuenta con tres elementos sustanciales para su existencia:

1. Un poder otorgado o encomendado.
2. La práctica abusiva.
3. El beneficio privado.³

En materia de combate a la corrupción, México ha tenido un cambio notorio en los últimos años. El 27 de mayo de 2015, los legisladores reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).⁴

El 18 de julio de 2016 se publicaron las leyes secundarias, la Ley General de Responsabilidades Administrativas,⁵ la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa,⁶ y la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA);⁷ asimismo, se estableció que las legislaturas de las entidades federativas deberían expedir leyes y realizar adecuaciones normativas correspondientes para compatibilizar sus marcos normativos con la legislación nacional.⁸

Es así que, en la actualidad, derivado de la LGSN, se ha establecido a nivel federal el Sistema Nacional Anticorrupción, que es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.⁹

3. Salvador Hernández Aguilar, "La Corrupción y los Grupos de Poder en México", *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, no. 4 (mayo-agosto 2017): 2, <http://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/10.-Salvador-Hernandez.-.pdf>

4. Cfr. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015

5. Cfr. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_200521.pdf

6. Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf>

7. Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo118520.html>

8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 73, fracción XXIV.

9. *Ibidem*, Artículo 113.

El SNA cuenta con un Comité Coordinador, que es la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del mismo Sistema Nacional, tendrá bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción.¹⁰ Dicho Comité establecerá una plataforma digital Nacional que conecte diversos sistemas electrónicos a efecto de establecer políticas integrales, metodologías de medición, y que las autoridades competentes tengan acceso a estos sistemas.¹¹

Por medio de esta ley, se involucra la participación de los ciudadanos para que sean miembros activos en el combate y prevención de la corrupción. Para ello, un ciudadano deberá encabezar el SNA y, además, habrá un Comité de participación ciudadana, formado por 5 personas.¹²

Al 27 de septiembre del 2019, con referencia a la información proporcionada por el Sistema Nacional Anticorrupción de los 32 Estados de la República, el Seguimiento de los Sistemas Locales Anticorrupción (SLA)¹³ reportó que:

- 27 cuentan con Secretaría Ejecutiva del Sistema local
- 29 han nombrado un fiscal anticorrupción
- 30 de ellos han concluido con la adecuación legislativa
- 31 cuentan con Comité de participación ciudadana y con Comité Coordinador
- 32 ya nombraron magistrados competentes en materia de responsabilidades administrativas
- En todas las entidades cuentan con Comisión de selección.

10. Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, op. cit., Artículo 8o.

11. *Ibidem*, Artículo 9o.

12. *Ibidem*, Artículos 15 y 16.

13. Los SLA son los sistemas anticorrupción de las entidades federativas, cuyo objetivo es coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.

A un nivel local, Tabasco ha dado cabal cumplimiento por lo establecido en la normatividad con la creación de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Tabasco,¹⁴ que a su vez es el génesis de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción (SESEA), la cual es un organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión para brindar apoyo técnico al Comité Coordinador así como dar seguimiento a las políticas públicas que éste establezca para el combate a la corrupción.¹⁵

En términos generales, el SNA establece los principios, bases generales y las políticas públicas para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como para la fiscalización y control de recursos públicos. La finalidad de esta instancia es establecer, articular y evaluar la política en la materia.¹⁶

En este sentido, se promulgaron y reformaron los siguientes instrumentos jurídicos:

- Ley General de Responsabilidades Administrativas: que asigna a los servidores públicos la responsabilidad de sujetarse en el desempeño de sus funciones al cumplimiento de ciertas obligaciones,

- Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación: en fortalecimiento de la Auditoría Superior de la Federación para el combate de la corrupción;

- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa: para crear al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena;

- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: para crear la Fiscalía Especializada

14. El principal objetivo de la ley es integrar al Estado de Tabasco al Sistema Nacional Anticorrupción, estableciendo diferentes mecanismos de coordinación entre las diversas autoridades y órganos del Estado, para la prevención, disuasión, detección, investigación y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción de servidores públicos y particulares vinculados a los mismos.

15. Cfr. https://seseatabasco.org.mx/?page_id=200

16. Gabriel Pérez Pérez, "El Sistema Nacional Anticorrupción como política pública para reconfigurar al Estado de derecho", *Espacios Públicos*, México, 2018, vol. 21, núm. 52, (2018): 45-66.

de Combate a la Corrupción, como órgano autónomo para investigar y perseguir actos de corrupción;

- Código Penal Federal: para establecer las sanciones que serán acreditables a quienes cometan actos de corrupción: servidores públicos y particulares; y

- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: a fin de fortalecer la Secretaría de la Función Pública para la prevención y combate de la corrupción.

Al 18 de junio de 2021, las Entidades Federativas se encontraban adecuadas al marco normativo de los SLA de la manera representada en el siguiente gráfico:

Tabla 1. Instrumentos Jurídicos implementados por las Entidades Federativas.

INSTRUMENTO JURÍDICO	ENTIDADES FEDERATIVAS			
	Actualizadas		Faltantes	
Reforma a la Constitución Local	32	100%	0	0%
Ley Estatal Anticorrupción	32	100%	0	0%
Ley de Responsabilidades Administrativas	32	100%	0	0%
Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas	31	97%	1	3%
Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa	32	100%	0	0%
Ley Orgánica de la Fiscalía General	31	97%	1	3%
Código Penal	32	100%	0	0%
Ley Orgánica de la Administración Pública Estatal	32	100%	0	0%

Fuente: Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, *Adecuación al marco normativo de los Sistemas Locales Anticorrupción*, Secretaría de Gobernación, 18 de junio de 2021, https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2021/06/Avance_Marco_Normativo_SLA-18Jun2021.pdf

III. EL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Condición apremiante de países que pusieron en acción planes o instituciones que se encargarían de dar seguimiento a las acciones administrativas de sus gobiernos. Uno de los principales motores de detectar, prevenir o sancionar estas conductas que merman de manera sustancial la economía del Estado, corresponde en concientizar con la población sobre actos o elementos que determinan el término *corrupción* y sus efectos, pero, sobre todo, velar por

la permanencia de bienes jurídicos superiores y comunes, tales como el orden público, la paz social y la seguridad nacional.

Dentro de las instancias creadas para los fines previamente mencionados se encuentra *Transparency International* (TI), una organización internacional, *no gubernamental* y sin fines de lucro dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional. Esta organización tiene como principal objetivo internacional el implementar como valores mundiales la transparencia y rendición de cuentas por parte de todas las naciones como normas públicas.¹⁷ Los logros que TI ha tenido son bastos, entre ellos destacan la firma de acuerdos internacionales, reformas de leyes, reglas y normas, e introducción de nuevas políticas para interceptar prácticas corruptas,¹⁸ pero el mundialmente reconocido Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)¹⁹ resulta una implementación de suma importancia para la investigación del fenómeno de corrupción en cada país.

Es partiendo del antes mencionado que se realiza un análisis de disposiciones tomadas por algunos de los países que mejor puntaje y nivel han tenido durante los últimos años, debido a que dieron pauta a tomar acciones similares e impusieron medidas innovadoras para el tiempo en que se crearon. Estos son:

1. *Nueva Zelanda*

Desde su primera publicación en 1995, Nueva Zelanda ha encabezado las listas del IPC por más de cinco años consecutivos, con un puntaje no menor a 87 puntos;²⁰ es argumentalmente uno de los países modelos en materia de anticorrupción. Debido a su sistema legal, el cual favorece a sus intereses propios como nación, los casos actuales de corrupción son prácticamente escasos.²¹

17. Cfr. <https://www.tm.org.mx/transparencia-internacional/>

18. *Idem*.

19. El índice, publicado de forma anual desde 1995, clasifica a los países por sus niveles percibidos de corrupción en el sector público, todo ello determinado por medio de encuestas de opinión y evaluaciones de expertos en la materia, donde 100 podría entenderse como “sin corrupción” y 0 como “altamente corrupto”.

20. *Idem*.

21. Nestor Parrondo, “Que puede aprender España de Nueva Zelanda en cuanto a lucha contra la corrupción”, *Revista GQ*, 22 de febrero de 2018, <https://www.revistagq.com/noticias/articulos/espana->

La Ley de Transparencia de Nueva Zelanda se implementó en 1982, y desde su ejercicio, el país ha obtenido buen puntaje en diferentes rankings de acceso a la información y transparencia con sus ciudadanos.²²

Aplica un sistema basado en agencias que supervisan las acciones de sus instituciones públicas y de su población en general. La primera de ellas, llamada *Serious Fraud Office* (SFO), tiene amplias facultades para investigar, procesar y sancionar a aquellos que sean acusados de crímenes financieros serios o complejos, incluyendo sobornos y corrupción. Los interrogados (y testigos, también) por esta agencia no tienen derecho a permanecer en silencio y tienen como obligación el facilitar las pruebas requeridas, sean para su beneficio o no.²³ Los involucrados en dichos juicios deben colaborar total y completamente con la SFO.

En su sistema legal, el soborno está absolutamente prohibido, ya sea activo o pasivo,²⁴ en ambos sectores público y privado, por la Ley de Delitos y la Ley de Comisiones Secretas; las sanciones por este delito varían entre multas de 2.000 dólares neozelandeses y 14 años de prisión, dependiendo el grado del delito.²⁵ El código de Estándares de Integridad y Conducta (previamente conocido como el Código de Conducta) entró en efecto el 30 de noviembre de 2007, claramente expresa que los funcionarios públicos de la nación no pueden solicitar ni aceptar obsequios que los someta a alguna obligación o influencia, no pueden dejar que sus intereses o relaciones personales afecten sus acciones mientras se encuentren en cargo, o usar su posición para beneficio propio.²⁶

corrupcion-aprender-nueva-zelanda/28234

22. Cfr. <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-derecho-informacion/nueva-zelanda>

23. Parrondo, Nestor, *op. cit.*

24. Se le llama soborno activo al acto en que una persona ofrece, promete o da un soborno (un ejemplo podría ser dar dinero a cambio de un favor específico). Soborno pasivo se comprende como la acción que una persona realiza al solicitar, pedir o aceptar un soborno (un ejemplo de esto es cuando un funcionario público acepta dinero a cambio de un favor específico).

25. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción, “Países mejores puntuados a nivel mundial: Nueva Zelanda”, 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/nuevazelanda/>

26. Comisión de los Servicios Estatales, *Estándares de Integridad y Conducta*, Gobierno de Nueva Zelanda, junio de 2007, <https://www.publicservice.govt.nz/assets/Legacy/resources/Code-of-conduct-StateServices.pdf>

En Nueva Zelanda, la policía no solo es controlada por el Ministerio de Justicia,²⁷ sino también es monitoreada por un organismo externo. La Autoridad Independiente de la Conducta Policial (AICP), creada en 1998, es una agencia autónoma que se dedica a investigar quejas sobre conducta policial, negligencia de deberes, prácticas policiales o procedimientos en el cuerpo policiaco.²⁸ Asimismo, supervisa los lugares de detención de la policía para garantizar que los Derechos Humanos de los detenidos prevalezcan y se respeten en todo momento.²⁹

Además de las medidas puestas en práctica previamente mencionadas, buena parte de la razón por la que Nueva Zelanda es un país con gran estima en la transparencia de sus acciones se debe a su misma población, quienes son conscientes que la integridad y legalidad es un bien frágil que debe ser protegido y cultivado día con día a través de vigilancia y trabajo.³⁰

2. *Finlandia*

Generalmente hablando, Finlandia es un país que goza de buena reputación. Con un sistema de gobierno bien desarrollado, eficiente y transparente, no es sorpresa que el país aparezca con un alto ranking en numerosas listas internacionales. Ha ocupado el puesto número uno en el IPC en diversos años, pero desde el 2013 se ha establecido en el tercer lugar, con un puntaje no menor a 85.

27. Principal órgano de Justicia del país, sus funciones incluyen proporcionar liderazgo para el sector judicial en conjunto, cerciorarse de la aplicación de la ley e impartición de justicia, administrar la asistencia legal y la defensoría pública, entre otros.

28. Cfr. <https://www.ipca.govt.nz/>

29. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción, op. cit.

30. Nestor Parrondo, op. cit.

Tabla 2. Índice de Percepción de la Corrupción-Finlandia

Finlandia - Índice de Percepción de la Corrupción		
Fecha	Ranking de la Corrupción	Índice de Corrupción
2020	3º	85
2019	3º	86
2018	3º	85
2017	3º	85
2016	3º	89
2015	3º	90
2014	3º	89
2013	3º	89
2012	1º	90
2011	2º	94
2010	4º	92

Fuente: Expansión, Finlandia - Índice de Percepción de la Corrupción, datosmacro.com, 2020, <https://datosmacro.expansion.com/>

En 2008, el país estuvo bajo el ojo público internacional, debido a un escándalo concerniente al Ministro de Relaciones Exteriores y el uso indebido del teléfono del ministerio para fines personales;³¹ si bien, esto no sería un caso de gran magnitud en otros lugares, esta acción cae dentro de las definiciones de corrupción por lo que acciones contra el entonces funcionario público fueron tomadas de inmediato.

En 2009, se aprobó una ley que exige se esclarezcan y se hagan las correctas divulgaciones de las donaciones a candidatos y partidos. Hubo una reforma electoral que hizo que el número de distritos electorales se redujera, aumentando la proporcionalidad del sistema electoral vigente; por último, se implementó y alentó un mecanismo de participación ciudadana en la que los gobernados pudieran proponer ideas para reformas legislativas, de manera on-line.³²

31. Puig, Ramón, "Combate contra la corrupción: la experiencia finlandesa", *Periódico Listín Diario*, 21 de agosto de 2008, <https://listindiario.com/puntos-de-vista/2008/08/21/70656/combate-contra-la-corrupcion-la-experiencia-finlandesa>

32. Sustainable Governance Indicators, *Finland Report*, Bertelsmann Stiftung, 2019, pp. 2 y 3.

Su sistema judicial es uno de los pilares básicos para la sociedad finlandesa. Su cultura prioriza la seguridad jurídica de la nación, condenado cualquier tipo de combinación de intereses públicos y privados que puedan obstaculizar el ejercicio de los servidores públicos en su cargo. Varios mecanismos implementados ayudan al éxito que Finlandia tiene en el combate contra la corrupción, los cuales incluyen una auditoria estricta del gasto estatal, regulaciones más estrictas sobre el financiamiento de partidos políticos, pleno acceso a los medios y la información relevante para el público en general, entre otros.³³

El Código Penal de Finlandia prohíbe el soborno (pasivo y activo), fraude, abuso de poder, abuso de confianza y abuso de información interna. Criminaliza el soborno entre empresas, de servidores públicos finlandeses y extranjeros, al igual que soborno por medio de intermediarios, como agentes o representantes. Dichos delitos son sancionados con hasta cuatro años de prisión y con multas de hasta 850,000 euros (tratándose de compañías o empresas).³⁴

Sus principales instituciones encargadas de combatir la corrupción son el Ministerio de Justicia, quien funciona como organismo nacional de coordinación para el trabajo contra la corrupción en el país, la Oficina del Fiscal General, quien actúa como la agencia de administración central de la fiscalía finlandesa responsable de las operaciones del servicio, y el Ministerio del Interior, que se encarga de los asuntos relacionados con la seguridad interna, como lo son la lucha contra el terrorismo, la policía y cuestiones de migración, entre otros asuntos.³⁵ La administración judicial se integra en tribunales de justicia independientes, sus autoridades de ejecución de sentencias, la Agencia de Sanciones Penales,³⁶ y otras vías.

A pesar de que Finlandia no está exenta de corrupción, como se comprobó en casos anteriores, el riesgo es muy bajo. Los ciudadanos finlandeses opinan que su nación ha permanecido fuerte debido a cuatro estrategias específicas para contrarrestar la corrupción:

33. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción, "Países mejores puntuados a nivel mundial: Finlandia", 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/finlandia/>

34. Cfr. <https://www.ganintegrity.com/portal/country-profiles/finland/>

35. Ídem.

36. La Agencia de Sanciones Penales se encarga de la ejecución de penas privativas de libertad.

una base de valores que promueve la moderación, el autocontrol y el bien común; una estructura legislativa, judicial y administrativa que impone una vigilancia estricta sobre sus dirigentes para monitorear algún incentivo que de pauta a un abuso de poder; la prominencia y oportunidad de la involucración de la mujer en la toma de decisiones políticas y demás asuntos relevantes en sociedad; y una proporción equitativa en cuanto a ingresos y salarios adecuados, los cuales no dejan espacio para pagos irregulares y consecuentes sobornos.³⁷

3. *Singapur*

Conocido como “la perla de Asia”, Singapur, con apenas 5,6 millones de habitantes y con un territorio de aproximadamente 700 kilómetros cuadrados, es uno de los mayores centros financieros del mundo, el lugar que produce más millonarios, *el más costoso para vivir*,³⁸ y se encuentra entre los países menos corruptos del mundo.³⁹ Ha ocupado el puesto número tres varios años consecutivos en las listas del IPC, con su puntaje más bajo siendo 84 en 2016.⁴⁰

Ha sido miembro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁴¹ desde 1992; fue uno de los Estados fundadores del Grupo Asia y el Pacífico sobre Lavado de Activos⁴² en 1997, y fue admitido como miembro del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera⁴³ en 2002. También forma parte de la Iniciativa Anticorrupción para Asia y el Pacífico del Banco de Desarrollo de Asia.

37. Puig, Ramón, op. cit.

38. Según el estudio *Worldwide Cost of Living*, realizado por *Economist Intelligence Unit*, Singapur ocupa el puesto número uno en la lista de los lugares más caros para vivir desde el 2013.

39. BBC News, “Cómo Singapur paso de ser una isla pobre a uno de los países más caros del mundo”, *BBC News Mundo*, 29 de enero de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47032379>

40. Cfr. <https://www.transparency.org/en/cpi/2016/index/sgp>

41. Institución intergubernamental creada en el año 1989, con el propósito de desarrollar políticas que ayuden a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

42. Organización intergubernamental concentrada en asegurar la implementación de estándares internacionales por parte de sus miembros contra el lavado de dinero, financiamiento de grupos terroristas y financiamiento proliferado relacionado a armas de destrucción masiva.

43. Organismo internacional que reúne a las Unidades de Inteligencia Financiera del mundo para facilitar el intercambio de información para combatir el lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

Su legislación está altamente calificada en materia anticorrupción: su Código Penal y la Ley de Prevención de la Corrupción (PCA, por sus siglas en inglés) prohíben el soborno en todos sus ámbitos, los regalos y pagos de facilitación en el sector público y privado. Las sanciones oscilan desde multas de hasta SGD 100,000 (aproximadamente 80,000 USD) y penas de prisión de hasta siete años.⁴⁴ La Ley de Corrupción, Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (CDSA) generó la Oficina de Informes sobre Operaciones Sospechosas, la cual se encargaría de confiscar las ganancias obtenidas por delincuentes corruptos.

El Buro de Investigación de Prácticas Corruptas (CPIB),⁴⁵ creado en 1952, es la única agencia responsable en su totalidad de combatir la corrupción en Singapur. Tiene facultades y libertades otorgadas por la Oficina del Primer Ministro, a quien responde directamente, permitiendo que opere de manera casi independiente. Se encarga de hacer cumplir las leyes anticorrupción erigidas en el país, de forma rápida e imparcial, colaborando durante el proceso de investigación con diversas agencias e instituciones del sector público y privado para obtener pruebas y recopilar información, como las previamente mencionadas.⁴⁶

Este marco legal asegura que la corrupción se mantenga percibida como una actividad de alto riesgo, con bajas recompensas y muchas consecuencias. Una vez concluida las investigaciones por el CPIB, los casos de corrupción se llevan ante la Cámara del Fiscal General, el órgano inquisidor del Sistema de Justicia Penal de Singapur, para obtener el consentimiento del Fiscal público y así proceder con los procedimientos, y, en su caso, enjuiciamientos y consecuentes condenas.⁴⁷

El servicio público de Singapur está regido por un Código de Conducta, el cual establece altos estándares de comportamiento para los funcionarios públicos; dicho código se basa en los principios de integridad, incorruptibilidad y transparencia. El empleo de la meritocracia en el servicio público, añadido a las revisiones paulatinas de las normas y procesos administrativos, ayuda a la reducción de oportunidades de corrupción.⁴⁸

44. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción, "Países mejores puntuados a nivel mundial: Singapur", 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/singapur/>

45- Cfr. <https://www.cpiib.gov.sg/>

46. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción..., *cit.*, Singapur.

47. Ídem.

48. Ídem.

Los ciudadanos gozan de un gobierno fuerte y práctico, pero no es sin sus sacrificios. Si bien la Constitución en su Artículo 14 otorga a los singapurenses el derecho de asociación y reunión,⁴⁹ estos derechos han sido severamente recortados. La libertad de expresión es muy limitada. El debate público es vulnerable a la distorsión y manipulación por la fuerte intervención del gobierno.⁵⁰

En el 2010, la Ley de Orden Público entró en vigor; con ella la policía puede prohibir a una persona asistir a un espacio público por 24 horas si se sospecha que está actuando bajo intereses políticos. Se estima que estas medidas estrictas son en parte lo que ha beneficiado el buen funcionamiento de su Sistema Anticorrupción, ya que se previene (duramente, sí) cualquier acto que se prevea pueda caer bajo las definiciones de corrupción.

No obstante, muchos opinan que el gobierno singapurenses debe considerar pedir orientación a los órganos de vigilancia de los Tratados y expertos internacionales en materia de Derechos Humanos sobre cómo proteger y respetar los derechos de sus ciudadanos y al mismo tiempo mantener la seguridad nacional.⁵¹

4. Suecia

De acuerdo con *Business Anti-Corruption Portal*, en Suecia la corrupción no es obstáculo importante para continuar con sus negocios.⁵² Ocupando uno de los primeros cinco lugares en las listas del IPC, con su puntaje más bajo siendo 85, Suecia es considerado como un país *poco corrupto*.

49. Cfr. <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>

50. Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción..., *cit.*, Singapur.

51. Amnistía Internacional, *Aumentan las restricciones al derecho de reunión pacífica en Singapur*, s.e., 22 de abril de 2009, <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA360032009SPANISH.pdf>

52. Risk & Compliance Portal, *Sweden Corruption Report*, GAN Integrity, consultado el 25 de junio de 2021 en <https://www.ganintegrity.com/portal/country-profiles/sweden/>

Tabla 3. Índice de Percepción de la Corrupción-Suecia

Suecia - Índice de Percepción de la Corrupción		
Fecha	Ranking de la Corrupción	Índice de Corrupción
2020	3°	85
2019	4°	85
2018	3°	85
2017	6°	84
2016	4°	88
2015	4°	89
2014	4°	87
2013	3°	89
2012	4°	88
2011	4°	93
2010	4°	92

Fuente: Expansión, “Suecia - Índice de Percepción de la Corrupción”, [datosmacro.com](https://datosmacro.expansion.com/), 2020, <https://datosmacro.expansion.com/>

En 2012, la conciencia de los riesgos de corrupción se proyectó en una reforma a la legislación;⁵³ ésta modernizaba las normas para garantizar su eficacia y ampliar su ámbito de aplicación de acuerdo con los directrices internacionales, como la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.⁵⁴

Suecia trabaja continuamente para fortalecer y renovar su marco anticorrupción por medio de revisiones legislativas y estableciendo más lineamientos a cumplir por los procesos internos de las empresas.⁵⁵ Como resultado de este esfuerzo, el país cuenta con un sistema anticorrupción más completo, incluyendo una legislación que penaliza la mayoría de las formas de soborno.

53. Ídem.

54. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Naciones Unidas, Viena, 2004.
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

55. Risk & Compliance Portal, *op. cit.*

El Código Penal de Suecia, en su Capítulo 10, criminaliza la mayoría de formas de corrupción gracias a un sólido estado de derecho que prevalece en el país.⁵⁶ Las adquisiciones a nivel municipal se identifican como un riesgo de corrupción. No se hace una distinción entre soborno y pagos de facilitación, por lo que, ante la legislación sueca, ambas acciones son el mismo delito. Para más aclaración, el Instituto Anticorrupción Sueco (IMM)⁵⁷ implementó un Código de Regalos, Recompensas y otros Beneficios en los Negocios⁵⁸ el cual ayudaría a aquellos involucrados en el ámbito de negocios a detectar los actos de corrupción.

Aparte del previamente mencionado Instituto Anticorrupción Sueco, Suecia cuenta con tres importantes agencias en su sistema anticorrupción:

- Grupo Nacional de la Corrupción: establecido en 2012, está formado por policías y civiles que se especializan en investigar los delitos de corrupción, basándose en la información que se recopila, procesa y analiza. El grupo también se apoya estrechamente con otras áreas gubernamentales como la Policía Financiera, el Centro Nacional de Delitos Informáticos y otros.⁵⁹
- Fiscalía: es la principal agencia en Suecia responsable de los enjuiciamientos públicos. Aunque está organizada jerárquicamente debajo del Ministerio de Justicia, es una organización totalmente independiente; no depende de la policía o de los tribunales, y cualquier interferencia ministerial en un proceso sería anticonstitucional.⁶⁰
- Unidad Nacional Anticorrupción: establecida en 2003 por la Fiscalía para investigar los delitos de corrupción, así como todo caso que este estrechamente relacionado con este tipo

56. Ídem.

57. Creado en 1923, el Instituto ha trabajado desde sus inicios en la autorregulación como medio para combatir la corrupción en la sociedad. Tiene gran alcance en el mundo empresarial, así como en municipios y condados suecos; gracias a esto, ha sido un impulsor en la lucha contra la corrupción y soborno, convenciendo al gobierno de Suecia sobre la importancia de nuevas leyes estratégicas y rígidas.

58. Cfr.

http://www.institutetmotmutor.se/wp-content/uploads/2015/11/141120-IMM_Code_of_Business_Conduct_.pdf

59. Cfr.

<https://polisen.se/om-polisen/polisens-arbete/nationella-korruptionsgruppen/>

60. Cfr. <https://www.aklagare.se/Om-oss/Riksaklagaren/>

de delitos. Además de investigar los casos internos, también se encarga de asuntos judiciales vinculados con el desarrollo de la cooperación internacional. Asimismo, trabaja para crear consciencia y capacitar a las autoridades para identificar y analizar la corrupción y su impacto en diferentes sectores.⁶¹

5. *Hong Kong*

Si bien no encabeza las listas de IPC, ocupando el puesto número 11, con su puntaje más bajo siendo 70 en 1996 y más recientemente 74 en 2014, Hong Kong es reconocido por su implementación de una agencia novedosa para el tiempo en la que fue creada.

La Comisión Independiente contra la Corrupción (ICAC)⁶² de Hong Kong fue establecida en 1974, en un contexto de corrupción sistemática y generalizada. Esta comisión, reformada en 1994, se fundó como órgano independiente del Servicio Civil y Administrativo de Hong Kong, reportando su desempeño al Jefe Ejecutivo y a Comités ciudadanos de supervisión.

Sus facultades en un inicio eran puramente de investigación; atendía las denuncias, pero no era un órgano juzgador. Llevaba a cabo campañas de concienciación para el público y realizaba auditorías a los sistemas, departamentos y agencias gubernamentales. En épocas recientes, además de su labor de investigaciones, ha adquirido facultades de arresto, sanción y persecución de delitos del sector público definidos en su legislación respectiva, pero aún en concordancia con la oficina del Procurador General.⁶³

Como en la mayoría de las demás naciones, el soborno es la forma más común de corrupción en Hong Kong; este es tipificado en la legislación como el cohecho, chantaje y/o conspiración para malversar fondos y/o violar las leyes administrativas y electorales al hacer uso indebido de cualquier posición de poder o responsabilidad pública. Sus sanciones son de acuerdo a la prudencia del juez, pudiendo ser penas pecuniarias y corporales también. La

61. Kaznova, Sandra y Törnsten, Sigrid, "Anti-Corruption and Bribery in Sweden", *Lexology*, 13 de marzo de 2018, [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6deb5601-1098-40db-8ede-a8082f1d5754%20\[6\]%20Acebo,%20D.,%20et.%20al.%20\(2018\).%20The%20Anti-Bribery%20and%20A](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6deb5601-1098-40db-8ede-a8082f1d5754%20[6]%20Acebo,%20D.,%20et.%20al.%20(2018).%20The%20Anti-Bribery%20and%20A)

62. Cfr. <https://www.icac.org.hk/en/home/index.html>

63. Senado de la República, *Las Agencias Anticorrupción en el Derecho Comparado*, Centro de Estudios Internacionales "Gilberto Bosques", noviembre de 2012, 24-25.

única pena claramente establecida es para todo funcionario público que de falso testimonio o declaraciones deliberadamente falsas sobre un caso de supuesta corrupción; en estos casos, la sanción puede llegar a ser de 20 mil dólares y un año de prisión⁶⁴.

Hong Kong, a lo largo de los años, ha tenido un sistema judicial de integridad, lo que garantiza que los casos investigados por la Comisión sean escuchados y procesados adecuadamente; esto cimentó a la ICAC como modelo universal ante las demás naciones.⁶⁵

IV. PRINCIPALES ACTORES EN LAS CONDUCTAS DE HACER, LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL EFECTO ANTICORRUPCIÓN

En el último informe de *Transparency International*, México obtuvo el puesto número 124, con un puntaje de 31.⁶⁶ Es dos puntos menos que en 2019,⁶⁷ y tres a comparación del 2018.⁶⁸ Esto significa que, de acuerdo a los parámetros de medición utilizados, México ha mejorado su percepción de corrupción, pero sigue estando en un lugar terriblemente malo en comparación con otros países.

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),⁶⁹ en su Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG)⁷⁰ realizada el 20 de Diciembre de 2019, informó que la percepción ciudadana sobre la frecuencia de los actos de corrupción en instituciones de gobierno se ha reducido, pasando de 91.1% en 2017 a 87% en el informe citado. De igual manera, reportó un incremento general en la satisfacción de los ciudadanos con el gobierno federal, donde se duplicó de 25.5% a 51.2%.⁷¹

64. Ídem.

65. Ídem.

66. *Corruption Perceptions Index*, México, 2020 <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/mex>

67. Ibídem, 2019, <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/index/mex>

68. Ibídem, 2018, <https://www.transparency.org/en/cpi/2018/index/mex>

69. Cfr. <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/#Tabulados>

70. Esta encuesta es realizada cada dos años por el INEGI, y tiene por objetivo el recabar información sobre las experiencias y la percepción de la población respecto a trámites y servicios públicos que proporcionan los diferentes niveles de gobierno, incluyendo servicios de seguridad pública y justicia.

71. Gutiérrez Salazar, Miguel Ángel, "Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental en México 2019: diez propuestas contra la corrupción", *Hechos y Derechos-Revistas Jurídicas UNAM*, México, núm. 58, julio-agosto 2020.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14828/15843>

Para poder analizar el panorama de esta mejora, se debe tener en cuenta *quienes* son los principales involucrados en el fenómeno de corrupción.

Según el informe previamente mencionado, 50,163,217 ciudadanos mayores de 18 años fueron entrevistados con el fin de recopilar su percepción sobre la frecuencia de corrupción en las instituciones y sectores más corruptos, según su perspectiva. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

* 28,244,731 personas piensan que la corrupción más frecuente y prominente sucede dentro de la *Policía*.

* 24,509,233 mexicanos consideran que los *Partidos Políticos* merecen el segundo lugar de frecuencia en corrupción.

* 20,793,889 ciudadanos razonan que el *Ministerio Público* ocupa el tercer lugar en corrupción, de acuerdo a los estándares de la ENCIG.

* 18,394,927 individuos coinciden en el cuarto lugar, siendo este las *Cámaras de Diputados y Senadores*.

* 17,750,453 sujetos reflexionan que los *Gobiernos Estatales* son frecuentemente vulnerables a la corrupción.

* 15,506,635 personas opinan que los *Gobiernos Municipales* incurren constantemente en actividades corruptas.

* 14,859,826 ciudadanos aseguran que los *Jueces y Magistrados* pertenecen a uno de los sectores más corruptos del país, ejerciendo diversos actos de corrupción.

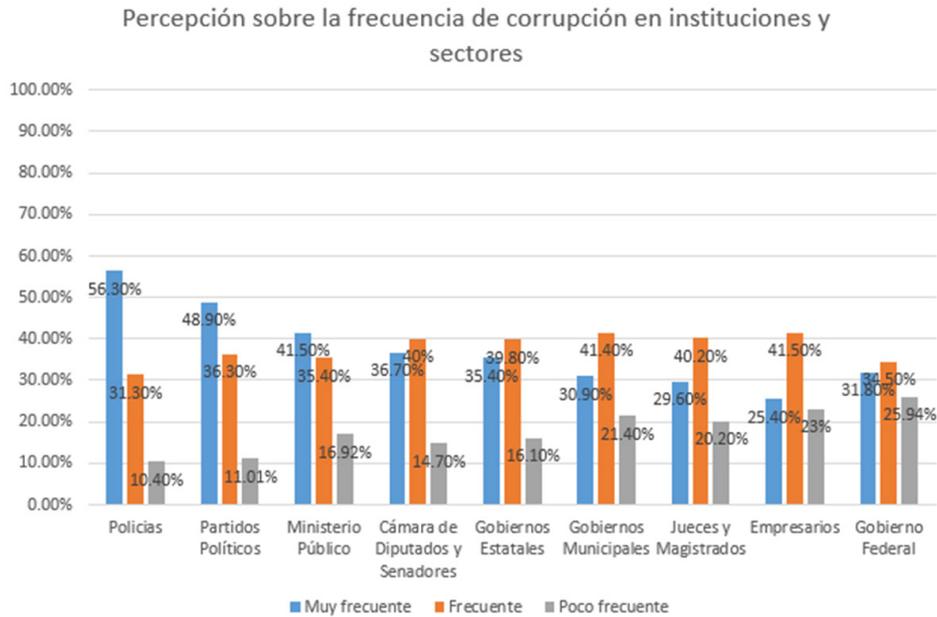
* 12,742,595 individuos manifiestan que los *Empresarios* muy frecuentemente caen en actos de soborno.

* 15,931,933 mexicanos expresan que el *Gobierno Federal* como ente, es habitualmente corrupto.⁷²

72. INEGI, *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2019, Tabulados básicos, IV Corrupción*, 2019, <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/#Tabulados>

La corrupción está inmersa en la vida de millones de mexicanos: desde la famosa *mordida*⁷³ para evitar una infracción de tránsito, hasta la *ayudadita*⁷⁴ a un funcionario para agilizar un trámite, o la asignación de proyectos de infraestructura en medio de procesos licitatorios difusos, todos estos actos que suceden más frecuentemente de lo que se pensaría forma parte de un inventario extenso de actividades en que se encuentra presente la corrupción en el sistema gubernamental.⁷⁵

Tabla 4. Percepción ciudadana de corrupción en instituciones y sectores.



Fuente: Elaboración propia con datos recopilados de INEGI, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2019, Tabulados básicos, IV Corrupción.

73. Término coloquial que significa soborno; tienden a suceder generalmente cuando un oficial de policía detiene un conductor y ofrece ignorar las infracciones de tránsito a cambio de un pago en efectivo.

74. Recompensa económica.

75. Arteaga, José Roberto, "Los 5 sectores más vulnerables a la corrupción en México", *Forbes México*, 8 de junio de 2015, <https://www.forbes.com.mx/los-5-sectores-mas-vulnerables-a-la-corrupcion-en-mexico/>

Un estudio realizado por la organización Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, entregado al Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), reveló los abusos cometidos por los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación (PJF). Se trata de toda una red de nepotismo y tráfico de influencias, contratando a sus parientes cercanos y poniendo en riesgo la correcta impartición de justicia.⁷⁶

Al menos 500 de los servidores, que forman parte de una red de más de 7 mil 148 servidores públicos en el PJF, mantienen una relación laboral con integrantes de tribunales y juzgados que convenientemente resultan ser allegados; desde cónyuges, hijos, hermanos, padres, tíos, cuñados y suegras, según informa el estudio.⁷⁷ En total, 112 jueces y magistrados habían aprovechado sus atribuciones otorgadas por el Artículo 97 constitucional,⁷⁸ para nombrar y remover funcionarios de los Tribunales y Juzgados de Circuito.

Con lo anterior, es eminente que el tener un importante puesto dentro de las instituciones gubernamentales no garantiza el buen desempeño de este; cualquiera puede tener una profesión, pero no todos son profesionales. La profesión se puede definir como el empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.⁷⁹ El profesional es la persona titulado/a comprometido con los principios éticos, deontológicos y los valores de la profesión, cuya conducta se ciñe a dichos principios y valores.⁸⁰ Se llega a un dictamen, entonces, de que aquel servidor público que incurre en actos o conductas corruptas, no toma en cuenta los principios de un profesional; pone en una balanza metafórica sus valores éticos con los que debe ejercer su labor, y del otro lado el beneficio que obtendrá del acto, pesando más este último.

76. Durán, Valeria *et al.*, “El Poder Familiar de la Federación”, *Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad*, 13 de julio de 2017, <https://contralacorrupcion.mx/web/magistrados/>

77. Índigo Staff, “Revela estudio redes de nepotismo en el Poder Judicial”, Reporte Índigo, 13 de Julio de 2017, <https://www.reporteindigo.com/reporte/red-de-nepotismo-en-el-poder-judicial/>

78. Artículo 97 constitucional: “Las Magistradas y los Magistrados de Circuito, así como las Juezas y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezcan las disposiciones aplicables...”

79. Águila, Raúl, “Profesionalismo. ¿Profesional o profesionista?”, *Boletín Entorno Ganadero*, 2015, 1.

80. Organización Médica Colegial de España, *Profesión. Profesional. Profesionalismo*, Madrid, Viguera Editores SL, 2010, 13.

Habiendo analizado las acciones de los servidores públicos, con énfasis en aquellos que desempeñan un cargo en el ámbito jurídico, también se debe considerar que los servidores no son los únicos que realizan actos de corrupción.

Gran parte de la sociedad realiza actos que corrompen al sistema, ya sea por necesidad, por falta de tiempo, por facilitarle el acceso a los servicios públicos o por evitar una sanción (como se mencionó previamente con la *mordida*), entre otros casos; por tanto, el beneficio es mutuo: el ciudadano accede al servicio usualmente sin cumplir con los requisitos de ley y el servidor público recibe una contraprestación económica.

Transparencia Mexicana realizó un estudio en su informe ejecutivo del Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno 2010,⁸¹ midiendo la corrupción que afecta a los hogares y registrando trámites ciudadanos, como el uso de los servicios hospitalarios o consumo de agua o luz, por facilitarse o agilizar sus trámites, ofrecer dinero para obtener una licencia de suelo, por falta de tiempo, recuperar su automóvil robado o evitar ser sancionados, ante una infracción de tránsito, en los que inducen a la realización de actos de corrupción (soborno), y los propios servidores públicos se prestan a recibirlo, convirtiéndose el ciudadano en *agente corruptor*.⁸²

V. ESQUEMAS METODOLÓGICOS PARA INDIVIDUALIZAR LA CONDUCTA DEL SERVIDOR PÚBLICO ANTE CIRCUNSTANCIAS SOCIO-JURÍDICAS

El 6 de marzo de 2012, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación los Lineamientos Generales para el establecimiento de acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones;⁸³ estos tienen por objeto el establecer bases para que las dependencias y entidades

81. Transparencia Mexicana, Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, Informe Ejecutivo 2010, 10 de mayo de 2011, https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2011/05/INFORME_EJECUTIVO_INCBG2010.pdf

82. Ídem.

83. Cfr.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5236535&fecha=06/03/2012

que forman parte del Gobierno Federal implementaran acciones permanentes para poder identificar y delimitar las conductas específicas que los servidores públicos deberían observar al momento de ejercer sus obligaciones.⁸⁴

Según la CPEUM,⁸⁵ los servidores públicos deben acatarse y siempre seguir los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, empleándolos en todo momento que dure su cargo. Al emplear dichos principios, manteniéndolos como génesis de toda acción que repercuta en sus responsabilidades como parte del Sistema Federal, se puede decir que los servidores siempre tendrían como meta el bien común social.

Como seres humanos, es esencial el desarrollar sentimientos morales básicos como lo son la circunspección, la benevolencia y compasión,⁸⁶ que en un futuro puedan ser útiles al momento de desenvolverse en el ámbito laboral. En la actualidad, las características que una empresa busca en un líder se relacionan más a sus habilidades como miembro de un equipo, accesible a apoyar a los demás y contribuir a las metas que se tienen como conjunto, comunicando ideas, objetivos y conocimientos.⁸⁷

Algo similar debería aplicarse a las instituciones gubernamentales, ya que si bien, los cargos de los servidores públicos comúnmente aíslan o separan al servidor como individuo responsable de su cargo, no hay que olvidar que forma parte de un sistema jerárquico en el cual, si un órgano falla, aquellos involucrados con él subsecuentemente lo harán también.

Desde un punto de vista axiológico, es de suma importancia y necesidad que dichos servidores realicen su labor de la manera más transparente y pulcra posible., ya que como se analizó en los apartados anteriores, son los más propensos a ser abordados con propuestas o incentivos, aprovechando su posición y la vulnerabilidad que ésta les genera. No se puede construir un sistema fuerte e incorruptible, por más leyes contundentes que se promulguen, si quienes tienen el deber de ejercerlas actúan subjetivamente, omitiendo su cumplimiento.

84. *Ibíd.*, Segundo.

85. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, Artículo 109, fracción III.

86. *Abc* Artículos, "La axiología, la moral y la ética", *Periódico Abc*, 29 de abril de 2005.

87. *Universia*, "La importancia del liderazgo y el trabajo en equipo", *Actualidad Universia*, 8 de enero de 2021, <https://www.universia.net/ar/actualidad/empleo/la-importancia-del-liderazgo-y-el-trabajo-en-equipo.html>

VI. CONCLUSIONES

La colaboración conjunta entre ciudadanos, sector público y privado es indispensable para en principio disminuir los actos de corrupción hasta su erradicación, conducta que enfrenta una problemática que no puede ser erradicada de forma total por una sola acción; esta acción requiere de un ilimitado número de condiciones o actos por parte del Estado.

El éxito de la reforma constitucional en materia de anticorrupción está en la creación de una fiscalía con plena autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio, con poder pleno para investigar, direccionado por un consejo autónomo en el marco del estado de derecho y con un flujo tolerante en cuanto a tiempo del consejo antes aludido, que cuente con una estructura de inteligencia financiera y acceso a todos los registros públicos con la autorización del Poder judicial, en los ámbitos federal y del fuero común, así como los casos vinculantes del sector privado, para sancionar con firmeza todos los casos de corrupción que se susciten.

Partiendo desde el fortalecimiento de valores como la honestidad, la ética, la moral y el respeto, emprender campañas proactivas para incentivar el ejercicio de la buena conducta, y respetar los principios que menciona el Artículo 109 Constitucional, es como los servidores públicos y la sociedad pueden contribuir a la lucha contra la corrupción; esto tal vez se consideren acciones demasiado básicas, pero no está de más reforzar el cimiento de la buena práctica laboral. La promoción, fomento y difusión de la cultura de integridad en el servicio público, así como de la rendición de cuentas, de la transparencia, de la fiscalización y del control de los recursos públicos son algunas medidas necesarias para lograr la eficacia de las leyes en materia anticorrupción.

El gobierno debe vigilar que su marco jurídico se apegue a los requerimientos de la sociedad actual, así como a garantizar que no sean solo letras muertas, sino que se implementen, empezando por sus líderes institucionales. La transparencia referente a los presupuestos gubernamentales, la propiedad de la empresa, la contratación pública y las finanzas de los partidos políticos, entre otros, permiten a la sociedad, organizaciones, e incluso a los altos mandos del gobierno, vislumbrar conductas corruptas.

Coordinar con las autoridades competentes la generación de políticas públicas en materia de prevención, detección, control, sanción, disuasión y combate a la corrupción, establecer

acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los Servidores Públicos, así como crear las bases mínimas para que todo órgano del Estado mexicano establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público puede ser la clave para lograr una transformación sistemática hacia un México sin corrupción.

REFERENCIAS

- Abc Artículos, “La axiología, la moral y la ética”, *Periódico Abc*, 29 de abril de 2005.
- Águila Raúl, “Profesionalismo. ¿Profesional o profesionista?”, *Boletín Entorno Ganadero*, 2015, 1.
- Amnistía Internacional, *Aumentan las restricciones al derecho de reunión pacífica en Singapur*, s.e., 22 de abril de 2009, <https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA360032009SPANISH.pdf>
- Arteaga, José Roberto, “Los 5 sectores más vulnerables a la corrupción en México”, *Forbes México*, 8 de junio de 2015, <https://www.forbes.com.mx/los-5-sectores-mas-vulnerables-a-la-corrupcion-en-mexico/>
- Autoridad Independiente de la Conducta Policial de Nueva Zelanda, <https://www.ipca.govt.nz/>
- Banco de Buenas Prácticas Internacionales en el combate contra la corrupción, “Países mejores puntuados a nivel mundial: Nueva Zelanda”, *Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción*, 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/nuevazelanda/>
- -----“Países mejores puntuados a nivel mundial: Finlandia”, *Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción*, 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/finlandia/>
- -----“Países mejores puntuados a nivel mundial: Singapur”, 1 de marzo de 2019, <https://banco.sesna.gob.mx/singapur/>
- BBC News, “Cómo Singapur paso de ser una isla pobre a uno de los países más caros del mundo”, *BBC News Mundo*, 29 de enero de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47032379>
- Comisión de los Servicios Estatales, *Estándares de Integridad y Conducta*, Gobierno

de Nueva Zelanda, junio de 2007,

<https://www.publicservice.govt.nz/assets/Legacy/resources/Code-of-conduct-StateServices.pdf>

- Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- ----- Ley General de Responsabilidades Administrativas, 18 de julio de 2016, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_200521.pdf
- ----- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, 18 de julio de 2016, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo118520.html> arts. 8, 9, 15 y 16
- ----- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, 18 de julio de 2016, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOTFJA.pdf>
- Constitución de la Republica de Singapur, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>
- Corrupt Practices Investigation Bureau, <https://www.cpib.gov.sg/>
- Durán, Valeria *et al.*, “El Poder Familiar de la Federación”, *Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad*, 13 de julio de 2017, <https://contralacorrupcion.mx/web/magistrados/>
- Expansión, “Finlandia - Índice de Percepción de la Corrupción”, [datosmacro.com](https://datosmacro.expansion.com/), 2020, <https://datosmacro.expansion.com/>
- ----- “Nueva Zelanda - Índice de Percepción de la Corrupción”, [datosmacro.com](https://datosmacro.expansion.com/), 2020, <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-derecho-informacion/nueva-zelanda>
- ----- “Suecia - Índice de Percepción de la Corrupción”, [datosmacro.com](https://datosmacro.expansion.com/), 2020, <https://datosmacro.expansion.com/>
- Fiscalía de Suecia, <https://www.aklagare.se/Om-oss/Riksaklagaren/>
- Grupo Nacional de la Corrupción, Suecia, <https://polisen.se/om-polisen/polisens-arbete/nationella-korruptionsgruppen/>
- Gutiérrez Salazar, Miguel Ángel, “Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental en México 2019: diez propuestas contra la corrupción”, *Hechos y Derechos-Revistas Jurídicas UNAM*, México, núm. 58, julio-agosto 2020,

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14828/15843>

- Hernández Aguilar, Salvador. “La Corrupción y los Grupos de Poder en México”. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, no. 4 (mayo-agosto 2017): 1-17, <http://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/10.-Salvador-Hernandez.-.pdf>
- Independent Commission Against Corruption, Hong Kong, <https://www.icac.org.hk/en/home/index.html>
- Índigo Staff, “Revela estudio redes de nepotismo en el Poder Judicial”, Reporte Índigo, 13 de Julio de 2017, <https://www.reporteindigo.com/reportes/red-de-nepotismo-en-el-poder-judicial/>
- INEGI, *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2019, Tabulados básicos, IV Corrupción*, 2019, <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/#Tabulados>
- Instituto Anticorrupción Sueco, *Code of Business Conduct*, s.e., septiembre de 2012, http://www.institutetmotmutor.se/wp-content/uploads/2015/11/141120-IMM_Code_of_Business_Conduct_.pdf
- Kaznova, Sandra y Törnsten, Sigrid, “Anti-Corruption and Bribery in Sweden”, *Lexology*, 13 de marzo de 2018, [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6deb5601-1098-40db-8ede-a8082f1d5754%20\[6\]%20Ackebo,%20D.,%20et.%20al.%20\(2018\).%20The%20Anti-Bribery%20and%20A](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6deb5601-1098-40db-8ede-a8082f1d5754%20[6]%20Ackebo,%20D.,%20et.%20al.%20(2018).%20The%20Anti-Bribery%20and%20A)
- Morris, Stephen. *Corrupción y Política en el México Contemporáneo*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1992.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Naciones Unidas, Viena, 2004, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf
- Organización Médica Colegial de España, *Profesión. Profesional. Profesionalismo*, Madrid, Viguera Editores SL, 2010, p. 13.
- Parrondo, Nestor, “Que puede aprender España de Nueva Zelanda en cuanto a lucha contra la corrupción”, *Revista GQ*, 22 de febrero de 2018, <https://www.revistagq.com/noticias/articulos/espana-corrupcion-aprender-nueva-zelanda/28234>

- Pérez Pérez, Gabriel, “El Sistema Nacional Anticorrupción como política pública para reconfigurar al Estado de derecho”, *Espacios Públicos*, México, 2018, vol. 21, núm. 52, pp. 45-66.
- Puig, Ramón, “Combate contra la corrupción: la experiencia finlandesa”, *Periódico Listín Diario*, 21 de agosto de 2008, <https://listindiario.com/puntos-de-vista/2008/08/21/70656/combate-contra-la-corrupcion-la-experiencia-finlandesa>
- Risk & Compliance Portal, *Finland Corruption Report*, GAN Integrity, septiembre de 2020, <https://www.ganintegrity.com/portal/country-profiles/finland/>
- ----- *Sweden Corruption Report*, GAN Integrity, consultado el 25 de junio de 2021 en <https://www.ganintegrity.com/portal/country-profiles/sweden/>
- Secretaria de Gobernación, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción”, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de mayo de 2015, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015
- Secretaria de la Función Pública, “Definición de Corrupción”, *Gobierno de México*, 09 de diciembre de 2013, <https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion>
- -----Lineamientos Generales para para el establecimiento de acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, Gobierno de México, 6 de marzo de 2012, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5236535&fecha=06/03/2012
- Secretaria Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción, Tabasco, https://seseatabasco.org.mx/?page_id=200
- Secretaria Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, *Adecuación al marco normativo de los Sistemas Locales Anticorrupción*, Secretaria de Gobernación, 18 de junio de 2021, https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2021/06/Avance_Marco_Normativo_SLA-18Jun2021.pdf

- Senado de la República, *Las Agencias Anticorrupción en el Derecho Comparado*, Centro de Estudios Internacionales “Gilberto Bosques”, noviembre de 2012, 24-25.
- Sustainable Governance Indicators, *Finland Report*, Bertelsmann Stiftung, 2019, 2 y 3.
- Transparencia Internacional, <https://www.tm.org.mx/transparencia-internacional/>
- Transparencia Mexicana, Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, Informe Ejecutivo 2010, 10 de mayo de 2011, https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2011/05/INFORME_EJECUTIVO_INCBG2010.pdf
- Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2016*, Singapur, <https://www.transparency.org/en/cpi/2016/index/sgp>
- ----- *Corruption Perceptions Index 2018*, México, <https://www.transparency.org/en/cpi/2018/index/mex>
- ----- *Corruption Perceptions Index 2019*, México, <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/index/mex>
- ----- *Corruption Perceptions Index 2020*, México, <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/mex>
- Universia, “La importancia del liderazgo y el trabajo en equipo”, Actualidad Universia, 8 de enero de 2021, <https://www.universia.net/ar/actualidad/empleo/la-importancia-del-liderazgo-y-el-trabajo-en-equipo.html>

RECIBIDO: 20/09/2023

APROBADO: 15/10/2023

*Análisis longitudinal del feminicidio en el
Estado de México, 2015-2019*

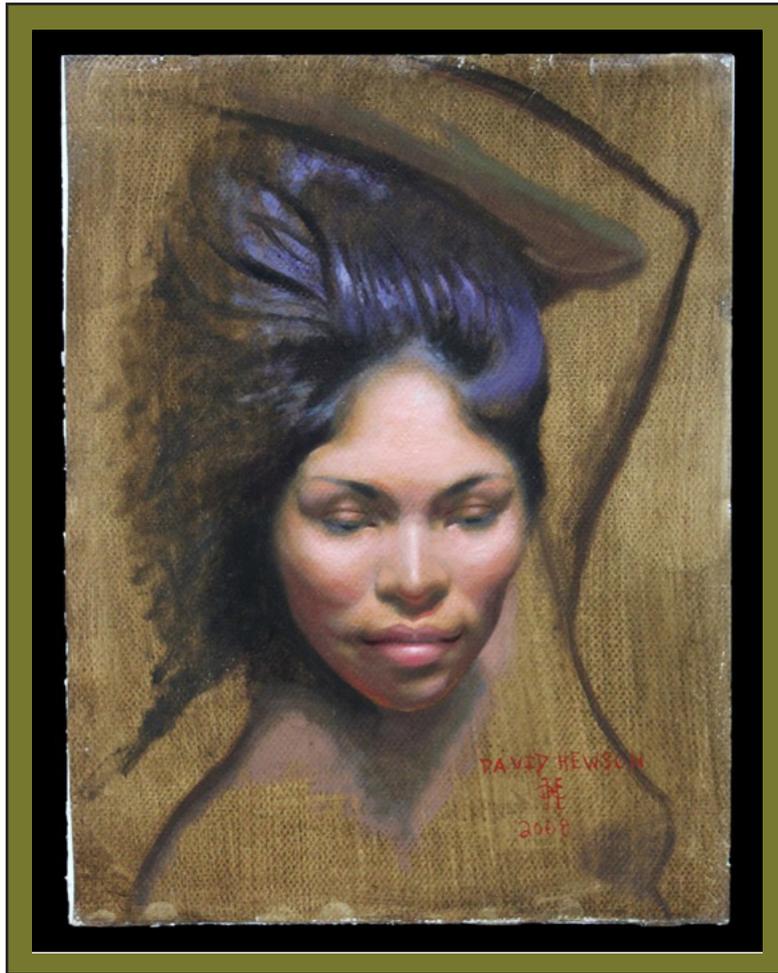
*Longitudinal Analysis of Femicide in the
State of Mexico, 2015-2019*

Leonor Guadalupe Delgadillo Guzmán* <http://orcid.org/0000-0001-9483-6973>
Leonor González Villanueva** <http://orcid.org/0000-0002-9319-5278>
Adelaida Rojas García *** <http://orcid.org/0000-0002-0963-9252>
Leticia Ayala Morales****
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2528>

- * Doctorados en Ciencias Sociales y en Derecho, profesora Investigadora de la Facultad de Ciencias de la Conducta de la Universidad Autónoma del Estado de México, Presidenta de la Cátedra Unesco Vulnerabilidad e Inclusión Social y Líder de la Red de Investigación Internacionales, del mismo nombre, ambas de la UAEMÉX, Social, Líder del Cuerpo Académico Consolidado (CAC) "Vulnerabilidad, educación" y Distinción como miembro SNI nivel I de CONACyT. México.
Correo electrónico: lgdelgadillo@uamemex.mx
- ** Doctorado en Ciencias Políticas y Sociales, profesora Investigadora de la Facultad de Ciencias de la Conducta de la Universidad Autónoma del Estado de México, pertenece a la Cátedra UNESO y Red de Investigación internacional Ambas del mismo nombre Vulnerabilidad e Inclusión social, integrante del CA consolidado Vulnerabilidad, educación y sustentabilidad. México.
Correo electrónico: lgonzalezv@uaemex.mx
- *** Doctorado en Investigación Psicológica, profesora Investigadora de la Facultad de Ciencias de la Conducta de la Universidad Autónoma del Estado de México, pertenece a la Cátedra UNESO y Red de Investigación internacional Ambas del mismo nombre Vulnerabilidad e Inclusión social, integrante del CA consolidado Vulnerabilidad, educación y Sustentabilidad. México.
Correo electrónico: arojasg@uaemex.mx
- **** Estudiante de la licenciatura en psicología, 9º semestre de la Facultad de Ciencias de la Conducta. México.
Correo electrónico: layalam003@alumno.uaemex.mx

Lex





Mujer de la Amazonía peruana.
David Hewson (EEUU 1966)
www.davidhewsonart.com

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es desarrollar un análisis comparativo longitudinal del Estado de México en el que se declaró la alerta de género por feminicidio en 11 municipios durante el periodo 2015 al 2019, Chimalhuacán, Chalco, Cuautitlán, Ecatepec, Ixtapaluca, Naucalpan, Nezahualcóyotl, Tlalnepantla, Toluca, Tultitlán y Valle de Chalco Solidaridad. Se trata de un estudio descriptivo, comparativo, cuya prueba de hipótesis es no paramétrica por comprometer datos reducidos de una muestra intencional. La base teórica en la que se fundamenta es la perspectiva de género. La variable de estudio es el feminicidio. La fuente de los datos recopilados proviene de los reportes elaborados en la materia por parte del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública-Centro Nacional de Información. Como conclusiones, se confirmó que existen diferencias estadísticamente significativas, a lo largo de los 5 años analizados y con una tendencia de crecimiento, siendo Ecatepec de Morelos el municipio con mayor índice de feminicidios reportados en los 5 años revisados en esta investigación.

Palabras Clave: *feminicidio, violencia contra las mujeres, alerta de género, muertes violentas, municipios alertados.*

ABSTRACT

The goal of this research is to develop a longitudinal comparative analysis of the State of Mexico in which the gender alert for femicide was declared in 11 municipalities during the period 2015 to 2019, Chimalhuacán, Chalco, Cuautitlán, Ecatepec, Ixtapaluca, Naucalpan, Nezahualcóyotl, Tlalnepantla, Toluca, Tultitlán and Valle de Chalco Solidarity. This is a descriptive study. The hypothesis test is non-parametric because it involves reduced data. This condition is because the sample is intentional. The theoretical basis on which it is based the research is the gender perspective. The study variable is femicide, the violent deaths of women for the fact of being so. The source of the data collected comes from the reports prepared on the matter by the Executive Secretariat of the National Public Security System-National Information Center. It was confirmed that there are statistically significant differences with a growth trend.

Keywords: *femicide, violence against women, gender alert, violent deaths, municipalities alerted.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es desarrollar un análisis comparativo longitudinal sobre el Estado de México como entidad federativa en la que se declaró la alerta de género por feminicidio durante el periodo 2015 al 2019 a varios municipios de la entidad. De acuerdo con la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres¹, la violencia contra las mujeres tiene su origen en la desigualdad de género, es decir, en la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual éstas se encuentran respecto de los hombres. La muerte violenta de las mujeres por razones de género está tipificada en el sistema penal mexicano como feminicidio, y se traduce como la forma más extrema de violencia contra ellas, por ser mortal, es, en consecuencia, la manifestación más grave de discriminación sexo-genérica.

El Código Penal Federal vigente registra al feminicidio en su artículo 325: “Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;

1. Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. (2016, 19 de octubre). *¿Qué es el feminicidio y cómo identificarlo?*
<https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-feminicidio-y-como-identificarlo?idiom=es>

- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión²).

Este crimen contra las mujeres se puede explicar desde una visión socio-jurídica, la perspectiva de género, que consiste en una visión apegada al conocimiento científico de una forma crítica y considerando tanto la estructura social como el esquema de gobierno del Estado, con el propósito de desarticular la dominación masculina sobre las mujeres, que produce desigualdades cuyos efectos son la injusticia y el acceso a esferas y posiciones de poder. Por lo tanto, esta visión alienta la igualdad entre los géneros y el acceso de oportunidades para el bienestar de las mujeres, y su entrada a recursos económicos, representación política y social para participar en la toma de decisiones y sin distinción de valía entre ambos, hombres y mujeres (Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, 2023)³.

Lo anterior busca favorecer condiciones de empoderamiento para las mujeres, facilitarles circunstancias que les permita pasar de una condición de opresión a una condición de autonomía, de emancipación que revele el ejercicio pleno de sus derechos o bien el goce tratándose de niñas y adolescentes, como menores de edad⁴.

Esta perspectiva lleva a cabo una radiografía del cómo se juegan en el presente los estereotipos, prejuicios en contra de las mujeres que devienen en excesos de discriminación

2. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). Código penal federal, 278-279. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf

3. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). *Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>

4. Ídem.

contra ellas por el hecho de serlo, menoscabando o en su anulando el reconocimiento a su calidad de personas y en su lugar exaltando su caracterización de acuerdo a sus condiciones de salud, embarazo, estado civil, edad, o cualquier otro elemento categorial que abone en su exclusión o restricción de acceso a oportunidades de desarrollo y progreso. En tal sentido, la meta de esta perspectiva es la igualdad sustantiva, esto es, las mismas condiciones de acceso a las oportunidad y trato paritario⁵.

El análisis de los datos en la realidad, arrojan cifras claras de desigualdad entre hombres y mujeres. De acuerdo con Bucio (sf)⁶ se registran ocho millones más de mujeres que de varones que se encuentran trabajando sin seguridad social. Si se habla de quiénes ocupan posiciones de alta responsabilidad en las instituciones, solamente se registra 15 de mujeres en ellas. En términos de pobreza las mujeres siguen estando en condiciones de sensible desventaja, pues se tienen más 2.5 millones de ellas en tal escasez en comparación con los varones. Si la mirada se dirige a puestos políticos, como por ejemplo presidencias municipales más del 90% es ocupado por los hombres. Perceptualmente en más de un 90% las personas consideran que las mujeres viven discriminación. A estas expresiones de violencia se suman otras de gran letalidad, como lo es el caso del feminicidio. Se trata de un problema estructural y cultural que aterriza en formas directas de violencia simbólica, objetiva y concreta contra más de la mitad de la humanidad.

De acuerdo con ONUMUJERES México⁷ el feminicidio es una:

“[...] 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”

Varios elementos destacan de este delito, la crueldad, la cosificación del cuerpo de las mujeres, en consecuencia, su desvalorización, su impunidad y la negación de reconocimiento

5. Ídem.

6. R. Bucio, (s/f). *Leyes de avanzada, cultura machista*. Gobierno de México.
https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=5382&id_opcion=400&op=448

7. ONUMUJERES México. (2020). *La violencia feminicida en México: aproximaciones y tendencia, (2020): 7*
<https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020-nuevo/diciembre-2020/violencia-feminicida>

de las mujeres como sujetos de derecho y sobre todo de igualdad. A lo que se suma, la fuerte carga institucional por revictimizar a aquellas que logran sobrevivir una violación, un intento de secuestro, o un intento de feminicidio. En el fondo, lo que se encuentra vivo y con un inusitado vigor es la resistencia patriarcal en la estructura social por abrir los espacios bajo principio de paridad de género en todos los sentidos, junto con las prácticas machistas que se concretan en acciones sexistas de denigración en contra de las mujeres, que hacen inferir una vivencia subjetiva de emasculación (Delgadillo, Rojas y González, 2021)⁸.

Ante las condiciones de desigualdad, inseguridad y cosificación de las mujeres en México, el 28 de julio del año 2015, el conocido Sistema Nacional para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres fue decretada la figura de Alerta de Violencia de Género con ellas en el marco de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia. Las razones de este decreto se apoyaron en datos duros emitidos por dos organizaciones que señalaron esta violencia letal como un crimen que presentaba un patrón sistemático de brutalidad, que destacaban cifras inquietantes al respecto, como el registro de las muertes violentas de mujeres en el lapso de 1985 al 2013 en el Estado de México encabezando prácticamente la lista a nivel nacional. La información presentada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática sobre el hecho de que los índices de violencia contra las mujeres eran superiores al nivel promedio en el país. Y, por último, la impunidad existente al respecto (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2015)⁹.

Dicho lo anterior se torna relevante el estudiar el fenómeno a más de cinco años de haberse implementado el mecanismo de la Alerta de Género, por lo que en esta investigación se estableció como objetivo, desarrollar un análisis comparativo longitudinal del Estado de México sobre el que se declaró la alerta de género por feminicidio en 11 municipios durante el periodo 2015 al 2019.

8. L. Delgadillo, A. Rojas, Leonor González, "Por su culpa la maté...", *Feminicidio de pareja en el Estado de México. Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. Año 8, Vol. 17, agosto-diciembre, 2021.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7847392>

9. Secretaría de Relaciones Exteriores. (2015). "La política de derechos humanos de México". *Boletín informativo 9*. Dirección General de Derechos Humanos y Democracia. 3 de agosto.
<https://embamex.sre.gob.mx/reinounido/images/stories/reinounido/DerechosHumanos/2015/Esp/boletin9.pdf>

Se trata de una investigación cuantitativa de corte comparativo, descriptivo no paramétrico. La variable de estudio fue el feminicidio en los once municipios alertados por las muertes violentas de mujeres en el Estado de México. Se trabajó con minería de datos. Se aplicó la prueba de hipótesis de Friedman para establecer si existe o no diferencia estadísticamente significativa entre las medias de los registros anuales de estas muertes con un nivel de significancia del .05

Sobre la extracción de datos, es necesario apuntar que, ante la necesidad de disponer de información más desagregada y específica sobre la incidencia delictiva, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en coordinación con distintas áreas rectoras y técnicas especializadas, tanto gubernamentales como de la sociedad civil y la academia, tiene la tarea de elaborar el registro y clasificación de los delitos y las víctimas para fines estadísticos. (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública-Centro Nacional de Información, SESNSP-CNI, 2022)¹⁰.

Elabora un reporte estadístico sobre los presuntos hechos delictivos en contra de las mujeres, y contempla entre sus datos, información sobre las llamadas de emergencia realizadas al número único 911. Llamadas relacionadas con incidentes de violencia contra las mujeres se reportan a través de que se denomina: *Información sobre violencia contra las mujeres* (Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 911), actualizado mensualmente cada 25 de mes (SESNSP-CNI, 2022)¹¹. Datos que fueron considerados en este trabajo para un análisis descriptivo junto con la apertura de carpetas de investigación ante el Ministerio Público. Los datos recuperados corresponden al periodo que comprende de enero de 2015 a diciembre de 2019.

Se trata de datos de acceso abierto que resulta útil conocer para quien está interesado en documentarse sobre este problema. Aunque ciertamente, cualquier registro es una aproximación a la magnitud de los hechos delictivos que suceden en la realidad. Estos datos dan cumplimiento al acuerdo 04/XLII/2017 del Consejo Nacional de Seguridad Pública. La

10. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (25 de enero de 2022). *Incidencia delictiva*. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005?idiom=es>

11. *Ibidem*.

información que se presenta proviene de la siguiente fuente de información disponibles por el Centro Nacional de Información (SESNSP-CNI)¹².

Información de incidencia delictiva, que incluye feminicidio y víctimas mujeres de otros delitos, con base en las carpetas de investigación iniciadas ante el Ministerio Público en las 32 entidades federativas. La información de dichas carpetas es proporcionada mes a mes por las procuradurías y fiscalías generales de las 32 entidades federativas.

Los datos presentados como resultados fueron extraídos de los reportes publicados por el CNI, área técnica y administrativa adscrita al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) y de la Secretaria de Seguridad y Protección Ciudadana (SSPC, 2019)¹³.

El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública cuenta con autonomía técnica, de gestión y presupuestal, cuyo propósito es ejecutar y dar seguimiento a los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Pública, instancia superior de coordinación y de definición de las políticas públicas en materia de seguridad pública; por lo tanto es el órgano operativo, el eje de coordinación entre las instancias federales, estatales y municipales responsables de la función de salvaguardar la integridad de las personas, la seguridad ciudadana, así como de preservar el orden y la paz públicos (SESNSP, 2022)¹⁴.

Es importante considerar dos elementos sobre las estadísticas, con el objetivo de dimensionar adecuadamente el fenómeno delictivo asociado al feminicidio a nivel nacional (SESNSP-CNI, 2021)¹⁵:

1. La contabilidad del delito de feminicidio se realiza conforme a su tipificación en las entidades federativas, lo que se ha dado de forma gradual durante los últimos siete años, hasta llegar a completar en diciembre de 2017, las 32 entidades federativas de México.

12. *Ibíd.*

13. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2019, 31 de diciembre). https://observatoriofemicidiosonora.files.wordpress.com/2020/03/12.-info_delict_violencia_contra-las-mujeres_dic191.pdf

14. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (25 de enero de 2022). *Incidencia delictiva*. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005?idiom=es>

15. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2021, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1. Centro Nacional de Información*. <https://drive.google.com/file/d/1btj0rWQjIn3mlUKXcKrAxAhSHPoOe58T6/view>

2. La investigación de cualquier hecho delictivo inicia con la apertura de una carpeta de investigación por un determinado tipo penal. Conforme las investigaciones avanzan, los hechos motivo de una investigación podrían ser reclasificados en un delito distinto e inclusive podría determinarse su no existencia. Circunstancia informada en su oportunidad por las procuradurías o fiscalías sin que signifique una variación de la incidencia delictiva total, sino eventualmente la reclasificación de la información.

Señalado lo anterior, se producen ciertas limitaciones sobre este estudio. Los datos con los que se ha trabajado pueden cambiar en tanto se reclasifiquen algunos casos que hayan sido tipificados como homicidio o suicidio y que dada su revisión se actualicen en su tipificación a feminicidios. Los datos trabajados son una aproximación, en consecuencia, no podrá esperarse un registro puntual que refleje fielmente el problema, más aún, dada la corrupción que impera en el sistema de acceso a la justicia en el país, que se caracteriza por el temor por parte de las víctimas a las represalias a través de amenazas; la falta de transparencia que se confunde con la falta de acceso a la información judicial; la tolerancia institucional a la corrupción a través del tráfico de influencias, y, sobornos ; a esto habrá que añadir la congestión judicial y la precaria capacitación estratégica (Carvajal, Hernández y Rodríguez)¹⁶

El estudio se centra en los 11 municipios alertados, lo que significa que los otros 114 municipios del Estado de México no están integrados a este análisis. Otra importante limitación es el conocimiento sobre el cómo fue encontrado el cuerpo de la víctima, lo que muestra una lectura por hacer sobre el “remate” llevado a cabo por parte del victimario sobre la mujer que decidió asesinar. No obstante, estas limitaciones, la aproximación a este crimen a través de las herramientas con las que cuenta la academia es insoslayable. Su contribución señala de manera indubitable la necesidad de tomar acciones para el rompimiento cultural del patriarcado y de la ideología heteronormativa tradicional, ambos componentes se filtran, todavía, en las estructuras institucionales y bajan en las relaciones directas.

16. Carvajal, J., Hernández, C., y José Rodríguez. (2019). “La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate”. *Prolegómenos*. Vol. 22, no. 44. Julio-Diciembre.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2019000200067

II. RESULTADOS

Es pertinente iniciar indicando que las Alertas de Violencia de Género contra las Mujeres son un mecanismo de protección dentro de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para garantizar a las mujeres y niñas una vida libre de violencia (Cámara de Diputados del H. congreso de la Unión, 2023)¹⁷.

La primera Alerta de Género para el Estado de México fue declarada en julio de 2015 y contempla once municipios: Chimalhuacán, Chalco, Cuautitlán, Ecatepec, Ixtapaluca, Naucalpan, Nezahualcóyotl, Tlalnepantla, Toluca, Tultitlán y Valle de Chalco (Instituto Nacional de las Mujeres, 2021)¹⁸. De manera adicional, es necesario comentar que se declaró una segunda alerta en la misma entidad por desaparición forzada y no localización de mujeres, niñas y adolescentes en 2019 sobre siete municipios: Chimalhuacán, Cuautitlán, Ecatepec, Ixtapaluca, Nezahualcóyotl, Toluca y Valle de Chalco (Secretaría de las mujeres, 2023).

La Tabla 1 presenta los feminicidios reportados en los municipios alertados del Estado de México de 2015 a 2019. Con corte en febrero de 2023. Resaltando que Ecatepec de Morelos es el que reporta un mayor índice de feminicidios.

Tabla 1 - Feminicidios por municipio alertado

Municipios	2015	2016	2017	2018	2019
1. Chalco	1	0	1	4	2
2. Chimalhuacán	5	2	3	9	9
3. Ecatepec de Morelos	7	10	5	19	6
4. Ixtapaluca	2	4	2	4	7
5. Naucalpan de Juárez	2	6	1	3	6
6. Nezahualcóyotl	3	2	6	10	5
7. Tlalnepantla	2	3	3	1	4
8. Toluca	3	2	3	2	11
9. Tultitlán	0	0	1	1	3
10. Cuautitlán Izcalli	4	4	2	2	3
11. Valle de Chalco Solidaridad	3	1	2	2	4
Totales	32	34	29	57	60

17. -Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*, (2023), <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>

18. -Instituto Nacional de las Mujeres, *Alerta de violencia de género contra las Mujeres*. Gobierno de México, (2021), <https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/alerta-de-violencia-de-genero-contra-las-mujeres-80739>

Los análisis estadísticos descriptivos reportados en la tabla 2, arrojan que en los 11 municipios alertados en promedio por año y por municipio se cometieron: en 2015, 2.9 feminicidios; 2016, 3.0 feminicidios; 2017, 2.6; 2018, 5.2; y 2019, 5.4. Se observa un incremento conforme transcurren los años. Los feminicidios cometidos en los 11 municipios alertados fueron; en 2015, la máxima cantidad reportada fue de 7; 2016, 10; 2017, 6; 2018, 19; y, 2019, 11. Por otro lado, es importante mencionar que en 2015 y 2016 los mínimos son de cero, es decir, hay municipios donde no se presentaron feminicidios de los 11 alertados. Sin embargo, en 2017 y 2018 los mínimos son de 1, en otras palabras, en todos los municipios alertados por lo menos se reportó 1 feminicidio, mientras que en 2019 el mínimo fue de 2.

Tabla 2 - Estadísticos descriptivos

	N	Media	Desviación típica	Mínimo	Máximo
Año2015	11	2.9091	1.92117	.00	7.00
Año2016	11	3.0909	2.91392	.00	10.00
Año2017	11	2.6364	1.62928	1.00	6.00
Año2018	11	5.1818	5.49214	1.00	19.00
Año2019	11	5.4545	2.73363	2.00	11.00

En relación a los estadísticos de contraste se llevó a cabo la Prueba de Friedman, obteniendo para los 11 municipios una Chi-cuadrada de 10.37 con un nivel de significancia de 0.035, (ver tabla 3). El nivel de significancia es menor a 0.05 lo que indica que las diferencias entre las medias son estadísticamente significativas entre cada año, por tanto, hay un aumento considerable de feminicidios en los años mencionados.

Tabla 3 - Estadísticos de contraste. Prueba de Friedman

N	11
Chi-cuadrado	10.377
gl	4
Sig. asintót.	.035

Las frecuencias, respecto a los feminicidios cometidos por año en los 11 municipios alertados permiten observar indicios que muestran el comportamiento de incidencia sobre los feminicidios. Destaca en primer lugar el cómo de 2015 al 2019, prácticamente se duplicaron.

Destaca también cómo en cuatro de los municipios se reportan de diez a más muertes violentas contra las mujeres. En contraste el municipio de Tultitlán es el que registra el menor número de este tipo de crímenes. Particularizando la información por año se tiene que, en 2015, Ecatepec de Morelos registró 7 feminicidios; Chimalhuacán registró cinco; Cuautitlán Izcalli, cuatro; Nezahualcóyotl, Toluca y, Valle de Chalco Solidaridad, tres feminicidios cada uno; Ixtapaluca, Naucalpan de Juárez y Tlalnepantla, dos; Chalco, uno; y, Tultitlán, ninguno (ver tabla 4).

Tabla 4- Año 2015

	Municipios alertados	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	.00	1	9.1	9.1
	1.00	1	9.1	18.2
	2.00	3	27.3	45.5
Válidos	3.00	3	27.3	72.7
	4.00	1	9.1	81.8
	5.00	1	9.1	90.9
	7.00	1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0

En 2016 los feminicidios aumentaron con dos casos más. En esta ocasión Chalco al igual que Tultitlán no reportaron ninguna muerte. Valle de Chalco Solidaridad para este año disminuyó su incidencia, de tres casos el 2015 a un solo caso en 2016. Tres municipios reportaron dos feminicidios, Chimalhuacán, Nezahualcóyotl y Toluca. Tlalnepantla, tres casos. Ixtapaluca y Cuautitlán Izcalli, cuatro. Naucalpan de Juárez seis casos, de este dato destaca que triplicó la incidencia del 2015 al 2016. Y por su parte Ecatepec de Morelos alcanzó una cifra de 10 muertes, tres más que en el 2015 (ver tabla 5).

Tabla 5 - Año 2016

		Municipios alertados	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	.00	2	18.2	18.2	18.2
	1.00	1	9.1	9.1	27.3
	2.00	3	27.3	27.3	54.5
Válidos	3.00	1	9.1	9.1	63.6
	4.00	2	18.2	18.2	81.8
	6.00	1	9.1	9.1	90.9
	10.00	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

En 2017 disminuyeron los casos en comparación con el 2016. Para 2017 se reportaron 29 muertes y en 2016, 34, es decir un 15% menos. Fue el municipio de Nezahualcóyotl con mayor número de muertes, mismas que triplicó del 2016 al 2017. Seguido por Ecatepec de Morelos que disminuyó la incidencia de este delito en un 50%. Tres municipios, Chimalhuacán, Tlalnepantla y Toluca reportaron tres casos cada uno; dos de ellos aumentaron en un 50% de 2016 al 2017, Chimalhuacán y Toluca, mientras que Tlalnepantla se mantuvo con el mismo registro en estos años. Seguidos de Ixtapaluca, Cuautitlán Izcalli y Valle de Chalco Solidaridad con dos casos cada uno de ellos. Mientras que Ixtapaluca y Cuautitlán Izcalli lograron disminuir su incidencia al 50% del 2016 al 2017, Valle de Chalco Solidaridad la duplicó. Chalco, Naucalpan de Juárez y Tultitlán, reportaron un solo caso. De este año, 2017, destaca que Chalco y Tultitlán de haber registrado cero feminicidios en el año 2016, reportaron para el siguiente, 2017, un caso. En consecuencia, todos los municipios alertados tuvieron en su registro delictivo actividad criminal en la materia (ver tabla 6).

Tabla 6 - Año 2017

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	1.00	3	27.3	27.3	27.3
	2.00	3	27.3	27.3	54.5
Válidos	3.00	3	27.3	27.3	81.8
	5.00	1	9.1	9.1	90.9
	6.00	1	9.1	9.1	100.0
	Total	11	100.0	100.0	

En el año 2018, prácticamente se duplicaron los feminicidios durante un año de diferencia. Mientras que en 2017 se registraron 29 casos para el 2018 fueron 57, una diferencia porcentual ascendente de 96 puntos. Nuevamente Ecatepec de Morelos encabeza la lista con el mayor número de muertes, 19, una diferencia hacia arriba con respecto al 2017 que prácticamente

se cuadruplica. Seguido de Nezahualcóyotl, municipio que también presentó una diferencia en relación con 2017, de 66.6 puntos porcentuales. Chimalhuacán por su parte, igualmente se dispararon, triplicando su registro, del 2017 al 2018. Chalco e Ixtapaluca también incrementaron sus cifras a cuatro casos en 2018 cada municipio. Naucalpan del mismo modo presenta un aumento triplicado en la comparación de los años referidos, de un caso durante 2017 a tres en 2018. Toluca, Cuautitlán Izcalli y Valle de Chalco Solidaridad registraron dos feminicidios. Toluca disminuyó y los otros dos municipios se mantuvieron. Tlalnepantla y Tultitlán registraron la frecuencia más baja, un caso por municipio (ver tabla 7).

Tabla 7 - Año 2018

	Municipios	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
1.00	2	18.2	18.2	18.2
2.00	3	27.3	27.3	45.5
3.00	1	9.1	9.1	54.5
4.00	2	18.2	18.2	72.7
9.00	1	9.1	9.1	81.8
10.00	1	9.1	9.1	90.9
19.00	1	9.1	9.1	100.0
Total	11	100.0	100.0	

Finalmente, en 2019 se reportan 60 casos, un incremento de tres casos en comparación con lo reportado en 2018. Para este año fue el municipio de Toluca con el registro más alto, 11 casos en total. Seguido de Chimalhuacán, 9 casos. Después Ixtapaluca, 7. Luego, Ecatepec de Morelos y Naucalpan de Juárez, 6, cada uno. Seguidamente Nezahualcóyotl, 5. Tlalnepantla y Valle de Chalco Solidaridad, 4 muertes cada municipio. Tultitlán y Cuautitlán, tres casos cada uno, y Chalco, dos casos (ver tabla 8).

Tabla 8 - Año 2019

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
	2.00	1	9.1	9.1
	3.00	2	18.2	27.3
	4.00	2	18.2	45.5
	5.00	1	9.1	54.5
	6.00	2	18.2	72.7
Válido	7.00	1	9.1	81.8
	9.00	1	9.1	90.9
	11.00	1	9.1	100.0
Total	11	100.0	100.0	

III. DISCUSIÓN

Los datos revelan que existe una diferencia estadísticamente significativamente en el análisis longitudinal por cuanto hacer al feminicidio en los municipios alertados del 2015 al 2019 en el Estado de México. La tipificación de estos registros, muestran que se trató de cuerpos infamados, ya sea por presentar signos de violencia sexual, lesiones o mutilaciones degradantes, antecedentes de relaciones violentas en alguno de sus círculos sociales, antecedentes de relación entre el victimario y la víctima, amenazas, o acoso, o en su defecto, lesiones, incomunicación, exhibición pública del cuerpo de la víctima (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2023).

El Estado de México a pesar de ser el estado con la mayor economía nacional presenta un rezago de actuación gubernamental para prevenir, atender y sancionar este crimen, porque de ser lo contrario los datos se mantendrían sin diferencia en el transcurso de los años, o bien, su tendencia sería a la baja.

Se identificó al municipio de Ecatepec de Morelos con el mayor índice de feminicidios durante los 5 años del estudio, seguido de Toluca. Resaltando que a la revisión de las condiciones socioeconómicas, culturales y educativas, de estos dos municipios, Ecatepec, presenta un panorama desafiante, ya que gran parte de su población solo tiene estudios de nivel básica (primaria o secundaria), por lo que el nivel de alfabetismo sigue siendo alto. La mayoría de la población trabaja en actividades informales y de baja remuneración, y a pesar de los esfuerzos que ha hecho el Gobierno del Estado por mejorar las condiciones de

infraestructura y vivienda y por ser el municipio con mayor población, el robo y violencia es una de las situaciones que pone en riesgo a las mujeres, un grupo por demás vulnerable (Martínez-Celis, R., Alcázar. T., Benítez, R. 2022).

La reiteración aumentada de este crimen muestra cómo se somete el cuerpo de las mujeres a tratos crueles, brutales y letales. Con comportamientos misóginos extremos de alto impacto de peligrosidad que confirman líneas de acción por parte del victimario con las que despoja de todo reconocimiento de derecho a la integridad humana a la mujer.

Las víctimas son sustraídas de cualquier calidad humana en una cultura que está transitando hacia una igualdad sustantiva. En esta transición, la concepción heteronormativa introyectada en varones victimarios no se asume como responsable de conductas machistas, sexistas, misóginas y homofóbicas. Pero si asume el proceso de independencia de mujeres como una amenaza a su confirmación masculina, porque en términos subjetivos implica su emasculación con toda la carga cultural tradicional que ello implica.

Los datos ilustran que no sólo el espacio privado, la esfera de lo doméstico puede ser de alto peligro, sino también la calle. Lo que estrangula los espacios para estar y transitar con seguridad y certeza de no sufrir daño. Mujeres que viven en una dinámica de polarización radical de género, dentro del cual está ubicada como una entidad, no como ser, no como persona, a disposición de otro que, si es ser, que, si es persona, por esa construcción heteronormativa tradicional.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo al objetivo planteado sobre el análisis comparativo longitudinal del feminicidio, se encontró una diferencia estadísticamente significativa en el análisis longitudinal de crímenes contra mujeres en los municipios alertados del Estado de México, a propósito de haberse declarado su primera alerta en el año 2015.

El uso de la minería de datos de instituciones públicas es útil para lograr una aproximación a la realidad de un problema que aqueja en lo social, en lo cultural, en lo estructural, en lo cotidiano, es decir, de manera multidimensional.

De acuerdo al INEGI (2022), el Estado de México ocupa el primer lugar de violencia contra la mujer, tipificada como feminicidio. Por lo tanto, los datos ponen en estado de alerta a esta entidad federativa por cuanto hace a sus estrategias de vigilancia, seguridad pública, y reacción por parte de los policías, por el hecho de ilustrar un incremento estadísticamente sensible sobre un evento deleznable por involucrar la pérdida de una vida que cercena a una familia, que cercena un proyecto de vida, implicaciones de las que no sólo se puede hablar de dolor sino de un sufrimiento que no se salda en corto tiempo y que según los sobrevivientes de las víctimas pérdidas puede marcar de por vida.

Este estudio abre una ventana que apunta la necesidad de hacer análisis de geolocalización en los municipios con mayor inseguridad, con mayor número de terrenos baldíos, con insuficiencia en iluminarias. Pero no solo la cuestión de seguridad pública es medular, también el ámbito educativo y el ámbito de salud como filtros institucionales de detección de condiciones de riesgo en mujeres, para poder prevenir desenlaces fatales.

REFERENCIAS

- Bucio, R. (s/f). *Leyes de avanzada, cultura machista*. Gobierno de México. https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=5382&id_opcion=400&op=448
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2022). *Ley General para la igualdad entre mujeres y hombres*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIMH.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). *Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2023). Código penal federal. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf
- Carvajal, J., Hernández, C., y José Rodríguez. (2019). La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate. *Prolegómenos*. Vol. 22, no. 44 julio-diciembre. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2019000200067 <https://doi.org/10.18359/prole.3667>

- Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. (2016, 19 de octubre). *¿Qué es el feminicidio y cómo identificarlo?*
<https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-feminicidio-y-como-identificarlo?idiom=es>
- Delgadillo, L., Rojas, A., Leonor González. (2021). Por su culpa la maté... Feminicidio de pareja en el Estado de México. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. Año 8, Vol. 17, agosto-diciembre.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7847392>
- INEGI. (2022). Violencia contra las mujeres en México.
<https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/vcmm/>
- Instituto Nacional de las Mujeres. (2021). *Alerta de violencia de género contra las Mujeres*. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/alerta-de-violencia-de-genero-contra-las-mujeres-80739>
- ONUMUJERES México. (2020). *La violencia feminicida en México: aproximaciones y tendencia*.
<https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020-nuevo/diciembre-2020/violencia-feminicida>
- Martínez-Celis, R., Alcázar, T., Benítez, R. *Atlas de la Seguridad del Estado de México 2022*. Universidad Mexiquense de Seguridad.
https://sseguridad.edomex.gob.mx/sites/sseguridad.edomex.gob.mx/files/files/Book%20ATLAS%20EDOMEX%202022%20C_PDA.
- Secretaría de las Mujeres. (2023). *Alerta de Género*. Gobierno de México. <https://alertadegenero.edomex.gob.mx/>
- Secretaría de Relaciones Exteriores. (2015). La política de derechos humanos de México. *Boletín informativo 9*. Dirección General de Derechos Humanos y Democracia. 3 de agosto. <https://embamex.sre.gob.mx/reinounido/images/stories/reinounido/DerechosHumanos/2015/Esp/boletin9.pdf>
- Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana. (2019). *¿Qué Hacemos?*
<https://www.gob.mx/sspc/que-hacemos>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2017, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1*. Centro Nacional de Información.
https://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/nueva-metodologia/Info_delict_persp_genero_DIC2017.pdf

- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2018, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1. Centro Nacional de Información.* https://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/nueva-metodologia/Info_violencia_contra_mujeres_DIC2018.pdf
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2019, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1. Centro Nacional de Información.* https://observatoriofemicidiosonora.files.wordpress.com/2020/03/12.-info_delict_violencia-contra-las-mujeres_dic191.pdf
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2020, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1. Centro Nacional de Información.* https://drive.google.com/file/d/1RHUjF-foAgeft_iaAGgXliPvvgRfPT9b/view
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública- Centro Nacional de Información (2021, 31 de diciembre). *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1. Centro Nacional de Información.* <https://drive.google.com/file/d/1btj0rWQjIn3mlUKXcKrAxAhSHPoOe58T6/view>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (25 de enero de 2022). *Incidencia delictiva.* <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005?idiom=es>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (25 de enero de 2022). *¿Qué hacemos?* <https://www.gob.mx/sesnsp/que-hacemos>

RECIBIDO: 19/09/2023

APROBADO: 28/10/2023

Introducción al triángulo de la corrupción

Introduction to the Corruption Triangle

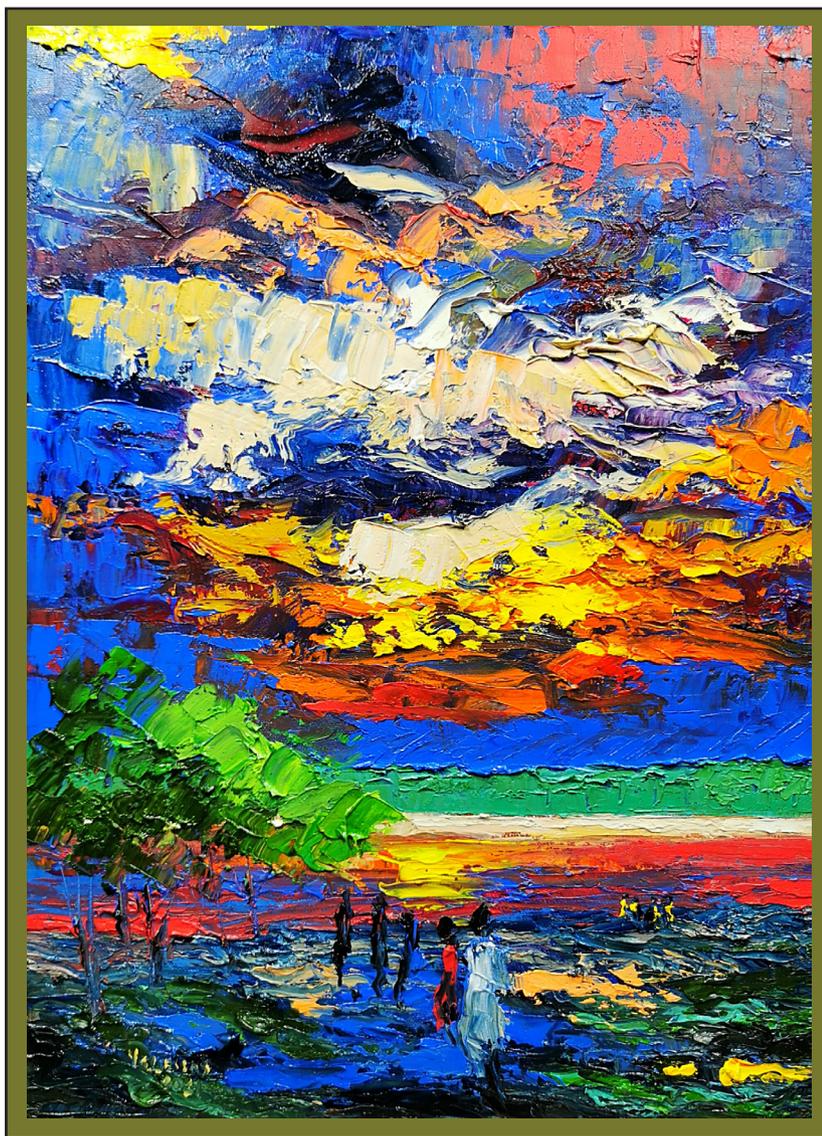
Daniel Alberto Juarez Fernández* <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2529>

* Abogado. Maestro en Derecho. Docente Universitario (Universidad Tecnológica del Perú, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad Nacional Federico Villarreal, Universidad Privada San Juan Bautista, e Instituto Superior Tecnológico IDAT. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Empresarial UNFV; Maestría en Tutela de Derechos UNMSM; Maestría en Gestión Pública UNMSM y Doctorado en Derecho UNFV. Estudios de Maestría en DD.HH. CAEN. Perú.
Correo electrónico: djf38495@hotmail.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.



PAISAJE AZUL. Óleo sobre tela. 37 cm. x 27.5 cm.
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiassanchez@hotmail.com

RESUMEN

Hablar del Estado, es hablar de Poder, hablar de Gobierno es hablar del administrador temporal de ese Poder, y si hablamos de actos de corrupción, lamentablemente tenemos que decir que la corrupción tiene su origen y fin en el gobierno de turno de un país (en sus tres niveles), desde una licitación millonaria hasta la emisión de una orden de servicio existen visos de corrupción, y el resultado principal es atraso, mientras mayor es el índice de corrupción, mayor serán las carencias sociales.

Palabras clave: *corrupción, poder político, poder técnico legal y poder económico.*

ABSTRACT

Talking about the State is talking about Power, talking about Government is talking about the temporary administrator of that Power, and if we talk about acts of corruption, unfortunately we have to say that corruption has its origin and end in the current government of a country (at its three levels), from a million-dollar tender to the issuance of a service order there are signs of corruption, and the main result is delay, the higher the corruption rate, the greater the social deficiencies.

Keywords: *corruption, political power, legal technical power and economic power.*

*Combinadas las distintas formas de corrupción
características de los tempranos gobiernos
republicanos ocasionaron fuertes costos y
una burda asignación de recursos públicos,
hecho que tuvo consecuencias negativas para
la recuperación económica,
el desarrollo y el bienestar.*

Alfonso Quiroz

Historia de la Corrupción en el Perú

I. INTRODUCCIÓN

¿HABLAR DE CORRUPCIÓN ES HABLAR DE GOBIERNO?

A manera de introducción, iniciamos esta intervención trayendo a colación una frase del Premio Nobel de Economía James Buchanan, quien mencionó que en ninguna parte existe “*un gobierno de ángeles*”; los gobernantes, en la medida en que priorizan su bienestar individual o de grupo, tienden a proceder de manera tal que inclusive pueden cometer actos irregulares que lindan con la corrupción¹. Por ello, no sorprende deducir o “descubrir” que existan actividades de corrupción en el sector público peruano en general y en las esferas gubernamentales en particular².

1. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM N° 18. Lima, (diciembre del 2000).*

2. La corrupción se da en todas partes y no existe una cura mágica para la enfermedad. Sin embargo, ayudaría bastante tener gobiernos más pequeños. La gente tiende a creer que la corrupción en su país es única. Pero la fuente de la corrupción es la misma en todas partes: gobiernos enormes con el poder para dispensar favores a diferentes grupos (Fuente: <http://ebour.com.ar/derecho/12-Public%20Choice.pdf>).

Por ello una voz autorizada como Peces Barba, señala que el fenómeno de corrupción pública se caracteriza por aprovechar el monopolio del uso de la fuerza y de la administración de los recursos, con que cuenta el Estado, a favor de un ilegítimo interés particular. En las transacciones corruptas se utilizan herramientas propias de la economía y del mercado para fines capitalistas ³

Por otro lado Zarzalejos, menciona que es el poder de la Administración la herramienta que el funcionario ofrece y que el particular necesita, la concentración de poder con que cuenta el Estado hace casi indefectible la consecución del beneficio buscada por el particular interesado ⁴.

Y esto hace de la ilegal transacción (poder público – beneficio privado) una operación altamente rentable. De esta forma, los actos de corrupción suelen insertarse como parte del intercambio clandestino que opera en los mercados social, político y económico. ⁵

Sobre esta discusión, Javier Milei⁶ trae dos rubros muy interesantes: el empresucio y el empresaurio. El empresucio es el que se pone de acuerdo con alguien del gobierno estafar a los contribuyentes -los ejemplos los tenemos a diario- ganar en proceso de selección, no ejecutar el contrato, cobrar y no recibir penalidad.

El empresaurio por otra parte, es el que frente poder estatal descubre que “resulta más sencillo alcanzar el éxito económico seduciendo a un miembro del gobierno en lugar de hacerlo satisfaciendo las necesidades de su prójimo

3. Gregorio Peces Barba, «La corrupción en las Instituciones y en la sociedad civil», *Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto*, (Bilbao: Universidad de Deusto, 1995): 21.

http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corrupcion-publica.html#_ftnref12

4. José Antonio Zarzalejos, «Descripción del fenómeno de la corrupción», *Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto*, (Bilbao: Universidad de Deusto, 1995): 14.

http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corrupcion-publica.html#_ftnref12

5. Demetrio Velasco, «Corrupción pública e inmoralidad privada», *Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto*. (Bilbao: Universidad de Deusto, 1995):42.

http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corrupcion-publica.html#_ftnref12

6. Javier Milei, <https://www.cronista.com/columnistas/Empresucios-empresaurios-la-falacia-proteccionista-y-el-libre-comercio-20170310-0045.html>

II. EL TRIÁNGULO DE LA CORRUPCIÓN

Si hablar de Estado, es hablar de Poder, hablar de Gobierno es hablar del administrador temporal del Poder, y si hablamos de actos de corrupción, lamentablemente tenemos que decir que la corrupción tiene su origen y fin en el gobierno de turno de un país (en sus tres niveles).



(Elaboración propia)

De esta gráfica nace la noción tripartita de corrupción pública, a la que denominamos el *Triángulo de la Corrupción o el Triángulo de Juárez*.



(Elaboración propia)

Como expresamos en las líneas precedentes, en nuestro medio existe todo un sistema de corrupción vinculado con la ejecución presupuestal; dicho sistema se ve sustentado en un marco normativo que fomenta tanto la (i) Corrupción como la (ii) Impunidad, el mismo que se encuentra compuesto normativamente por:

2.1. El Lado Interno: El Poder Político, el personal al servicio de la Administración

El mismo que es representado por el personal al servicio de la administración, esto engloba a (i) los funcionarios con poder de decisión y (ii) a los servidores públicos, bajo cualquier forma de contratación sean del régimen privado (728) del régimen público (276) del régimen público especial (CAS) o los contratados bajo orden de servicios, ellos representan el poder político.

Son en buena cuenta una suerte de potencial o talento humano “itinerante” que varían de lugar conforme a las variaciones políticas y/o económicas.

2.2. El Lado Externo: El Poder Técnico Legal

Si bien ellos no son actores directos, ya que no participan de la fase de actos preparatorios (actuaciones tal y como dice la Ley N° 30225); selección y ejecución contractual, tienen un rol importante tanto por omisión como por acción.

Son los llamados a garantizar la legalidad del gasto, la correcta aplicación de la normativa de contratación pública, el ejercicio de la acción penal y la administración de justicia tanto en sede arbitral como judicial.

2.3. Lado Complementario: El Poder Económico

Son ellos los grandes grupos económicos, financistas de las millonarias campañas electorales previo acuerdo con el grupo político de turno en donde la recompensa son los otorgamientos de la Buena Pro, la celebración de contratos con adicionales, complementarios, ampliaciones de plazo (no cobro de penalidades) esto sin contar con los temas vinculados con hidrocarburos y otros tipos de contratos de concesión.

Recordemos que a los grandes grupos económicos no les conviene que el Sector Público se tecnifique, colocar gente solvente en lo personal y en lo profesional no es rentable para la corrupción.

III. LA PERVERSA BÚSQUEDA DE RENTAS: LOS FAVORES DEL GOBIERNO

Desde la óptica de la Teoría de la Elección u Opción Pública, el proceso de competir por los favores del gobierno se llama *búsqueda de rentas*. Esta ha crecido dramáticamente porque el gasto público y las regulaciones son demasiado grandes. Puede que los políticos

y funcionarios no sean peores que otros grupos, pero tienen demasiadas tentaciones para vender su poder por dinero u otros beneficios. Algunas empresas están dispuestas a ofrecer estas tentaciones, justificando su conducta con la excusa de que otras también lo hacen. La corrupción distorsiona el funcionamiento de una economía porque lleva a los funcionarios del gobierno a tomar acciones que no van a favor del interés general.

La corrupción también puede frenar el desarrollo económico desanimando a los empresarios honestos y aumentando arbitrariamente el costo de hacer negocios.

¿Quiénes son más corruptos históricamente hablando, las dictadoras o las democracias? Según la Teoría de la Elección u Opción Pública; los regímenes dictatoriales parecen tener *poca* corrupción, pero es una ilusión causada por la supresión de la oposición y la prensa. No es casualidad que la evidencia de una corrupción generalizada se puso de manifiesto en Argentina, Brasil, Corea y México después de que se desarrollasen partidos de oposición y periódicos libres. Las democracias suelen tener menos corrupción que las dictaduras, porque los partidos de oposición tienen el incentivo de exponer los desmanejos del gobierno. No obstante, las grandes ganancias de la búsqueda de rentas garantizan que las democracias tendrán niveles inaceptables de corrupción. Aunque la única forma de reducir significativamente la corrupción es reducir la amplitud del gobierno, esto raramente se menciona⁷.

Coincidimos con Reyes ⁸ en el ámbito de persona, el origen de la corrupción, obedece a tres orígenes posibles:

a) Las personas corruptas no tienen ética y responsabilidad social, sus intereses son motivados exclusivamente por su deseo de acumular riqueza, muchas veces carecen de una conciencia social; solo les interesa su bienestar personal y no el de la sociedad en sí.

b) Las personas corruptas, tienen rasgos de personalidad antisocial y delirios de poder, la motivación de estos individuos está mediada por el deseo de dominar, el cual se configura como una necesidad, así para lograrlo evaden la ley.

7. <http://ebour.com.ar/derecho/12-Public%20Choice.pdf>

8. Eida Reyes, *La corrupción en el Estado Colombiano*, 2017 <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dictamenlibre/article/view/3140/2550>

c) Las personas corruptas no reciben un castigo ejemplar, y los delitos cometidos no tienen consecuencias, esto estructura la base del soborno, entonces con dinero o con apellidos se puede evadir las responsabilidades judiciales.

Creemos pues que Hobbes, tenía razón, la gente busca seguridad participando en un contrato social en el que el poder original de cada persona se cede a un soberano que, a su vez, regula la conducta. Esta postura conservadora en política asume que los seres humanos son malos y precisan un Estado fuerte para reprimirlos. No obstante, Hobbes afirmaba que si un soberano no da seguridad y orden y es derrocado por sus súbditos, la sociedad vuelve al estado de naturaleza y puede comprometerse en un nuevo contrato.⁹

La corrupción es uno de los problemas que más afecta a los países en vías de desarrollo. Según Susan Rose Ackerman “la distribución de los beneficios y costes que controla el Estado se hallan generalmente bajo el control de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional.

Las personas y las empresas privadas que desean un trato favorable pueden estar dispuestas a pagar para obtenerlos. Los pagos son corruptos si se hacen ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de obtener un beneficio o de evitar un coste. La corrupción es un síntoma de que algo no ha funcionado bien en la gestión del Estado. Las instituciones diseñadas para gobernar la interrelación entre los ciudadanos y el Estado se utilizan, en vez de ello, para el enriquecimiento personal y para proporcionar beneficios a los corruptos¹⁰.

IV. ¿QUÉ NOS FALTA?

“La responsabilidad social”, la que puede definirse como el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la actividad y operaciones que las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos humanos. Esta responsabilidad social permite que las empresas desarrollen un modelo de gestión y de relación con sus interlocutores internos y externos (empleados, proveedores, consumidores, accionistas, inversores,

9. Zúñiga, “Ética y Corrupción en la Administración de Justicia”, (Tesis), 2004.

10. Eida Reyes, op. cit.

sociedad civil, etc.) que incorpora la triple línea de resultados (social, ambiental y financiera) en sus estrategias, políticas y operaciones comerciales. De esta forma, la responsabilidad social es el conjunto integral de políticas, prácticas y programas que ponen en marcha un sistema de administración con procedimientos, controles y documentos, que en el campo corporativo ha sido adoptado en beneficio de los trabajadores, sus familias y el entorno de las zonas de su influencia, demostrando respeto por la gente, los valores éticos, la comunidad y el medio ambiente, contribuyendo así a la construcción del bien común¹¹. En nuestro medio impracticable, no por razón de normas, sino por las carencias de las personas al servicio de la administración.

Podemos decir, que la expresión de marco normativo que fomenta la corrupción no comprende una definición completa, ya que el fenómeno de la corrupción es más que normativo, la primera parte del sistema o del triángulo (usados en este artículo como sinónimos) se encuentra compuesto por el lado interno, representado por el poder político de turno (el personal al servicio de la administración a todo nivel), el mismo que es mayormente oportunista y servil, ya que el gestor público no solo comete fraude en las fases de actos preparatorios y de selección, sino que el fraude abarca la fase de ejecución contractual.

La segunda parte del sistema lo comprende el lado externo, que, en el caso de la ejecución presupuestal, tiene dos actores principales y que representan el poder técnico legal, en el cual el sistema nacional de control es responsable de la supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto (art. 82° de la Constitución), pero que en la práctica su alta dirección también es proclive a los delitos de acción por omisión. El otro actor es sin lugar a dudas el arbitraje en materia de contratación pública, el cual es sinónimo de inequidad, dada la pobreza moral y jurídica de muchos laudos, y la imposibilidad de analizar el fondo de los mismos, siendo en el Perú una suerte de verdad apodíctica el contenido del laudo arbitral. Será acaso que tanto el legislador como el propio árbitro desconocen expresamente que en materia jurídica no existen dogmas ni verdades apodícticas, ¿Por qué romper la tradición jurídica de una segunda instancia arbitral con la actual ley de arbitraje?, señores la segunda instancia no es un lujo, lo que se busca es la decisión más justa posible, más aún cuando hablamos de fondos del Estado.

11. Eida Reyes, op. cit.

Y finalmente, el lado complementario, representado por los contratistas, ese maldito poder económico capaz de comprar tanto funcionarios públicos a cargo de la gestión, como a auditores, árbitros, procuradores, fiscales y jueces, creando escenarios y fabricando situaciones para obtener a cualquier medio una ventaja indebida en agravio de la sociedad en su conjunto. En pues sin duda, estos tres lados del Triángulo que se encuentran plenamente relacionadas y ordenadamente contribuyen a determinado objeto: la corrupción y la impunidad.

Por ello, no descartamos la posibilidad de contratar gerentes públicos *extranjeros*, a efectos de garantizar la honestidad en el manejo de los fondos públicos, el cumplimiento de metas y logro de objetivos sectoriales

V. CONCLUSIONES

1. Existe todo un sistema que fomenta la corrupción y la impunidad en materia de adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras a todo nivel en aparato público, cuyos ejemplos son diarios, nosotros en la presente investigación únicamente utilizamos los inherentes a nuestro objeto de estudio, pero para efectos académicos muestran con escrupulosa claridad el accionar anómalo de los actores del proceso de ejecución presupuestal.

2. Consideramos que más allá del gasto, que en sentido lato es la ejecución presupuestal, lo más importante es la calidad del gasto, esto es la evaluación presupuestal; es decir contratar bienes, servicios y obras, de calidad a precios de mercado y sobre todo en la oportunidad requerida por el usuario final.

3. Existe una predisposición marcada y evidente por parte del personal al servicio de la administración pública de efectuar el uso indebido y obtención de ventajas patrimoniales y extrapatrimoniales ilícitas.

4. Existe una relación entre grupos de poder y la ejecución presupuestal, dado que tanto el lado interno, externo y complementario del triángulo son parte de un sistema de corrupción e impunidad que destruye el futuro de cualquier país, aspecto que aborrece el Estado Constitucional, en el cual el Poder se encuentra sometido en su totalidad al Derecho y a la razón.

REFERENCIAS

- *Peces Barba, Gregorio. «La corrupción en las Instituciones y en la sociedad civil». Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto, 21. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.*
http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corrupcion-publica.html#_ftnref12
- Milei, Javier. 2017 www.cronista.com/columnistas/Empresucios-empresaurios-la-falacia-proteccionista-y-el-libre-comercio.
- Quiroz Alfonso W. *Historia de la Corrupción en el Perú*. Perú: Instituto de Estudios Peruanos (IEP) 2019.
- Reyes Ramírez, Eida María. “La corrupción en el Estado Colombiano”. Universidad Libre de Colombia, *Dictamen Libre* N°21 (2017): 29-36.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dictamenlibre/article/view/3140/2550>
<https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.21.3140>
- Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM N° 18. Lima, diciembre del 2000.
- *Velasco, Demetrio. (1995) «Corrupción pública e inmoralidad privada». Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusta N°9 (1995): 42. Bilbao: Universidad de Deusto.*
- Zúñiga, Yuri Iván. “Ética y Corrupción en la Administración de Justicia”. Tesis para optar el título profesional de abogado, Facultad de Derecho y CP, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004.
- *Zarzalejos, Antonio José. «Descripción del fenómeno de la corrupción». Corrupción y Ética, Cuadernos de Teología Deusta N°9 (1995): 14. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.*

RECIBIDO: 10/09/2023

APROBADO: 12/10/2023

*Intoxicación accidental con Fosforo de
Aluminio*

*Accidental Poisoning with Aluminum
Phosphide*

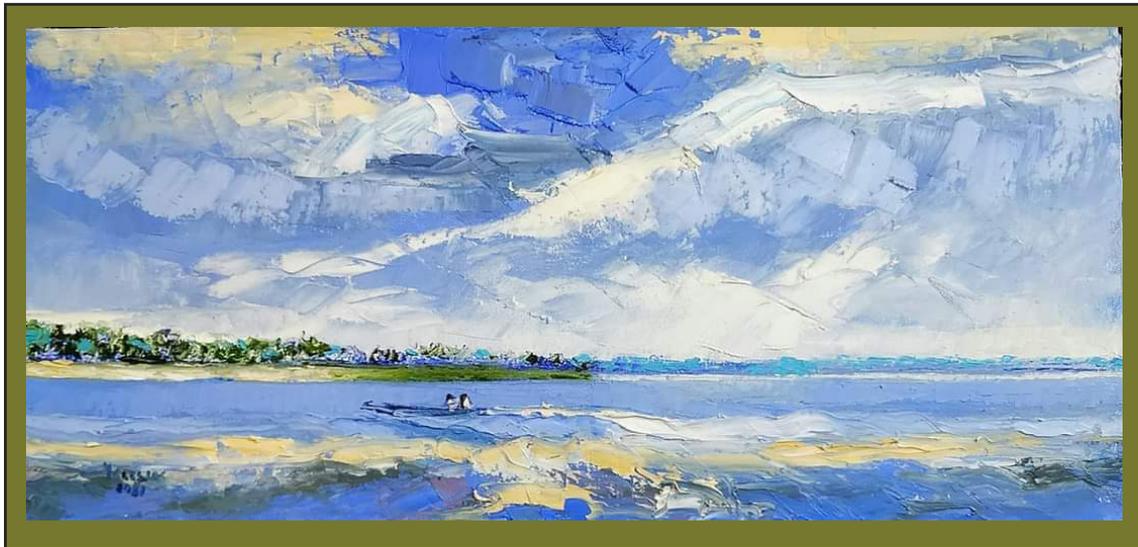
Giancarlo Jesús Rodríguez-Velarde* <http://orcid.org/000-0003-2734-2937>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i32.2530>

* Médico Cirujano. Doctor en Ciencias de la Salud. Unidad médico legal de Catacaos,
Piura. Perú
Correo electrónico: gijerove2015@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.



Por el río Nanay - Óleo sobre tela, 20.5 cm x 45 cm
Javier Yglesias Sánchez (Iquitos, Perú, 1963)
Correo electrónico: javieryglesiasanchez@hotmail.com

RESUMEN

Paciente varón de 14 años, residente del Bajo Piura, ingresó a la emergencia el 14-04-23 con náuseas, vómitos y dificultad respiratoria, falleció poco después de ingresar a emergencia. Se notificó a la policía, y a Medicina Legal, en la escena secundaria, se encontró un cadáver con las pupilas midriáticas, con corneas transparentes, livideces dorsales sin signos de putrefacción, rigidez total con temperatura corporal fría. Con tiempo de muerte de 10-12 horas. En la necropsia, se encontró un edema cerebral, contenido espumoso blanquecino y edema de la mucosa en vías aéreas superiores e inferiores con líquido espumoso en los pulmones, con hepatomegalia con un patrón moteado plumizo. El diagnóstico fue asfixia por obstrucción de vías aéreas con edema agudo de pulmón y edema multiorgánico. En la escena primaria donde sucedieron los hechos, se encontraron frascos que contenían fosforo de aluminio, lo que se correlaciona con lo encontrado post mortem.

Palabras claves: *intoxicación, plaguicidas, compuestos de fósforo, edema pulmonar, enfermedad hepática inducida por sustancias y drogas (Fuente: DeCS-BIREME).*

ABSTRACT

A 14-year-old male resident of Bajo Piura was admitted to the emergency room on 04-14-23 with symptoms of nausea, vomiting, and respiratory distress. He died shortly after being admitted. The police were notified, and during the secondary scene investigation, a corpse was discovered with mydriatic pupils and transparent corneas, dorsal lividity, no signs of putrefaction, and total rigidity with a cold body temperature. The estimated time of death was 10-12 hours prior. The necropsy revealed cerebral edema, whitish foamy contents, mucosal edema in the upper and lower airways, and foamy fluid in the lungs. The liver was found to be enlarged with a leaden speckled pattern. The diagnosis was asphyxia due to airway obstruction, acute pulmonary edema, and multiorgan edema. Vials containing aluminum phosphide were discovered at the primary scene, which is consistent with the post mortem findings.

Keywords: *poisoning, pesticides, phosphorus compounds, pulmonary edema, chemical and drug induced liver injury (MeSH-BIREME).*

I. INTRODUCCIÓN

El fosforo de aluminio es un insecticida y rodenticida altamente efectivo utilizado con frecuencia para proteger el grano almacenado. La intoxicación aguda con este compuesto es común en algunos países, y representa un grave problema de salud¹. La toxicología del fosforo de aluminio se debe principalmente a la liberación de fosfina (PH₃)², un gas altamente tóxico, cuando el compuesto entra en contacto con la humedad o el agua³. La fosfina es un gas incoloro y altamente inflamable que tiene un olor a ajo o pescado podrido.⁴

Cuando la fosfina se inhala, puede irritar el tracto respiratorio y causar dificultad para respirar y edema pulmonar.⁵ Además, puede dañar los riñones, el hígado y otros órganos vitales del cuerpo⁶⁻⁷. La exposición a altas concentraciones de fosfina puede ser fatal y puede

1. A Hosseinian , N Pakravan,A Rafiei, SM Feyzbakhsh, “Aluminum phosphide poisoning known as rice tablet: A common toxicity in North Iran”. *Indian J Med Sci.* , 65(4) (2011 apr.):143-50. PMID: 23250344.

2. C. Rodríguez Padilla “Intoxicación por fosforo de aluminio”. *Med. leg. Costa Rica [Internet]*. 2022 Mar ; 39(1): 20-31. ISSN 2215-5287.

3. Patricia Docampo, Marina Spera, Ana Voitzuk , “Serie de casos de intoxicación fatal por ingesta intencional de fosforo de aluminio: case reports with fatal evolution”. *Acta toxicol. argent.* [Internet]; 22(3) (2014 Dic): 136-140.

4. C. Rodríguez Padilla, “Intoxicación por fosforo de aluminio”, *Med. leg. Costa Rica [Internet]*. 39(1), (2022 Mar): 20-31. ISSN 2215-5287.

5. JL Pérez Navero, I. Ibarra de la Rosa, M.A. Frías Pérez, M.J. Arroyo Marín, P. Pérez Jorge, “Fatal poisoning by accidental inhalation of aluminium phosphide”. *Anales de Pediatría*, 71(5) (2009)
<https://doi.org/10.1016/j.anpedi.2009.07.025>

6. MR Medina, GF de Anda, JG Monroy, “Revisión de la intoxicación aguda por fosforo de aluminio”, *Tema de revisión. Medicina Crítica* 26(4) (2012): 242-6.

7. H Carvajal Oviedo, B. Arancibia Andrade, E. Leño Palenque, O. Estrada Vedia, “Intoxicación aguda severa por plaguicida tipo fumigante de fosforo de aluminio hospital Santa Bárbara, 2014 a propósito de un caso clínico”. *Revista de Investigación e Información en Salud. Revistas Bolivianas* (10), (2015): 43-53.

causar la muerte.⁸⁻⁹ La exposición al fosforo de aluminio también puede causar irritación en la piel y los ojos, así como náuseas, vómitos¹⁰ y dolor abdominal si se ingiere.¹¹ Los efectos tóxicos del fosforo de aluminio son rápidos después de la exposición.¹²

Es importante tener precaución al manipular fosforo de aluminio y seguir las medidas de seguridad recomendadas para minimizar la exposición. En caso de exposición accidental, es importante buscar atención médica inmediata para recibir tratamiento adecuado y prevenir complicaciones graves.¹³

Las manifestaciones clínicas del fosforo de aluminio están relacionadas principalmente con la exposición a la fosfina (PH₃)¹⁴ un gas tóxico liberado cuando el compuesto entra en contacto con la humedad o el agua. Las manifestaciones clínicas pueden variar dependiendo de la vía de exposición (inhalación, ingestión o contacto con la piel), la dosis y la duración de la exposición.¹⁵

Las manifestaciones clínicas más comunes de la exposición a la fosfina incluyen: Irritación de los ojos, la piel y las vías respiratorias, Dificultad para respirar, tos y opresión en el pecho,

8. M. Reyna-Medina, GF. Vázquez-de Anda, J García-Monroy, EA Valdespino-Salinas, DC Vicente-Cruz, “Tentativa suicida por intoxicación con fosforo de aluminio”, *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, 51(2) (2013):212-7.

9. F Bagherian, N Kalani, F Rahmanian, S Abiri, N Hatami, M Foroughian, NJ Mehramiz, B Shahi, “Aluminum Phosphide Poisoning Mortality Rate in Iran; a Systematic Review and Meta-Analysis”. *Arch Acad Emerg Med.* 3;9(1) (2021 oct): e66. doi: 10.22037/aaem.v9i1.1396. PMID: 34870232; PMCID: PMC8628645

10. HM Kojidi, M Attarchi, M Rahbar-Taramsari, A Badsar, N Faraji , Y Rastak, HS Ebrahim-Saraie, “Aluminum Phosphide Poisoning In The North Of Iran: A Register-Based Research”, *Curr Drug Saf* (2022 jun): 27. doi: 10.2174/1574886317666220627112353. Epub ahead of print. PMID: 35761489.

11. C. Rodríguez Padilla. op.cit.

12. SB Andrade, HC Oviedo, EL Palenque, OE Vedia, “Intoxicación Aguda Severa Por Plaguicida Tipo Fumigante Fosforo De Aluminio Presentación De Un Caso Clínico”, *Revista del Instituto Médico Sucre*, 81(144) (2014):15-21.

13. SL Sevilla Martínez “Intoxicaciones por fosforo de aluminio en pacientes ingresados al área de medicina interna del Hospital César Amador Molina del departamento de Matagalpa en los años 2017-2018” [Tesis Doctoral] León: Facultad de ciencias clínicas. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. 2019.

14. FA Trujillo, MP Pérez, YC Borrayo, “Intoxicación por fosfina en el personal sanitario. Instituto mexicano de Seguridad Social”. *Gaceta médica de México*, 147(4) (2011 jul):350-4.

15. J Díaz García “Urticaria de contacto, asma y anafilaxia en agricultores e ingenieros agrónomos por parásitos de legumbres”. Departamento de Medicina, (Internet) Dermatología y toxicología Servicio de Inmunopatología y alergia Hospital Universitario Rio Hortega. 2021: 1-2 (Citado el 10 de mayo del 2023), Disponible: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47429>

dolor abdominal, náuseas y vómitos, mareo, debilidad y confusión, sudoración excesiva y fiebre. En casos más graves, la exposición al fosforo de aluminio puede causar edema pulmonar, insuficiencia renal y hepática, convulsiones y coma. La exposición a concentraciones muy altas de fosfina puede ser mortal y puede causar la muerte por paro respiratorio.¹⁶

Es importante atención médica inmediata en caso de buscar al fosforo de aluminio y recibir tratamiento adecuado para prevenir complicaciones graves y potencialmente mortales.¹⁷

El objetivo principal del presente estudio, es presentar las características clínicas y tanatológicas, de un caso de intoxicación de Fosforo de aluminio, evaluado en la Unidad médico legal de Catacaos, y así mismo, se hace una breve revisión de las características de la intoxicación, y datos post mortem, de este tipo de intoxicación.

I. REPORTE DE CASO

El paciente, es un varón de 14 años, estudiante de nivel secundario y residente de la zona de La Arena, ciudad del Bajo en Piura (departamento al norte del Perú). Se dedicaba a la siembra y cosecha de maíz para la elaboración y venta de un macerado de este producto. Y con fecha del 14 de abril de 2023 en horas de la mañana, fue llevado de emergencia al centro de salud de la localidad debido a disnea, náuseas y vómitos, según versión de los familiares. Sin embargo, su condición empeoró y perdió el conocimiento, cayendo al suelo. Sus familiares lo llevaron rápidamente a la emergencia, pero lamentablemente, el médico de turno lo declaró sin signos vitales.

Se informó a la policía y la fiscalía provincial de turno (primera fiscalía corporativa de Catacaos) para el levantamiento de cadáver. Al llegar al establecimiento de salud, con la Unidad Médico legal, se observó que presentaba pupilas midriáticas, con córneas transparentes

16. GM Barrera Berrío, FB Benedith Mayorga, PJ Pastora Poveda, “Evaluación del tratamiento farmacológico utilizado en pacientes intoxicados con fosforo de aluminio ingresados al Hospital Escuela Oscar Danilo Rosales Argüello”, Tesis Doctoral Nicaragua Universidad de León, 2010.

17. MJ Orúe Mendoza, AD Ponce Guzmán, “Factores determinantes en la letalidad por intoxicaciones por fosforo de aluminio en el Servicio de Emergencia del Hospital Humberto Alvarado Vásquez de la ciudad de Masaya en el periodo comprendido de enero 2008 a enero 2010” Tesis Doctoral, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Facultad de Ciencias médicas de León, 2012.

y una tención normal a la palpación. Había livideces dorsales no modificables, pero sin signos de putrefacción. La rigidez muscular se percibía en la zona mandibular, cuello, miembros superiores e inferiores. Además, el cuerpo se encontraba frío al tacto y no se evidenciaba flora ni fauna cadavérica. Llamaba la atención un aumento de la distensión abdominal, que no concordaba con su antropometría. Se determinó que el tiempo de muerte era de aproximadamente 10 a 12 horas, ya que la policía lo encontró en horas de la tarde y los datos proporcionados por los familiares no coincidían con la hora de muerte (En base al levantamiento de cadáver y acta fiscal). La policía llevó el cuerpo a la morgue de Piura, para realizar las evaluaciones tanatológicas pertinentes.

Encontraron que presentaba mucosas marcadamente cianóticas a nivel de los labios y a nivel global, tanto de pies como manos. También se observó un abdomen levemente abombado, aunque su constitución era normosómica.

Durante el examen interno, se observó un gran edema cerebral con congestión venosa y arterial en las zonas temporales de forma bilateral. En el examen del cuello, se observó un contenido espumoso blanquecino y edema de la mucosa en la faringe, esófago, laringe, glotis, epiglotis y tráquea, lo que obstruía las vías respiratorias. En el examen de los pulmones, se encontraron de color plomizo, con consistencia blanda y crepitaciones abolidas al tacto, de superficie lisa y cambio de coloración blanquecino. En la segmentación, se observó edema y líquido espumoso. En cuanto al corazón, se encontró de forma de cono truncado, rojizo, de consistencia blanda, superficie lisa y cavidades libres, sin alteraciones a nivel ventricular y de sus paredes. En el abdomen, se observó una distensión de cavidad abdominal grosera con congestión de mucosas y contenido plomizo líquido no maloliente, no se percibía olor a ajo. Los intestinos gruesos e intestinos delgados estaban distendidos y congestivos. A nivel hepático, se encontró un aumento de tamaño, edematizado, con coloración marrón rojizo moteada con zonas plomizas, de consistencia semi-blanda y superficie lisa de bordes regulares. El contenido hepático llegaba hasta la mitad del abdomen y en su zona interna, llegaba hasta la zona esplénica. En cuanto al páncreas, se observó edematoso y los riñones presentaban diferenciación cortico medular sin cálculos ni litiasis. En conclusión, se llegó al diagnóstico tanatológico de asfixia por obstrucción de las vías respiratorias con edema agudo de pulmón y edema multiorgánico.

En el examen se tomaron muestras de la zona hepática, pulmonar y cardíaca para análisis anatómicos post mortem. En la escena primaria donde ocurrieron los hechos, se encontraron frascos que contenían fosforo de aluminio (Frasco de Fosfina), lo que se registró en el acta fiscal. Actualmente, se están llevando a cabo las investigaciones del caso.

Además, en la escena primaria donde se encontraron frascos que contenían fosforo de aluminio, se notificó en un acta fiscal y se están llevando a cabo investigaciones del caso para determinar la responsabilidad y evitar que se sigan presentando estos hechos lamentables, lo cual lamentablemente, termino con la vida de su familiar, del occiso, quien presento los mismos síntomas y falleció póstumamente.

II. DISCUSIÓN

Las intoxicaciones con este tipo de sustancias tienen una trascendencia relevante porque representan un problema de salud comunitaria que puede presentarse en diversos escenarios, ya sea laboral o familiar.¹⁸ Además, se han reportado casos en los que también se utiliza con fines homicidas¹⁹ o suicidas²⁰, lo que hace que sea extremadamente peligroso. Esto es preocupante, especialmente en el bajo Piura, donde el fósforo de aluminio es muy utilizado debido a que es un compuesto económico²¹ sólido y de venta libre en el departamento de Piura.

18. E.Quinteros , SS Tamayo, JE Marín , MR Placeres. “Factores de riesgo de intoxicaciones agudas por plaguicidas en El Salvador, 2017”. *Alerta* 2(1) (2019):40-50. <https://doi.org/10.5377/alerta.v2i1.7526>

19. CN Álvarez-Álvarez y EF Suarez Ojeda “Cumplimiento de Normas y Protocolos en el manejo terapéutico de los pacientes intoxicados por Fosforo de Aluminio, ingresados al servicio de Medicina Interna del Hospital Gaspar García Laviana, enero 2009” - Diciembre 2014. [Internet] Universidad Nacional Autónoma De Nicaragua UNAN-Managua Facultad De Ciencias Médicas 1 (Citado el 10 de mayo del 2023): 1-2 Disponible: <https://core.ac.uk/download/pdf/53103730.pdf>

20. LV Zaldívar, “Suicidio en el embarazo. Fosforo de aluminio,“la pastilla del maíz”: consideraciones bioéticas”. *Perinatología y Reproducción Humana* 1;29(1) (2015 jan):21-5. <https://doi.org/10.1016/j.rprh.2014.12.001>

21. FM Jara, “Evaluación de tres dosis de fumigación con fosforo de aluminio en almacenamiento de maíz (*Zea mays*) para controlar la incidencia de *Sitophilus*” spp. [Internet] Universidad Nacional Honduras 2018 (Citado el 10 de mayo del 2023): 1-6 Disponible: <https://bdigital.zamorano.edu/handle/11036/6252>

Es importante destacar que el fósforo de aluminio es un tipo de fumigante sólido utilizado en la agricultura para la conservación de granos de maíz, entre otros²²⁻²³. Sin embargo, es altamente tóxico²⁴ y presenta una alta mortalidad²⁵⁻²⁶, ya que no existe un antídoto que contrarreste sus efectos específicos.

Desde una perspectiva médico-legal, las intoxicaciones por este compuesto son un problema importante tanto en familias dedicadas a la actividad agrícola²⁷, como en casos de homicidios y suicidios²⁸⁻²⁹ donde se presentan las manifestaciones clínicas descritas previamente. Por lo tanto, siempre se debe sospechar de la utilización de este insecticida en casos de muerte y revelarse la escena primaria. En este caso, se realizó la intervención de medicina legal en la escena secundaria de los hechos, seguida de la necropsia y los análisis anatómicos y patológicos y químico toxicológicos respectivamente.

Es fundamental que los médicos legistas adscritos al Ministerio Público y del Ministerio de Salud, reciban formación forense e investigativa continua que los sensibilice y les brinde conocimientos en relación a estos agentes causantes de intoxicación. En este caso, se

22. RD Villela Jiménez, “Evaluación de productos alternativos para el control de gorgojo del maíz (*Sitophilus zeamais* M) en granos almacenados de maíz, en tres localidades del municipio de Chiquimula, Guatemala, 2018”, Tesis Doctoral, Universidad de San Carlos de Guatemala.

23. D. Yadav, R. Bhattacharyya, D. Banerjee, “Acute aluminum phosphide poisoning: The menace of phosphine exposure”. *Clin Chim Acta* 520 (2001 sep.):34-42. doi: 10.1016/j.cca.2021.05.026. Epub 2021 may 30. PMID: 34077754.

24. EO, Irias D. Erazo, “Protocolo de manejo en terapia intensiva mejora sobrevida en paciente con intoxicación por fosforo de aluminio: Reporte de caso, *Archivos de medicina*, Universidad de la Rioja España-12(4) (2016):1. ISSN-e 1698-9465,

25. KE Molina Saavedra, “Factores intrahospitalarios asociados a mortalidad por fosforo de aluminio, en dos hospitales médicos quirúrgicos. Managua. 2003-2008”. Tesis Maestral 2008 [Internet] Universidad Autónoma de Nicaragua, Centro de investigaciones y estudios de salud. (Citado el 10 de mayo del 2023) 3-6, Disponible <https://core.ac.uk/download/pdf/129438886.pdf>

26. LC Anbalagan, N Arora, AK Pannu, “Management of Acute Aluminum Phosphide Poisoning: Has Anything Changed?” *Drug Metab Lett* 14(2) (2021):106-116. doi:10.2174/1872312814666210813115625. PMID: 34818996.

27. HU Bernardino-Hernández, H Torres-Aguilar, G Sánchez-Cruz, L Reyes-Velasco, A Zapién-Martínez, “Uso de plaguicidas en el cultivo de maíz en zonas rurales del Estado de Oaxaca, México”, *RSA* (Internet). 17 de junio de 2019 (citado 10 de mayo de 2023);19(1):23-31. Disponible en: <https://ojs.diffundit.com/index.php/rsa/article/view/926>

28. Córdova-Palacio D. *Toxicología*, Quinta Edición. (Colombia: Editorial Manual Moderno; 2006). ISBN 958-9446-16-7. p. 221-222.

29. A Basnet, AJ Thapa, M Khadka, B Regmi, M Khadka, K Adhikari, AJ Thapa, DB Shrestha “Aluminum Phosphide Poisoning, an Institutional Experience: Case”, *Series. J Nepal Health Res Counc.* 2;20(1) (2022 jun):251-256. doi: 10.33314/jnhrc.v20i01.3607. PMID: 35945885.

presentaron dos muertes que podrían haberse evitado si los médicos que brindan atención en servicios periféricos en zonas rurales tuvieran un mejor conocimiento y mayor experticia en este tema. Esto permitiría dar una mejor fuente de evidencia para las investigaciones fiscales y judiciales.

REFERENCIAS

- Álvarez-Álvarez C.N. y Suarez Ojeda E.F. “Cumplimiento de Normas y Protocolos en el manejo terapéutico de los pacientes intoxicados por Fosforo de Aluminio, ingresados al servicio de Medicina Interna del Hospital Gaspar García Laviana, Enero 2009” - Diciembre 2014.[Internet] Tesis. Universidad Nacional Autónoma De Nicaragua unan-Managua Facultad De Ciencias Médicas 2009. .Citado el 10 de Mayo del 2023. 1-2 .Disponible: <https://core.ac.uk/download/pdf/53103730.pdf>
- Anbalagan LC, Arora N, Pannu AK. “Management of Acute Aluminum Phosphide Poisoning: Has Anything Changed?” *Drug Metab Lett.*14(2) (2021):106-116. doi:10.2174/1872312814666210813115625. PMID: 34818996.
- Andrade SB, Oviedo HC, Palenque EL, Vedia OE. “Intoxicación Aguda Severa Por Plaguicida Tipo Fumigante Fosforo De Aluminio Presentación De Un Caso Clínico”. *Revista del Instituto Médico Sucre*, 81(144) (2014):15-21.
- Bagherian F, Kalani N, Rahmanian F, Abiri S, Hatami N, Foroughian M, Mehramiz NJ, Shahi B. “Aluminum Phosphide Poisoning Mortality Rate in Iran; a Systematic Review and Meta-Analysis”. *Arch Acad Emerg Med.* oct 3;9(1) (2021): e66. doi: 10.22037/aaem.v9i1.1396. PMID:34870232; PMCID: PMC8628645.
- Barrera Berríos GM, Benedith Mayorga FB, Pastora Poveda PJ. “Evaluación del tratamiento farmacológico utilizado en pacientes intoxicados con fosforo de aluminio ingresados al Hospital Escuela Oscar Danilo Rosales Argüello”. Tesis Doctoral Nicaragua, Universidad de León, 2010. <https://core.ac.uk/download/pdf/129438886.pdf>
- Basnet A, Thapa AJ, Khadka M, Regmi B, Khadka M, Adhikari K, Thapa AJ, Shrestha DB. “Aluminum Phosphide Poisoning, an Institutional Experience: Case Series”. *J Nepal Health Res Counc*, 2;20(1) (2022 jun):251-256. doi: 10.33314/jnhrc.v20i01.3607. PMID: 35945885.

- Bernardino-Hernández HU, Torres-Aguilar H, Sánchez-Cruz G, Reyes-Velasco L, Zapién-Martínez A. “Uso de plaguicidas en el cultivo de maíz en zonas rurales del Estado de Oaxaca, México”. RSA [Internet]. 17 de junio de 2019 [citado 10 de mayo de 2023];19(1): 23-31. Disponible en: <https://ojs.diffundit.com/index.php/rsa/article/view/926>
- Carvajal Oviedo H, Arancibia Andrade B, Leño Palenque E, Estrada Vedia O. “Intoxicación aguda severa por plaguicida tipo fumigante de fosforo de aluminio hospital Santa Bárbara, 2014 a propósito de un caso clínico”. Revista de Investigación e Información en Salud. Revistas Bolivianas 10 (2015):43-53. <https://doi.org/10.52428/20756208.v10i23.557>
- Córdova-Palacio D. Toxicología. Quinta Edición. Colombia: Editorial Manual Moderno; 2006. ISBN 958-9446-16-7. p.221-222.
- Díaz García J. “Urticaria de contacto, asma y anafilaxia en agricultores e ingenieros agrónomos por parásitos de legumbres”. Departamento de Medicina, [Internet] Dermatología y toxicología. Servicio de Inmunopatología y alergia Hospital Universitario Rio Hortega. 2021: 1-2 (Citado el 10 de mayo del 2023). Disponible: <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47429>
- Docampo Patricia C, Spera Marina, Voitzuk Ana P. “Serie de casos de intoxicación fatal por ingesta intencional de fosforo de aluminio: case reports with fatal evolution”. Acta toxicol. argent.[Internet]. 2014 Dic ; 22(3): 136-140.
- Ferrer Mi, Li Fá, Cepero Rá, Cano As, Llerena BR, Moscoso FP, Almogueva Ln. “Suicidio con fosforo de aluminio: presentación de un caso”. Emergencias. Notas Clínicas Cuba 2009;21, (2009): 228-31.
- Hosseinian A, Pakravan N, Rafiei A, Feyzbakhsh SM. “Aluminum phosphide poisoning known as rice tablet: A common toxicity in North Iran”. Indian J Med Sci. 2011, 65(4) (2011, abril):143-50. PMID:23250344.
- Irias EO, Erazo D. “Protocolo de manejo en terapia intensiva mejora sobrevida en paciente con intoxicación por fosforo de aluminio: Reporte de caso”. *Archivos de medicina*. Universidad de la Rioja España-2016;12(4):1. ISSN-e 1698-9465.
- Jara FM. “Evaluación de tres dosis de fumigación con fosforo de aluminio en almacenamiento de maíz (*Zea mays*) para controlar la incidencia de *Sitophilus spp*”. [Internet] Universidad Nacional Honduras 2018. Citado el 10 de mayo del 2023, 1-6 Disponible: <https://bdigital.zamorano.edu/handle/11036/6252>

- Kojidi HM, Attarchi M, Rahbar-Taramsari M, Badsar A, Faraji N, Rastak Y, Ebrahim-Saraie HS. "Aluminum Phosphide Poisoning in the North Of Iran: A Register-Based Research". *Curr Drug Saf.* 18(3) (2023):323-334. jun 27. doi: 10.2174/1574886317666220627112353. Epub ahead of print. PMID: 35761489.
- Medina MR, de Anda GF, Monroy JG. "Revisión de la intoxicación aguda por fosfuro de aluminio. Tema de revisión". *Medicina Crítica* 26(4) (2012):242-6.
- Molina Saavedra KE. "Factores intrahospitalarios asociados a mortalidad por fosfuro de aluminio, en dos hospitales médicos quirúrgicos. Managua. 2003-2008". Tesis Maestral 2008 [Internet]. Universidad autónoma de Nicaragua Centro de investigaciones y estudios de salud. Citado el 10 de mayo del 2023, 3-6 Disponible <https://core.ac.uk/download/pdf/129438886.pdf>
- Orúe Mendoza MJ, y Ponce Guzmán AD. "Factores determinantes en la letalidad por intoxicaciones por fosfuro de aluminio en el Servicio de Emergencia del Hospital Humberto Alvarado Vásquez de la ciudad de Masaya en el periodo comprendido de enero 2008 a enero 2010". Tesis Doctoral Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Facultad de Ciencias Médicas de León, 2012.
- Pérez Navero J.L., Ibarra de la Rosa I., Frías Pérez M.A., Arroyo Marín M.J., Pérez Jorge P. "Fatal poisoning by accidental inhalation of aluminium phosphide". *Anales de Pediatría*, 71 (5) (2009). <https://doi.org/10.1016/j.anpedi.2009.07.025>
- Quinteros E, Tamayo SS, Marín JE, Placeres MR. "Factores de riesgo de intoxicaciones agudas por plaguicidas en El Salvador, 2017". *Alerta*, 2 (1) (2019):40-50. <https://doi.org/10.5377/alerta.v2i1.7526>
- Reyna-Medina M, Vázquez-de Anda GF, García-Monroy J, Valdespino-Salinas EA, Vicente-Cruz DC. "Tentativa suicida por intoxicación con fosfuro de aluminio". *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, 51(2) (2013):212-7.
- Rodríguez Padilla C. "Intoxicación por fosfuro de aluminio". *Medicina legal de Costa Rica* [Internet]. ; 39(1) (2022, marzo): 20-31. ISSN 2215-5287.
- Sevilla Martínez SL. "Intoxicaciones por fosfuro de aluminio en pacientes ingresados al área de medicina interna del Hospital César Amador Molina del departamento de Matagalpa en los años 2017-2018". Tesis Doctoral León: Facultad de Ciencias Clínicas. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. 2019.

- Trujillo FA, Pérez MP, Borrayo YC. “Intoxicación por fosfina en el personal sanitario. Instituto mexicano de Seguridad Social”. *Gaceta médica de México*, 147(4) (2011-jul):350-4.
- Villela Jiménez RD. “Evaluación de productos alternativos para el control de gorgojo del maíz (*Sitophilus zeamais* M) en granos almacenados de maíz, en tres localidades del municipio de Chiquimula, Guatemala, 2018”. Tesis Doctoral Universidad de San Carlos de Guatemala, 2018.
- Yadav D, Bhattacharyya R, Banerjee D. “Acute aluminum phosphide poisoning: The menace of phosphine exposure”. *Clin Chim Acta*, 520 (2021 sep):34-42. doi: 10.1016/j.cca.2021.05.026. Epub 2021 May 30. PMID: 34077754
- Zaldívar LV. Suicidio en el embarazo. “Fosfuro de aluminio, “la pastilla del maíz”:consideraciones bioéticas”. *Perinatología y Reproducción Humana*, Jan 1;29(1) (2015):21-5. <https://doi.org/10.1016/j.rprh.2014.12.001>

RECIBIDO: 19/07/2023

APROBADO: 20/09/2023