

Lex

Registro Internacional ISSN (online) 2313-1861

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



UAP | EN LA UAP
TÚ ERES PARTE
DEL CAMBIO

AÑO XXII 2024-I
NÚMERO **33**



Ternura, óleo sobre lienzo 82 x 67 cm.

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

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

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

Revista Lex N° 33

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Lex

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Año XXII N°33- 2024-I

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: Mg. José Karlo Orlando Jara Schenone

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: Mg. José Karlo Orlando Jara Schenone

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

Cuerpo Editorial de la Revista Lex

AUTORIDADES

Rector, **Mg. José Karlo Orlando Jara Schenone**

Vicerrector Académico, **Mag. José Karlo Orlando Jara Schenone**

Vicerrector de Investigación, **Mg. José Karlo Orlando Jara Schenone**

EDITORA

Aida Ana María Castillo Canani

CONSEJO EDITORIAL

Julia Mercedes Pita Chávez

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Dimas Achauí Mora

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Yda Rosa Cabrera Cueto

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Jorge Godofredo Calla Colana

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Edwin Barrios Valer

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Leonardo Humberto Peñaranda Sadova

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

Universidad Alas Peruanas, Perú

Marco Antonio Huamán Sialer

<https://orcid.org/0000-0002-7052-960X>

Presidente del Tribunal Fiscal, Perú

Sara Ynés Tello Cabello

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

Investigador independiente, Perú

Rolando Javier Torres Gamero

<https://orcid.org/0000-0001-7312-1717>
Consultor de seguros, investigador independiente, Perú

Pascual Asencio Torres

<https://orid.org/0000-0002-2619-4646>
Investigador independiente, Perú

Cynthia Milena Salinas Galindo

<https://orcid.org/0000-0002-5800-3066>
Universidad Tecnológica, Perú

Krúpskaya Ugarte Boluarte

<https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Roberto MacLean Ugarteche

Especialista en Derecho Internacional,
Consultor, Perú

Víctor Cubas Villanueva

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

Marcelo Alberto López Alfonsín

<https://orcid.org/0000-0002-2110-3354>
Juez de la ciudad Autónoma de Buenos Aires,
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Erli Aparecida Camargo

Fundación Instituto Nereu Ramos-Finer.
Centro Sul-Brasileiro de Pesquisa, Extensão e Pós-
Graduação-Cénsupeq, Brasil

Carmen Barranco Avilés

<https://orcid.org/0000-0001-5027-3750>
Universidad Carlos III de Madrid, España

Sandra Alemán Martínez

<https://orcid.org/0000-0001-9545-5611>
Universidad Autónoma del Estado de México,
México

Alfonsina Gómez Martín

<https://orcid.org/0000-0002-4409-2555>
Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Alejandro Vega Muñoz

<https://orcid.org/0000-0002-9427-2044>
Universidad Autónoma de Chile, Chile

Producción editorial

Corrección de textos: Julia Pita Chávez

Diseño original: Alberto Escalante

Diagramación: Víctor Millán Salazar - Héctor Abraham Saavedra Cavero

Editor gráfico y Fotografía: Jorge Luis Verástegui Castillo

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

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

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

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

ISSN en línea: 2313 – 1861

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

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

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

CONTENIDO

Créditos	4
Autoridades	5
Contenido	6
Editorial	11

ARTÍCULOS PRINCIPALES

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes: origen, conceptualización y modelos <i>The jurisdictional control of constitutionality of the laws: origin, conceptualization and models</i> Frank Harbottle Quirós, https://orcid.org/0009-0004-6652-0129 Universidad de Costa Rica, Costa Rica http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2638	13-32
El cambio climático y la gestión del agua dulce para consumo humano. Situación legal de las provincias de Buenos Aires y Córdoba, Argentina <i>Climate change and management of freshwater for human consumption. Legal status of the provinces of Buenos Aires and Córdoba, Argentina</i> Ailen Sol Flores, https://orcid.org/0000-0002-4843-0494 Universidad Nacional de Luján, Argentina http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2639	33-60
El caso ambiental emblemático en la jurisprudencia argentina (“Mendoza”) y su posible futuro en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos <i>The Emblematic Environmental Case in Argentine Jurisprudence (“Mendoza”) and its Possible Future in the Inter-American Human Rights System</i> Marcelo Alberto López Alfonsín, https://orcid.org/0000-0002-2110-3354 (En homenaje a Adriana N. Martínez) Universidad de Buenos Aires, Argentina http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2640	61-84
Jurisdicción en Comercio Electrónico <i>Jurisdiction in Electronic Commerce</i> Carlos Eduardo Tambussi, https://orcid.org/0000-0003-0444-7937 Universidad de Buenos Aires, Argentina http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2641	85-100

<p>Expectativas de aborto inducido en una Universidad del Centro de México <i>Expectations of Induced Abortion at a University in Central Mexico</i> Cruz García Lirios, https://orcid.org/0000-0002-9364-6796 María del Rosario Molina González, https://orcid.org/0000-0001-6016-3889 Universidad de Sonora, México http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2642101-112</p>	
<p>Acción y omisión en la imprudencia médica punible: relevancia de la distinción <i>Action and omission in punishable medical malpractice: relevance of the distinction</i> Liuver Camilo Momblanc, https://orcid.org/0000-0002-1311-095X Universidad de la Gramma, Cuba http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2644113-140</p>	
<p>Decisiones macabras del maternaje, el caso de madres filicidas <i>Macabre Decisions Regarding Motherhood, the Case of Filicidal Mothers</i> <i>Decisões macabras em relação à maternidade, o caso das mães filicidas</i> Leonor Guadalupe Delgadillo Guzmán, https://orcid.org/0000-0001-9483-6973 Universidad Autónoma del Estado de México, México http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2645141-170</p>	
<p>Los actos de función pública administrativa como elemento típico del delito de negociación incompatible <i>Acts of an Administrative Public Service as a Typical Element of the Offence of Incompatible Negotiation</i> Andrés Fernando Rodríguez Ojeda, https://orcid.org/0000-0003-0022-3127 Martha Rocío Gonzales Loli, https://orcid.org/0000-0001-8849-4823 Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2646171-196</p>	
<p>Las medidas cautelares versus el D.U. N° 020-2020 <i>Precautionary Measures Versus the D.U. N° 020-2020</i> Daniel Alberto Juárez Fernández, https://orcid.org/0000-0002-4140-1543 Investigador independiente, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2647 197-206</p>	
<p>La inscripción constitutiva en el funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en el sistema jurídico peruano <i>Constitutive Registration in the Operation of the Immovable Property Registry in the Peruvian Legal System</i> Máximo Herrera Moscol, https://orcid.org/0000-0003-0554-1116 Investigador independiente, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2648..... 207-230</p>	

<p>Sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, alcance regulatorio, y los objetivos de sostenibilidad del Estado <i>Project qualification system in green finance, regulatory scope, and the sustainability objectives of the State</i> Ofelia Yolanda Quispe Gonzales, https://orcid.org/0000-0003-0627-2333 Linda Yzela Avila Ortiz https://orcid.org/0000000301307824 Universidad Cesar Vallejo, Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2649.....</p>	231-260
<p>La eutanasia en el Perú: Un recorrido de desafíos jurídicos y éticos <i>Euthanasia in Peru: A Journey of Legal and Ethical Challenges</i> Krúpsaya Ugarte Boluarte, https://orcid.org/0000-0001-5226-4807 Harold Enrique Valero Baldwin, https://orcid.org/0009-0000-6211-3332 Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2650</p>	261-290
<p>Avances en la Informatización del Derecho Notarial cubano <i>Advances in the Computerization of Cuban Notarial Law</i> Gretcher Lamas Bertrán, https://orcid.org/0000-0001-8068-8615 Celia Araújo Quintero, https://orcid.org/0000-0002-4321-5429 Dayamis Ramírez Thomas, https://orcid.org/0000-0001-6008-8508 Universidad de Guantánamo, Cuba http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2651.....</p>	291-310
<p>Cláusulas y prácticas abusivas en la ley de Contratos de Seguros del Perú. A doce años de su promulgación <i>Abusive Clauses and Practices in the Peruvian Insurance Contracts Law. Twelve Years after its Promulgation</i> Rolando Torres Gamero, https://orcid.org/0000-0001-7312-1717 Instituto Peruano de Seguros (IPS), Perú http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2652.....</p>	311-334
<p>Delitos de violencia de género en contra de la humanidad de niños y adolescentes dentro de su entorno familiar <i>Gender-Based Violence Crimes Against the Humanity of Children and Adolescents Within Their Family Environment</i> José Alejandro Villalta León, https://orcid.org/0009-0006-8763-6563 Bolívar Amadeo Villalta León, https://orcid.org/0009-0003-1482-9629 Lidia Narcisca Chávez Nuñez, https://orcid.org/0009-0000-9802-4323 María Gracia Paredes Morales, https://orcid.org/0009-0007-6997-4750 Ecuador http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2653.....</p>	335-358

El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los mecanismos de protección democrática ¿una nueva simbiosis?
Alfonsina Gómez, <https://orcid.org/0000-0002-4409-2555>
Universidad Nacional de Rosario, Argentina
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2654>359-374

ARTÍCULOS VARIOS Y DE CIENCIAS AFINES

El servicio de suministro de agua para usos agrícolas en Cuba
The water supply service for agricultural uses in Cuba
Lianne Milagros Baquero Valiente, <https://orcid.org/0000-0003-2020-6383>
Universidad de Guantánamo, Cuba
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2655>375-392

Retos en la Digitalización Empresarial de una Microempresa Peruana del Sector de Confección y Comercialización. Caso Creaciones Sava
Challenges in Business Digitalization in a Peruvian Microenterprise in the Clothing and Marketing Sector. Creaciones Sava Case
Blanca Sánchez Laguna, <https://orcid.org/0009-0001-6339-7952>
Creaciones Sava SAC., Perú
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2656>393-412

Este obra está bajo una licencia de [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).
ISSN: 2313-1861
Acceso al número de visitas y accesos de la revista Estadística.





Siempre Unidos, óleo sobre lienzo 70 x 79 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

EDITORIAL

LEX, revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, publica el número 33. Sale a luz en un año, también marcado por conflictos sociales y persistiendo en los paradigmas pendientes en el mundo académico, como en editoriales anteriores, sobre “el paradigma de las revistas Diamante: creando una comunidad global y nuevas infraestructuras”¹ que resaltan la problemática de la investigación y Acceso Abierto, hoy prioritario en universidades, en centros investigación públicos, privados y otros. El problema central es la calidad de la investigación, el cómo publicamos, desde qué bases: de Acceso Cerrado o de Acceso Abierto.

El Consejo Editorial de Lex acordó que la presente edición constituya un homenaje a las investigadoras argentinas, colaboradoras de la revista por más de doce años, Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli, que partieron, por esos enigmas de la vida, casi juntas, en febrero y mayo del presente año.

Sus diecisiete artículos publicados son investigaciones que han contribuido con la doctrina y la investigación del derecho, visualizando con claridad la nueva problemática que afronta el mundo: la responsabilidad civil en el daño al medio ambiente; las ventajas de la denominada computación verde; el difícil camino en pos del consumos sustentable; las reflexiones sobre la economía verde; el análisis sobre la nueva visión del mundo: la ecología profunda y su recepción en el derecho nacional e internacional; el estudio de la economía circular como una alternativa sustentable; los aportes a una nueva visión del mundo: la dimensión ecológica en el derecho ambiental argentino, investigaciones sobre mecanismos jurisdiccionales en defensa de los derechos climáticos; y bases éticas, filosóficas y jurídicas acerca del status legal de los animales no humanos y actuales tendencias jurisprudenciales y legislativas estatales, desarrollado en cuatro partes, quedó pendiente la última. La vida se interrumpió en estas valiosas y sensibles mujeres que nos dejan herederos de su importante legado.

Como es ya costumbre en Lex, cada edición de la revista se ilustra con pintores peruanos. En este número nuevamente nos acompaña Juan Carlos Ñañaque Torres, natural de Chiclayo, que ha presentado numerosas exposiciones en el Perú y el extranjero, premiado en Lambayeque y Piura por el Instituto Nacional de Cultura (INC), y declarado hijo ilustre por la Municipalidad Provincial de Lambayeque. Sus pinturas, grabados, dibujos, murales y otras obras están basados en la temática de los mitos y leyendas de las culturas preincas del norte del Perú, así como en la vida, y en la problemática del pueblo.

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>

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

*El control jurisdiccional de constitucionalidad
de las leyes: origen, conceptualización y modelos*

*The Jurisdictional Control of Constitutionality of
the Laws: Origin, Conceptualization and Models*

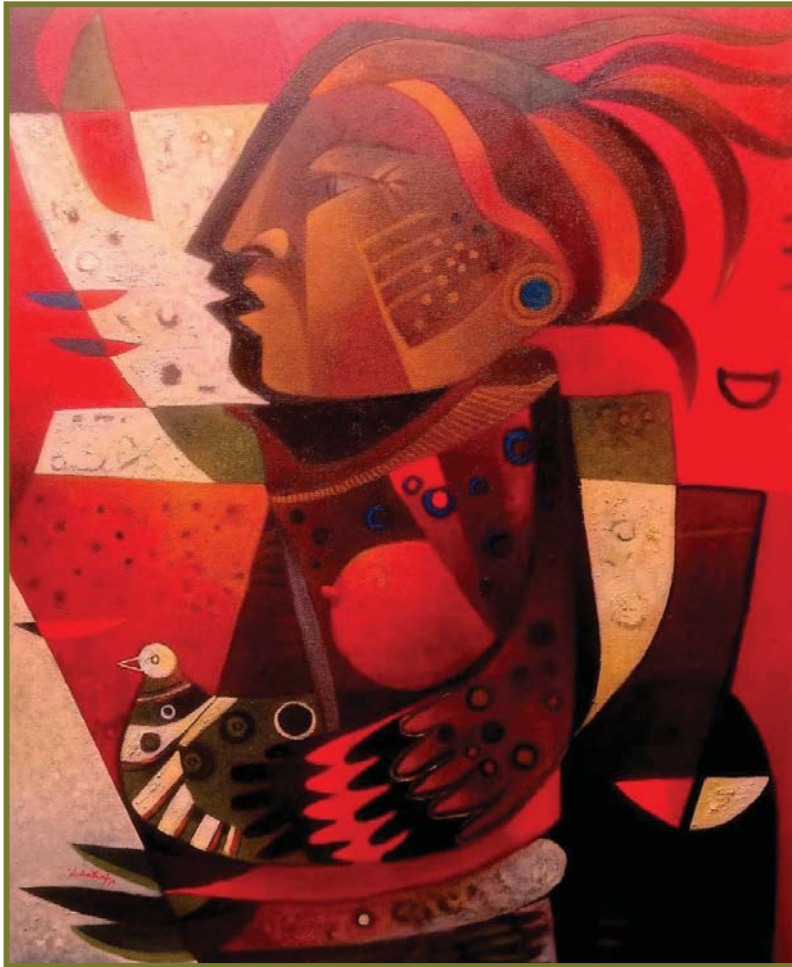
Frank Harbottle Quirós* <https://orcid.org/0009-0004-6652-0129>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2638>

* Costarricense. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Diploma de Especialización en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Correo electrónico: frankharbottle@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.



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

RESUMEN

En este artículo, a partir de una revisión bibliográfica, se exponen los antecedentes históricos del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y se conceptualiza dicha figura en el marco político-jurídico de un Estado constitucional de derecho. Se caracterizan los dos modelos tradicionales de control de constitucionalidad, a saber, el americano y el europeo. Posteriormente, se presenta un “estado de la cuestión” que se enfoca en el denominado “modelo mixto”. Se concluye que las dos tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, lo que ha dado paso a que muchos países de Europa y de América hayan adoptado un modelo híbrido, siendo insostenible en la actualidad la existencia de modelos puros.

Palabras clave: *conceptualización, control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, control concentrado/europeo, control difuso/americano, control mixto, origen.*

ABSTRACT

In this article, based on a bibliographic review, the historical background of jurisdictional control of the constitutionality of laws is presented and this figure is conceptualized in the political-legal framework of a constitutional State of law. The two traditional models of constitutionality control are characterized, namely, the American and the European. Subsequently, a “state of the matter” is presented that focuses on the so-called “mixed model”. It is concluded that the two legal traditions have become more flexible over time, which has given way to many countries in Europe and America adopting a hybrid model, making the existence of pure models currently unsustainable.

Keywords: *conceptualization, jurisdictional control of constitutionality of the laws, concentrated/european control, diffusel/american control, mixed control, origin.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es frecuente encontrar publicaciones (digitales o impresas) en las que se hace alusión al control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, son muy pocos los trabajos los que lo analizan desde una perspectiva histórica, conceptual y evolutiva. Esta investigación se ha dado a la tarea de hacerlo.

En este artículo de revisión se aborda, en un primer apartado, el origen y la conceptualización del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, para luego dar paso al estudio de los principales modelos, destacando dentro de ellos el *judicial review* y el europeo kelseniano, hasta descender al sistema mixto. Finalmente, se presentan las conclusiones de esta investigación, en las que se destaca la vigencia del modelo híbrido.

II. ORIGEN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Los tribunales constitucionales pueden cumplir varias funciones. Este artículo se centra en el “control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes”, debiendo entenderse éste, como sinónimo de “revisión constitucional” o “justicia constitucional”.

El control de constitucionalidad lo puede ejercer, por ejemplo, una Corte Constitucional (fuera del Poder Judicial), como sucede en Italia, una Sala Constitucional localizada dentro de la

Corte Suprema de Justicia, como en Costa Rica, o directamente todos los jueces que componen la estructura del Poder Judicial de un Estado (control difuso), como en Estados Unidos de América, en el que la Corte Suprema (al ser la cúspide del sistema judicial) puede informar a todo el ordenamiento jurídico en sus interpretaciones respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en atención al principio del *stare decisis*.

Un aspecto que debe tenerse presente es que no basta con que una Constitución Política afirme ser la norma suprema del Estado, sino que se precisa un mecanismo para garantizar que esa supremacía realmente se efectivice. Este es precisamente el control jurisdiccional de constitucionalidad¹.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes nació en Estados Unidos de América. Sus bases se cimentaron a partir de un proceso de formulaciones y discusiones ideológicas que adquirieron mayor notoriedad por la vía de la interpretación jurisdiccional en el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

La sentencia del famoso caso *Marbury vs. Madison* no solo puede analizarse como el reconocimiento judicial de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, frente a los actos ordinarios de la legislatura; sino también como John Marshall contra Thomas Jefferson; el Presidente de la Corte Suprema contra el Presidente de los Estados Unidos; el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo; los Federalistas (actual partido republicano) contra los Republicanos (actual partido demócrata); los defensores de un gobierno central fuerte, contra los defensores de los derechos de los estados; o, la antigua y moderna tensión entre democracia y constitución².

Conforme lo apunta Córdova³, la sentencia elaborada por el juez Marshall no deja lugar a dudas del sentido del control de las leyes conocido como *judicial review* (revisión judicial o control judicial), constituyéndose en un hito en la historia del constitucionalismo moderno, mediante el cual quedó reflejado el principio de supremacía constitucional, al concebir a la Constitución como el parámetro de juicio y validez de las normas y actos que, como derivados de aquella, deben ajustarse a lo que la misma instituye.

El origen del control de constitucionalidad en Estados Unidos de América estuvo rodeado de acontecimientos de naturaleza política. Por su parte, el debate que acarrió el surgimiento de la justicia constitucional en Europa, también estuvo impregnado ideológica y políticamente, teniendo como protagonistas a Hans Kelsen y Carl Schmitt.

1 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 17.

2 Jorge Alejandro Amaya, “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 10 (2010): 5-6.

3 Lorenzo Córdova Vianello, “La Democracia Constitucional y el Control de las Reformas Constitucionales”, en *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, ed. por César Astudillo y Lorenzo Córdova (México: UNAM, 2011), 218-219.

Sobre el particular Campione refiere:

Las discrepancias arrancan de la distinción entre función “política” y función “judicial”: para Schmitt los tribunales que ejercen la jurisdicción civil, penal o administrativa no pueden ser “guardianes” de la Constitución en sentido estricto, pues el control de constitucionalidad es un acto político y el centro de gravedad de la decisión política ha de quedar reservado a la legislación. Para Kelsen, en cambio, no hay tal incompatibilidad entre las dos funciones porque la jurisdicción tiene una condición política, tanto más marcada cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación le deja. Ahora bien, desde este punto de vista un tribunal constitucional tiene un carácter político mucho más perceptible que los demás tribunales, pero, de todos modos, las diferencias entre la actividad legislativa y la jurisdiccional son, en términos de dimensión política, puramente cuantitativas. De ahí que, según Kelsen, se acabe desmoronando la argumentación conforme a la cual el control de constitucionalidad no sería un acto de jurisdicción debido a su carácter político. Para el autor de la Teoría pura, la doctrina schmittiana proviene del sistema ideológico de la monarquía constitucional, para el que la decisión judicial es subsumida mediante una operación lógico-deductiva: aquí, el juez no debe ser consciente del poder que la ley le otorga y debe considerarse a sí mismo como un simple autómatas que no crea sino halla el derecho ya plasmado en la norma⁴.

El planteamiento plasmado en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* constituye la base del control de constitucionalidad (entendido como un control difuso), siendo poco más de un siglo después que surgió en Europa un modelo distinto de control de constitucionalidad, atribuido no a cualquier juez, sino a una corte específica en ejercer esa función (control concentrado).

Los dos modelos mencionados tomaron como punto de partida el principio de supremacía constitucional, según el cual, por encima de las leyes ordinarias se encuentran un conjunto de normas fundamentales superiores que deben custodiarse por la judicatura. Desde este punto de vista, toda norma sancionada por el legislador ordinario que sea contraria a la constitución debe ser declarada inconstitucional por un tribunal. Ello significa que el poder legislativo (congreso o parlamento) está limitado por la constitución⁵.

Por ello, hoy se dice que el control de constitucionalidad ha mostrado una connatural propensión a provocar tensiones con otras ramas del poder, especialmente en determinados asuntos, sea en atención a que son sensibles para el funcionamiento del Estado, o porque

4 Roger Campione, “La génesis de un juez de las leyes: La Corte Costituzionale”, en *Teoría del derecho y decisión judicial*, ed. por Pablo Raúl Bonorino y Juan Antonio García (Madrid: Bubok, 2010), 350-351. (pp. 345-373).

5 Leopoldo Gama, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 24.

comprometen valores sociales dominantes⁶. Tal y como lo expresa Ridao⁷, se ha afirmado que la constitución tiene un carácter abierto, al concebirse como un marco que expresa amplios consensos sociales y políticos, mientras que el fundamento de la amplia capacidad de actuación del parlamento descansa en el principio democrático.

La justicia constitucional se conceptualiza en la actualidad como la garantía que el constituyente incorporó en el texto constitucional, con el objetivo de aquella se mantenga como la norma suprema del ordenamiento jurídico, resguardando que no existan normas que contradigan a la constitución⁸.

Las cortes, tribunales o salas constitucionales son órganos deliberativos que deben tomar las decisiones procurando llegar a los mejores resultados posibles para cumplir la tarea decisional que les fue encomendada. En consecuencia, deben respetar las reglas básicas democráticas y los pilares de un Estado constitucional de derecho.

La justicia constitucional tiene la función de tutelar los principios y valores contenidos en el texto constitucional de frente a las mayorías políticas de la época, con el efecto de poder suprimir las leyes inconstitucionales⁹. Dicho en otras palabras, es una forma de control externo a la actividad legislativa.

No puede ocultarse que, en ciertas circunstancias, como, por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, puede presentarse algún conflicto (sobre todo desde una perspectiva de legitimidad democrática)¹⁰, entre el órgano constitucional encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y el parlamento o congreso (Poder Legislativo). En relación con este aspecto en particular, Armijo apunta:

algunos de los más serios conflictos que afectan a los jueces constitucionales en su interrelación con los parlamentarios tienen que ver con sus respectivas competencias como órganos de control político y constitucional. Cuando un espectador externo lee o escucha sobre el tema, se limita a presenciar el resultado final de una lucha silenciosa, que normalmente se convierte en noticia al prevalecer el uno sobre el otro. El péndulo se mueve de uno a otro extremo, en cuanto más o menos democracia exista en el Estado de que se trate. Es una realidad que el ejercicio del control constitucional por el tribunal o sala limita, en algunos casos, al Parlamento o la Asamblea

6 Juan Pablo, Sarmiento, “Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana”, *Estudios constitucionales*, 1, 21 (2023): 112.

7 Joan, Ridao Martín, “El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 117 (2023): 97.

8 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 30.

9 Roberto Romboli, *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial* (Lima: Palestra Editores, 2017), 12.

10 Este es un tema que se abordará en una futura investigación.

Legislativa (en lo sucesivo, PAL) cuando se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias constitucionales o se ha apartado del procedimiento establecido por la norma suprema. En otros, los PAL utilizan la ley o la reforma constitucional para redefinir, cercenar o limitar las competencias de los tribunales constitucionales¹¹.

A continuación, se exponen los tres principales modelos de justicia constitucional que se han formulado y que son relevantes en un Estado constitucional y democrático de derecho.

III. MODELOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

3.1. Modelo americano o *judicial review*

El primero de los modelos tradicionales es el americano, estadounidense o *judicial review*.

Aun cuando en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se establece la superioridad de la constitución y las leyes federales, expresamente no se alude al control de constitucionalidad de las leyes. De ahí la importancia del caso paradigmático *Marbury vs. Madison* (1803) al ser el punto de partida del control de constitucionalidad de las leyes bajo el supuesto de la supremacía de la constitución.

Como bien lo expone Pizzorusso¹², en el “*Federalist*” fueron recogidas una serie de artículos, redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en 1787-1788, en los cuales fue ilustrado el texto de la constitución en ese entonces en fase de aprobación por parte de la Convención de Filadelfia. El número 78 del *Federalist*, redactado por Hamilton, ilustró, en particular, las razones que justificaban el reconocimiento al Poder Judicial, dada su potestad de resolver los casos de conflictos entre una disposición de la Constitución y una disposición de una ley ordinaria y, consecuentemente, de declarar la invalidez de esta última. Sobre esta afirmación fue fundado el sistema americano de control de la legitimidad de las leyes.

Como consecuencia de un proceso complejo y gradual, las primeras constituciones de los Estados Unidos de América terminaron mostrando que no son producto de la soberanía del Poder Legislativo, sino de la soberanía del pueblo. Esta idea de una constitución como expresión soberana del pueblo implicaba un apartamiento radical del ejemplo inglés, en el que el parlamento era el soberano y no tenía límites para modificar la constitución. Este

11 Gilbert Armijo Sancho, “Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, ed. por Gisela Elsner (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007), 16.

12 Alessandro Pizzorusso, “Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos”, *Revista Judicial*, 118 (2016): 25.

alejamiento no solo complementa esa idea radicalmente nueva de constitución, sino que implica un traslado de la soberanía que pasa del Poder Legislativo al pueblo. De ahí que la constitución, sancionada a través de un procedimiento especial, intensamente participativo para los estándares de la época, se considere como una expresión de esa soberanía del pueblo¹³.

El modelo norteamericano encuadra en la tradición del derecho común o *common law*. Nació pretorianamente en 1803 y se caracteriza por ser difuso, es decir aplicado por cualquier juez, para casos concretos, con efecto interpartes¹⁴.

Nino¹⁵, expone lo que denomina “la lógica de Marshall” en el caso *Marbury vs. Madison*: los jueces deben aplicar la ley, siendo que cuando esta no satisface las condiciones que deben caracterizarla en realidad no es una ley y, por consiguiente, los jueces no pueden estar justificados en ningún caso para aplicar una ley inconstitucional.

El modelo de control de constitucionalidad americano (*judicial review*) confió en todos los jueces el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Se convirtió en un poder “contramayoritario”, resguardando los derechos de las minorías.

Tradicionalmente se ha dicho que el modelo americano se caracteriza por ser judicial y difuso (presupone que todos los órganos jurisdiccionales puedan ejercitarlo). En este sistema todo juez tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma. Por consiguiente, los jueces tienen el deber de no aplicar las normas inconstitucionales¹⁶.

Al respecto, si el órgano judicial interviniente declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso. Se trata de un control en concreto, lo que supone que debe darse en una causa judicial y quien lo promueve estar involucrado o tener un derecho o interés jurídico particulares en la cuestión a la que se refiere la norma o el acto que se reputan total o parcialmente contrarios a la constitución¹⁷. Se ha dicho que este modelo es incidental (prejudicial), especial (aplicación de la ley al caso específico) y declarativo con efectos *ex tunc*¹⁸.

13 Manuel José García-Mansilla, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2, 3 (2022): 476.

14 Jorge Alejandro Amaya, “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 10 (2010): 3.

15 Carlos Nino, “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989): 80

16 Jorge Luis Rodríguez, “Algunas Dificultades en la Reconstrucción de la Dinámica Jurídica”, en *El realismo jurídico genovés*, ed. por Jordi Ferrer y Giovanni Ratti (Madrid: Marcial Pons, 2011), 144.

17 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 17.

18 Francisco Fernández Segado, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 29.

Si bien, en Estados Unidos de América rige un sistema difuso de control de constitucionalidad, la *Supreme Court* norteamericana es la cúspide del sistema judicial, de modo que sus interpretaciones respecto a la inconstitucionalidad informan a todo el ordenamiento jurídico, por el principio del *stare decisis*.

La Corte Suprema cuando ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, es próxima al sistema de los tribunales constitucionales del modelo europeo-kelseniano. El ejercicio de selección (*writ of certiorari*)¹⁹ se manifiesta no solo como un tamiz para no rebosar el circulante de la Corte Suprema, sino que es una manifestación de su poder jurisdiccional, resolviendo no decidir, cuando así lo considere²⁰.

Bajo este modelo, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición legal, pero es la Suprema Corte la que tiene la “última palabra”.

El acceso a la Corte Suprema del modelo americano se logra a través de un recurso de inconstitucionalidad. Esto significa que quien quiere obtener un pronunciamiento del alto tribunal debe primero pasar por todas las instancias judiciales inferiores, recurriendo cada una de las sentencias que dictan los jueces de primera y segunda instancia²¹.

Así como para comprender la génesis de la *judicial review* es necesario realizar un análisis retrospectivo al pensamiento constitucional estadounidense de finales del siglo XVIII, a los debates constituyentes previos a la Constitución de 1787 y a la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* (1803); sin duda, para explicar el surgimiento de los tribunales constitucionales europeos, debe acudir a la obra de Hans Kelsen y al contexto de Europa en el primer tercio del siglo XX. Precisamente, de seguido se estudiará el modelo europeo o kelseniano.

2. Modelo concentrado, austriaco o kelseniano

El modelo clásico concentrado de justicia constitucional, es de origen austriaco. Se dice que fue ideado por el ilustre jurista Hans Kelsen.

Velandia²² sintetiza de la siguiente forma los principales argumentos de la tesis planteada por Kelsen: 1. El control de constitucionalidad no puede llevarlo a cabo el juez ordinario, al

19 La Corte Suprema de Estados Unidos de América ha elaborado una doctrina por la cual algunas cuestiones que pertenecen a la política no son revisables judicialmente (*political question doctrine*).

20 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 39-40.

21 Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 17-18, 154-156.

22 Eduardo Velandia Canosa, “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”, en *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017): 21.

no ser especialista en temas constitucionales, por lo cual plantea la creación de un tribunal constitucional; y 2. Este juez debe tener solamente la competencia de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

Kelsen plantea la idea de que la función de garantía de la constitución sea transferida a un tribunal independiente que pueda anular normas que considere son inconstitucionales. Al referirse a esta nueva institución indica:

desde todos los puntos de vista desde los que se puede explicar y juzgar el pro y el contra del problema jurídico-político de un Tribunal constitucional, hay uno completamente banal: el de si este órgano es un “Tribunal” y si su función es auténtica “justicia”. Éste es un problema de clasificación muy significativo desde el punto de vista teórico-jurídico. Pero de su resolución –sea esta afirmativa o negativa– no se sigue nada que hable a favor o en contra de la transferencia de la función señalada a un órgano colegiado, a cuyos miembros –convocados de alguna manera– les sea garantizada la plena independencia; una independencia frente al Gobierno y al Parlamento, que se denomina “judicial” porque las Constituciones modernas acostumbran a conferirla a los *Tribunales (aunque no sólo a ellos)*. Del concepto de “jurisdicción”, sea como fuere concebido, no puede deducirse que la institución caracterizada aquí como “Tribunal constitucional” sea imposible o irrealizable²³.

Para Kelsen, con la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por parte del tribunal constitucional, éste se convierte en una suerte de legislador negativo, sin embargo, ese poder carece de la creatividad propia del dictado de las leyes²⁴.

Sobre este punto particular, añade Da Silva, el tribunal constitucional tiene la competencia para anular una ley: lo que implica producir otra con un signo negativo. En su criterio, en realidad se trata de una función complementaria a la del parlamento, “de una forma singular de reparto de la competencia legislativa”²⁵.

Kelsen, expresa las diferencias entre un tribunal ordinario y un tribunal constitucional, señalando sobre el particular:

Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal constitucional competente para la casación de las leyes y un Tribunal ordinario en lo civil, penal o administrativo, es que tanto éstos como aquél aplican Derecho y también generan Derecho; estos producen sólo normas individuales, mientras que aquél, aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que – tal como lo he señalado – oficia de “legislador negativo”. Pero entre la función de

23 Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 15.

24 Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astera, 2002), 659-661.

25 Pedro Da Silva Moreira, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional* (Madrid: CEPC, 2019), 56.

un Tribunal constitucional semejante y la de los Tribunales ordinarios se introduce una forma intermedia, muy digna de atención, con su derecho de control sobre leyes y decretos. Pues un Tribunal que no aplica a un caso concreto una ley en razón de su inconstitucionalidad, o una ordenanza en razón de su ilegalidad, elimina una norma general y opera así también como “legislador negativo” (en el sentido material del término “ley”). Sólo que la *- norma general está limitada a un caso y no a la totalidad –como la sentencia de un Tribunal constitucional –, es decir, a todos los casos posibles*²⁶.

Aunque en el pensamiento de Kelsen el tribunal constitucional aparece como un órgano respetuoso de las credenciales democráticas del parlamento, como lo indica Jiménez²⁷, este autor europeo lleva a situarnos de manera indirecta al centro del problema para la época, a saber, la desconfianza ante los órganos elegidos directa o indirectamente por el pueblo, que conduce a la creación de un nuevo órgano que controle las posibles desviaciones del legislativo por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones que éste dicte. La creación de un órgano con ese poder de revisión judicial sirve para combatir los excesos del legislativo, pero conduce inevitablemente a la creación de un nuevo legislador y, consecuentemente, al enfrentamiento entre los dos legisladores, entre el poder legislativo y el tribunal constitucional.

Precisamente, dada la importancia de la seguridad jurídica, Kelsen se refirió a la necesidad de uniformidad en los alcances de declaratoria de inconstitucionalidad de la norma respectiva, señalando: “...La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional -por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no- es un gran peligro para la autoridad de la Constitución...”²⁸.

Conforme lo explica Orunesu²⁹, la seguridad jurídica, que conlleva a preservar en el plano de la aplicación de las normas el principio de igualdad, en los sistemas de control difuso podría verse afectado en el tanto individuos que se encuentran en situaciones similares no reciban un trato igual (piénsese en que diferentes jueces resuelvan de manera disímil la constitucionalidad de las normas cuestionadas).

Bajo la concepción original de Kelsen, se prefigura un órgano que centralizadamente lleva adelante ese control y, en el supuesto de considerar inconstitucional una norma, ésta es expulsada del sistema. Este tribunal especializado, en palabras de Sagüés³⁰, se caracteriza por ser “extra poder”, al situarse entre la “clásica” Suprema Corte y el Parlamento.

26 Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995), 34-39.

27 José Jiménez Sánchez, “La legitimidad del juez constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36 (2002): 319.

28 Hans Kelsen, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, *IUS ET VERITAS*, 4, 6 (1993): 83.

29 Claudina, Orunesu, “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”, *Opus Magna Constitucional*, 1, 16 (2020): 155

30 Néstor Pérez Sagüés, “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74 (1991), 473.

El modelo austriaco (en el planteamiento original de 1920) es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado, en el tanto a la generalidad de los jueces y de los operadores jurídicos se les niega la labor de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y se reserva, por el contrario, a un órgano particular. Principal, porque se acciona mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la constitución. Constitutivo, porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado³¹.

Si bien, en la actualidad existe una relativización de las características de los modelos norteamericano y europeo, es posible pensar en tres diferencias puntuales. Por un lado, en relación con el órgano jurisdiccional encargado de ejercer el control de constitucionalidad; por otro, la forma en que se puede cuestionar la norma y, finalmente, los efectos de la sentencia que se dicta.

En el modelo de judicial *review of legislation*, todos los órganos judiciales pueden emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias surgidas ante ellos. La ley que se considera puede tener roces de inconstitucionalidad no es susceptible de cuestionarse de manera directa. En sentido estricto, el juez no anula la ley que estima contraria a la Constitución, sino que la inaplica. Se está ante un control especial, entendido como que los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, enfocados al caso particular. En el sistema austriaco original, es un órgano *ad hoc* el encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Se sigue un procedimiento en vía principal (impugnación directa) mediante la interposición de una acción o recurso de inconstitucionalidad cuya sentencia estimatoria tiene efectos *erga omnes*³².

Un detalle que no puede pasarse por alto es que los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo de judicatura surgida luego de la revolución francesa, fueron diseñados sobre la base de una profunda desconfianza en los jueces, lo que se tradujo en una limitación de sus potestades en la aplicación del derecho.

La mayoría de los países de América Latina han incorporado diferentes modelos, siendo que, luego de diversas reformas implementadas, los sistemas de control de constitucionalidad se asemejan en varios rasgos al sistema europeo y, en otros, al estadounidense. Ello ha permitido que en la actualidad sea válido hablar de un modelo mixto.

31 Tania Groppi, "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada", en *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, ed. por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar (México: UNAM, 2009), 231.

32 Francisco Fernández Segado, "La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano", *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 30-35.

3. Modelo mixto

Tradicionalmente se ha presentado a los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad como contrapuestos: por un lado, el judicial o difuso (*judicial review of legislation*) y, por otro, el sistema autónomo o concentrado (la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana).

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, muchos Estados han optado por no acoger la tradicional polaridad entre los modelos originarios difuso y concentrado. Se habla, entonces de nuevas categorías, modelos híbridos³³ o mixtos. Ya no se vislumbra tan claramente una dicotomía o polaridad de sistemas. La tendencia es el tránsito hacia modelos más dúctiles y poliformes³⁴. Es más común la incorporación de mecanismos que permiten al juez que conoce de un proceso, que excepcionalmente, consulte a la corte, tribunal o sala constitucional sobre la constitucionalidad de la ley o disposición legal. Díaz³⁵ expone que un claro ejemplo de ello es el procedimiento que se conoce como “la cuestión de constitucionalidad”. En esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado³⁶.

Bazán³⁷ señala que es posible visualizar, en modelos que adoptan el control de constitucionalidad difuso vestigios que de algún modo los aproximan a los sistemas centralizados o concentrados. Destaca que, en Estados Unidos de América, la Suprema Corte actúa como un tribunal constitucional *de facto* por medio de la utilización del *writ of certiorari*; sin dejar de lado la regla del precedente que debe ser seguida por los tribunales inferiores.

Algunos autores como Lopera³⁸ son del criterio de que el funcionamiento real de los tribunales constitucionales conserva de la propuesta kelseniana su carácter concentrado y los efectos generales de sus decisiones, acercándose, en el resto, más a la lógica que impregna la *judicial review*.

De lo expuesto se desprende que, con el transcurso del tiempo, se ha dado un fenómeno de combinación de los dos modelos tradicionales de control de constitucionalidad, los cuales

33 Luca Mezzetti, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, *Estudios Constitucionales de Chile*, 2, 7 (2009): 289.

34 Lucio Pegoraro, “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002): 415.

35 Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 40.

36 Eduardo Velandia Canosa, “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”, en *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017): 22-23.

37 Víctor Bazán, *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho* (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 19-20.

38 Gloria Lopera Mesa, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, (2001): 240.

fusionan o permiten la convivencia de algunos aspectos, dando paso a sistemas híbridos de justicia constitucional, con rasgos específicos de cada país.

Quedará para un posterior artículo realizar un estudio comparado entre los modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes que siguen distintos países en la actualidad.

IV. CONCLUSIONES

El control de constitucionalidad es consecuencia de los principios de supremacía y de rigidez constitucional. Constituye un mecanismo de garantía ante una falta de congruencia de las normas inferiores (como las leyes) con los derechos, normas y principios reconocidos y establecidos por la constitución.

Tradicionalmente se han concebido dos modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad: el americano y el austriaco.

El modelo americano tiene su génesis en el siglo XIX. Explícitamente alcanzó reconocimiento a partir del célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, sobre el cual se pronunció la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En este país se asignó la supremacía constitucional a un órgano “contramayoritario”, caracterizado por ser judicial, creado jurisprudencialmente, de naturaleza difusa, con carácter incidental, *inter partes* y cuyas sentencias tienen efectos *ex tunc*.

A finales del siglo XVIII, Europa (especialmente Francia), se caracterizó por tener un control político basado en un ambiente de desconfianza hacia los jueces (la ley, al reflejar la voluntad popular, no admitía control), siendo que, a partir de la Primera Guerra Mundial se institucionalizan las cortes constitucionales como órganos independientes, separados del Poder Judicial. Con ello, el control político fija la custodia de la supremacía constitucional a un órgano vinculado con los representantes del pueblo.

El modelo europeo o austriaco en su versión original, tuvo como protagonista a Hans Kelsen. Se diseñó a partir de la segunda década del siglo XX. Se distinguió por ser concentrado, quedando a cargo, el control de constitucionalidad, a un tribunal autónomo (*ad hoc*), es decir, fuera del Poder Judicial, de creación normativa, encontrándose, dentro de sus particularidades, su carácter principal, abstracto y constitutivo (declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*).

Si bien, los dos modelos coinciden en tener por objeto garantizar la supremacía de la Constitución, lo cierto es que en el caso estadounidense la función es desempeñada a lo interno del Poder Judicial, mientras que en el modelo europeo-kelseniano se realiza por un órgano *ad hoc*, denominado Corte Constitucional.

En la actualidad, hay una relativización en relación con las características de los modelos norteamericano y el europeo kelseniano. La clásica polaridad entre ambos pareciera que no puede sostenerse de forma tan rígida. Es palmario que después de la Segunda Guerra Mundial han nacido y se han difundido los modelos mixtos o híbridos.

Ambas tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, ante la necesidad de dar respuesta a los profundos cambios producidos en el mundo en los últimos años, dándose una reciprocidad en cuanto a algunas de sus características. Por ejemplo, en el *common law* ha ido creciendo paulatinamente la “codificación”, mientras que en el *civil law* ha aumentado el papel de los jueces en la creación del Derecho por medio de la interpretación de las normas³⁹. Ello ha permitido, desde hace varias décadas el “modelo mixto”.

En el presente, mantener la dicotomía entre los modelos difuso o norteamericano y concentrado o kelseniano resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad.

Con carácter ejemplificativo, cabe afirmar que este modelo híbrido es seguido en la actualidad -con distintos niveles de intensidad- por países como Estados Unidos de América, Italia y Costa Rica.

Las cortes, los tribunales o las salas constitucionales, aparte de tener una naturaleza jurídica, también tienen un carácter político. Al tener una posición *sui generis* dentro de la arquitectura del Estado constitucional de derecho (estar en la intersección entre el Derecho y la política), su estudio se vuelve apasionante. Los alcances de sus decisiones se relacionan, en mayor o menor medida, con las características del modelo de control de constitucionalidad que siga cada país. Dicho lo anterior, se concluye que el tema aquí investigado aparte de actual, está abierto a la constante reflexión.

39 Jorge Alejandro Amaya, *Control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2015), 57-58.

REFERENCIAS

- Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Amaya, Jorge Alejandro. “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución”. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 10 (2010): 1-22.
<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/539>
- Armijo Sancho, Gilbert. “Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, ed. por Gisela Elsner, 15-36. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- Bazán, Vitor. *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Córdova Vianello, Lorenzo. “La Democracia Constitucional y el Control de las Reformas Constitucionales”. En *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y Límites*, ed. por César Astudillo y Lorenzo Córdova, 211-224. México: UNAM, 2011.
- Campione, Roger. “La génesis de un juez de las leyes: La Corte Costituzionale”. En *Teoría del derecho y decisión judicial*, ed. por Pablo Raúl Bonorino, 345-373. Madrid: Bubok, 2010.
- Da Silva Moreira, Pedro. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*. Madrid: CEPC, 2019.
- Díaz Bravo, Enrique. “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”. *Opinión Jurídica*, 30, 15 (2016): 25-46,
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>
<https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a1>
- Fernández Segado, Francisco. “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”. *Revista de Derecho Público*, 11, 11 (2005): 19-75. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>
- Gama, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- García-Mansilla, Manuel José. “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”. *Revista Jurídica Austral*, 2, 3 (2022): 473-530.
<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/961>
<https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.man>
- Groppi, Tania. “Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada”. En *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, ed. por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar, 227-255. México: UNAM, 2009.

- Jiménez Sánchez, José. “La legitimidad del juez constitucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36 (2002): 303-325.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/13483>
<https://doi.org/10.30827/acfs.v36i0.13483>
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- Kelsen, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. *IUS ET VERITAS*, 4, 6 (1993): 81-90.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iuserveritas/article/view/15379>
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008. <https://doi.org/10.2307/jj.2321999>
- Lopera Mesa, Gloria. “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, (2001): 227-256.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50357>
- Mezzetti, Luca. “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”. *Estudios Constitucionales de Chile*, 2, 7 (2009): 281-300.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>
<https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200011>
- Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astera, 2002.
- Nino, Carlos. “La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989): 79-88.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1230&IDA=35323>
- Orunesu, Claudina, “Control de constitucionalidad y legitimidad democrática”. *Opus Magna Constitucional*, 1, 16 (2020): 149–176. <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.7>
- Pegoraro, Lucio. “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002): 393-416.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50604>
- Pérez Sagüés, Néstor. “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74 (1991): 471-495. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27123>
- Pizzorusso, Alessandro. “Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos”. *Revista Judicial*, 118 (2016): 11-32.
https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/02_archivo.pdf p. 25.
- Ridaó Martín, Joan. “El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política”. *UNED. Revista de Derecho Político*, 117 (2023): 73-98
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/37921/27886>
<https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37921>

- Rodríguez, Jorge Luis. “Algunas Dificultades en la Reconstrucción de la Dinámica Jurídica”. En *El realismo jurídico genovés*, ed. por Jordi Ferrer y Giovanni Ratti, 117-146. Madrid: Marcial Pons, 2011. <https://doi.org/10.2307/jj.2322025.9>
- Romboli, Roberto. *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*. Lima: Palestra Editores, 2017.
- Sarmiento, Juan Pablo. “Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana”. *Estudios constitucionales*, 1, 21 (2023): 111-141. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002023000100111>
- Velandia Canosa, Eduardo. “Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado”. En *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, ed. por Luca Mezzetti y Eduardo Velandia, 9-54. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Recibido: 28/02/2024

Aprobado: 10/05/2024



Ángel guardián, óleo sobre lienzo 99 x 68 cm.
Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*El cambio climático y la gestión del agua dulce
para consumo humano. Situación legal de las
provincias de Buenos Aires y
Córdoba, Argentina*

*Climate Change and Management of
Freshwater for Human Consumption. Legal
Status of the Provinces of Buenos Aires and
Córdoba, Argentina*

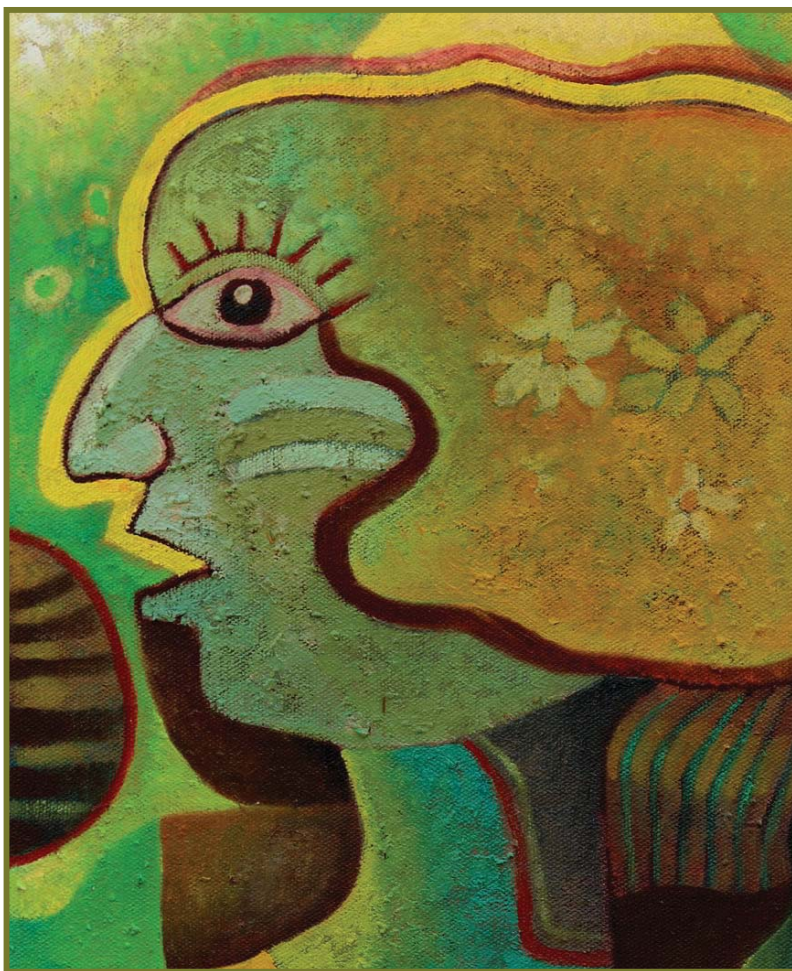
Ailen-Sol Flores* <https://orcid.org/0000-0002-4843-0494>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2639>

* Instituto de Ecología y Desarrollo Sustentable (INEDES) y Departamento de Ciencias Sociales y de Tecnología, Universidad Nacional de Luján (UNLu), Argentina. Licenciada en Información Ambiental, UNLu. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina; Auxiliar de primera del Departamento de Ciencias Sociales y de Tecnología, UNLu
Correo electrónico: ailenflores98@gmail.com

Lex



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



Mujer jardín, óleo sobre lienzo 40 x 30 cm.
Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El agua es un recurso crucial para todos los sectores de la sociedad y de los ecosistemas. La interdependencia del agua con la estabilidad del sistema tierra es evidenciada por la alteración del sistema climático, esto es el cambio climático y sus efectos en el ciclo hidrológico. Los recursos hídricos pueden verse seriamente comprometidos por el cambio climático y por otros cambios ambientales producto de las actividades humanas, lo que incrementa los riesgos asociados. Esto representa un desafío para la gestión del recurso, que requiere de marcos legales y políticas públicas intersectoriales que vinculen ambas dimensiones. El objetivo principal del trabajo es describir los posibles efectos del cambio climático e identificar y analizar el marco legal del cambio climático y su vínculo con la gestión del agua dulce en las provincias de Buenos Aires y Córdoba y a nivel nacional, en Argentina. El estudio es cualitativo, se implementó el método bibliográfico documental y la hermenéutica jurídica. Es posible afirmar que los cambios en el clima previstos para el área de estudio, pueden tener efectos negativos en la disponibilidad y calidad de las fuentes de agua dulce. Existen normas y políticas públicas sobre cambio climático a nivel nacional que incorporan la gestión del agua dulce, aunque el tema no se aborda de forma transversal en todos los sectores. Finalmente, a nivel provincial aún no se ha dictado normativa específica sobre cambio climático. En tal caso, es una oportunidad para integrar el enfoque de gestión del agua en futuras normas y políticas públicas provinciales, lo que proporciona un marco para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y adaptarse al cambio climático.

Palabras clave: *cambio climático; agua dulce; normas ambientales; políticas públicas.*

ABSTRACT

Water is a crucial resource for all sectors of society and ecosystems. The interdependence between water and the stability of the earth system is evidenced by the alterations of the climate system, that is to say climate change and its effects on the hydrological cycle. Water resources can be seriously affected by climate change and other environmental changes resulting from human activities, which increases the associated risks. This represents a challenge for the management of the resource, which requires legal frameworks and intersectoral public policies that link up both dimensions. The aim is to describe the possible effects of climate change and analyze the legal framework and public policies on climate change and their connection with freshwater management in the provinces of Buenos Aires and Córdoba and at the national level, in Argentina. The study is qualitative, the documentary bibliographic method and legal hermeneutics were implemented. It is possible to affirm that changes in climate predicted for the study area may have negative effects on the availability and quality of freshwater sources. There are regulations and public policies of climate change at the national level that incorporate freshwater management. Although the issue is not addressed transversally in all sectors. Finally, at the provincial level have not yet issued specific regulations on climate change. In this case, it is an opportunity to integrate the water management approach into future provincial regulations and public policies, providing a framework to achieve the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda and adapt to climate change.

Keywords: *climate change; freshwater; environmental laws; public policies.*

I. INTRODUCCIÓN

La disponibilidad y calidad del agua son uno de los principales desafíos a nivel global¹. Aproximadamente el 3% del agua de la Tierra es dulce, de ese porcentaje una gran parte es inaccesible, y solamente alrededor del 0,08% es utilizado por los humanos². El aumento en la demanda de agua, particularmente para la agricultura, devala conflictos emergentes en relación a la competencia entre los usuarios y usos del agua (agricultura, consumo humano, ecosistemas, industrias, entre otros). El mundo enfrenta una crisis del agua que se ve exacerbada por el cambio climático. El cambio climático -antropogénico- puede definirse como una variación del estado del clima identificable, significativo y persistente durante largos períodos de tiempo, generalmente decenios o períodos más largos, atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera global y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables³. Al mismo tiempo, el cambio climático es uno de los impulsores del cambio global. El cambio global ambiental es el conjunto de cambios ambientales que derivan de las actividades humanas en el planeta, estos cambios en el sistema Tierra socavan los sistemas críticos que sustentan la vida y podrían provocar puntos de inflexión que desestabilicen irreversiblemente el sistema Tierra⁴.

1 Chloé Grison, C.; et al. “Integrated Water Resources Management in Cities in the World: Global Challenges”, *Water Resour Manage* 37 (2023): 1-2.

2 Alban Kuriqi y Luis Garrote *Water Management in the Era of Climatic Change* (Suiza: Editorial Office, volume II, 2023), 11

3 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC). “Glosario” en *Cambio Climático 2013. Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Thomas Stocker; Qin Dahe y Gian-Kasper Plattner (Coord.) (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2013),188.

4 Johan Rockström, et al. “Safe and just Earth system boundaries”, *Nature*, 619, (2023), pp.102,103,104.

Distintos cambios globales afectan al ciclo hidrológico y a los recursos hídricos. Los cambios de uso del suelo afectan el ciclo hidrológico, por ejemplo con la deforestación de bosques nativos que cumplen una función de regulación del ciclo del agua; el cambio de uso del suelo de rural a urbano, y en consecuencia la impermeabilización del mismo que impide la recarga de aguas subterráneas; otro caso es la agricultura, pues los fertilizantes y agroquímicos que se utilizan en el sector llegan a los cursos de agua por escorrentía o a través de las aguas subterráneas debido a la infiltración, afectando la calidad del recurso. Además, estos cambios globales en conjunto incrementan los riesgos para el agua.

La disponibilidad del agua se verá reducida por los mayores periodos de sequía. Por otro lado, la calidad del agua también se verá afectada por las temperaturas más elevadas. Del mismo modo, las inundaciones y sequías más frecuentes agravan muchas formas de contaminación del agua, desde sedimentos hasta patógenos y pesticidas⁵. La inadecuada gestión del agua también puede contribuir al cambio climático, producto de la ineficiencia de los sistemas hídricos y el gasto de energía, por lo que es necesario mejorar la eficiencia del uso del agua y en la gestión de la demanda, así como reformar las infraestructuras hídricas ineficientes. Por tanto, la gestión del agua es central para hacer frente a los efectos del cambio climático. No obstante, la gestión del recurso requiere de políticas, instituciones coherentes y legislación orientadas con los componentes de la gestión integrada de los recursos hídricos y la seguridad hídrica⁶. El primer concepto hace referencia a la gestión conjunta y coordinada de los recursos hídricos, el suelo y otros recursos naturales vinculados, potenciando el bienestar social y económico, pero sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas. En segundo lugar, la seguridad hídrica comprende la capacidad de aprovechar el potencial productivo del agua y limitar su potencial destructivo. Estos conceptos brindan un enfoque para las estrategias de adaptación y un marco para la acción climática⁷.

El propósito del trabajo es identificar y analizar cuál es el marco legal del cambio climático y su vínculo con la gestión del agua dulce en dos provincias argentinas de la Región Centro. Adicionalmente, llevaré a cabo una revisión de las políticas públicas principales en materia de cambio climático. La selección de los dos casos esta sustentada en la regionalización que toma el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático de Argentina que agrupa a las 24 jurisdicciones del país en 6 regiones. Una de estas es la Región Centro, que esta integrada por las provincias de Buenos Aires, la provincia de Córdoba y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En función de los objetivos formulé los siguientes interrogantes para guiar el

5 Organización de las Naciones Unidas (ONU) "El agua: en el centro de la crisis climática". (s/f), acceso el 29 de noviembre de 2023.

<https://www.un.org/es/climatechange/science/climate-issues/water#:~:text=La%20calidad%20del%20agua%20tambi%C3%A9n,pat%C3%B3genos%20y%20pesticidas%20>

6 Lindsay Stringer, et al. "Climate change impacts on water security in global drylands". *One Earth*, 6, 4 (2021): 851, 859.

7 Claudia Sadoff y Mike Muller. *La Gestión del Agua, la Seguridad Hídrica y la Adaptación al Cambio Climático: Efectos Anticipados y Respuestas Esenciales* (Asociación Mundial para el Agua, 14, 2010), 5,7.

desarrollo del trabajo: ¿Cuáles son los efectos adversos del cambio climático que pueden afectar los recursos de agua dulce en la Región Centro? ¿Cuáles son las normas y políticas públicas a nacional y provincial de cambio climático? ¿El marco legal y las políticas públicas de cambio climático consideran la gestión del agua?

II. METODOLOGÍA

El estudio es bibliográfico-documental y descriptivo. Se examinaron datos e informes técnicos e institucionales de organizaciones internacionales y nacionales (de Argentina), documentos de fuentes públicas y artículos científicos. Se identificaron los efectos del cambio climático en dos provincias argentinas y sus posibles impactos en las fuentes de provisión de agua dulce para el consumo humano. La información para describir los efectos del cambio climático se obtuvo del Sexto Informe de Evaluación del IPCC y de las fichas técnicas regionales de este informe. Al mismo tiempo, se complementó con la información brindada por el Atlas del Riesgo Climático del G20, que recopila proyecciones científicas de los impactos climáticos y se examinaron las proyecciones de documentos oficiales de organismos nacionales, concretamente, del Plan Nacional de Cambio Climático de Argentina y de la Tercera Comunicación Nacional sobre Cambio Climático. También, se utilizaron sistemas de información geográfica para caracterizar las fuentes de agua dulce del área de estudio. Posteriormente, se realizó una identificación y análisis de las normas jurídicas y de las políticas públicas sobre cambio climático a nivel nacional y provincial, a través de la hermenéutica jurídica, que la ciencia de la interpretación y aplicación de las normas⁸. A su vez, se evaluó su relación con la gestión del agua, particularmente para la adaptación al cambio climático.

III. LAS FUENTES DE PROVISIÓN DE AGUA DULCE EN LAS PROVINCIAS DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Cuando mencionamos a las fuentes de provisión de agua para consumo humano nos referimos a masas de agua (como ríos, arroyos, lagos, embalses, manantiales y aguas subterráneas) que suministran este recurso a los servicios y redes públicas de agua o de particulares, o en menor

8 Mario Peña Chacón “Hacia una nueva hermenéutica ambiental”. *Revista de derecho de la Hacienda Pública*,3, (2014), pp.79,80.

medida de aguas recicladas⁹. En general, el abastecimiento de agua para consumo humano se obtiene de fuentes de agua superficiales, subterráneas o de una combinación de ambas¹⁰. La calidad del agua potable difiere de un lugar al otro, en función de las condiciones de las fuentes de agua de la que se extrae y del tratamiento que recibe para su distribución¹¹. En los servicios y redes públicas el agua atraviesa un proceso de potabilización que varía de acuerdo a las fuentes de provisión (si es superficial o subterránea) y a la calidad del recurso hídrico de esa fuente. Del mismo modo, los procesos de potabilización varían en función de los parámetros de calidad que establezca la legislación de cada país, o el estado nacional o subnacional. Proteger las fuentes de agua y las cuencas hidrográficas del deterioro reduce el riesgo para la salud humana y los ecosistemas. Otro factor fundamental es el incremento de los costos del tratamiento del agua cuando la calidad de las fuentes está degradada¹². Por lo que, preservar la calidad de las fuentes de agua dulce es esencial para asegurar el derecho humano al agua, dado que permitirá alcanzar las distintas dimensiones de este derecho, es decir, suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En la provincia de Córdoba las fuentes de provisión de agua para consumo humano incluyen aguas superficiales, aguas subterráneas, de ríos y en algunas ciudades el abastecimiento es a través de embalses¹³. Esta provincia posee una superficie mayor a 16000 hectáreas ocupadas por embalses o cuerpos artificiales de agua, entre los principales usos del agua de estos sistemas multipropósito se destaca el abastecimiento de agua para consumo humano para gran parte de la provincia¹⁴. En otras zonas de la provincia la demanda se satisface mediante agua subterránea como única fuente de provisión, particularmente en áreas rurales. En algunas ciudades el abastecimiento depende de ambas fuentes: subterránea y superficial¹⁵.

En cuanto a la población de la provincia de Buenos Aires se abastece principalmente de agua subterránea, mediante las redes públicas o perforaciones domiciliarias en zonas donde no hay servicio de red; otras fuentes son las superficiales, como el Río de la Plata que abastece distintas ciudades del área metropolitana¹⁶. Los acuíferos más importantes de la provincia

9 Centro para el Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC) "Drinking Water - Water Sources" (2022), acceso el 29 de noviembre de 2023. https://www.cdc.gov/healthywater/drinking/public/water_sources.html

10 *Ídem*

11 *Ídem*

12 *Ídem*

13 Erica López, et al. "Vulnerabilidad Hídrica del Gran Córdoba ante escenarios de sequías y análisis de alternativas de provisión de agua". *Revista Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, 1, 8 (2021):31.

14 Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Argentina (MINCyT) y Consejo Económico y Social (CES). *Agua. Ciencia y tecnología para el acceso al agua y saneamiento*. (Argentina: MINCyT y CES, 2022), 8.

15 Mónica Blarasin, et al., "Aspectos litológicos, hidráulicos, cambios de régimen y reservas de los principales acuíferos", en *Aguas subterráneas de la Provincia de Córdoba*, coord. por Mónica Blarasin, Adriana Cabrera y Edel Matteoda (Río Cuarto: UniRío Editora, 2014), 11.

16 Nilda González, et al. "Los recursos hídricos subterráneos en el desarrollo socioeconómico de la provincia de Buenos Aires, Argentina". *Memorias del IX Congreso Latinoamericano ALHSUD Hidrología Subterránea*, (Quito, Ecuador: Asociación Latinoamericana de Hidrología Subterránea para el Desarrollo ALHSUD, 9 de julio del 2008), 6.

son el Pampeano y el Puelches, este último está distribuido en el noreste de la provincia, y en esta zona es también el más consumido para todos los usos¹⁷. Esto es coincidente con la disponibilidad del recurso en la zona, dado que en otras regiones de la provincia el uso está condicionado¹⁸. Gran parte de las provincias de Córdoba y Buenos Aires integran la Región Hidrogeológica de la Llanura Pampeana, los acuíferos de esta región (que incluyen al Puelches y Pampeano) son de recarga vertical, y se comportan con una clara correspondencia con el ciclo hidrológico externo¹⁹. Estos acuíferos son los más explotados del país, y también los más complejos de estudiar en términos hidrogeológicos²⁰.

IV. EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA REGIÓN CENTRO Y SUS IMPLICANCIAS PARA LAS FUENTES DE PROVISIÓN DE AGUA DULCE

Como se mencionó previamente, el cambio climático tendrá efectos en el ciclo hidrológico y las fuentes de provisión de agua podrán verse afectadas de múltiples formas. El cambio climático ya está afectando las condiciones meteorológicas y extremos climáticos en todas las regiones del mundo. Los principales son el aumento de la frecuencia en los extremos climáticos, como las olas de calor, fuertes precipitaciones, sequías e inundaciones²¹. Los cambios en los patrones de precipitación aumentarán los riesgos de inundaciones y sequías en muchas áreas. El aumento de las temperaturas y las sequías afectan el caudal y la esorrentía de los cursos de agua. Con un suelo más seco y una mayor evaporación producto de temperaturas más altas, una menor cantidad de agua se escurrirá hacia los ríos o se filtrará hacia los acuíferos más profundos²².

A su vez, el aumento de las temperaturas y las alteraciones en los patrones de lluvia podrían provocar la transición de la humedad a la aridez, lo cual tendrá un efecto sustancial tanto en

17 Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires (MISP). *Plan Estratégico de Infraestructura para la provincia de Buenos Aires 2020-2024*. (Buenos Aires: MISP,2020),132,133,134.

18 Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires. “Mapa de Disponibilidad de Uso de Acuífero Pampeano y Puelche” (s/f), acceso el 1 de diciembre de 2023. <https://www.ada.gba.gov.ar/mapa-de-disponibilidad/>

19 Instituto Geográfico Nacional. “Aguas Subterráneas. Regiones hidrogeológicas de Argentina. Atlas Nacional Interactivo De Argentina.” (s/f), acceso el 1 de diciembre de 2023.

<https://ide.ign.gob.ar/portal/apps/MapJournal/index.html?appid=7cc4ba9c758148f9b6176eb9cc2d79f2>

20 *Idem*

21 IPCC “Sections”. *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. por H Hoesung Lee y José Romero, (Suiza: IPCC, 2023), 5.

22 Sadoff y Muller. *La Gestión del Agua...*, 25,26.

la escorrentía del agua superficial como en la recarga del agua subterránea²³. Por otro lado, el incremento en la intensidad y frecuencia de las lluvias pueden aumentar la escorrentía de contaminantes y la sedimentación, o empeorar los problemas de contaminación ya existentes en fuentes de agua como ríos, lagos y arroyos. Esto puede disminuir la calidad del agua, bloquear los sistemas de aguas pluviales y disminuir la capacidad de almacenamiento. Las temperaturas más altas y el consecuente aumento de la temperatura del agua también pueden promover un mayor crecimiento de algas y patógenos en algunas aguas superficiales, y provocar o incrementar la eutrofización de esos cuerpos o cursos de agua. Asimismo, la disminución de la calidad del agua puede afectar los tratamientos de potabilización y aumentar sus costos²⁴.

Conforme al Sexto Informe de Evaluación del IPCC (2021)²⁵ en la Región Sureste de América del Sur, que incluye a las provincias de Buenos Aires y Córdoba, hubo aumentos de la precipitación media y extrema desde la década de 1960, producto de la variabilidad climática interna y por forzamientos externos (influencia humana). En Argentina se han observado cambios en el clima desde la segunda mitad del siglo XX, como es el aumento de temperaturas extremas, y conforme las proyecciones de los modelos climáticos, en general se intensificarán o no se revertirán durante el siglo XXI²⁶. Las tendencias proyectadas se evidencian en los informes publicados por el Servicio Meteorológico Nacional (SMN) del Estado del Clima en Argentina 2023, donde se destaca que conforme los datos, la temporada enero-octubre de 2023 fue la más cálida desde 1961²⁷.

Agregado a lo anterior, el Atlas del Riesgo Climático del G20 destaca que los patrones de precipitaciones y temperaturas en Argentina están cambiando afectando a los recursos hídricos. El informe señala distintos puntos clave vinculados con los peligros del cambio climático a nivel nacional, que incluyen peligros sobre las aguas subterráneas, cambios en las escorrentías anuales, el aumento de las sequías y el estrés hídrico. Respecto de las aguas subterráneas indica que el uso de este recurso ha aumentado significativamente, y se proyectan cambios en la recarga anual de aguas subterráneas y un mayor incremento en la demanda de agua debido al aumento de las temperaturas y a una menor disponibilidad del agua superficial²⁸.

23 *Ibidem*, 29,30.

24 Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos “Climate Adaptation and Source Water Impacts”, acceso el 2 de diciembre de 2023. <https://www.epa.gov/arc-x/climate-adaptation-and-source-water-impacts>

25 IPCC “Fact Sheets: Central and South America”. *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. (Suiza: IPCC, 2021),1,2.

26 Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. *Cambio climático en Argentina; tendencias y proyecciones* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Investigaciones del Mar y la Atmósfera, 2015), 9.

27 Servicio Meteorológico Nacional. *El Clima en Argentina 2023*. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2023), 5.

28 Fondazione Centro Euro-Mediterraneo sui Cambiamenti Climatici (CMCC). *Atlas del Riesgo Climático del G20: Impactos, Política y Economía. Argentina* (CMCC, 2021), 2, 3, 8, 9.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la República Argentina (2022) en el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático al 2030, caracteriza los riesgos climáticos acorde a la regionalización definida en el marco del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)²⁹, las provincias de Córdoba y Buenos Aires comprenden la Región Centro. Los impactos que se proyectan para esta incluyen: acrecentamiento de olas de calor; aumento en la extensión, ocurrencia y propagación de incendios; incremento de lluvias intensas e inundaciones; aumento de sequías y disminución en la disponibilidad de agua. Además, se presentan distintas características y circunstancias que acrecientan la vulnerabilidad al cambio climático vinculado con aspectos de infraestructura. Entre estos se encuentran: el insuficiente acceso a los servicios básicos de agua potable y saneamiento e infraestructura asociada y aspectos institucionales como la escasa incorporación de la gestión integrada de los recursos hídricos (GIRH) y con perspectiva de cuenca³⁰.

Los efectos del cambio climático previstos para la Región Centro podrían afectar a los recursos hídricos y, por tanto, a las fuentes de provisión para consumo humano. Los efectos del cambio climático en la región son coincidentes con los impactos de los recursos hídricos antes descritos, particularmente la degradación de la calidad del agua y la reducción de la disponibilidad de las fuentes de aguas superficiales y subterráneas. Si bien no es el objetivo del trabajo evaluar el nivel de relación entre las variables antes mencionadas, es posible afirmar que los riesgos ya evaluados en informes y documentos técnicos (Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático, Tercera Comunicación del Cambio Climático en Argentina, Sexto Informe del IPCC) podrían afectar las fuentes de provisión de agua para la Región. En este sentido, en el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático se destaca la amenaza climática del aumento de sequías y disminución en la disponibilidad de agua, y como se describió más arriba, esto puede repercutir en la calidad de las fuentes de agua³¹. Cabe destacar que la evaluación del impacto del cambio climático en el ciclo hidrológico es uno de los mayores retos en la hidrología. La evaluación del riesgo asociado al cambio climático se establece en relación con el grado de confianza que se tiene de que el riesgo se presentará. Aunque, el impacto en los recursos hídricos no depende exclusivamente del clima, también está ligado a otros cambios, por ejemplo, los cambios en los usos del suelo o la gestión de los recursos hídricos que se desarrolle en el territorio³².

29 El COFEMA es un ámbito de concertación de políticas ambientales en el que participan Nación, provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Véase <https://www.argentina.gob.ar/cofema/acerca-de>

30 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MAyDS). *Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático al 2030*. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: MAyDS, 2022), 150, 151, 152.

31 *Ibidem*, 36, 152.

32 Juan Velázquez-Zapata; Magalí Troin y Rodrigo Davila-Ortiz. "Evaluación del impacto del cambio climático en los indicadores hidrológicos de una cuenca del centro de México con base en un ensamble de modelos climáticos y en el modelo hidrológico SWAT". *Ing. invest. y tecnol*, 3, 18 (2017): 349.

Por otro lado, es importante no atribuir cualquier fenómeno climático extremo al calentamiento global, porque tienen distintas causas. El cambio climático no es la causa unilateral de los eventos extremos porque todo fenómeno climático tiene múltiples causas, dada la complejidad del sistema climático. Pero, el cambio climático sí puede influir en la probabilidad e intensidad de un fenómeno meteorológico y puede contribuir a determinar el nivel de impacto sobre las personas, las viviendas y los ecosistemas³³. Así es el evento de sequía extrema de los meses de octubre a diciembre de 2022 en gran parte de Argentina, donde el análisis de la Atribución Meteorológica Mundial ha concluido que el cambio climático no era el principal impulsor de la reducción de las precipitaciones. Aunque, se ha demostrado que el cambio climático produjo un aumento de las temperaturas en la región, lo que probablemente ha reducido la disponibilidad de agua, y empeoró los impactos de la sequía³⁴.

En cierta medida, la reducción de la disponibilidad y calidad de las fuentes de aguas superficiales de la provincia de Córdoba, podrían tener mayores impactos en la población. Pues, gran parte de Córdoba tiene como fuentes de provisión embalses y aguas superficiales, que son los primeros recursos en sufrir los efectos del cambio. La calidad del agua de los ríos de Córdoba se ve particularmente influenciada por los efectos antropogénicos de los asentamientos poblacionales, donde se localizan importantes centros poblados que utilizan sus aguas para abastecimiento de agua potable, y a su vez, reciben los efluentes cloacales e industriales³⁵. Esto exacerba los riesgos del cambio climático, sumado a las vulnerabilidades ya existentes en la región, en tanto, la disponibilidad de agua no se encuentra garantizada en condiciones de ser aprovechada para consumo humano en toda la provincia. Esto se debe a la escasez en el noroeste provincial de fuentes superficiales y en el sudoeste por la calidad en el agua subterránea con presencia de Arsénico por causas naturales³⁶. Además, la infraestructura hídrica en varias zonas de la provincia es insuficiente para poder tratar y distribuir el agua³⁷.

De acuerdo a un informe de la Oficina de Vinculación Científica Legislativa (2020) de la provincia de Buenos Aires se verifica un aumento de las precipitaciones, concentrado en eventos puntuales con un incremento de las intensidades en el noroeste de la provincia. Por otro lado, se observa la disminución de precipitaciones en el suroeste del territorio provincial. Estos cambios en los patrones climáticos podrían incidir en la distribución de recursos y afectar el acceso al agua potable. Al mismo tiempo, la provincia de Buenos Aires también presenta vulnerabilidades

33 Ben Clarke y Friederike Otto. *Cómo informar sobre fenómenos meteorológicos extremos y cambio climático. Manual para periodistas*. (Atribución Meteorológica Mundial, 2022), 4.

34 ONU “El cambio climático no es el responsable de la sequía en Argentina, Uruguay y Chile, pero sí agrava la escasez de agua” Noticias ONU - *Minada global Historias humanas* (2023), acceso el 2 de diciembre de 2023. <https://news.un.org/es/story/2023/02/1518812>

35 Erica López, et al.” Vulnerabilidad Hídrica...”³⁴.

36 *Ibidem*, 31,

37 Banco Mundial. *Argentina Valorando el Agua*. (Washington, DC: Banco Mundial, 2021), 19, 20.

símiles a las de Córdoba (presencia de arsénico en aguas subterráneas, contaminación por actividades antropogénicas, deficiencias e insuficiente infraestructura hídrica)³⁸.

Los efectos en las aguas subterráneas podrían tener mayores implicancias negativas para la provincia. Los acuíferos disponibles son la principal fuente de agua potable y las de mayor uso. Aunque, presentan un alto grado de vulnerabilidad debido a sus características geológicas, la capacidad de almacenamiento, mecanismos de recarga y el tiempo medio de permanencia del agua³⁹. Los cambios en el uso de los recursos suelo y agua han generado problemas de contaminación, inundaciones, sobreexplotación de aguas subterráneas y el ascenso de niveles freáticos⁴⁰.

V. EL RÉGIMEN LEGAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO A NIVEL NACIONAL Y PROVINCIAL

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) que fue suscripta en la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, y entró en vigor en 1994, es el tratado que estructura el régimen legal del cambio climático a nivel internacional. La CMNUCC ha sido implementada mediante el Protocolo de Kioto (1997), la enmienda de Doha (2012) al Protocolo de Kioto y el reconocido Acuerdo de París (2015) alcanzado en la COP21 que estableció los compromisos climáticos actuales. Agregado a lo anterior, el régimen jurídico y político a nivel internacional se complementa con otras decisiones acordadas multilateralmente en el marco de las Conferencias de las Partes (COP) de la CMNUCC. Esta última no menciona explícitamente al agua, pero la protección del recurso es intrínseca a su objetivo general de estabilizar las emisiones de GEI, permitir que los ecosistemas se adapten y lograr el desarrollo de una sociedad sostenible. En cambio, el Acuerdo de París hace referencia a la gestión sostenible de los recursos naturales para aumentar la resiliencia de sistemas sociales y naturales, aunque no mencione explícitamente el agua. De la misma forma, el Acuerdo establece que las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos. En este sentido, los derechos humanos al agua y al ambiente fueron reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas en 2010 y 2022, respectivamente.

En 2015, la Organización de las Naciones Unidas aprobó mediante la Resolución N.º 70/1 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El acceso al agua potable y la acción por

38 Oficina de Vinculación Científica Legislativa de la provincia de Buenos Aires “Cambio Climático: Estrategias, Acciones e Instrumentos de Adaptación y Mitigación en la Provincia de Buenos Aires”, *Biblioteca del Congreso* (2020).

39 MISP. *Plan Estratégico...*, 148.

40 *Ibidem*, 51

el clima son dos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030. El objetivo número 6 corresponde a “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos” y el objetivo número 13 refiere a “Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos”. El objetivo 6 es transversal para el logro del desarrollo sostenible y está estrechamente vinculado con el objetivo 13, dado que el agua es clave en la adaptación de las personas, actividades económicas y ecosistemas frente al cambio climático⁴¹. En este sentido, la ONU (2023) destaca como uno de los retos para el cumplimiento del ODS6 al cambio climático. Del mismo modo, el IPCC reconoce que los efectos del cambio climático, como el aumento en la frecuencia e intensidad de los fenómenos extremos ha reducido la seguridad hídrica y obstaculiza los esfuerzos para cumplir los ODS⁴².

El derecho ambiental internacional ha logrado grandes avances en materia de cambio climático, y se ha conformado un régimen internacional del cambio climático a partir de la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992. Los instrumentos jurídicos internacionales como la CMNUCC impactan directamente en los avances a nivel nacional y locales, tanto el desarrollo de normativa como de políticas públicas para alcanzar los objetivos establecidos en los acuerdos internacionales. En efecto, un Tratado obliga a las Partes y deben cumplirlo de buena fe, los Estados Parte en un Tratado en vigor no pueden alegar normas de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴³. La CMNUCC establece que los países deben formular y aplicar medidas nacionales y regionales orientadas a la adaptación. Lo mismo sucede con los posteriores acuerdos que forman parte de la Convención, incluyendo el Acuerdo de París, que menciona que, al adoptar medidas para luchar contra el cambio climático, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos. El acceso al agua es un derecho humano reconocido por la ONU, en el año 2010. Por lo que, las medidas tanto de adaptación como mitigación, deberán garantizar el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) afirman que el agua y la seguridad hídrica constituyen uno de los sectores priorizados en las estrategias, políticas y planes climáticos de la región⁴⁴.

41 Amancay Villalba, María del Mar Rivero y Alberto Guijarro “Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en la Agenda 2030”. *UNESCO y ONGAWA* (2016), 13.

42 IPCC. “Summary for Policymakers” en *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. por Priyadarsh Shukla, et al. (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2022) ,40,41,42.

43 Adriana Porcelli, Adriana Martínez y Clara Minaverry C. *Manual de Derecho Ambiental Internacional*. (Luján, Buenos Aires: EdUNLu, 2022),41.

44 CEPAL y ACNUDH. *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe* (Santiago: ONU, 2019), 11, 12, 79.

Si no se aborda como prioridad a la gestión del agua en los acuerdos internacionales puede derivar en una gestión inadecuada o una inexistente planificación pública del sector hídrico. Por otro lado, la falta de acuerdos multilaterales que no integren este aspecto también podría generar conflictos; por ejemplo, los Estados que poseen recursos hídricos transfronterizos, que pretendan implementar medidas de mitigación o adaptación orientadas al agua, particularmente medidas estructurales. En este sentido, el Convenio Sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales (1992) comprende un instrumento jurídico clave para prevenir y propender a la resolución de esos conflictos.

Argentina ha firmado y ratificado instrumentos del derecho ambiental internacional sobre cambio climático y en diciembre de 2019 sancionó la Ley Nacional 27520/2019 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de mitigación y adaptación al cambio climático. A continuación, se presenta una tabla con las normas nacionales sobre cambio climático (incluyendo la legislación de las políticas públicas) y si está asociada con la gestión del agua. Para esto se consideran las siguientes categorías:

- “Integra la gestión del agua”: la gestión de los recursos hídricos se encuentra específicamente mencionada en materia de adaptación.
- “No integra la gestión del agua”: no menciona aspectos vinculados al recurso hídrico.
- “Integra la gestión del agua de forma parcial”: lo menciona de modo general o hace referencia al agua u otros aspectos vinculados al recurso.

Tabla 1. Normas a nivel nacional en Argentina sobre cambio climático

ARGENTINA							
Tipo de Norma	N°	Denominación	Órgano que dictó la Norma	Integra la gestión del agua			Aspecto asociado
				Si	No	Parcial	
Ley	24295-1993	Aprobación de la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el cambio climático	Congreso de la Nación		X		
Ley	25438-2001	Aprobación del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático	Congreso de la Nación		X		
Ley	27137-2015	Aprobación de la Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático	Congreso de la Nación		X		

Ley	27270-2016	Acuerdo de París	Congreso de la Nación		X	Derechos humanos
Ley	27520-2019	Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global	Congreso de la Nación	X		Medidas dentro del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático
Decreto	1030/2020	Reglamentación de la Ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global	Poder ejecutivo nacional		X	
Decreto	1070/2005	Creación Del Fondo Argentino De Carbono	Poder ejecutivo nacional		X	
Resolución	447/2019	Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático	Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable	X		Enfoque de Adaptación basada en ecosistemas; Gestión sostenible del agua
Resolución	146/2023	Segundo Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	X		Gestión integral de recursos hídricos en las líneas y ejes de acción climática
Resolución	2 / 2023	Estrategia Nacional de Salud y Cambio Climático	Ministerio de Salud Y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible		X	Los impactos del cambio climático en la disponibilidad, acceso y calidad del agua
Resolución	218/2023 /	Estrategia de Desarrollo Resiliente con Bajas Emisiones A Largo Plazo Al 2050	Ministerio de Salud Y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	X		Marco para la adaptación a largo plazo, línea estratégica "Transformación de sistema urbano y territorial" incorpora la GIRH
Resolución	518/2023	Documento Lineamientos Escenarios para la Transición Energética a 2050	Ministerio De Economía		X	Aprovechamiento de aguas superficiales para generación de energía
Resolución	18/2023	Grupos De Trabajo de la mesa de articulación provincial y de la mesa ampliada del Gabinete Nacional de Cambio Climático	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible		X	Grupo de Trabajo de Territorios Sostenibles y Resilientes

Resolución	245/ 2023	Guía de Transversaliza-ción de la Sostenibilidad Ambiental en las Políticas Productivas	Ministerio De Economía		X	Huella hídrica
Resolución	385/ 2023	Estrategia Nacional para el Uso de Los Mercados de Carbono	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible		X	Ejes estratégicos de adaptación e integridad ambiental
Resolución	1643/ 2023	Marco de Financiamiento Soberano Sostenible	Ministerio de Economía	X		Incluye entre las prioridades en materia ambiental (que guían el financiamiento de programas) a la GIRH y el acceso al agua para consumo humano

Fuente: Elaboración propia, diciembre 2023

Tabla 2. Normas de Buenos Aires sobre cambio climático

PROVINCIA DE BUENOS AIRES							
Tipo de Norma	N°	Denominación	Órgano que dictó la Norma	Integra la gestión del agua			Aspecto asociado
				Si	No	Parcial	
Decreto	81/ 2021	Sistema Inteligente De Monitoreo Para La Prevención Y Análisis Del Riesgo Hidrometeorológico" (SIMPARGH)	Poder ejecutivo provincial			X	Prevención de riesgos hidrometeorológicos
Resolución	109/ 2022	Programa Provincial de Mitigación y Adaptación al Cambio Climático	Ministerio de Ambiente de la provincia			X	Los objetivos del plan prevén identificar y analizar los riesgos a nivel provincial sobre la provisión hídrica
Resolución	338/ 2010	Programa Provincial De Forestación – Mitigación Al Cambio Climático	Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible			X	El programa busca promover la forestación y reforestación en márgenes de ríos y arroyos

Resolución	526/ 2017	Declara De Interés Ambiental La Celebración Y Adhesión del Acuerdo De París Sobre Cambio Climático	Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible	X
Resolución	31/ 2013	Programa Compensa tu Huella	Ministerio de Asuntos Agrarios	X

Fuente: Elaboración propia, diciembre 2023

Tabla 3. Normas de Córdoba sobre cambio climático

PROVINCIA DE CÓRDOBA							
Tipo de Norma	N°	Denominación	Órgano que dictó la Norma	Integra la gestión del agua			Aspecto asociado
				Si	No	Parcial	
Ley	10208-2014	Política Ambiental	Legislatura de la provincia	X			
Decreto	206/2021	Equipo Técnico de Acción Ante Catástrofes	Poder ejecutivo provincial	X			

Fuente: Elaboración propia, diciembre 2023

A partir del Acuerdo de París, Argentina ha avanzado ampliamente en el desarrollo de su política climática nacional y el marco legal con la sanción de una ley de presupuestos mínimos ambientales. Dado que el cambio climático es un problema transversal que afecta distintos sectores se han dictado distintas políticas y normas vinculadas, con distintos enfoques. Los cambios en los procesos hidrológicos y sus mecanismos de impacto son complejos, sumado a las interacciones entre múltiples factores, por esta razón es difícil evaluar de forma precisa los múltiples cambios y sus causas⁴⁵. Como indiqué previamente, la atribución de causas, incluido el cambio climático, a menudo resulta incierta cuando se detectan cambios hidrológicos⁴⁶. Además, existe una relación de bidireccionalidad entre los cambios en los procesos hidrológicos, el clima y las actividades humanas que agregan mayor complejidad al estudio y evaluación de los efectos que tendrán en los sistemas humanos. Por un lado, el cambio climático y las actividades humanas afectan el proceso hidrológico. Por otro lado, los

45 ONU “Informe de políticas de ONU-AGUA sobre el Cambio Climático y el Agua”. ONU (2019): 12.

46 *Ídem*

cambios en los procesos hidrológicos afectarán aún más el clima y las actividades humanas⁴⁷. En otras palabras, la incertidumbre deriva de una serie de aspectos directa e indirectamente vinculados: la cadena de emisiones de gases de efecto invernadero, los modelos climáticos y sus condiciones iniciales, la reducción de a la escala regional, los modelos hidrológicos y los modelos de los sistemas humano-ambientales, sólo una parte de estos pueden capturarse en proyecciones de conjunto⁴⁸. En suma, las profundas incertidumbres climáticas crean desafíos para la planificación a largo plazo en la gestión integral de los recursos hídricos⁴⁹. Aunque, esto no es una excusa para la inacción, en efecto, la incertidumbre no implica que los tomadores de decisión sean incapaces de adoptar medidas, particularmente de adaptación, pero también de mitigación⁵⁰.

En primer lugar, pueden emplearse métodos y enfoques alternativos, basados en los riesgos, para valorar y evaluar las opciones de gestión ante una serie de posibles condiciones futuras con altos grados de incertidumbre⁵¹. Así, pueden implementarse distintos enfoques, como las “Vías de Políticas Adaptativas Dinámicas” (DAPP por sus siglas en inglés)⁵². Este es un método para la toma de decisiones bajo cambios globales y regionales inciertos, y es útil para definir políticas o planes adaptativos para la gestión del agua en las cuencas hídricas⁵³. Estos enfoques de planificación dinámica son una herramienta para diseñar políticas de adaptación climática que consideran las incertidumbres tanto del clima como de los sistemas humanos y naturales, a medida que se desarrollan⁵⁴.

En segundo lugar, con respecto al derecho al ambiente sano y el acceso a la justicia ambiental, es necesario reiterar la relevancia que tiene uno de los principios del derecho ambiental para los casos en los que hay un alto grado de incertidumbre con respecto a los impactos ambientales, el principio precautorio. Más aún, este principio está inserto en el marco legal ambiental de Argentina a través de la Ley General del Ambiente 25675-2002, que es la norma base que estructura la legislación ambiental y de presupuestos mínimos. Del mismo modo, garantizar el derecho a un ambiente sano resulta cada día más complejo debido a los efectos del cambio

47 Qianfeng Wang, Haijun Deng y Jinshi Jian. “Hydrological Processes under Climate Change and Human Activities: Status and Challenges- Message from the Guest Editors”. *Water*, 23, 15 (2023):1.

48 Jonathan Herman, et al.,” Climate Adaptation as a Control Problem: Review and Perspectives on Dynamic Water Resources Planning Under Uncertainty”, *Water Resources Research*, 56 (2020):1.

49 Fariba Babaeian, et al. “Designing climate change dynamic adaptive policy pathways for agricultural water management using a socio-hydrological modeling approach”, *Journal of Hydrology*, 627 (2023):1.

50 ONU “Informe de políticas...”,12.

51 *Ídem*

52 Babaeian, et al. “Designing climate...”,1,2.

53 Marjolijn Haasnoot, et al.” Dynamic adaptive policy pathways: A method for crafting robust decisions for a deeply uncertain world”, *Global Environmental Change*, 23 (2013): 495.

54 Herman, et al.,” Climate Adaptation...”,21,22.

climático y los cambios globales producto de la acción humana⁵⁵. El principio precautorio fue enunciado inicialmente por el IPCC en la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima (1990), y fue consagrado en el inc. 3 del art. 3 de la CMNUCC⁵⁶. Al mismo tiempo, fue replicado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Este enunciado constitutivo del derecho ambiental dispone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. Ahora bien, los efectos que puede tener el cambio climático en las fuentes de agua dulce y los cambios a nivel local, no solo representan un posible impacto para el consumo humano, sino también para el sustento mismo de los ecosistemas. Cabe recordar que el paradigma jurídico que ordena las regulaciones del ambiente, particularmente en Argentina, son ecocéntricas o sistémicas, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema⁵⁷. Consecuentemente, el principio precautorio se erige como garantía e impulsor para la acción climática y su implementación a fin de evitar impactos o daños irreversibles en los recursos hídricos, y por consiguiente a los ecosistemas y la sociedad.

En lo referente a las medidas que se implementan para atender al cambio climático, estas tienen repercusiones en el agua debido a su uso, la alteración de los procesos hidrológicos o ambas, por lo que gran parte de las medidas para mitigar el cambio climático dependen del agua⁵⁸. A modo de ejemplo, una medida de mitigación utilizada es la aforestación, es decir, cuando se interviene una zona donde no ha habido bosque anteriormente, o en terrenos que no han sido cubiertos recientemente por bosques⁵⁹, a fin de generar sumideros de carbono. Sin embargo, esto puede desviar escorrentías y reducir los caudales de los ríos⁶⁰. Las centrales hidroeléctricas, una alternativa en la generación de energía a la quema de combustibles fósiles, puede causar impactos en los ecosistemas fluviales y las actividades económicas asociadas (como la pesca), inducidos por cambios en el régimen de flujo y las pérdidas de agua por evaporación⁶¹.

Simultáneamente, los efectos del cambio climático como la alteración de las precipitaciones pueden tener un impacto en la producción de energía de estas centrales. Lo mismo ocurre con

55 Francisca Silva Hernández. “Principio de prevención y precautorio en materia ambiental”, *Revista Jurídica Derecho*, 11, 8 (2019): 95.

56 Juan Lloret, et al. *Manual de actuación ambiental integral en Argentina. Derecho, sumario, acusación, demanda y peritaje. El Ministerio Público Fiscal como eje de su abordaje*, coord. por Juan Lloret (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Expoterra, 2021), 45.

57 *Ibidem*, 46.

58 Emma Carmody. “Climate change is water change: integrating water management, mitigation and adaptation laws and policies”, *Australian Environment Review*, 10, 31 (2017): 358,359.

59 Universidad Americana de Washington “Fact Sheet: Forestation & Carbon Removal”. *Carbon Removal Law & Policy* (2020), acceso 3 de diciembre de 2023. <https://www.american.edu/sis/centers/carbon-removal/fact-sheet-forestation.cfm>

60 Carmody. “Climate change...”, 358,359.

61 *Ídem*

las medidas de adaptación dado que afectan o se ven afectadas por el agua, como las prácticas alternativas de agricultura para responder a los cambios en la disponibilidad de agua. En otras palabras, es necesario evaluar de forma conjunta las medidas de adaptación y mitigación y la gestión del agua, de forma que se eviten y reduzcan otros impactos asociados a esas medidas y se alcancen resultados eficaces y eficientes.

Otro aspecto que puede mencionarse en relación al agua es el financiero, pues una herramienta ampliamente utilizada ante las pérdidas y daños, son los seguros para evaluar los impactos actuales y futuros del cambio climático, que principalmente tienen relación con el agua, tales como seguros ante eventos hidrológicos extremos, incluyendo inundaciones y sequías⁶². En suma, los recursos hídricos son el nexo entre el cambio climático y los impactos que genera en la seguridad alimentaria, la salud, la generación de energía, el transporte, la protección de los ecosistemas y de la biodiversidad⁶³. Lo que representa un desafío institucional en la forma de gestionar el cambio climático y la sustentabilidad de los recursos hídricos para la sociedad y los ecosistemas. De modo que, los entornos institucionales y la regulación debe promover enfoques integrados para optimizar resultados en diferentes sectores por medio del agua. Ciertamente, las soluciones a los problemas ambientales, como el cambio climático y la degradación de los recursos hídricos, requieren una integración a largo plazo entre las políticas y normas ambientales sobre la gestión del cambio climático y el agua⁶⁴.

En definitiva, el agua es el medio principal a través del cual se manifiestan los efectos del cambio climático, y está conectada con todos los aspectos del desarrollo económico y social. Por lo que, es esencial gestionar el agua y el clima en conjunto⁶⁵. Esto se ve reflejado en las normas y políticas climáticas a nivel nacional, no así en las dictadas hasta el momento en la provincia de Buenos Aires y Córdoba. Si bien gran parte de las políticas y normas nacionales integran algún aspecto sobre el agua, ya sea considerando los impactos o priorizando el agua como eje estratégico, en general no se profundiza en la gestión integrada de los recursos hídricos. No obstante, cuando se aborda el agua si se lo vincula generalmente a la adaptación al cambio climático. El Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático cuenta con medidas de acción climáticas agrupadas bajo enfoques transversales, líneas estratégicas y

62 Gabriela Gesualdo, et al. "Index-based insurance to mitigate current and future extreme events financial losses for water utilities", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 100 (2024):1.

63 Blanca Jiménez Cisneros, et al. "Freshwater resources" en: *Climate Change (2014) Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. por Christopher Field, et al. (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2014), 253.

64 Jamie Pittock, "National Climate Change Policies and Sustainable Water Management: Conflicts and Synergies". *Ecology and Society*, 2, 16 (2011): 3,4.

65 Feisal Rahman y Joep Verhagen "Hacer del agua un elemento central de la acción climática: un mensaje para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 2023". *Centro Global de Adaptación* (2023), acceso el 3 de diciembre de 2023. <https://gca.org/making-water-central-to-climate-action-a-message-for-the-un-2023-water-conference/>

de acción. El agua se encuentra ligada a la mayoría de las líneas de acción y líneas estratégicas, además se lo identifica dentro de las vulnerabilidades de todas las regiones. Pero, solo se incorpora la gestión integral de los recursos hídricos como una línea de acción específica para la línea estratégica “Territorios Sostenibles y Resilientes”, donde se subdividen una serie de medidas asociadas.

Por otra parte, la Ley de Presupuestos Mínimos de Cambio Climático establece que cada provincia debe definir un plan de respuesta donde detallen las estrategias que llevarán a cabo para afrontar los impactos del cambio climático. Córdoba y Buenos Aires aún no han publicado un plan de respuesta, pero se encuentran avanzando en las mesas de articulación (mecanismo de coordinación que surge de la Ley Nacional 27520/2019) del Gabinete Nacional de Cambio Climático⁶⁶. La provincia de Córdoba no ha dictado una ley sobre cambio climático. Sin embargo, ha abordado este problema de alcance global a través de algunas normas, programas y políticas: la Ley de Política Ambiental Provincial 10208/2014, en lo referente a incentivos ambientales; y programas de forestación y de compensación de emisiones⁶⁷. En esta misma línea, la Secretaría de Ambiente elaboró el “Patrón de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero”⁶⁸. También se ha llevado a cabo el programa “Forestando Córdoba, que es una iniciativa de la Secretaría de Ambiente de la provincia, enmarcada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁶⁹. Si bien estas iniciativas son avances en la acción climática provincial, ninguna se vincula directamente con el agua, ni tampoco se integra al enfoque dentro de estas.

La provincia de Buenos Aires todavía no dictó una ley sobre cambio climático, pero el Ministerio de Ambiente de la provincia ha estado trabajando en la formulación de una Ley Provincial de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático. Asimismo, se está trabajando en la creación de un Gabinete Provincial de Cambio Climático⁷⁰. Adicionalmente, se ha abordado la temática en distintas normas, en tanto, se han desarrollado programas asociados a la adaptación y mitigación al cambio climático como programas de forestación o sobre sistemas de alerta temprana. La Dirección de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático está desarrollando un mapa de riesgo climático y actualización de un inventario provincial de

66 Gobierno de la Provincia de Córdoba. “Córdoba frente al cambio climático: un camino hacia la sostenibilidad y la resiliencia”. *Noticias Gobierno de Córdoba*, 13 de agosto de 2023, acceso el 3 de diciembre de 2023. <https://ambiente.cba.gov.ar/cordoba-frente-al-cambio-climatico-un-camino-hacia-la-sostenibilidad-y-la-resiliencia/>

67 Ministerio de Servicios Públicos de la provincia de Córdoba. “Programa de reducción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero” (2022), acceso el 4 de diciembre de 2023. <https://ministeriodeserviciospublicos.cba.gov.ar/programa-de-reduccion-de-emisiones#iniciativa>

68 Secretaría de Ambiente de la provincia de Córdoba. *Diagnóstico Ambiental Provincial*. Informe anual 2021 (Ministerio de Coordinación de Córdoba, 2021), 68.

69 Gobierno de la Provincia de Córdoba. “Córdoba frente...”

70 Ministerio de Ambiente de la provincia de Buenos Aires “Transición Ecológica y Cambio Climático” (2022), acceso el 4 de diciembre de 2023. <https://www.ambiente.gba.gov.ar/tecc/cambio>

GEI, realizado por primera vez en el año 2015. En noviembre de 2022 se aprobó el “Programa de Mitigación y Adaptación al Cambio Climático”. El programa provincial, presenta algunas líneas y ejes de acción generales, pero no establece medidas específicas en relación a la gestión de recursos hídricos.

VI. CONCLUSIONES

Los riesgos climáticos para Argentina y en especial para la Región Centro están fuertemente vinculados al agua, los cambios climáticos proyectados para las provincias de Córdoba y Buenos Aires pueden afectar de forma significativa a las fuentes de agua dulce de la región, que son utilizadas para el consumo humano (aguas superficiales y subterráneas), y para otros usos del agua (agrícola, industrial, recreativo). Existen incertidumbres inherentes a las proyecciones climáticas y por consiguiente sobre los impactos que puede generar en el ciclo hidrológico, particularmente a nivel local por las condiciones particulares de cada territorio y los cambios ambientales de este.

Sin embargo, esto no conlleva la falta de planificación y la implementación de medidas para adaptarse al cambio climático. Si bien a nivel nacional se ha avanzado con el dictado de legislación y políticas para la acción climática, que prevén entre sus medidas la gestión integral de los recursos hídricos, no hay un enfoque transversal del agua en la acción climática. La incorporación de un enfoque transversal respecto del agua y particularmente de la GIRH y la seguridad hídrica, es crucial, en tanto el agua es parte de muchas de las medidas de mitigación y adaptación que pueden llevarse a cabo. También es una condición previa para que algunos tipos de medidas puedan implementarse y poder desarrollarse una gestión efectiva del cambio climático y del agua para satisfacer los distintos usos, incluyendo el consumo humano.

Las provincias analizadas aún no cuentan con normas específicas de cambio climático. No obstante, se han desarrollado algunas políticas, particularmente en la provincia de Buenos Aires, pero no presentan medidas asociadas a la gestión integral del agua. En conclusión, los avances en el marco legal y en las políticas públicas son sumamente valiosos, pero insuficientes y requieren incorporar un enfoque transversal del agua en todos los sectores para la acción climática. Sin dudas, el agua es un recurso transversal para todos los sectores de la sociedad y también del vínculo sociedad-naturaleza

REFERENCIAS

- Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos “Climate Adaptation and Source Water Impacts” (2023). Acceso el 2 de diciembre de 2023.
<https://www.epa.gov/arc-x/climate-adaptation-and-source-water-impacts>
- Autoridad del Agua de la provincia de Buenos Aires (s/f). “Mapa de Disponibilidad de Uso de Acuífero Pampeano y Puelche” (s/f). Acceso el 1 de diciembre de 2023.
<https://www.ada.gba.gov.ar/mapa-de-disponibilidad/>
- Babaeian Fariba.; Delavar Majid; Morid Saeed; y Jamshidi Shervin (2023). “Designing climate change dynamic adaptive policy pathways for agricultural water management using a socio-hydrological modeling approach”. *Journal of Hydrology*, 627 (2023), parte A.
<https://doi.org/10.1016/j.jhydrol.2023.130398>
- Banco Mundial. *Argentina Valorando el Agua*. Washington, DC: Banco Mundial, 2021.
<https://cdi.mecon.gob.ar/bases/docelec/az5416.pdf>
- Blarasin Mónica; Cabrera1 Adriana; Matteoda Edel; Aguirre Mario; Frontera Héctor; Maldonado Luciana; Becher Quinodoz Fátima; Giuliano Albo Jesica; Felizzia Juan; y Palacio David. “Aspectos litológicos, hidráulicos, cambios de régimen y reservas de los principales acuíferos” en *Aguas subterráneas de la Provincia de Córdoba*, coord. por Blarasin Mónica, Cabrera Adriana y Matteoda Edel; 10-74. Río Cuarto: UniRío Editora, 2014).
<https://www.unirioeditora.com.ar/wp-content/uploads/2020/02/978-987-688-091-6.pdf>
- Carmody Emma “Climate change is water change: integrating water management, mitigation and adaptation laws and policies”, *Australian Environment Review*, 10, 31 (2017): 358-363.
https://www.researchgate.net/publication/329972695_Climate_change_is_water_change_integrating_water_management_mitigation_and_adaptation_laws_and_policies
- Centro para el Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos. “Drinking Water - Water Sources” (2022). Acceso el 29 de noviembre de 2023.
https://www.cdc.gov/healthywater/drinking/public/water_sources.html
- Clarke Ben y Otto Friederike. Cómo informar sobre fenómenos meteorológicos extremos y cambio climático. *Manual para periodistas. Atribución Meteorológica Mundial*, 2022.
https://www.worldweatherattribution.org/wp-content/uploads/ESP_WWA-Como-informar-sobre-eventos-meteorolo%CC%81gicos-extremos-y-cambio-clima%CC%81tico.pdf
- Claudia Sadoff y Mike Muller. La Gestión del Agua, la Seguridad Hídrica y la Adaptación al Cambio Climático: Efectos Anticipados y Respuestas Esenciales. *Asociación Mundial para el Agua*, 14, 2010.
<https://app.ingemmet.gob.pe/biblioteca/pdf/Amb-131.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*. Santiago: ONU, 2019.
<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/91c8faf0-06fe-42b4-b18e-ed1cbb5e2825/content>

- Fondazione Centro Euro-Mediterraneo sui Cambiamenti Climatici. *Atlas del Riesgo Climático del G20: Impactos, Política y Economía*. Argentina. CMCC, 2021.
<https://www.g20climaterisks.org/argentina/>
- Gesualdo Gabriela; Benso Marcos; Sass Karina; y Mendiondo Eduardo (2024). Index-based insurance to mitigate current and future extreme events financial losses for water utilities. *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 100, <https://doi.org/10.1016/j.ijdr.2023.104218>.
- Gobierno de la Provincia de Córdoba. “Córdoba frente al cambio climático: un camino hacia la sostenibilidad y la resiliencia”. *Noticias Gobierno de Córdoba*, 13 de agosto de 2023. Acceso el 3 de diciembre de 2023.
<https://ambiente.cba.gov.ar/cordoba-frente-al-cambio-climatico-un-camino-hacia-la-sostenibilidad-y-la-resiliencia/>
- González Nilda; Álvarez María.; Trovatto, María; y Solero Claudia “Los recursos hídricos subterráneos en el desarrollo socioeconómico de la provincia de Buenos Aires, Argentina”. *Memorias del IX Congreso Latinoamericano ALHSUD Hidrología Subterránea*, (Quito, Ecuador: Asociación Latinoamericana de Hidrología Subterránea para el Desarrollo ALHSUD, 9 de julio del 2008).
- Grison, Chloe.; Koop, Stef; Eisenreich, Steven; Hofman Jan; Chang I-Shin; Wu Jing; Savic Dragan; y Van Leeuwen Kees. “Integrated Water Resources Management in Cities in the World: Global Challenges”. *Water Resour Manage* 37 (2023): 2787–2803.
<https://doi.org/10.1007/s11269-023-03475-3>
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático “Glosario” en *Cambio Climático 2013. Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, coord. por Thomas Stocker; Qin Dahe y Gian-Kasper Plattner, 185-204. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2013.
https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_SPANISH.pdf
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático “Sections”, en *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. por Hoesung Lee y José Romero, 1-184. Suiza: IPCC, 2023. DOI:10.59327/IPCC/AR6-9789291691647
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Fact Sheets: Central and South America”. *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. Suiza: IPCC, 2021.
<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/resources/factsheets/>
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Summary for Policymakers. en *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. por Shukla, Priyadarshi; Skea Jim; Slade Raphael, Al Khourdajie Alaa; Van Diemen Renée; McCollum David; Pathak Minal; et al., 1-48. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2022. DOI 10.1017/9781009157926.001.
- Haasnoot Marjolijn; Kwakkel Jan.; Walker Warren.; Maat Judith” Dynamic adaptive policy pathways: A method for crafting robust decisions for a deeply uncertain world”. *Global Environmental Change*, 23 (2013): 485-498. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2012.12.006>

- Herman Jonathan; Quinn, Julianne; Steinschneider Scott., Giuliani, Matteo; y Fletcher, Sarah. “Climate adaptation as a control problem: Review and perspectives on dynamic water resources planning under uncertainty”. *Water Resources Research*, 56, e24389 (2020): 1.32
<https://doi.org/10.1029/2019WR025502>
- Instituto Geográfico Nacional de la República Argentina. “Aguas Subterráneas. Regiones hidrogeológicas de Argentina. Atlas Nacional Interactivo De Argentina.” (s/f), acceso el 1 de diciembre de 2023.
<https://ide.ign.gov.ar/portal/apps/MapJournal/index.html?appid=7cc4ba9c758148f9b6176eb9cc2d79f2>
- Jiménez Cisneros Blanca; T. Oki, N.W. Arnell, G. Benito, J.G. Cogley, P. Döll, T. Jiang, and S.S. Mwakalila, “Freshwater resources” en: *Climate Change (2014) Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects*. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, ed. por Field Christopher; Barros Vicente; Dokken David; Mach Katharine, Mastrandrea Michael; Bilir Eren; Chatterjee Monalisa, et al.; p. 229-269. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 2014.
https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-Chap3_FINAL.pdf
- Kuriqi Alban y Garrote Luis. *Water Management in the Era of Climatic Change*. Suiza: Editorial Office, volume II, 2023.
<https://www.mdpi.com/books/topic/8204-water-management-in-the-era-of-climatic-change>
<https://doi.org/10.3390/books978-3-0365-9347-0>
- Lloret Juan; Audisio Ana; Cheruse Florencia; Espina Nadia; Merini Luciano; Cristallo Johanna; Esaín José.; Gersenobitz Yarina.; Sommermeyer Brett; y Marchesi Guillermo (2021). *Manual de actuación ambiental integral en Argentina. Derecho, sumario, acusación, demanda y peritaje. El Ministerio Público Fiscal como eje de su abordaje*, coord. por Juan Lloret. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Expoterra, 2021. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/162404/CONICET_Digital_Nro.4eccc307-0588-4c1d-bc7b-4d90464e89c3_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y
- López Erica; Pintos Gabriela; Corral Mariano; y Rodríguez Andrés. “Vulnerabilidad Hídrica del Gran Córdoba ante escenarios de sequías y análisis de alternativas de provisión de agua”. *Revista Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, 1, 8 (2021):31-39.
<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/138010>
- Ministerio de Ambiente de la provincia de Buenos Aires. “Transición Ecológica y Cambio Climático” (2022). Acceso el 4 de diciembre de 2023. <https://www.ambiente.gba.gov.ar/tecc/cambio>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MAyDS). *Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático al 2030*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: MAyDS, 2022. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pnaymcc_2022_-_vf_resol.pdf
- Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Argentina y Consejo Económico y Social. *Agua. Ciencia y tecnología para el acceso al agua y saneamiento*. Argentina: MINCyT y CES, 2022. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ces-agua-publi-nov2022.pdf>

- Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires. *Plan Estratégico de Infraestructura para la provincia de Buenos Aires 2020-2024*. Buenos Aires, Argentina: MISP, 2020. <https://www.minfra.gba.gov.ar/web/Autoridades/Plan%20Estrat%C3%A9gico%20de%20Infraestructura%20PBA.2020-2024.pdf>
- Ministerio de Servicios Públicos de la provincia de Córdoba.” Programa de reducción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero” (2022), acceso el 4 de diciembre de 2023. <https://ministeriodeserviciospublicos.cba.gov.ar/programa-de-reduccion-de-emisiones#iniciativa>
- Oficina de Vinculación Científica Legislativa de la provincia de Buenos Aires “Cambio Climático: Estrategias, Acciones e Instrumentos de Adaptación y Mitigación en la Provincia de Buenos Aires” *Biblioteca del Congreso* (2020). https://reab.conicet.gov.ar/download/informes/Informe-Cambio-Climatico_compressed.pdf
- ONU “El cambio climático no es el responsable de la sequía en Argentina, Uruguay y Chile, pero sí agrava la escasez de agua”. *Noticias ONU -Mirada global Historias humanas*, 22 de febrero de 2023. <https://news.un.org/es/story/2023/02/1518812>
- Organización de las Naciones Unidas “El agua: en el centro de la crisis climática”. (s/f). Acceso el 29 de noviembre de 2023. <https://www.un.org/es/climatechange/science/climate-gua>
- Organización de las Naciones Unidas ONU “Informe de políticas de ONU-AGUA sobre el Cambio Climático y el Agua”. *ONU*, 2019. https://www.unwater.org/sites/default/files/app/uploads/2019/12/UN-Water_PolicyBrief_Water_Climate-Change_ES.pdf
- Peña Chacón Mario “Hacia una nueva hermenéutica ambiental”. *Revista de derecho de la Hacienda Pública*, 3, (2014): 79-106.
- Pittock, Jamie “National Climate Change Policies and Sustainable Water Management: Conflicts and Synergies”. *Ecology and Society*, 2,16 (2011): 1-20 <http://www.jstor.org/stable/26268906> - <https://doi.org/10.5751/ES-04037-160225>
- Porcelli Adriana, Martínez Adriana, Minaverry Clara. *Manual de Derecho Ambiental Internacional*. Luján: EdUNLu, 2022.
- Rahman Feisal y Verhagen Joep “Hacer del agua un elemento central de la acción climática: un mensaje para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 2023”. Centro Global de Adaptación (2023), acceso el 3 de diciembre de 2023. <https://gca.org/making-water-central-to-climate-action-a-message-for-the-un-2023-water-conference/>
- Rockström Johan; Gupta Joyeeta; Qin Dah; Lade Steven; Abrams Jesse; Lauren S. Andersen; y David I. Armstrong McKay “Safe and just Earth system boundaries”, *Nature*, 619, (2023): 102–111. <https://doi.org/10.1038/s41586-023-06083-8>
- Secretaría de Ambiente de la provincia de Córdoba. *Diagnóstico Ambiental Provincial. Informe anual 2021*. Ministerio de Coordinación de Córdoba, 2021. <https://secretariadeambiente.cba.gov.ar/wp-content/uploads/2022/02/DAP-2021-archivo-final-comprimido-dos.pdf>

- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. *Cambio climático en Argentina; tendencias y proyecciones*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Investigaciones del Mar y la Atmósfera, 2015. http://3cn.cima.fcen.uba.ar/3cn_informe.php
- Servicio Meteorológico Nacional (2023). *El Clima en Argentina 2023*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2023. <https://repositorio.smn.gob.ar/bitstream/handle/20.500.12160/2621/Informe%20preliminar%20-%20ESTADO%20DEL%20CLIMA%20EN%20ARGENTINA%202023.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Silva Hernández Francisca. “Principio de prevención y precautorio en materia ambiental”, *Revista Jurídica Derecho*, 11, 8 (2019): 93 – 106. http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v8n11/v8n11_a06.pdf
- Stringer Lindsay; Mirzabaev Alisher; Benjaminsen Tor., Harris Rebecca.; Jafari Mostafa; Lissner Tabea; Stevens Nicola y Tirado-von der Pahlen Cristina. “Climate change impacts on water security in global drylands”. *One Earth*, 6, 4 (2021): 851-864. <https://doi.org/10.1016/j.oneear.2021.05.010>
- Universidad Americana de Washington “Fact Sheet: Forestation & Carbon Removal”. *Carbon Removal Law & Policy* (2020). Acceso 3 de diciembre de 2023. <https://www.american.edu/sis/centers/carbon-removal/fact-sheet-forestation.cfm>
- Velázquez-Zapata Juan; Troin Magalí y Davila-Ortiz Rodrigo. “Evaluación del impacto del cambio climático en los indicadores hidrológicos de una cuenca del centro de México con base en un ensamble de modelos climáticos y en el modelo hidrológico SWAT”. *Ing. invest. y tecnol*, 3, 18 (2017): 341-351. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-77432017000300341-https://doi.org/10.22201/fi.25940732e.2017.18n3.030
- Villalba Amancay; Del Mar Rivero María y Guijarro Alberto “Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en la Agenda 2030”. *UNESCO y ONGAWA* (2016). https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/dossier_agua_agenda2030.pdf
- Wang Qianfeng; Deng Haijun; y Jinshi Jian. “Hydrological Processes under Climate Change and Human Activities: Status and Challenges- Message from the Guest Editors”. *Water*, 23, 15 (2023) 1-2. https://www.mdpi.com/journal/water/special_issues/climate_hydrological#publishd <https://doi.org/10.3390/w15234164>

Recibido: 26/02/2024

Aprobado: 10/05/2024



Protegiendo a la naturaleza, óleo sobre lienzo 60 x 80 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*El caso ambiental emblemático en la
jurisprudencia argentina (“Mendoza”) y
su posible futuro en el Sistema
Interamericano de Derechos Humanos*

*The Emblematic Environmental Case in
Argentine Jurisprudence (“Mendoza”) and
its Possible Future in the
Inter-American Human Rights System*

Marcelo Alberto López Alfonsín* <https://orcid.org/0000-0002-2110-3354>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2640>
(En homenaje a Adriana N. Martínez)**

- * Juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina). Doctor en Derecho, Área Derecho Constitucional, (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Ambiental (Universidad de Lomas de Zamora). Argentina.
Correo electrónico: mlalfonsin@jusbaire.gov.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).
Falleció repentinamente en el mes de febrero de 2024.

Lex





Sacerdotisa 1, óleo sobre lienzo 100 x 90 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Este caso emblemático es tomado no solo por la doctrina argentina sino ha recibido una calurosa recepción en la jurisprudencia de los tribunales inferiores y en otras cortes constitucionales tanto de la región como europeas. A más de 25 años y confrontado el mismo con la Opinión Consultiva N° 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se analiza la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino por violación a este nuevo derecho humano al ambiente sano ya receptado en el corpus iuris interamericano.

Palabras clave: *leading case, ambiente, políticas públicas, estándares, corpus iurisinteramericano.*

ABSTRACT

This emblematic case is taken not only by Argentine doctrine but has received a warm reception in the jurisprudence of the lower courts and in other constitutional courts both in the region and in Europe. To over 25 years old and confronted with Advisory Opinion No. 23 of the Court Inter-American Court of Human Rights, the possible responsibility is analyzed international of the Argentine State for violation of this new human right to the healthy environment already included in the inter-American corpus iuris.

Keywords: *leading case, environment, public policies, standards, corpus iuris, interamerican.*

I. INTRODUCCIÓN

La Cuenca Matanza-Riachuelo fue -y continúa siendo- la cuenca hídrica más contaminada de Argentina y uno de los treinta lugares más contaminados a nivel mundial. Se encuentra situada en el área metropolitana de Buenos Aires, atravesando la jurisdicción nacional, de la Provincia de Buenos Aires, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de catorce municipios (Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, Ezeiza, General Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo, Morón, Presidente Perón y San Vicente). En esta área coexisten graves problemas socio-ambientales, que no pueden ser reducidos a la contaminación del agua, sino que se expanden a aspectos económicos, sociales, ambientales, políticos y culturales.

El serio problema de degradación ambiental en la zona, es la muestra de la incapacidad de los distintos gobiernos de turno para dar respuesta a uno de los más importantes conflictos ambientales argentinos. Efectivamente, la ausencia de coordinación en las políticas públicas y de una planificación integral de acciones estratégicas, sumado a un ejercicio deficiente del poder de policía contribuyeron a que las actividades industriales y comerciales de la zona, se realicen anárquicamente con consecuencias significativamente desfavorables no sólo para el ambiente sino también para la salud y la calidad de vida de los habitantes¹.

De ahí la importancia que reviste el leading case “*Mendoza*”, constituyéndose en un punto de inflexión en la historia jurisprudencial del derecho ambiental en Argentina. En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó como propia la impostergable necesidad

1 Andrés Napoli, Andrés y Javier García Espil, “Riachuelo: Hacer hoy pensando en la cuenca del mañana”, en *Informe Ambiental Anual 2011 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, Editores: DI PAOLA, María Eugenia y SANGALLI, Federico, Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-, p. 179.

de atender a los problemas de salud, discriminación, acceso al agua potable, emergencia habitacional, carencia de un sistema integral en la gestión de recursos, entre otros que padecen quienes habitan en la cuenca hídrica. Como advertíamos, no se trata exclusivamente de un problema ambiental, sino que encierra numerosas aristas más, por ello diseñar una solución es una tarea sumamente compleja.

El fallo da cuenta de la continua violación de derechos humanos fundamentales a la que son sometidos los habitantes del área metropolitana, los que prácticamente en su totalidad se encuentran en un escenario de extrema pobreza. Por esta razón, la Corte da un paso de innegable contenido político y, alejándose de las estructuras procesales tradicionales, decide allanar el camino para que los distintos niveles de gobierno establezcan en forma conjunta un “Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo” que coadyuve a dar una solución integral a la problemática en cuestión.

En otros términos, la importancia de este precedente radica en que sus efectos trascienden largamente el mero interés de las partes y se proyectan hacia toda la comunidad, no por su pronunciamiento con efectos “*erga omnes*”, sino porque marca que es que el Poder Judicial como guardián de los derechos fundamentales el poder institucional que decide “tomar el toro por las astas” y abrir el camino para que se construya una política pública en torno a la contaminación del Riachuelo. Por ello, dispuso la obligación de recomponer el daño ambiental a través de un plan estratégico que cuenta con la participación de todos los involucrados y, que tiene el ambicioso objetivo de convertirse en una política de Estado que sirva para guiar la conducta de los todos los poderes públicos.

De lo señalado, surge con absoluta claridad la relevancia de analizar en detenimiento esta sentencia en la que la Corte Suprema incorpora un novedoso esquema procesal y, con posterioridad, establece un peculiar sistema para controlar la ejecución de su decisorio.

A fin de alcanzar una comprensión global que permita visualizar el notable activismo judicial que ejerció el tribunal, ponderando el alcance de las violaciones a los derechos colectivos en juego, primeramente, se reseñarán los hechos del caso. A título seguido se realizarán algunas consideraciones sobre la competencia originaria de la Corte Suprema en esta causa, y por último se examinarán las particularidades del trámite de sustanciación del proceso y los mecanismos de control de cumplimiento de la sentencia.

II. EL CASO “MENDOZA”

a. Hechos

En el año 2004 un grupo de vecinos de la localidad de Villa Inflamable, en la zona de Dock Sud, partido de Avellaneda de la provincia de Buenos Aires, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, interpusieron demanda originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas radicadas en la cuenca Matanza-Riachuelo por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación del río. A su vez solicitaron una medida cautelar a fin de que se intime a los demandados a finalizar con las actividades contaminantes y a recomponer la situación ambiental que denuncian.

Respecto del Estado Nacional, se atribuyó responsabilidad en virtud de que el conflicto tiene lugar en una vía navegable e interjurisdiccional en el marco competencial federal argentino, donde éste tiene facultades de regulación y control, según lo dispuesto en el artículo 75 incisos 10 y 13 de la Constitución Nacional².

Para los actores, la Provincia de Buenos Aires adquiere el carácter de parte demandada en virtud del dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio -artículos 124 constitucional -³.

Finalmente, le atribuyen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también ese carácter por ser corribereña del Riachuelo y por el deber de utilizar equitativa y razonablemente las aguas y demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sin menoscabar a los restantes corribereños, por tener jurisdicción sobre las formaciones insulares aledañas a sus costas, con el alcance especificado en el Tratado del Río de la Plata y por la obligación de preservar la flora y la fauna de su ecosistema, como reserva natural -artículo 8° de la Constitución de la Ciudad -⁴.

2 Constitución Nacional, artículo 75.- “Corresponde al Congreso: (...) 10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas (...) 13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí (...)”.

3 Constitución Nacional, artículo 124.- “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico - social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

4 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 8°.- “Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la Ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Sus derechos no pueden ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos. Todo ello, sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables al Río de la Plata y con los alcances del artículo 129 de la Constitución Nacional. La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos. En su carácter de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, la Ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas

Manifiestan en el escrito de inicio de la demanda la existencia de tres fuentes principales de contaminación: 1) La primera, ocasionada por los efluentes de origen cloacal que las empresas vuelcan sin previo tratamiento a pluviales, canales y arroyos tributarios del Riachuelo, 2) La segunda, originada por los efluentes industriales vertidos a la cuenta por más de 15.000 industrias, y 3) La tercera, en virtud de los 105 basurales a cielo abierto existentes en el área al momento de la interposición de la demanda en los que se alojan residuos peligrosos.

Los actores se dividen en dos grupos: el que comprende a las personas que habitan en el asentamiento denominado “Villa Inflamable”, y otros vecinos afectados, en su mayoría profesionales del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la localidad de Avellaneda. La pretensión tiene por objeto obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la contaminación, como también el cese y recomposición del daño producido al ambiente. Es decir, el petitorio incluye dos objetos diferenciados: la indemnización por el daño individual sufrido por los vecinos, y el resarcimiento del daño infringido al ambiente así como la recomposición del mismo y la prevención del daño futuro de conformidad con lo establecido por la Ley General del Ambiente⁵.

A mayor abundamiento, exponen que el artículo 27 de la Ley N° 25.675⁶ diferencia el daño ambiental per se del daño que se produce a los individuos a través del ambiente. En base a esta distinción solicitan que para el supuesto de bienes colectivos cuya situación pueda revertirse, se establezca una indemnización para la creación de un fondo común de recomposición destinado a solventar los costos que demande recomponer el ecosistema dañado. Mientras que, para los bienes dañados en forma irreversible, se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo por la restricción de goce que sufre la comunidad por el bien dañado, el que no tendrá como beneficiario a cada afectado en forma individual sino a la comunidad en su conjunto.

Además, solicitan una serie de medidas cautelares: 1) la creación de un fondo público, al que se le permita ejecutar acciones tendientes a reparar los daños denunciados durante la sustanciación del proceso; 2) el pedido al Poder Ejecutivo Nacional para que reanude el Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo; 3) la implementación de medidas que atiendan los problemas de salud de la población ribereña de la cuenca, y 4) la anotación de la litis en la Inspección General de Justicia, en el Registro Público de Comercio y en los libros de acciones de cada una de las industrias demandadas.

las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas. Los espacios que forman parte del contorno ribereño de la Ciudad son públicos y de libre acceso y circulación. El Puerto de Buenos Aires es del dominio público de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas”.

5 Ley N° 25.675, publicada en el Boletín Oficial del 28/11/2002.

6 Ley N° 25.675, artículo 27.- “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

b. Los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

En primer término, la Corte Suprema entiende que corresponde delimitar con exactitud las pretensiones de las partes. En este sentido individualiza claramente a los dos tipos de reclamos: uno, el que versa sobre la lesión de bienes individuales, circunscribiéndolos al resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio sufridos como consecuencia indirecta del menoscabo al ambiente; el otro, el que tiene por finalidad la defensa del bien de incidencia colectiva, en el cual los actores ejercen una legitimación extraordinaria para tutelar un bien de carácter colectivo por su propia naturaleza indivisible. Agrega que, en lo concerniente a la protección del ambiente, la obligación prioritaria es la de recomposición y, si no fuera facticamente posible, tendrá lugar el resarcimiento.

Después, procede a analizar su intervención en el caso, en ejercicio de su competencia originaria. En este orden de ideas recuerda que el artículo 7° de la Ley General del Ambiente⁷ prevé la competencia federal ante supuestos de degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales; presupuesto que sin duda se encontraba presente en la causa toda vez que estaban involucradas más de una jurisdicción y que justamente el objeto del litigio era la recomposición y resarcimiento del daño de incidencia colectiva al ambiente, es decir que el caso versaba sobre los presupuestos mencionados de degradación y contaminación de recursos ambientales⁸.

No obstante, aclara que la declaración de competencia originaria no alcanza la pretensión de indemnización de los perjuicios individuales de los demandantes. Sobre este último aspecto el Alto Tribunal sostuvo: *“(...) no está en tela de juicio que ninguna de las cuatro partes es aforada ante la jurisdicción originaria del Tribunal, en los términos expresados. Son demandadas una provincia, una ciudad autónoma y el Estado Nacional por personas que son vecinos de otro estado -y en algunos casos de la misma provincia- que reclaman la indemnización de daños que habrían sufrido en sus personas y en sus bienes a título individual, en una causa que no es de naturaleza civil (...), ni predominantemente federal a diferencia de la calificada por la materia en el considerando 8°. De haber sido emplazadas por las demandantes en forma autónoma, a éstos ni a ninguna de aquéllas le hubiese correspondido ventilar este asunto ante la jurisdicción originaria que contempla el art. 117 de la Constitución Nacional, pues no se verifica ninguna de las seis situaciones que, con sustento en la doctrina del Tribunal, prevé aquella disposición”* (Considerando 12 del voto de la mayoría).

7 Ley N° 25.675, artículo 7°.- *“La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal”*.

8 La Corte Suprema no mantuvo en pronunciamientos posteriores tan clara definición competencial en otros conflictos ambientales que podrían adecuarse a estos parámetros. Sirva como ejemplo: “Rivarola, Martín Ramón c/ Rutilex Hidrocarburos Argentinos S.A. s/ cese y recomposición del daño ambiental” del 17/5/2011, en Suplemento de Derecho Ambiental de “El Derecho” N° 12.789, Año XLIX, p. 4/6, con disidencia de su presidente, Ricardo Luis Lorenzetti, justamente en este punto.

Por consiguiente, subrayó que el conocimiento de la Corte Suprema en el precedente de marras tendrá por objeto únicamente la tutela del bien colectivo. A su vez, destacó el carácter preeminente que se le concede a la prevención del daño futuro, en atención a que se trata de actos continuados que siguen produciendo contaminación ambiental. Por otro lado, hizo hincapié en el deber de perseguir prioritariamente la recomposición del ambiente, y que finalmente para los daños irreversibles se procederá a su resarcimiento.

En síntesis, la Corte decide: 1) Declarar su competencia originaria respecto a la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo individualizado, 2) Declararse incompetente para conocer acerca del resarcimiento de los daños y perjuicios individuales, 3) Ordenar a las empresas demandadas que en un plazo de 30 días presenten un informe sobre los efluentes que arrojan al río –cantidad y descripción de los mismos-, los sistemas de tratamiento de residuos utilizados, y declarar si han contratado los seguros que exige el artículo 22 de la Ley General del Ambiente⁹, 4) Intimar al Estado Nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Provincia de Buenos Aires y al Consejo Federal del Medio Ambiente -COFEMA- a que en el término de 30 días presenten, de conformidad con lo prescripto por la Ley N° 25.675, un plan integrado –artículo 5^o¹⁰- que contenga: a) un ordenamiento ambiental del territorio –artículos 8¹¹, 9¹² y 10¹³-, b) control del desarrollo de actividades antrópicas –artículo 10-, c) estudio de impacto ambiental de las empresas demandas, d) un programa de educación ambiental

9 Ley N° 25.675, artículo 22.- *“Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.*

10 Ley N° 25.675, artículo 5°. - *“Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades provisiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”.*

11 Ley N° 25.675, artículo 8°. - *“Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio. 2. La evaluación de impacto ambiental. 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 4. La educación ambiental. 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental. 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable”.*

12 Ley N° 25.675, artículo 9°. - *“El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública”.*

13 Ley N° 25.675, artículo 10.- *“El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable. Asimismo, en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, se deberá considerar, en forma prioritaria: a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) La distribución de la población y sus características particulares; c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; e) La conservación y protección de ecosistemas significativos”.*

–artículo 14¹⁴- y, e) un plan de información ambiental –artículo 16¹⁵-, 5) Convocar a una audiencia pública el día 5 de septiembre del 2006, donde las partes deberán informar sobre lo peticionado, y 6) Diferir hasta que se lleve a cabo la audiencia el tratamiento de las medidas cautelares solicitadas.

El 24 de agosto del año 2006, se hizo lugar al pedido de intervención realizado por el Defensor del Pueblo de la Nación, quien desde ese momento forma parte de la causa como tercero. Posteriormente, a través del pronunciamiento de fecha 30 de agosto de 2006, la Corte Suprema acepta la intervención en el mismo carácter de distintas organizaciones no gubernamentales, a saber: Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-, Fundación Greenpeace Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- y Asociación Vecinos de la Boca. En la misma sentencia, le deniega la calidad de terceros en el proceso requerida por la Fundación Metropolitana, la Fundación Ciudad y la Fundación Poder Ciudadano, en el entendimiento que de sus estatutos no surgía la adecuada vinculación con el objeto del proceso ambiental.

En septiembre del mismo año, se llevó a cabo la primera audiencia pública a la cual concurrieron no sólo la parte actora y la demandada, sino también los terceros reconocidos, es decir las 4 organizaciones no gubernamentales y el Defensor del Pueblo de la Nación.

En esa oportunidad, la Secretaría de Ambiente de la Nación informó que la mayor contaminación ambiental era de origen cloacal, toda vez que prácticamente la totalidad de las descargas contaminantes provenían de líquidos cloacales sin tratamiento.

A su vez, fijó algunos puntos del plan para el saneamiento de la cuenca, basado en cuatro ejes: 1) Institucional, en el que se resaltaba la necesidad de un organismo interjurisdiccional, 2) Saneamiento, haciendo hincapié en la importancia de la realización de obras de infraestructura tales como cloacas y relocalización de industrias, entre otras, 3) Social, poniendo de manifiesto la situación de riesgo de los habitantes del lugar, y 4) Ordenamiento ambiental del territorio, donde se evidenciaba las consecuencias de la ausencia de planificación. También se presentó la creación de un Comité de Cuenca Interjurisdiccional.

Por su parte, las empresas demandadas pusieron el acento la visión clásica del derecho de daños, alegando que no estaban presentes los presupuestos necesarios para que se les atribuyera responsabilidad alguna, básicamente porque no había antijuridicidad, puesto que contaban con los respectivos permisos administrativos, ni tampoco existía imputabilidad en términos específicos, siendo las denuncias más bien genéricas.

14 Ley N° 25.675, artículo 14.- *“La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población”.*

15 Ley N° 25.675, artículo 16.- *“Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”.*

La segunda audiencia pública se celebró en febrero del 2007, con la finalidad de que las partes rindieran cuentas ante el tribunal. De los cuatro ejes que se habían presentado en la primera audiencia, el que se encontraba mejor posicionado era el referido a la autoridad interjurisdiccional de la cuenca ya que a través de la Ley N° 26.168¹⁶ el Congreso de la Nación había aprobado la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo -ACUMAR- compuesta por 8 integrantes y presidida por el titular de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, además de 3 representantes del Poder Ejecutivo Nacional, 2 de la Provincia de Buenos Aires y 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El 23 de febrero del 2007 la Corte Suprema ordenó la intervención de la Universidad de Buenos Aires para que en un plazo de 30 días informara acerca la factibilidad del plan de saneamiento de la cuenca hídrica que había sido presentado por los distintos niveles de gobierno en esta segunda audiencia.

Dicho informe fue realizado por cuatro comisiones interdisciplinarias y se expidió sobre cuatro aspectos esenciales: 1) Gestión urbana, analizado por la Facultad de Arquitectura y Urbanismo, 2) Salud, dirigido por la Facultad de Medicina, 3) Control ambiental, examinado por la Facultad de Ingeniería, y 4) Economía institucional, examinado por las Facultades de Ciencias Sociales y de Ciencias Económicas.

La conclusión del documento de la UBA fue muy crítico con respecto al proyecto estudiado. Señaló que no era completo y que se tomaban como base datos obtenidos en el año 1994 que no conservaban ninguna vigencia. Sin perjuicio de ello, la Universidad de Buenos Aires, señaló que no había suficiente información para determinar la viabilidad o no del plan.

El 20 de marzo del 2007, la Corte Suprema admite la intervención en el proceso como tercero interesado de una nueva organización no gubernamental –Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos–, dejando sentada su postura a futuro de no admitir ninguna otra petición que pretende adquirir la misma condición procesal en la causa.

La tercera audiencia pública tuvo lugar en julio de 2007, en la que se debatió sobre el mencionado dictamen de la UBA. A las críticas efectuadas por la entidad académica se sumaron las de algunas empresas denunciadas, las que plantearon la irrazonabilidad del plan oficial de erradicar los depósitos de productos químicos del Polo Petroquímico de Dock Sud, argumentando que éstos no presentaban un significativo riesgo al ambiente ni a la salud pública.

Se señaló como un avance la aprobación por el Comité Directivo de ACUMAR del Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo¹⁷.

El 22 de agosto del 2007 el Máximo Tribunal decidió correr traslado de la demanda a las jurisdicciones y empresas involucradas, fijando pautas especiales para la contestación de la misma.

¹⁶ Ley N° 26.168, publicada en el Boletín Oficial del 05/06/2006.

¹⁷ Resolución ACUMAR N° 08/07, publicada en el Boletín Oficial del 22/01/2008.

En la cuarta audiencia –noviembre de 2007- los demandados expusieron oralmente los aspectos centrales de su defensa ante la Corte Suprema en pleno.

Las 44 empresas demandadas cuestionaron el criterio de responsabilidad estricto que había adoptado el tribunal, invocando la responsabilidad colectiva y solidaria de todos los demandados, y solicitaron que se citaran en el proceso la totalidad de las industrias radicadas en la cuenca -3.500 empresas-¹⁸.

Después de dos años, el 8 de julio de 2008, la Corte Suprema dictó sentencia definitiva respecto a la prevención del daño futuro y a la recomposición de la Cuenca Matanza-Riachuelo. En el decisorio se establece un programa de políticas públicas de cumplimiento obligatorio, dejando a discrecionalidad de la autoridad competente la elección de los medios para hacerlo efectivo.

El tribunal señala que el plan de saneamiento tiene que cumplir con tres objetivos simultáneos: 1) mejorar la calidad de vida de los habitantes, 2) la recomposición del ambiente en su totalidad, y 3) las medidas de prevención de los daños futuros.

La ACUMAR fue encargada de ejecutar el programa, en su carácter de órgano interjurisdiccional, lo que en modo alguno altera la responsabilidad del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos, la autoridad de cuenca tiene que adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición, es decir que deberá buscar indicadores, e informarle al tribunal competente para la ejecución de sentencia en un plazo de 90 días hábiles.

El contenido del programa es el siguiente¹⁹:

1. Creación de un Sistema de Información Pública.
2. Informes trimestrales de calidad de agua superficial, subterránea y del aire.
3. Control de contaminación de origen industrial mediante la reconversión del sector, a partir de inspecciones en los establecimientos, declaraciones de agentes contaminantes, clausuras y traslados.
4. Reconversión industrial y relocalización del Polo Petroquímico de Dock Sud.
5. Gestión integral de los residuos sólidos urbanos y saneamiento de basurales a través de medidas preventivas, recuperación de los espacios y relocalización de los asentamientos ahí afincados.
6. Limpieza de márgenes del río y arroyos, transformándolos en áreas recreativas.

18 Cintia Ogas Méndez, “Cronología de la causa “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental)”, *El Dial*, p. 8.

19 Andrés Napoli y Javier García Espil, “Recomposición Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo: Una oportunidad histórica que aún reclama un fuerte compromiso político y más eficiencia en la gestión”, en *Informe Ambiental Anual 2010 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, (Editores: DI PAOLA, María Eugenia y SANGALLI, Federico, Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-): p. 202.

7. Urbanización de villas y asentamientos precarios.
8. Obras de infraestructura de expansión de las redes de agua potable, saneamiento cloacal y desagües pluviales.
9. Plan sanitario de emergencia a partir de estudios de diagnóstico, vigilancia epidemiológica y programas específicos de atención sanitaria.

En lo que respecta al control del cumplimiento del plan, se establece que la Auditoría General de la Nación realizará un control externo en el ámbito presupuestario. Asimismo, se habilita la participación ciudadana a tal efecto, y se encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación a través de la creación de un cuerpo colegiado que comprenda a los representantes de las organizaciones no gubernamentales que actúan en la causa como terceros interesados.

Asimismo, se le otorga competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes (posteriormente reemplazado por otro de la localidad de Morón) para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la autoridad de cuenca. Esta extensión de la competencia originario de la Corte Suprema establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional resulta razonable en términos prácticos, pero constituye un precedente muy peligroso y de dudosa constitucionalidad²⁰.

III. LA CORTE SUPREMA ARGENTINA ANTE EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROVEER A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO

En ese marco, y a partir de las directivas emanadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de marras -que marca un hito en la materia ambiental en nuestro derecho-, el activismo del tribunal²¹ impulsó la sanción de la ley por la cual se crea la

20 La restricción de la competencia originaria de la Corte Suprema hace a la esencia misma del control de constitucionalidad judicial con las características similares al modelo norteamericano que tuvo su origen en el caso “Marbury vs. Madison”, y que nuestro tribunal tomó como propio en el caso “Sojo” (1887). En este precedente señaló: “La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso, limitada como lo está, **no puede ser ampliada ni restringida**; la que está sujeta a reglamentación es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de las cuestiones de hecho como de derecho” (El resaltado es nuestro).

21 Que vino a suplir la virtual ausencia de los dos poderes políticos del Estado – el Ejecutivo y el Legislativo - en una forma por demás valiente aunque arriesgada desde el punto de vista institucional. Para ampliar: López Alfonsín, Marcelo Alberto en “La Corte marca la política ambiental nacional: los peligros de la ‘bala de oro’”. *Suplemento de Derecho Ambiental, La Ley*, 16/5/2008.

“Autoridad Interjurisdiccional de la Cuenca Matanza - Riachuelo” como “ente de derecho público interjurisdiccional”, se establece su integración, se dicta su reglamento, se fija su competencia, y se dispone su fuente plurianual de financiamiento, así como su régimen de compras y contrataciones, entre otras disposiciones.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ejercicio de su competencia originaria²² avanzó en un verdadero “leading case” en procesos colectivos, y apeló a mecanismos trascendentales como las audiencias públicas para delimitar el conflicto e instar a los poderes públicos²³ a la presentación de un plan de remediación de la cuenca, entre otras medidas preliminares. Es oportuno señalar el alcance que le otorga la Corte Suprema a la legitimación procesal para estar a derecho, ya que nos parece importante a fin de concluir con el debate planteado anteriormente sobre la cuestión sobre el reconocimiento del papel de los terceros en juicio y el rol del Defensor del Pueblo de la Nación en este tipo de procesos ambientales.

Queda absolutamente claro que la decisión de la Corte Suprema de avanzar en esta cuestión es una decisión de carácter político, tomada en su rol constitucional de cabeza del Poder Judicial de la Nación, que viene a suplir la falta de una política pública en materia ambiental ante la desaprensión del Congreso de la Nación una vez sancionado el primer paquete legislativo posterior a la reforma constitucional de 1994 de normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, y la absoluta negligencia de la autoridad de aplicación de dicha normativa en el ámbito del Poder Ejecutivo²⁴.

En suma, es de destacar la apertura participativa con que la Corte Suprema ha decidido actuar para gestionar este grave conflicto ambiental, así como el hecho de haberse declarado competente en forma originaria para entender en las cuestiones obrantes en la demanda que ofrecían interés institucional relevante, vinculadas con la recomposición del daño ambiental colectivo²⁵. Resta aún a la fecha la cuantificación de este daño en forma definitiva, los mecanismos de reparación integral y la atribución precisa de las responsabilidades de los actores involucrados.

22 Con acierto, consideramos que el máximo tribunal deslindó la competencia ordinaria en materia de daños y perjuicios, y mantuvo la originaria en razón del conflicto interjurisdiccional planteado en autos.

23 Que no son otros que los referidos en el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional cuando el constituyente de 1994 impone a “las autoridades” el deber de proveer a la protección del derecho al medio ambiente sano.

24 Marcelo A. López Alfonsín, “La Corte marca la política ambiental nacional Los peligros de la “bala de oro””, *LL Sup. Amb.* (16/05/2008): p. 4.

25 Eduardo Pablo Jiménez “Breves reflexiones acerca de la actuación originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (En materia de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo)”, *LL, Sup. Amb.* (16/05/2008): p. 1.

IV. LAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO ANALIZADO Y SU CARÁCTER DE “LEADING CASE” EN MATERIA DE JUSTICIA AMBIENTAL

La Corte Suprema, en su condición de interprete final y definitivo de la Constitución Nacional, actúa como un verdadero “Tribunal de Garantías”²⁶ al señalar que: *“El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna”* (Considerando 7° del voto de la mayoría).

Posteriormente afirma la inexistencia en el caso de la información necesaria para expedirse acerca del fondo de la cuestión, por lo que haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que el artículo 32 de la Ley General del Ambiente²⁷ le confiere le solicita a las empresas que produzcan la información necesaria y a los distintos poderes públicos involucrados, como también al COFEMA la elaboración de un plan integral para sanear la cuenca.

En consecuencia se observan en la propia sentencia, así como en el trámite del proceso colectivo, la utilización de algunas herramientas estratégicas en materia de política ambiental, que, si bien se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico argentino, aún no han conseguido instalarse definitivamente en la práctica jurisprudencial, lo que lo convierte en un decisorio por demás novedoso justamente por la implementación de estos mecanismos procesales que usualmente no son tenidos en cuenta por los jueces ordinarios. Concretamente nos referimos a la información pública, la participación ciudadana, las audiencias públicas y al valor probatorio de los dictámenes científicos. Así queda evidenciada la presencia de los tres pilares básicos del principio de la participación ciudadana en materia ambiental, también

26 Para ampliar: Germán J. Bidart Campos, *La Corte Suprema, el Tribunal de las Garantías Constitucionales*, actualizado por Pablo L. Manili. (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2010).

27 Ley N° 25.675, artículo 32.- *“La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”*.

conocido como la teoría del “triple acceso” receptada por el principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro -1992-.

Sin duda en la sentencia en estudio se reconoce la trascendental relevancia que tiene la información en los procesos ambientales. Se ordenan varias medidas con la finalidad que el Estado produzca y difunda información, lo que se vincula directamente con la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones. En efecto, el tribunal recoge la idea de que el acceso a la información es *conditio sine qua non* para el adecuado ejercicio de participación ciudadana. Ello por cuanto una comunidad desinformada o informada de manera parcial o inexacta no podrá participar eficazmente y en igualdad de condiciones en las decisiones públicas. También adquiere vital importancia para la defensa de otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a un ambiente sano. Entonces, derivan determinados aspectos positivos del libre acceso a la información pública, los que pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) posibilita la participación ciudadana en los asuntos gubernamentales, 2) mejora la calidad de las decisiones al contar con una ciudadanía informada, 3) permite monitorear y controlar la gestión pública, 4) fomenta la transparencia en la gestión del Estado, lo que redundará en beneficio de la calidad institucional, 4) es un elemento fundamental para la formación de la opinión pública y la construcción de un debate informado y, 6) es una herramienta indispensable para la tutela de otros derechos²⁸.

Es del caso mencionar que en la Ley General del Ambiente la información ambiental es concebida como un instrumento esencial ya que el artículo 2 dispone que la política ambiental nacional deberá cumplir con ciertos objetivos, entre los cuales menciona; *“organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma”*. Además, en la misma normativa el artículo 16 incorpora el deber de informar al establecer que: *“Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que este relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan”*.

Por otra parte, el artículo 17 prescribe que, *“La autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible (...)”*. Mientras que el artículo 18 señala que, *“Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas y proyectadas. El Poder Ejecutivo (...) elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación (...)”*.

En materia ambiental, la Ley N° 25.831²⁹ garantizó el libre acceso a la información pública

28 Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-, *Manual de Ciudadanía Ambiental. Herramientas para ejercer los derechos de Acceso a la Información Pública, Participación Ciudadana y Acceso a la Justicia*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, p. 11/12.

29 Ley N° 25.831, publicada en el Boletín Oficial del 07/01/2004.

ambiental y el Decreto 1172/2003³⁰ reglamentó el acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo.

En el fallo “*Mendoza*” la Corte, haciendo un acertado uso de toda la legislación que garantiza el derecho de acceso a la información ambiental, ordenó a ACUMAR adoptar un sistema de información pública que presente datos actualizados y detallados en forma concreta, clara y accesible al público. Este mandato fue puesto en práctica durante el año 2010, como consecuencia de la sanción que por el cumplimiento de esa medida impuso al órgano el Juzgado Federal de Quilmes en el mes de agosto. Así se diseñó una nueva página web, se creó un “Centro de Atención telefónica 0-800” y un centro de atención en los municipios de Cañuelas y Esteban Echeverría. En relación a la producción de información pública se registraron ciertos avances, como el monitoreo de la calidad del agua de la cuenca. Sin embargo, no se cumplió con el requisito de vocabulario sencillo en la difusión de la información, a fin de que la misma pueda ser comprendida por la sociedad; muy por el contrario, los informes sobre el estado de la cuenca requieren de un conocimiento técnico para su comprensión³¹.

La Ley General del Ambiente prevé dos mecanismos de participación; las audiencias públicas y las consultas a la ciudadanía. El artículo 19 reconoce el derecho de toda persona a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos relacionados con la preservación y protección del ambiente. A título seguido la legislación positiviza el deber de las autoridades de institucionalizar procedimientos de consulta o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos significativos y negativos para el ambiente. En esta cláusula se especifica el carácter no vinculante de la opinión de los individuos para las autoridades, no obstante, expresamente dispone que para apartarse de la misma se deberá fundamentar tal decisión.

El artículo 21 regula la participación ciudadana, exclusivamente en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los programas de ordenamiento ambiental del territorio.

Con excelentes lineamientos, la Corte Suprema decidió en la causa llevar a cabo una serie de audiencias públicas durante el trámite del proceso que en definitiva contribuyeron a confeccionar el plan integral de saneamiento de la cuenca. Fue el punto de inflexión para avanzar notoriamente respecto la información pública disponible, como también en la construcción de los consensos necesarios para establecer una política pública en materia de recomposición del ambiente.

Las audiencias públicas son consideradas como una instancia de participación en el proceso de toma de decisiones, donde la autoridad competente habilita un espacio institucional para

³⁰ Decreto N° 1172/2003, publicado en el Boletín Oficial del 04/12/2003.

³¹ Andrés Napoli y Javier Gargía Espil, “Riachuelo: Hacer hoy pensando en la cuenca del mañana”, en *Informe Ambiental Anual 2011 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, Op. Cit., p. 202/203.

quienes puedan verse afectados o tengan algún interés particular expresen su opinión al respecto, la que podrá manifestarse en forma escrita u oral. A los fines de la gestión pública, se erigen en verdadero espacio de encuentro entre vecinos, organizaciones sociales especializadas, el sector privado, las instituciones técnicas y las autoridades gubernamentales. Este contexto, se presenta como el momento oportuno para plantear las diferentes posturas sobre problemas comunes y encarar los programas tendientes a solucionarlos.

Esta herramienta cumplió en el precedente de referencia la totalidad de las funciones reseñadas, toda vez que resultó trascendental para la implementación del plan de saneamiento de la cuenca. Contribuyó notablemente a que las autoridades recepten no sólo el conocimiento técnico de alguno de los actores intervinientes sino también los conflictos que sufrían y aún padecen hasta la fecha los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo.

En otro orden de ideas, estas audiencias fueron útiles para simplificar el mecanismo procedimental, ya que luego de la exposición verbal de cada parte fueron interrogadas por los miembros de la Corte Suprema sobre aspectos puntuales del programa, lo que posibilitó solicitar la ampliación de los informes a las empresas demandadas en puntos que los jueces se consideraron insuficientemente informados. En efecto, los jueces no se quedan estáticos esperando en su estrado el expediente terminado listo para resolver, sino que a los fines de empaparse de información implementan la herramienta de la oralidad, y establecen su propio “Reglamento de la Audiencia convocada por Resolución del 20 de junio de 2006”³².

En dicha reglamentación se deja establecido en forma categórica el objetivo del proceso que no es otro que, “*el cese, la prevención, recomposición y el resarcimiento de la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo*”. Por lo tanto, declara la Corte Suprema que no se admitirán cuestiones extrañas a dicho objeto. Desde esta perspectiva, enuncia la finalidad de las audiencias: “*requerir y obtener de la empresas demandas información pública relativa a las medidas concretas de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo*”.

Esta base es la base de la Acordada N° 30/2007, mediante la cual la Corte Suprema reglamenta en general el proceso de audiencias públicas. En primer lugar, establece que el tribunal podrá convocar a audiencias públicas cuando así lo dispongan al menos tres jueces. En segundo lugar, clasifica las audiencias en tres tipos diferentes: 1) Informativa, cuyo objeto es escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del litigio. En éstas, las partes podrán nombrar un abogado que las represente, quien deberá presentar un resumen por escrito con 48 horas de anticipación del alegato y su exposición oral no podrá extenderse de los 20 minutos. También podrán ser citados los “amicus curiae” para realizar exposiciones orales, 2) Conciliatoria, en las que se instará a las partes a la búsqueda de soluciones no adversariales. Acá también cada parte deberá llevar un resumen de sus pretensiones por escrito, que tiene que ser presentado

32 Mariela Machado, “Improntas procesales derivadas de la causa “Mendoza””, *El Dial*, p. 3.

con 48 horas de antelación, y 3) Ordenatoria, la que tendrá por finalidad adoptar las medidas necesarias a fin de encauzar el procedimiento para mejorar la tramitación de la causa. A su vez, se indica que la finalidad de cualquier tipología de audiencia será detallada en el acto de su convocatoria. En éstas el resumen de las partes, deberá versar sobre su opinión acerca de los puntos fijados en el acto de convocatoria.

La acordada en cuestión categóricamente especifica el carácter público de las audiencias. No obstante, se señalan ciertas pautas que deberán observarse en el funcionamiento de esta herramienta de transparencia del proceso, tales como la prioridad de asistencia de las partes y a quienes ellas designen, y luego el público en general hasta el número de personas que fije el tribunal de acuerdo con la disponibilidad de espacio. En cuarto lugar, se contempla la posibilidad de darle participación en las mismas al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública.

Finalmente, la acordada dispone que las audiencias serán grabadas y filmadas, constituyendo ello suficiente medio de prueba, sin perjuicio de la transcripción taquigráfica. Las actas de las mismas serán también públicas y accesibles a cualquier interesado.

En este sentido, puede afirmarse que la causa “*Mendoza*” fue el punto de inflexión para la consagración de esta herramienta estratégica en los procesos ambientales, de conformidad con lo que prescribe la Ley General del Ambiente y, coadyuvó notablemente a garantizar el principio de la participación ciudadana, pilares básicos de la protección ambiental.

No es ocioso señalar, también, que durante el año 2010 ACUMAR convocó las dos primeras reuniones de la Comisión de Participación Social, creada por el artículo 4° de la Ley N° 26.168³³.

No menos novedoso e importante resultó la decisión del tribunal de darle intervención a la UBA luego de realizada la segunda audiencia pública para que dictaminara acerca la factibilidad o no del plan de saneamiento de la cuenca presentado por la autoridad ambiental nacional. En este aspecto, hay varios elementos que merecen ser destacados.

Con acierto la Corte Suprema decidió hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la legislación le confiere, a fin de proteger el interés general. Recuérdese que el ya citado artículo 32 de la Ley General del Ambiente expresamente apunta que: “*El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*”.

En ejercicio de estas atribuciones es que el tribunal requiere este informe de esta universidad nacional, en forma previa a expedirse sobre las medidas cautelares peticionadas por la parte actora.

33 Ley N° 26.168, artículo 4°. “*Créase en el ámbito de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, una Comisión de Participación Social, con funciones consultivas. Esta Comisión estará integrada por representantes de las organizaciones con intereses en el área*”.

Sin embargo, el ejercicio de facultades legalmente atribuidas por parte del tribunal no se detuvo ahí y dio un paso más al convocar a una comisión técnica multidisciplinaria de la UBA para evaluar la viabilidad del plan de saneamiento presentado. En este sentido, es importante tener en cuenta que el artículo 33 de la Ley General del Ambiente prescribe: *“Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación (...)”*.

En esta cláusula queda establecida una tasación de los dictámenes confeccionados por organismos del Estado sobre daño ambiental, que se diferencia sustancialmente de las reglas ordinarias sobre la apreciación de la prueba documental, la que sólo es tenida en cuenta como prueba indicativa según las reglas de la sana crítica. Entonces, al procedimiento ambiental ingresa una valoración probatoria tasada, imponiéndole al juez de la causa una regla que se aleja del sistema de las libres convicciones, ya que en estos juicios los dictámenes de organismos del Estado adicionados al proceso adquieren la fuerza probatoria de los informes periciales. Formalmente se trata de una prueba documental, sin embargo tiene el valor material de una pericia, cuyo valor no será el simple indicio sino el de prueba pericial científica³⁴.

Se conjuga así en el caso la articulación de una medida preliminar, ordenatoria e instructoria del proceso, con la necesidad de un adecuado acceso a la información pública por parte del tribunal y la sociedad, con participación de actores sociales trascendentes como son las organizaciones no gubernamentales intervinientes. Aquí es donde se advierte la especial relevancia que posee la elección de mecanismos institucionales que posibiliten la efectiva adopción de un modelo de desarrollo sustentable. En tal sentido, *“el “ropaje” institucional adecuado debe encuadrarse dentro de los lineamientos de una democracia participativa”*³⁵.

Por otra parte, tal como se señalaba con anterioridad, el informe técnico de la UBA fue desarrollado por un cuerpo interdisciplinario. El punto de inicio es el análisis de los problemas a partir de una nueva estrategia, orientada al estudio de problemáticas y no de temas. Estas problemáticas que necesariamente para ser abordadas en su totalidad, deben ser examinadas por un pool de disciplinas, lo cual sin duda es diametralmente opuesto a la postulación moderna que conceptualiza las ciencias naturales y a las culturales como dos compartimientos estancos, con objetos de estudios exclusivos de cada una. La complejidad que revisten las cuestiones ambientales pone en evidencia la imposibilidad de analizar los fenómenos bajo este esquema moderno. En efecto, no es posible compartimentalizar los problemas y que cada disciplina estudien los aspectos “artificialmente separados” de un problemática, sin entrar en diálogo con

34 José A. Esain., “La justicia para el desarrollo sostenible. Jurisprudencia ambiental en doscientos años de Argentina”, en *Informe Ambiental Anual 2010 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, Op. cit., p. 123.

35 Eduardo Pablo, Jiménez, “Breves reflexiones acerca de la actuación originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Op. cit., p. 8.

los demás especialistas que se encuentran abordando el mismo problema global. Siguiendo esta línea argumental, puede aseverarse que se requiere contar con un enfoque caracterizado por la transdisciplina que examine la problemática con todas sus aristas y que permita un análisis en conjunto por parte de los diferentes expertos³⁶.

Se trata de una nueva relación entre la ciencia y el derecho, dado que actualmente la ciencia puede alcanzar un grado de conocimiento relevante sobre los fenómenos naturales que antes eran imprevisibles. Ello hace que los poderes públicos la tomen en cuenta al momento de tomar decisiones, y de esta forma la ciencia ocupa un espacio cada vez más amplio en las agendas públicas³⁷.

V. A MODO DE COLOFÓN

Hemos querido rescatar este caso emblemático por cuanto así es tomado no solo por la doctrina argentina, sino que ha recibido una calurosa recepción en la jurisprudencia de los tribunales inferiores y en otras cortes constitucionales tanto de la región como europeas. Y no caben dudas que este reconocimiento es plenamente merecido. Pero a más de 25 años y confrontado el mandato jurisdiccional impuesto por el Máximo tribunal con la realidad sociológica de la región afectada, resulta también palmario cuan alejados están los mundos del “ser” y del “deber ser”, parafraseando categorías kantianas.

Sin embargo, no es tampoco esta distancia la que motivaron este trabajo, sino otro aspecto sobre el que venimos alertando desde la cátedra: la respuesta que ha dado la justicia argentina no cumple con los estándares que en materia ambiental ha venido trazando el sistema interamericano de derechos humanos.

Tanto la Opinión Consultiva N° 23 como la cada vez más abarcadora jurisprudencia de la Corte Interamericana van delineando nuevas fronteras en relación con los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Esos límites, sumado al criterio de “plazo razonable” ampliamente desarrollado por este Tribunal internacional, van sembrando un derrotero que nos atrevemos a pronosticar como inevitable: la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino por violación a este nuevo derecho humano ya receptado en el *corpus iuris* interamericano.

Sirva, pues, este llamado de atención para un futuro que aparece cercano.

36 M. Valeria Berros y Gonzalo Sozzo, “Una agenda para el principio precautorio”, *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 6-2009, LL, Uruguay, p. 17.

37 José Steve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2009, p. 38/40.

REFERENCIAS

- Berros, M. Valeria y Sozzo, Gonzalo. “Una agenda para el principio precautorio”. *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 6- (2009): LL, Uruguay, p. 17.
- Bidart Campos Germán J. *La Corte Suprema, el Tribunal de las Garantías Constitucionales*, actualizado por Pablo L. Manili. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2010.
- Esain José A. “La justicia para el desarrollo sostenible. Jurisprudencia ambiental en doscientos años de Argentina”. *Informe Ambiental Anual 2010 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*, p. 123.
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-. *Manual de Ciudadanía Ambiental. Herramientas para ejercer los derechos de Acceso a la Información Pública, Participación Ciudadana y Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: 2010, p. 11/12.
- Jiménez Eduardo Pablo. “Breves reflexiones acerca de la actuación originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (En materia de prevención y recomposición del daño ambiental colectivo)”. *LL, Sup. Amb.* (16/05/2008).
- López Alfonsín Marcelo A. “La Corte marca la política ambiental nacional Los peligros de la “bala de oro”. *LL Sup. Amb.* (16/05/2008: p. 4.
- Machado Mariela. “Improntas procesales derivadas de la causa “Mendoza””. *El Dial*, p. 3.
- Napoli, Andrés y García Espil Javier. “Riachuelo: Hacer hoy pensando en la cuenca del mañana”. *Informe Ambiental Anual 2011 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Editores: Di Paola, María Eugenia y Sangalli Federico, Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-: p. 179.
- Napoli Andrés y García Espil Javier. “Recomposición Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo: Una oportunidad histórica que aún reclama un fuerte compromiso político y más eficiencia en la gestión”. *Informe Ambiental Anual 2010 de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Editores: Di Paola, María Eugenia y Sangalli, Federico, Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN-: p. 202.
- Ogas Méndez Cintia. “Cronología de la causa “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental)”. *El Dial*, p. 8.
- Steve Pardo José. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2009, p. 38/40.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

- Ley N° 26.168, artículo 4°.
- Constitución Nacional, artículo 75.
- Constitución Nacional, artículo 124.
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 8°.

- Ley General de ambiente N° 25.675, publicada en el Boletín Oficial del 28/11/2002.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 27°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 7°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 22°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 5°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 8°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 9°.
- Ley General del Ambiente N° 25.675, artículo 10.
- Ley General de ambiente N° 25.675, artículo 14.
- Ley General de ambiente N° 25.675, artículo 16.
- Ley N° 26.168, publicada en el Boletín Oficial del 05/06/2006.
- Resolución ACUMAR N° 08/07, publicada en el Boletín Oficial del 22/01/2008.
- Ley General de Ambiente, N° 25.675, artículo 32.
- Ley N° 25.831, publicada en el Boletín Oficial del 07/01/2004.
- Decreto N° 1172/2003, publicado en el Boletín Oficial del 04/12/2003.
- Ley N° 26.168, artículo 4°.

Recibido: 06/04/2024

Aprobado: 05/05/2024



Dama azul, óleo sobre lienzo 58 x 50 cm.

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

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

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

Jurisdicción en comercio electrónico

Jurisdiction in Electronic Commerce

Carlos Eduardo Tambussi* <http://doi.org/0000-0003-0444-7937>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2641>

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

Lex





Vendedora, óleo sobre lienzo 60 x 50 cm.

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

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

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

RESUMEN

La generalización y uso masivo del comercio web internacional realizado por consumidores encierra grandes ventajas y a la vez un gran peligro: el no poder defenderse en caso de tener que realizar reclamos. Es necesario que las normas nacionales protejan a los consumidores otorgándoles la posibilidad de demandar en su país, y que el derecho internacional privado proporcione las herramientas necesarias para que ante la expansión del fenómeno se clarifiquen los temas vinculados a ley aplicable y jurisdicción en caso de conflictos judiciales.

Palabras clave: *comercio electrónico, defensa del consumidor, reclamos del consumidor, jurisdicción, ley aplicable, derecho internacional privado.*

ABSTRACT

The generalization and massive use of international web commerce carried out by consumers contains great advantages and at the same time a great danger: not being able to defend oneself in case of having to make claims. It is necessary that national regulations protect consumers by granting them the possibility of suing in their country, and that private international law provides the necessary tools so that, given the expansion of the phenomenon, issues related to applicable law and jurisdiction in case of conflicts.

Keywords: *electronic commerce, consumer defense, consumer complaints, jurisdiction, applicable law, private international law.*

I. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico difunde la maravilla de adquirir bienes o contratar servicios ofrecidos o a prestarse en otras jurisdicciones. El mundo turístico es paradigmático al respecto. Desde la comodidad del ordenador doméstico del consumidor, por ejemplo, puede “armarse” su viaje en vuelos, excursiones, alojamiento, seguros y conexos.

De esa internacionalidad que convierte al mundo en un verdadero “mercado global”¹ trata este trabajo, respecto de la problemática de la jurisdicción aplicable en los casos de comercio electrónico. En suma, y hasta cierto punto, definir si el consumidor tiene defensa posible ante eventual incumplimiento del proveedor del ciberespacio.

En el marco del gran desafío que importa para el derecho la expansión del comercio electrónico transnacional, nos referiremos a las normas sobre jurisdicción y ley aplicable existentes en la legislación nacional argentina, insuficientes en algunos supuestos que pueden derivar en indefensión material de los consumidores, y a la deuda que el derecho internacional privado tiene con ellos de garantizarles mediante un acuerdo cuyas bases se esbozan, claridad y transparencia en las transacciones de consumo entre países, y sobre todo un acceso a una jurisdicción efectiva y posible, para el caso de los eventuales diferendos que puedan suscitarse.

1 Federico M. Álvarez Larrondo, “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *RCyS*, (2013-III): p. 5.

II. REGULACIÓN

Dentro de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), encontramos dentro del tratamiento de las contrataciones a distancia (que se realizan sin la presencia física simultánea de las partes contratantes) la siguiente normativa:

Art. 1109.- Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

El considerado como lugar de cumplimiento debe ser el domicilio real del consumidor o el que expresamente éste haya indicado. Apunta Álvarez Larrondo que “se sobreentiende que el lugar en el que el consumidor recibe o debe recibir el producto o servicio, no es otro que su domicilio. Caso contrario se permitiría imponer lugares de entrega desventajosos para el consumidor, que en los hechos importen una indirecta prórroga de la competencia, extremo que la propia norma tuitiva condena”² y que venía siendo contemplado por la jurisprudencia³.

La determinación de la jurisdicción en ese lugar hace a las posibilidades primarias tanto de acceso a la justicia como a la vigencia de la garantía de defensa en juicio.

El codificador legisló al respecto en la Sección 12 “Contratos de Consumo”, donde estableció:

Art. 2654.- “Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”.

² Federico Manuel Álvarez Larrondo, “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *op. cit.*

³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “HSBC Bank c. Grassi Leonardo s. Ordinario”, del 24/2/06 en www.proconsumer.org.ar.

De forma que el consumidor actor tiene un menú de opciones, que puede manejar de acuerdo a su conveniencia o al asiento de su asesor jurídico y el consumidor demandado sólo puede serlo ante el juez con jurisdicción en su domicilio, siendo nulo (abusivo) por expresa disposición legal el “acuerdo de elección de foro” el cual, sabemos, nunca participa de la naturaleza ontológica de “acuerdo” sino que resulta impuesto en contrataciones por adhesión.

En la misma inteligencia ha sido dicho que:

“resulta elogiable que se haya previsto expresamente que, cuando se quiera demandar al consumidor, haya que recurrirse a los tribunales competentes del domicilio de este, prohibiendo cualquier tipo de convenio sobre la jurisdicción, poniéndose de resalto la limitación de la autonomía de la voluntad mencionada anteriormente. Si bien en el artículo 2654 del CCyCN no se hizo mención alguna a los contratos celebrados a distancia, no hay óbice para que se apliquen las reglas allí contenidas para dirimir el entuerto. En este sentido, llegado el caso, también podría recurrirse al diálogo de fuentes para integrar con las disposiciones del artículo 1109 del CCyCN en caso de que este resulte más favorable al consumidor turista electrónico”⁴.

En lo atinente al derecho aplicable a los contratos de consumo internacionales, ellos se rigen por el del Estado del domicilio del consumidor en las siguientes situaciones (art. 2655 de la normativa que estamos analizando):

1. Cuando la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.
2. Si el proveedor recibió el pedido en el Estado del domicilio del consumidor.
3. Si el consumidor fue inducido por el proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.
4. Si los contratos de viaje comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento por un precio global.

Fuera de ello, los contratos de consumo se deben regir por el derecho del país del lugar de cumplimiento. Si no se puede determinar el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

La postulación de la necesidad de regulaciones de esta especie al comercio web será seguramente criticada con el argumento remanido de la celeridad del comercio y la maravilla del mundo de posibilidades que ofrece la contratación web que se vería de esa manera afectado en su desenvolvimiento.

⁴ Sebastián Barocelli “La defensa de las y los consumidores en los entornos digitales” en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2022-la-defensa-de-las-y-los-consumidores.pdf> disponible al 18/02/24.

Sin embargo, la recomendación de formulación de políticas estatales al respecto –esto es, por su nombre, intervención del estado a través del *imperium* regulador-, es parte de las propuestas de las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, formuladas por la Asamblea General en la Resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015⁵.

Las mismas fueron objeto de análisis en esta revista jurídica en su oportunidad ⁶. Hoy podemos agregar que éstas, oportunamente aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1985, Resolución 39/248, ampliadas en 1999 y 2015, enumeran expresamente cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios, la obligación de proveer a la protección de los mismos por parte de las autoridades, propiciando legislación que reconozca a los mismos y permita su intervención para esos fines. Constituyen “lineamientos para la aplicación de políticas gubernamentales de protección al consumidor” ⁷ y más allá de su leve rango de Directrices o “soft law” (no son tratados) constituyen postulados de los cuales la legislación interna no puede apartarse.

Importan una enumeración de principios fundamentales de protección a los consumidores, pero aparecen destinadas también como orientaciones prácticas a gobiernos, empresas y organizaciones empresariales, el sector académico y las organizaciones de la sociedad civil. En otras palabras, propuestas de prácticas recomendables a través de una “lista de verificación”, que elabora principios generales adaptables a las realidades de los diversos países, los distintos niveles de protección y las realidades culturales, económicas y sociales.

Su fuerza consiste en la aprobación por el organismo internacional tras haber sido elaboradas por expertos de todos los países. Se han constituido en fuente legislativa doméstica, sumándose a las leyes, reglamentos, políticas, mecanismos, programas, normas del sector privado que protegen consumidores.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, ha trabajado ampliamente en el comercio electrónico, en particular mediante las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico (1999), tomando como principios rectores: la protección transparente y efectiva (secc. I), equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia (secc.

⁵ Directrices de las Naciones Unidas. Sección I. Comercio electrónico.63. Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio.

⁶ Carlos Tambussi, “El E - Commerce en el Nuevo Código Civil Argentino y el proyecto de ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la protección del Consumidor”. *Revista LEX* Nro. 16. Año XIII 2015 II. Universidad Alas Peruanas. Lima. Perú. Págs. 89/108. ISSN 2313-8861.

⁷ Gabriel A. Stiglitz, “El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur” en *La Ley* (19-5-95).

II), información en línea (secc. III) —que también incluye la información sobre la empresa, los bienes o servicios y las transacciones— así como el procedimiento de confirmación (secc. IV) y los pagos (secc. V) y ha elaborado orientaciones adicionales sobre el comercio móvil (las orientaciones de la OCDE sobre las nuevas cuestiones de protección y empoderamiento del consumidor en relación con aspectos del comercio electrónico), suplantación de identidad en línea (recomendaciones de la OCDE en materia de suplantación de identidad en línea) y los servicios de comunicación (recomendaciones de la OCDE para la protección y la emancipación de los consumidores de servicios de comunicación)⁸.

Por su parte, y también a manera de antecedente, la Resolución General 51/162 del 30 de enero de 1997 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico General, estableciendo que no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor. Otro esfuerzo internacional está constituido por la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”⁹.

En la actualidad, y gracias al impulso de Consumers International¹⁰, el comercio electrónico fue incluido el ámbito de las Directrices de las Naciones Unidas en forma específica¹¹, aunque muchos aspectos ya estaban incluidos en principios generales.

Las preceptivas de las Directrices en la materia de comercio web son las siguientes:

63. Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio.

64. Los Estados Miembros deben, cuando proceda, examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital.

65. Los Estados Miembros podrían tal vez examinar las directrices y normas internacionales

8 Naciones Unidas TD/B/C. I/CLP/23 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Distr. general 29 de abril de 2013, en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd23_es.pdf. disponible al 23/02/2024.

9 Sara L. Feldstein de Cárdenas – Luciana B. Scotti, “La convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, *Revista Científica de UCES*, (1-2007, vol. XI): pp. 59 y ss.

10 *Nota del autor*: Consumers International (CI) es la federación internacional de organizaciones de consumidores, con más de 240 organizaciones miembros distribuidas en 120 países. Ver respecto a comercio electrónico: <http://www.consumersinternational.org/media/1460156/member-briefing-electronic-commerce-spanish.pdf>.

11 *Nota del autor*: Resolución 70/186 del 22/12/2015.

pertinentes sobre el comercio electrónico y sus correspondientes revisiones y, en su caso, adaptar esas directrices y normas a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales, para que puedan acatarlas, y colaborar con otros Estados Miembros en su aplicación a través de las fronteras. Al hacerlo, los Estados Miembros podrían tal vez estudiar las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

III. JURISPRUDENCIA

El caso “Pérez Morales c. Booking”¹²

La Cámara Nacional en lo Comercial rechazó el pedido de incompetencia de la página de reserva de alojamientos. En un escueto fallo, consideró aplicable las disposiciones del art. 2654 del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, remarcó las dificultades que se podían presentar para identificar el domicilio de los demandados y, por lo tanto, consideró que resultaba razonable estimar válido el domicilio real. Por último, ante la mentada dificultad, el tribunal determinó que los jueces argentinos debían asumir la jurisdicción en virtud del foro de necesidad establecido en el art. 2602 del Cód. Civ. y Com.

Tuvo la suerte el actor que le haya tocado en suerte un cyberproveedor con filial nacional ya que que conforme la página de Booking.com se remite en forma general, mediante condiciones preestablecidas o “términos” que se forzoso aceptar para poder continuar en la plataforma, el planteo de controversias a la jurisdicción de Amsterdam, en los Países Bajos.

En efecto, el fallo de Cámara parte del dato cierto que es la dificultad de hallar una pauta válida que determine la jurisdicción competente en un contrato celebrado en el ciberespacio y a tal evento, formula una solución. Esta se basa en que existe “un punto de conexión” con domicilio real, que es del de la filial argentina del demandado Booking.com Argentina SRL. Ello así, coincida o no con el sufijo geográfico (ar, br, fr, es, etc.) de la dirección electrónica o virtual. Dicho esto, en razón que del decisorio se desprende que el proveedor argumentó la jurisdicción extranjera aplicable al caso y por ende el planteo de incompetencia, en razón de la ubicación en extraña jurisdicción del server que permite la conexión o la localización física de sus computadoras. Acertadamente el fallo enuncia que, de ser así, se permitiría

¹² Pérez Morales, Gonzalo Martín c/ Booking.com Argentina SRL y otros s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 10/08/2017, en DPI Cuántico, *Diario de Derecho de Consumidores y Usuarios*, N° 129 - 29.08.2017.

migrar permanentemente la ubicación de los ordenadores y/o del punto de conexión y de esa manera eludir la acción de la justicia, cualquiera que sea, generándose inseguridad jurídica en el comercio electrónico (diríamos sin eufemismos, completa indefensión). Sepamos que el proveedor demandado en estos autos intentó la generación de ese fenómeno¹³.

Y dejó dicho el tribunal que en los casos en que resulte difícil o imposible ubicar al demandado, si existen suficientes elementos que lo vinculen con nuestro país, la norma debe interpretarse ampliamente y recibir el caso jurisdicción argentina, por aplicación del llamado foro de necesidad (art. 2602 CCC) a fin de evitar lo que llama una denegación internacional de justicia¹⁴.

Antes dijimos que el consumidor en este caso fue afortunado, dada la existencia de una filial argentina y de esa manera estar alcanzado por el párrafo segundo del art. 2654 que refiere a la existencia de “sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial” y podrá reclamar sus derechos ante jueces argentinos. Así, se aplica el art. 2654 con su sentido esencialmente protectorio, al conferir el abanico de posibilidades antes reseñado al consumidor actor, y ser más estricto y severo frente al caso del consumidor demandado. Sin embargo, la doctrina señala que entre el menú de opciones del art. 2654 está ausente, llamativamente, la posibilidad directa que consumidor accione ante los jueces de su propio domicilio¹⁵. Esta posibilidad –de existir en el futuro a través de una reforma legislativa–, nos obligaría a pensar acerca de la factibilidad técnica y temporal de una demanda desde la Argentina contra una matriz o sucursal extranjera, y las posibilidades de una eventual ejecución de una también eventual decisión favorable.

Ese es el gran peligro de las contrataciones web, que no es menor. Colocar al consumidor a merced de proveedores lejanos, nómadas o fantasmas. Mientras no existan en forma efectiva acuerdos empresariales internacionales de solución de controversias extrajudiciales, tratados resultantes de la cooperación internacional¹⁶, o regulaciones internas que obliguen

13 *Nota del autor*: del fallo de primera instancia conocemos que Booking Argentina negó haber tenido intervención en la contratación y que el titular de la página web es una empresa de nombre similar que tiene domicilio en Holanda. De seguirse esa lógica debió haber planteado una excepción de falta de legitimación pasiva.

14 *Nota del autor*: dice el art. 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Aunque las reglas del presente código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, estos pueden intervenir excepcionalmente con la finalidad de evitar la denegación de justicia siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

15 *Nota del autor*: llama la atención que en un listado tan amplio no figure la opción del domicilio del consumidor. Si bien, varias de las numerosas opciones dadas por el art. 2654 producirán, en los hechos, que el consumidor demande ante los tribunales de su domicilio, hubiese sido más razonable prever directamente esa opción a fin de evitar cualquier dificultad de acceso a la justicia por parte del mismo” (Chamadrópulos, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, La Ley, 2016).

16 Dentro de este conjunto de reglas estaría un código legislativo que regulase el comercio electrónico a escala internacional, aplicable a las transacciones internacionales por todos los países, vía tratado internacional o Código de Conducta en Internet, netiquettes, políticas de usos en la red (Internet Use Policies), regulaciones de proveedores de acceso a Internet, normas

a los proveedores web que oferten en el país a establecer algún tipo de anclaje territorial en la Argentina (sucursal, domicilio, caución, u otros), a la hora de controversias con los sitios transnacionales el consumidor corre un fuerte riesgo de indefensión.

Porque muchas veces el “anclaje” de una plataforma internacional en el país de la contratación, pretende presentarse jurídicamente como ilusorio. Los sitios de venta puntualizan como estrategia defensiva que la filial nacional, aunque tenga personalidad jurídica, no posee, no es titular, no administra, no controla, no mantiene ni gestiona el sitio web, ni representa a la titular internacional, entre otros argumentos referidos a la cuestión de fondo y relacionados con la aludida ajenidad de la plataforma a la contratación. Además, fundan sus argumentos en que el sitio está regido por términos y condiciones de uso que fueron aceptadas al ingresar.

Pretenden de esa manera intentar convencer que el sitio web accesible en el país del consumidor nada tiene que ver con la empresa que se relaciona con los consumidores, cuando las transacciones se hacen desde este país, el sitio es visible en este país, el consumidor sabe o cree que contrata con la plataforma y no con una empresa con domicilios transoceánicos sujetos a leyes que no conoce, creando lo que en sus consecuencias pasa a ser una verdadera defraudación respecto a la confianza, una ilusión respecto del sujeto real contratante, y un resultado pasmoso de indefensión.

La vinculación entre las dos empresas (matriz y filial) suele surgir incontrastable y vincula a ambas con la prestación debida y ante su deficiencia, con la responsabilidad.

Ha sido dicho respecto de este fallo que “Análogamente, aquel precedente sirve para entender a lo que se ven sometidos los consumidores que contratan con sitios internacionales de gran prestigio y relevancia como Booking.com, toda vez que la propia naturaleza internacional de la modalidad de contratación, los puede dejar al desamparo absoluto, dado que puede ocurrir que, como en el caso, personas radicadas en la República Argentina contraten desde el país un servicio de alojamiento que encuentra en el extranjero, utilizando los servicios de un sitio web que les brinda absoluta confianza, pero que ante eventuales conflictos busca desligarse de la situación invocando la localización (difícil de determinar) del sitio web y dándole una relevancia injustificada a la casa matriz de la empresa, a pesar de que esta cuente con su filial local en la Argentina, facture en el país y obtenga constantes réditos económicos a partir de la prestación de sus servicios a residentes de la Argentina o relativos a propiedades que se encuentran aquí, destinadas a la contratación por parte de residentes en el extranjero” (del dictamen Fiscal de Cámara, Dra. Gabriela Boquín en Expediente Número: COM - 19591/2016 Autos: C., M.

deontológicas, principios básicos de e-business, etc. Díaz Bermejo, Antonio “La resolución internacional de controversias en el comercio electrónico” en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4440-la-resolucion-internacional-de-controversias-en-el-comercio-electronico/>, accesible el 25 de Febrero de 2022.

E. c/ Booling.com Argentina SRL s. Ordinario)¹⁷. Aunque el concepto jurídico de “lugar” para determinar competencias, sea discutido en el comercio electrónico, dado lo etéreo del ciberespacio, que la oferta del sitio web (o direccionador) sea alcanzable en un país determinado, hace aplicable su normativa y jurisdicción.

Podokian, Leandro Mauro s/ denuncia”¹⁸

En este fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo suyo el dictamen del procurador, resolvió una cuestión de competencia acerca de un delito cometido en el marco de una transacción de comercio electrónico. Al respecto, al haber hecho una compra en una plataforma de internet, realizó el giro solicitado, pero jamás le enviaron el producto comprado.

La contienda negativa se dio entre el juzgado del domicilio del consumidor y un juzgado nacional de instrucción. La opinión del procurador se inclinó a favor de la competencia del juez provincial, por considerar que le correspondía en virtud del domicilio del comprador. De este modo, puede colegirse que consideró competente al juez del domicilio del consumidor¹⁹.

IV. LA NECESARIA RESPUESTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El consumidor no debe ser perjudicado, sea en el plano de la seguridad, la calidad, la garantía o el acceso a la justicia, sólo porque adquiere un producto o utiliza un servicio proveniente de otro país o suministrado por una empresa con sede en el exterior.

Quizá están bien protegidos por las normas nacionales de consumo que hasta establecen la competencia de los tribunales nacionales, pero falta regular los problemas derivados de la internacionalización: ley aplicable y competencia territorial. De lo contrario, demandar ante los jueces nacionales puede no servir para gran cosa.

Obsérvese que las normas nacionales reguladoras del comercio internacional, y el derecho uniforme del comercio internacional o la denominada *lex mercatoria*, en general no se

17 <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/08/Dictamen-Fiscalia-Gra.-CCom-M.E.C.pdf>, disponible al 18 de febrero de 2024.

18 CSJN, “Podokian, Leandro Mauro s/ denuncia”, del 02/10/2007, Competencia Nº 504. XLIII.

19 Ezequiel N. Mendieta y Sergio Sebastián Barocelli “La protección del consumidor en el comercio electrónico en la Argentina. Lineamientos jurisprudenciales y apuntes del anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” en *Revista Relación de Consumo*, Tambussi, Carlos (Dir.), Ed. Hammurabi, Vol. 2, Buenos Aires, (2019): pp. 213-228.

preocupan del flujo mercantil y no de proteger al consumidor, que no está exento de prácticas abusivas, sugerencias, engaños.

Son conexiones “neutras” y rígidas, más adaptables al relacionamiento entre iguales o, por lo menos, entre profesionales y comerciantes. Están construidas sobre la base del profesionalismo y la especialidad de los socios involucrados, para proteger a quien vende, a quien suministra el producto o el servicio, y no a quien sólo paga (comprador, beneficiario del servicio, “consumidor”).

En síntesis, entendemos que el derecho Internacional privado de consumo debe procurar:

- Armonizar las diferencias culturales y de desarrollo a través de la cooperación judicial y el respeto a las normas imperativas locales,
- Una nueva prevalencia de la residencia habitual del consumidor como nuevo elemento de conexión para determinar la ley aplicable al comercio
- Un nuevo criterio para determinar la competencia del foro.
- En particular: un concepto de consumidor común. Normas contractuales. Aplicación de la ley del país más favorable en el comercio consumo internacional y protecciones específicas fundamentalmente para el consumidor turista y para el comercio electrónico.

De modo que la internacionalización que implica el comercio electrónico, si no es debidamente regulada, puede favorecer solamente a los proveedores, o ser para ellos un excelente negocio. Por esa razón debe considerarse que el pago hecho desde la jurisdicción del consumidor, el uso de la tarjeta y un banco local para la transferencia, importan actos que implican la intención del demandado de dirigir su actuación al estado donde se radica el pleito, si es que no se acepta la mera accesibilidad de un anuncio de internet en ese lugar. De todas formas, el tema no debe verse con los criterios generales, sino que para el caso de consumidores la cuestión toma un cariz diferente, ya que demandar en su jurisdicción, pero a un contrincante extranjero no será de por sí una tarea fácil, pero litigar en extraña jurisdicción eventualmente transoceánica le resultaría directamente imposible. El consumidor paga a priori y queda a la espera que un proveedor cumpla con lo que ya ha pagado. Esa desventaja palmaria, en caso de controversia debe poder saldarse en jurisdicción del consumidor.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, “lo ideal sería establecer una regla (preferentemente en el ámbito del Derecho Internacional) en la cual se determine como principio el domicilio del consumidor para fijar la jurisdicción aplicable –presumiendo que esto sería lo más favorable para él– sin perjuicio de los demás puntos de conexión (como lugar de celebración o cumplimiento de la prestación) disponibles a su favor en caso de que le convenga para obtener una mayor protección.

En paralelo, las autoridades del lugar de residencia del consumidor deberían poder recibir y, a través de la mencionada cooperación internacional, gestionar el reclamo con su par correspondiente al domicilio (por ejemplo) del proveedor. De este modo, se podría obtener un sistema de reclamación y compensación lo más rápido, expedito, eficaz y menos engorroso posible. Esto, a su vez, contribuiría a sortear las barreras que se presentan en estos casos, tales como idioma, desconocimiento de la ley extranjera, escasez de tiempo para reclamar, entre otros”²⁰.

REFERENCIAS

– Álvarez Larrondo, Federico M. “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”. *RCyS*, 2013-III, p. 5.

– Barocelli Sebastián. “La defensa de las y los consumidores en los entornos digitales”. En <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2022-la-defensa-de-las-y-los-consumidores.pdf> disponible al 18/02/24.

– Díaz Bermejo, Antonio. “La resolución internacional de controversias en el comercio electrónico”. En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4440-la-resolucion-internacional-de-controversias-en-el-comercio-electronico/>, accesible el 25 de Febrero de 2022.

– Feldstein de Cárdenas Sara L. – Scotti Luciana B. “La convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, *Revista Científica de UCES*, 1-2007, vol. XI, ps. 59 y ss.

– Mendieta, Ezequiel N. y Barocelli, Sergio Sebastián. “La protección del consumidor en el comercio electrónico en la Argentina. Lineamientos jurisprudenciales y apuntes del anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”. *Revista Relación de Consumo*, Tambussi, Carlos (Dir.), Ed. Hammurabi, Vol. 2, Buenos Aires, 2019, pp. 213-228.

²⁰ Barocelli Sebastián, *op. cit.*

- Naciones Unidas TD/B/C. I/CLP/23. “Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo” Distr. general 29 de abril de 2013, en:
http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd23_es.pdf. disponible al 23/02/2024
- Stiglitz, Gabriel A. “El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur”. *La Ley* del 19-5-95.
- Tambussi Carlos. “El E - Commerce en el Nuevo Código Civil Argentino y el proyecto de ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la protección del Consumidor”. *Revista LEX* Nro. 16. Año XIII 2015 II. Universidad Alas Peruanas. Lima. Perú. Págs. 89/108. ISSN 2313-8861.
<https://doi.org/10.21503/lex.v13i16.866>

FALLOS

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 10/08/2017, “Pérez Morales, Gonzalo Martín c/ Booking.com Argentina SRL y otros s/ ordinario”, en DPI Cuántico, *Diario de Derecho de Consumidores y Usuarios*, N° 129 - 29.08.2017.
- CSJN, “Podokian, Leandro Mauro s/ denuncia”, del 02/10/2007, Competencia N° 504. XLIII.

Recibido: 23/02/2024

Aprobado: 10/04/2024



Abundancia, óleo sobre lienzo 99 x 55 cm.

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

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

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

*Expectativas de aborto inducido en una
universidad del centro de México*

*Expectations of Induced Abortion at a
University in Central Mexico*

Cruz García Lirios* <https://orcid.org/0000-0002-9364-6796>

María del Rosario Molina González* <https://orcid.org/0000-0001-6016-3889>

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2642>

* Doctora en Ciencia de Complejidad, Profesora de Asignatura, Universidad Autónoma del Estado de México.

Correo electrónico: cgarciali@uaemex.mx

** Doctora en Derecho. Profesora Investigadora, Universidad de Sonora, Navojoa, México

Correo electrónico: rosario.molina@unison.mx

Lex





Comprensión maternal, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Las políticas de interrupción del embarazo se distinguen por orientar las opiniones, decisiones y comportamientos hacia la solicitud individual del aborto, aún y cuando la literatura indica que la elección de pareja es definida por el grupo más cercano a la persona, las estrategias de gobierno parecen concentrarse en los motivos personales de quien solicita el servicio. El objetivo del presente trabajo fue establecer las dimensiones sociopolíticas y sociocognitivas del aborto. Se realizó un trabajo documental, exploratorio y psicométrico con una muestra de 100 estudiantes de una universidad pública seleccionados por sus prácticas y servicio profesional en instituciones de salud pública. Los resultados advierten una reducción a tres factores de los seis que se reportan en la literatura. Se recomienda la disminución a tres factores y once indicadores a fin de ajustar el instrumento a la muestra y su escenario de expectativas de interrupción del embarazo.

Palabras clave: *actitudes, aborto, conocimientos, creencias, modelo factorial.*

ABSTRACT

Pregnancy interruption policies are distinguished by orienting opinions, decisions and behaviors towards the individual request for abortion, even when the literature indicates that the choice of partner is defined by the group closest to the person, government strategies seem Focus on the personal reasons of the person requesting the service. The objective of this work was to establish the sociopolitical and sociocognitive dimensions of abortion. A documentary, exploratory and psychometric work was carried out with a sample of 100 students from a public university selected for their internships and professional service in public health institutions. The results show a reduction to three factors of the six reported in the literature. The reduction to three factors and eleven indicators is recommended in order to adjust the instrument to the sample and its scenario of expectations of termination of pregnancy.

Keywords: *attitudes, abortion, knowledge, beliefs, factor model.*

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de las actitudes hacia el aborto se enfoca en comprender y explicar las actitudes, creencias y opiniones de las personas hacia el aborto¹. Esta teoría se basa en el estudio de las actitudes individuales y colectivas que las personas tienen respecto al aborto, y cómo estas actitudes influyen en sus pensamientos, sentimientos y comportamientos relacionados con este tema². Algunos aspectos y enfoques clave dentro de la teoría de las actitudes hacia el aborto incluyen:

- *Formación de actitudes*: Examina cómo se desarrollan y se moldean las actitudes hacia el aborto a través de factores individuales, sociales y culturales³. Estos pueden incluir la influencia de la familia, la religión, la educación, los medios de comunicación y las experiencias personales.
- *Componentes de las actitudes*: Las actitudes hacia el aborto generalmente constan de tres componentes principales⁴. Cognitivo cuando las creencias, pensamientos o

1 Viviana Estefanía Guamán Gallegos, Freddy Rosendo Cárdenas Heredia, Ana Paula Alvarado Webster, and Carolina Estefanía Luzuriaga Campoverde, "Complicaciones y factores asociados al aborto espontáneo en mujeres adolescentes". *Brazilian Journal of Health Review* 6 (1), (2023):2790-2803. <https://doi.org/10.34119/bjhrv6n1-219>

2 Natalia Curtidor Gutiérrez, Natalia, «La discusión sobre el aborto desde el concepto de persona». *Revista Disertaciones* 5 (1), (2017):1-17. <https://ojs.uniquindio.edu.co/ojs/index.php/Disertaciones/article/view/74>

3 Patricia Laurenzo Copello, «Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos». *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, n.º 3 (mayo 2020):235-47

4 Evelyn Dayanna, Brito-Max y Freddy Rosendo Cárdenas-Heredia, «Aspectos bioéticos de la legislación del Aborto en Latinoamérica». *MQRInvestigar* 7 (3), (2023):1313-37. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.7.3.2023.1313-1337>

conocimientos que las personas tienen sobre el aborto (por ejemplo, opiniones sobre la moralidad, ética o derechos) definen sus comportamientos. Afectivo cuando los sentimientos emocionales asociados con el aborto (como la compasión, el juicio moral, la empatía) inciden en las decisiones de solicitud de aborto. Conductual cuando las acciones o comportamientos que las personas están dispuestas a tomar en relación con el aborto (como el apoyo a ciertas políticas, la participación en debates públicos, etc.) determinan un aprendizaje comportamental orientado hacia la solicitud de aborto.

- *Cambio de actitudes*: Examina cómo las actitudes hacia el aborto pueden cambiar con el tiempo debido a la exposición a nueva información, la influencia social, las interacciones con personas con diferentes opiniones y la reflexión personal⁵.
- *Impacto en el comportamiento*: Explora cómo las actitudes hacia el aborto influyen en el comportamiento de las personas, incluyendo decisiones personales, apoyo a políticas específicas, participación en actividades activistas, entre otros⁶.

Contexto sociocultural: Reconoce que las actitudes hacia el aborto están influenciadas por el contexto sociocultural, como las normas culturales, las leyes, las políticas gubernamentales y las percepciones sociales prevalecientes en una sociedad determinada⁷.

Esta teoría proporciona un marco conceptual para comprender las actitudes diversas y a menudo complejas hacia el aborto, permitiendo a investigadores, profesionales de la salud y responsables de políticas comprender mejor cómo se forman, cambian y afectan las opiniones de las personas en relación con este tema tan delicado y controversial⁸.

Las cifras relativas a la interrupción del embarazo asistido parecen evidenciar que es una problemática muy cercana a las familias que han procreado hijos y que por motivos económicos, deciden realizarse el aborto en hospitales públicos⁹. En este sentido, los estudios

5 Sandra Salomé Fernández Vázquez y Lucila Szwarc, «Aborto medicamentoso: transferencias militantes y transnacionalización de saberes en Argentina y América Latina». *RevIISE - Revista De Ciencias Sociales y Humanas* 12 (12), (2018): 163-77. <https://ojs.unsj.edu.ar/index.php/reviise/article/view/280>

6 Alejandra López Gómez y Elina Carril Berro, «Efectos del aborto clandestino en la subjetividad de las mujeres: resultados de una investigación cualitativa en Uruguay». *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 5 (diciembre 2010): 127-64. <https://doi.org/10.18002/cg.v0i5.3784>

7 Richard Ponce-Cusi, Yodanky Ochoa-Rodríguez, y Nesstor Pilco-Ferreto, «Consideraciones éticas del aborto en el contexto de la salud pública de América Latina». *Revista Del Cuerpo Médico Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo* 15 (1), (2022):148-50. <https://doi.org/10.35434/rmhnaaa.2022.151.1439>

8 Hernán Andrés Caneva, «El Aborto voluntario en debate. Análisis de la construcción de conciencias públicas en un programa de Tv abierta». *Question/Cuestión* 1 (61), (2019): e121. <https://doi.org/10.24215/16696581e121>.

9 Lucía Catuogno, «El aborto en América Latina. estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras (Paola Bergallo, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Juan Marco Vaggione, Comps.)». *Revista Debates Sobre Derechos Humanos*, n.º 3 (abril 2020): 303. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/659>.

sociopsicológicos en torno a la problemática han demostrado que el ingreso económico mensual es un factor determinante de la práctica abortiva. A medida que el salario disminuye, la asistencia a hospitales públicos para la interrupción del embarazo parece incrementarse.

Sin embargo, una relación asociativa entre la norma grupal y la práctica abortiva está determinada por la dinámica familiar es un factor determinante de la interrupción del embarazo en adolescentes más que en mujeres casadas¹⁰. Es decir, los valores morales de la familia parecen incidir en la práctica abortiva. En contraste, los matrimonios constituidos parecen ajustar sus decisiones a su situación socioeconómica. Tal diferencia entre madres solteras adolescentes y amas de casa en matrimonio fue también encontrada en un contexto de escasez de recursos económicos. Si el estado civil influyó en las decisiones de aborto en las adolescentes más que las mujeres que vivían con su pareja, entonces las diferencias de edad también son un factor de maduración importante. En este sentido, las creencias asociadas a las edades influyeron en las decisiones de aborto. Por su parte, la interrelación entre edad e ingreso económico mensual determinaron la práctica abortiva. Una réplica del estudio con la variable de escolaridad encontró una relación positiva. A medida que el nivel de estudios de las parejas se incrementa, su ingreso aumentaba y la interacción entre ambos factores incidía en la interrupción del embarazo.

Sin embargo, los estudios actitudinales no han establecido las relaciones entre las dimensiones sociopolíticas de las estrategias de aborto inducido respecto al sentipensar de quienes acuden a solicitar el servicio de interrupción del embarazo¹¹.

Por consiguiente, el objetivo del presente trabajo fue establecer las dimensiones de la solicitud de interrupción del embarazo a fin de poder comparar la estructura teórica reportada en la literatura con respecto a la estructura observada en el presente estudio.

¿Existen diferencias significativas entre las relaciones de las dimensiones teóricas con respecto a la estructura factorial analizada en el presente trabajo?

Hipótesis. Las políticas de confinamiento y distanciamiento implementadas para mitigar el impacto de la pandemia en la salud pública incrementaron los riesgos de embarazo y configuró una problemática de salud sexual y reproductiva al incentivar la demanda de interrupción legal del embarazo¹². Por consiguiente, se esperan diferencias significativas entre la estructura teórica reportada en la literatura consultada con respecto a las expectativas observadas en el presente trabajo.

10 Florencia Messore, «Del silencio del hogar al grito en el congreso. la configuración del aborto como un problema público en Argentina (1988-2018)». *Revista Mexicana De Estudios De Los Movimientos Sociales* 4 (2), (2020): 5-27. <https://www.revistamovimientos.mx/ojs/index.php/movimientos/article/view/192>.

11 Lucila Szwarc, «El aborto, de susurro a grito colectivo». *BORDES*, n.º 10 (noviembre 2018): 19-27. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/241>.

12 Paola Ingrassia, «La constitución de la violencia de género como problema público y los frames sobre aborto: Revisión crítica de antecedentes y propuesta de análisis». *Austral Comunicación* 9 (2), (2020): 519-51. <https://doi.org/10.26422/aucom.2020.0902.ing>.

II. MÉTODOS

Se llevó a cabo un estudio correlacional y transversal con una muestra no probabilística de 100 estudiantes ($M = 28.34$ $DE = 3.5$ edad y $M = 10\ 893.00$ $DE = 456.00$ ingreso mensual) de una universidad pública del centro de México.

Se construyó una Escala de Expectativas de Aborto la cual incluyó 15 reactivos con siete opciones de respuesta que van desde 0 = “nada probable” hasta 7 = “bastante probable”. La fiabilidad (0.780) alcanzó los valores suficientes para análisis de esfericidad y adecuación [$\chi^2 = 1800.022$ (105gl) $p = 0.001$; $KMO = 0.798$] necesarios para la validez que osciló entre 0.324 y 0.546.

Escala de Actitudes hacia el Aborto

Por favor, indica tu grado de acuerdo o desacuerdo con cada una de las siguientes afirmaciones utilizando una escala del 1 al 7, donde: *Nada de acuerdo, muy en desacuerdo, en desacuerdo, neutral, de acuerdo, muy de acuerdo, bastante de acuerdo.*

1. Apoyo la legalización del aborto en casos de violación o incesto.
2. Apoyo la penalización del aborto como medida para disuadir a las mujeres de recurrir a esta práctica.
3. Considero que el aborto es siempre moralmente incorrecto, independientemente de las circunstancias.
4. Considero que la interrupción del embarazo debería estar disponible en situaciones donde la salud física o mental de la mujer esté en riesgo.
5. Considero que la penalización del aborto es necesaria para proteger la vida del no nacido.
6. Considero que una mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, incluyendo la posibilidad de optar por un aborto.
7. Creo que el aborto debería estar prohibido en todas las circunstancias.
8. Creo que la decisión de abortar debería ser una opción legal y personal para las mujeres.
9. Creo que la interrupción del embarazo solo debería permitirse en circunstancias extremas y graves.
10. Creo que la legalización del aborto debería estar prohibida en todas las circunstancias.
11. La interrupción del embarazo debería ser legal en todos los casos.
12. La legalización del aborto debería ser apoyada para garantizar el acceso seguro a los servicios de aborto.
13. La legalización del aborto es una cuestión de derechos humanos y autonomía de las mujeres sobre sus propios cuerpos.
14. La penalización del aborto es esencial para preservar los valores familiares y la integridad de la sociedad.
15. La penalización del aborto es una cuestión moral y ética que debe ser respaldada por la ley.

Los encuestados fueron seleccionados por su adscripción a prácticas y servicio profesional en centros de salud pública. Se establecieron los conceptos mediante las técnicas de grupos focales y Delphi. La encuesta se aplicó en las instalaciones de la universidad pública. Se entregó contratos de confidencialidad y anonimato para garantizar el debido procesamiento de la información y el descargo de responsabilidad por el mal uso de datos personales. Los datos fueron procesados en JASP versión 18 y se estimaron los coeficientes de fiabilidad, esfericidad, adecuación, validez, ajuste y residual para el contraste de la hipótesis relativa a las diferencias significativas entre la teoría y la empírica revisadas.

III. RESULTADOS

El análisis de valores propios el cual indica el porcentaje de varianza total explicada a partir del número de observaciones indica que la estructura factorial se explica desde cinco indicadores (véase Figura 1). En otras palabras, la interrupción del aborto se explica con preguntas relativas a i) apoyo / condena a la legalización del aborto en casos de violación o incesto, ii) apoyo / condena a la penalización del aborto como medida para disuadir a las mujeres de recurrir a esta práctica, iii) apoyo / condena al aborto como moralmente incorrecto, independientemente de las circunstancias, iiiii) apoyo / condena a la interrupción del embarazo en situaciones donde la salud física o mental de la mujer esté en riesgo, iiiiii) apoyo / condena a la penalización del aborto como necesario para proteger la vida del no nacido. En este sentido, la Figura 1 muestra que se necesitan los primeros tres grupos de preguntas para explicar la mayor parte de la varianza relativa a las expectativas de aborto inducido.

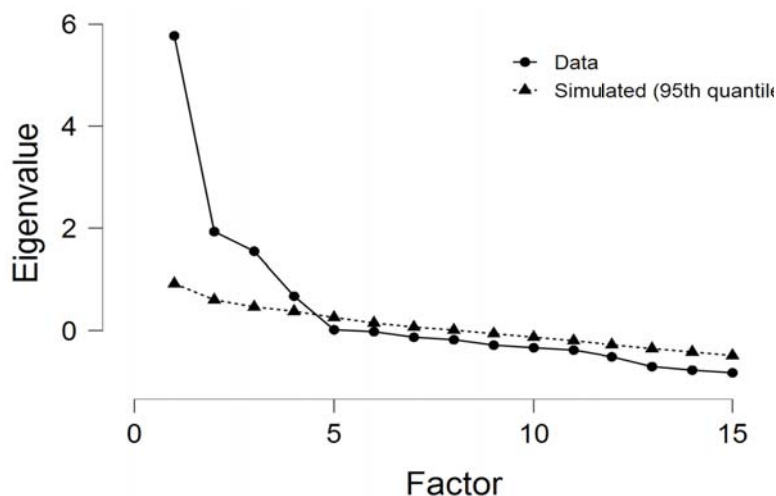


Fig 1. Scree plot

La estructura incluye tres factores relativos a conocimientos y creencias, experiencias personales y acceso y servicios de salud los cuales se vinculan a 12 reactivos (véase Figura 2). El primer factor se asoció con 2, 3, 5, 7, 9 y 11. El segundo con 8, 10 y 14. El tercero con 6 y 15. En este sentido, las políticas de acceso y servicios de interrupción del embarazo están asociadas a los conocimientos y creencias, así como a las experiencias de solicitud de aborto inducido.

Es decir, en el caso del primer factor, el mayor porcentaje de la varianza que explica las expectativas del aborto incluyen los reactivos alusivo a: i) Apoyo / condena a la penalización del aborto como medida para disuadir a las mujeres de recurrir a esta práctica; ii) apoyo / condena al aborto es siempre moralmente incorrecto, independientemente de las circunstancias; iii) apoyo / condena a la penalización del aborto es necesaria para proteger la vida del no nacido; iiiii) apoyo /condena al aborto como prohibición en todas las circunstancias, iiiiii) apoyo / condena a la interrupción del embarazo permisible en circunstancias extremas y graves; iiiiii) apoyo / condena a la interrupción del embarazo legal en todos los casos.

El segundo factor colateral y periférico a la explicación del aborto incluye: i) apoyo /condena a la decisión de abortar como una opción legal y personal para las mujeres; ii) apoyo condena a la legalización del aborto como prohibición en todas las circunstancias; iii) apoyo / condena a la penalización del aborto como esencial para preservar los valores familiares y la integridad de la sociedad.

El tercer factor que incluye: i) apoyo / condena al derecho que tiene una mujer a decidir sobre su propio cuerpo, incluyendo la posibilidad de optar por un aborto; ii) apoyo / condena a la penalización del aborto como una cuestión moral y ética que debe ser respaldada por la ley.

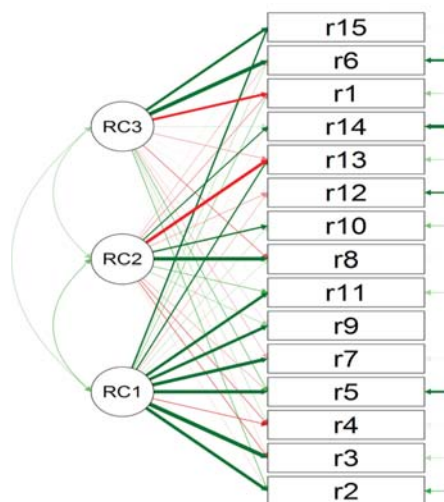


Fig 2. Path Diagram

Los valores de ajuste y residual [$\chi^2 = 358.103$ (63 gl) $p = 0.001$; TLI = 0.703; RMSEA = 0.229] sugieren el no rechazo de la hipótesis relativa a las diferencias significativas entre la estructura teórica respecto a las observaciones empíricas.

IV. DISCUSIÓN

El aporte del presente estudio consiste en el establecimiento de una estructura factorial exploratoria de tres ejes principales denominados: conocimientos y creencias, experiencias personales y acceso a servicios de salud relativos a la interrupción del embarazo. Los resultados sugieren un distanciamiento con respecto a la estructura teórica la cual considera factores adicionales: opiniones sobre política de aborto, perspectiva social y cultural, actitudes hacia la información. En este sentido, se recomienda aminorar el número de factores e indicadores para alcanzar el ajuste del modelo, aunque la inclusión de los reactivos que miden las demás dimensiones puede efectuarse previa reformulación. Es el caso de la perspectiva social y cultural que en las nuevas generaciones ha sido sustituida por una perspectiva de género¹³. O bien, las actitudes hacia la información que se diseminaron en medios de comunicación y ahora permea en las redes socio digitales¹⁴. Por consiguiente, la actualización de estas dimensiones permitirá establecer un modelo robusto de factores explicativos del aborto a través de la solicitud de interrupción del embarazo.

V. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo fue establecer un modelo factorial explicativo de las dimensiones de la solicitud de interrupción del embarazo. Los resultados sugieren un recorte de la escala original y la actualización de las dimensiones relativas a la perspectiva social y cultural por una perspectiva de género. O bien, la evaluación de los medios de comunicación tradicionales por la evaluación de las redes socio digitales. La inclusión de las dimensiones

13 Germán Santillán Delgado, Alfredo García Rosas, and Reynaldo Robles Cardoso, "Derecho a la paternidad, equidad de género y la permisibilidad del aborto en la ciudad de México". *Contribuciones a las Ciencias Sociales* 13 (3), (2023). <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/242>.

14 Lieta Vivaldi, «Posibilidades Para La investigación Social crítica: El Dispositif Del Aborto Desde Una Perspectiva Feminista». *Pléyade*, n.º 25 (julio 2020):107-27. <https://doi.org/10.4067/S0719-36962020000100107>

citadas permitirá anticipar escenarios dimensionales en los que la solicitud de aborto se refleja como una estructura de motivos, decisiones y acciones de interrupción del embarazo.

Respecto a la escala original, el porcentaje de varianza que explica no sugiere un recorte de su extensión en cuanto a número de reactivos, aunque si su reconfiguración de modo tal que discrimine a los encuestados para medir la polarización en torno a las expectativas de aborto ante la inseguridad derivada de la crisis sanitaria. En este sentido, se recomienda un estudio comparativo entre muestra identificadas con el apoyo / condena hacia la legalización del aborto, solicitud de interrupción del embarazo, libertad de decisión de la mujer sobre su cuerpo y circunstancias que justifiquen o no el aborto. La comparación de grupos permitirá contrastar los hallazgos del presente trabajo.

REFERENCIAS

- Brito-Max, Evelyn Dayanna, y Freddy Rosendo Cárdenas-Heredia. «Aspectos bioéticos de la legislación del aborto en Latinoamérica». *MQRInvestigar* 7 (3) (2023):1313-37.
<https://doi.org/10.56048/MQR20225.7.3.2023.1313-1337>
- Caneva, Hernán Andrés. «El aborto voluntario en debate. análisis de la construcción de conciencias públicas en un programa de TV abierta». *Question/Cuestión* 1 (61) (2019): e121.
<https://doi.org/10.24215/16696581e121>
- Catuogno, Lucía. «El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras (Paola Bergallo, Isabel Cristina Jaramillo Sierra Y Juan Marco Vaggione, Comps.)». *Revista Debates Sobre Derechos Humanos*, n.º 3 (abril 2020): 303.
<https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/659>
- Curtidor Gutiérrez, Natalia. «La discusión sobre el aborto desde el concepto de persona». *Revista Disertaciones* 5 (1) (2017):1-17.
<https://ojs.uniquindio.edu.co/ojs/index.php/Disertaciones/article/view/74>
- Fernández Vázquez, Sandra Salomé, y Lucila Szwarc. «Aborto medicamentoso: transferencias militantes y transnacionalización de saberes en Argentina y América Latina». *ReviISE - Revista de Ciencias Sociales y Humanas* 12 (12), (2018): 163-77.
<https://ojs.unsj.edu.ar/index.php/reviise/article/view/280>
- Gallegos Guamán, Viviana Estefanía, Freddy Rosendo Cárdenas Heredia, Ana Paula Alvarado Webster, and Carolina Estefanía Luzuriaga Campoverde. “Complicaciones y factores asociados al aborto espontáneo en mujeres adolescentes”. *Brazilian Journal of Health Review* 6 (1) (2023):2790-2803. <https://doi.org/10.34119/bjhrv6n1-219>

- Ingrassia, Paola. «La constitución de la violencia de género como problema público y los frames sobre aborto: Revisión crítica de antecedentes y propuesta de análisis». *Austral Comunicación* 9 (2) (2020): 519-51. <https://doi.org/10.26422/aucom.2020.0902.ing>.
- Messori, Florencia. «Del silencio del hogar al grito en el Congreso. la configuración del aborto como un problema público en Argentina (1988-2018)». *Revista Mexicana De Estudios De Los Movimientos Sociales* 4 (2) (2020): 5-27. <https://www.revistamovimientos.mx/ojs/index.php/movimientos/article/view/192>
- Lorenzo Copello, Patricia. «Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos». *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, n.º 3 (mayo 2020): 235-47. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/312>
- López Gómez, Alejandra, y Elina Carril Berro. «Efectos del aborto clandestino en la subjetividad de las mujeres: resultados de una investigación cualitativa en Uruguay». *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 5 (diciembre, 2010):127-64. <https://doi.org/10.18002/cg.v0i5.3784>
- Ponce-Cusi, Richard, Yodanky Ochoa-Rodríguez, y Nesstor Pilco-Ferreto. «Consideraciones éticas del aborto en el contexto de la salud pública de América Latina». *Revista Del Cuerpo Médico Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo* 15 (1) (2022):148-50. Lima, Perú. <https://doi.org/10.35434/rcmhnaaa.2022.151.1439>
- Szwarc, Lucila. «El Aborto, de Susurro a Grito Colectivo». *BORDES*, n.º 10 (noviembre 2018): 19-27. <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/241>
- Santillán Delgado, Germán, Alfredo García Rosas, and Reynaldo Robles Cardoso. “Derecho a la paternidad, equidad de género y la permisibilidad del aborto en la ciudad de México”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales* 13 (3) (2023). <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/242>.
- Vivaldi, Lieta. «Posibilidades para la investigación social crítica: el dispositivo del aborto desde una perspectiva feminista». *Pléyade*, n.º 25 (julio 2020):107-27. <https://doi.org/10.4067/S0719-36962020000100107>

Recibido: 22/12/2023

Aprobado: 10/05/2024

*Acción y omisión en la imprudencia médica
punible: relevancia de la distinción*
*Action and Omission in Punishable Medical
Malpractice: Relevance of the Distinction*

Liuver Camilo Momblanc* <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2644>

Lex

* 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



© 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.



Dolor, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.

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

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

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

RESUMEN

La complejidad técnica de los procesos de responsabilidad penal por imprudencia médica demanda el desarrollo de investigaciones que brinden solución a los numerosos problemas que enfrentan los tribunales penales frente a estos casos. En este artículo, a partir de las bases teóricas que inspiran el diseño dogmático de la conducta omisiva, se reflexiona sobre sus particularidades y proponen pautas para la necesaria distinción entre la acción y la omisión en el marco del actuar culposo por mala praxis médica, fuente de inagotables controversias en este sector del tráfico jurídico.

Palabras clave: *imprudencia médica, omisión, comisión por omisión, responsabilidad penal médica.*

ABSTRACT

The technical complexity of criminal liability proceedings for medical negligence demands the development of research to provide solutions to the numerous problems faced by the criminal courts in these cases. This article, based on the theoretical foundations that inspire the dogmatic design of omissive conduct, reflects on its particularities and proposes guidelines for the necessary distinction between action and omission in the context of negligent medical malpractice, a source of inexhaustible controversy in this sector of the legal traffic.

Keywords: *medical malpractice, omission, commission by omission, medical malpractice, medical criminal liability.*

I. INTRODUCCIÓN

Reflexiones iniciales

La ciencia médica no escapa de las dinámicas que caracterizan a la sociedad moderna, sociedad de riesgo o sentimentalizada¹; el desarrollo tecnológico que la caracteriza y las incertidumbres que la rodean inciden en los procesos en los que se debe determinar la responsabilidad del profesional de la salud por mala praxis, lo cual, desde sus primeras discusiones ha sido una tarea de extrema complejidad. A ello contribuye, no solo la doble naturaleza de la medicina como arte y ciencia, también las dificultades que se presentan al depurar los ámbitos en los que debe evaluarse: ético, administrativo, civil o penal. Esta última califica como una vasta zona gris en la que no siempre resulta fácil perfilar los presupuestos de intervención².

En ese ámbito se revela como una de las cuestiones más ininteligibles la distinción entre la conducta activa y omisiva con resultado de muerte o lesiones al paciente, lo que responde en gran medida al grado de dificultad y confusión que genera en el actuar culposo la distinción entre el momento omisivo y la omisión como forma de realización de la conducta. No es de extrañar, si tenemos en cuenta que la elaboración conceptual de la imprudencia y la omisión, así como el trazo

1 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008); Universidad de Capellania, «Los riesgos de la sociedad sentimentalizada», cap.info 132 (15 de noviembre de 2001), <http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada/>.

2 Liuver Camilo Momblanc, «La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n.o 51 (2021): 651-77, doi: <https://doi.org/10.24215/25916386e097>; Liuver Camilo Momblanc, «Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica», *Revista Lex* Año XIX, n.o 27 (2021): 195-230, doi: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v19i27.2256>; Liuver Camilo Momblanc, «La responsabilidad jurídica del médico, conceptos que se debaten entre dos ciencias», *Revista Cubana de Medicina General Integral* 37, n.o 3 (2021): 1-8.

de sus perfiles jurídico-penales, demandan en la actualidad gran parte de las energías de la doctrina, sin reparar en el abanico de dudas interpretativas que aún plantean.

Los estudiosos del Derecho penal en Cuba le han dedicado poco espacio a este tópico, razón por la cual adolece de un adecuado desarrollo teórico que inevitablemente impacta en la praxis judicial³. Sobre la conducta omisiva fundamentalmente destacan los oportunos planteamientos ofrecidos por Quirós Pérez⁴, pero al tratarse de un texto dirigido al pregrado, desarrolla los elementos puntuales de la omisión y la imprudencia. También resultan significativas las aportaciones de Pérez Duharte⁵, quien realiza un valioso estudio de la omisión como forma de la conducta penalmente relevante, para ocuparse de las peculiaridades de la autoría en los delitos omisivos.

En cualquier caso, no encontramos publicaciones que hayan centrado su objeto de estudio en la distinción entre la acción y la omisión, menos orientada al ámbito médico, a pesar de la importancia que ello reviste. El hecho de no distinguir o distinguir mal, especialmente en el ámbito de la imprudencia, entre acción y omisión, puede generar un confusionismo en materia de causalidad, al extremo de llevar a hablar, incluso en resoluciones judiciales, de relación causal ontológica en supuestos omisivos⁶.

La distinción entre la acción y la omisión también trasciende a la autoría⁷ y en general a la determinación de los presupuestos de la responsabilidad penal. De ahí la importancia de realizar una sistematización de las posturas científicas sobre el tema y definir aquellas pautas que faciliten la compleja labor de administrar justicia en supuestos de imprudencia médica punible, frente a la relevancia de la citada diferenciación.

II. LA CONDUCTA COMO SOPORTE MÍNIMO DEL DELITO

Las posiciones doctrinales relativas a la acción no han sido pacíficas⁸, la mayor polémica versa sobre la dificultad de lograr un concepto unitario capaz de comprender sus modalidades,

3 Liuver Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica» (Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2021), 70 ss.

4 Renén Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, vol. I, 4 vols. (La Habana: Félix Varela, 2005).

5 Arlín Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos» (Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2007).

6 *Cfr.* Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica», 78 s; Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona: PPU, 1989), 409 n. 478.

7 Arlín Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», en *Temas de Derecho Penal Parte General* (La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, 2015), 159-91.

8 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1a edición (Buenos Aires: Ediar, 2005), 326.

su naturaleza ontológica o normativa y su autonomía como categoría dogmática⁹. Algunos autores opinan que ninguna de las teorías¹⁰ enunciadas en los siglos XIX y XX es capaz de proporcionar un concepto común a todas las formas de aparición del hecho punible y que el centro de la teoría del delito se halla en la doctrina del tipo penal¹¹; de esta forma abandonan la idea de la acción como “*soporte mínimo* del edificio del delito”¹² y olvidan que sobre la base de su autonomía es posible excluir, desde el vértice del sistema, todo lo que no sea conducta humana en el sentido jurídico-penal¹³.

El primer criterio para la valoración de los hechos sometidos a la decisión de los tribunales es la acción como “construcción jurídico-penal”¹⁴, pues permite descartar aquellas que adolecen de relevancia punitiva, aunque desde el punto de vista ontológico sean conductas¹⁵. Se trata de los denominados supuestos de “no-acción” o “ausencia de acción por involuntabilidad” en los que falta la voluntad del agente¹⁶, y que, como es de suponer, también tienen virtualidad en el ámbito médico¹⁷.

Una de las dificultades de orden teórico y práctico que trasciende al análisis de la acción y su configuración típica consiste en establecer cuándo estamos ante una conducta activa u omisiva, puesto que en la dinámica de conformación de los actos delictivos suelen entremezclarse acciones y omisiones,¹⁸ cuya distinción es más compleja cuando debe precisarse en el marco de

9 Gimbernat Ordeig sostiene un concepto ontológico de acción que a su juicio es el de la doctrina «causal» con ciertas modificaciones. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia* XL, n.º III (diciembre de 1987): 579, 583 ss.

10 Estas teorías se conocen como las concepciones: hegeliana (Abegg, Köstlin, Berner), causalista (Liszt, Beling), neokantiana causalista (Mezger), finalista (Welzel), social (Schmidt, Maihofer), negativa (Herzberg, Behrendt), funcionalista (Jakobs) y personal (Roxin). Un estudio sobre sus éxitos y fracasos se puede ver en: Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal, 2.ª ed, vol. I (España: Civitas, S. A., 1997), 235-66; Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 326-34; Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, 2005, I:87-98.

11 Así lo estiman, p.ej., M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *Derecho Penal Parte General* (España: Tirant lo Blanch, 1987), 258-59; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal Parte General: Teoría jurídica del delito*, 2ª ed. (Madrid: Castellanos, 1986), 41.

12 Cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10ª edición actualizada y revisada (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 199. Las cursivas pertenecen al original.

13 Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:218, 233 ss., subraya la necesidad de considerar la acción humana como categoría previa a la tipicidad y, en particular, como «manifestación de la personalidad». Afirma que «al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido». Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 325; Yan Vera Toste, *Cuestiones sobre teoría del delito*, vol. pról. Omar Palermo (Argentina: Ediciones Olejnik, 2020), 20 s.

14 Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 310.

15 Cfr. Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:233-35; Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 307 s, 311; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal Parte General*, 254.

16 Para analizar los diferentes supuestos de ausencia de acción, véase: Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:233 s, 258-265; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 219-22.

17 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 238; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10ª edición actualizada y revisada (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 319.

18 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 237, 239; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016,

comportamientos imprudentes¹⁹. La relevancia reside en que, amén de su especial repercusión en materia de “comisión por omisión”²⁰, la definición del actuar como omisivo puede trascender al resto de las instituciones del Derecho penal y afectar, en determinados supuestos, la fijación de responsabilidad.

Muñoz Conde y García arán refieren que “[...] los presupuestos de la penalidad que hay que probar en un proceso penal son diferentes según se trate de una acusación por un delito de acción o uno de omisión”²¹. También lo advierte Silva Sánchez –referente imprescindible en este tema– cuando sostiene: “[...] *en todo caso sería obligado aceptar que la elección conduce a regímenes diversos en cuanto a aspectos de la teoría de la participación, de la tentativa, etc. [...] que en absoluto carecen de significación y por sí solos justificarían todo esfuerzo encaminado a una más clara diferenciación*”²².

Las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la omisión y su distinción de la acción como modalidad de la conducta humana en el sentido jurídico-penal están divididas. De una parte se advierten las referencias históricas (p.ej. Liszt-Beling) a los infructuosos intentos de construir la omisión pretípica; y, de otra, el mayoritario reconocimiento de un criterio normativo o al menos normativo-ontológico, porque ontológicamente lo que existen son comportamientos o conductas en sentido amplio²³.

De acuerdo con Mir Puig: “*En el plano ontológico y prejurídico sólo hay acciones y comportamientos positivos, los cuales pueden, al nivel jurídico, realizar tanto un tipo de acción como un tipo de omisión (o una ‘omisión’)*”²⁴. En esta misma línea, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan: “*En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que la omisión no es el puro y simple no hacer (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el concepto de omisión es necesariamente normativo*”²⁵.

El carácter activo u omisivo de una conducta vendrá dado por la comparación que de ella se realice frente a la norma penal que la tipifica. A partir de esta premisa, la conducta será activa

320 Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, vol. pról. Santiago Mir Puig (Barcelona: Bosch, 1986), 163 ss, 199 ss.

19 En este sentido, Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 179., «[...] la mayoría de los criterios tradicionales de distinción se han elaborado para los supuestos problemáticos de imprudencia, donde la cuestión se plantea de forma peculiar».

20 Cfr. Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 321. «La decisión de si concurre acción u omisión posee importancia práctica por la razón de que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los de comisión por omisión: Como se verá, éstos últimos presuponen el elemento adicional representado por la posición de garante del autor».

21 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 239.

22 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 176; el mismo, 163 y ss., 199 y ss.

23 Cfr. Susana Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión* (Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987), 307 s; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 197-99.

24 Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 198 s.

25 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 440.

si infringe una norma prohibitiva, mientras que será omisiva si infringe una norma imperativa o de mandato²⁶. Según Soler: “No es la forma física de la acción lo que caracteriza a uno y otro delito, sino la forma jurídica del precepto violado”²⁷. De este modo lo ratifica Pérez Duharte²⁸, quien significa que la existencia de una relación entre la esencia de la norma y la estructura del precepto puede ayudar a establecer la diferencia. En los delitos de acción (p.ej. Homicidio), la norma es negativa (no matar) y el precepto positivo (quien mate); en los ilícitos omisivos la norma es positiva (p.ej. deber de socorro: el sujeto está obligado a socorrer o auxiliar a la víctima) y el precepto es negativo (quien no socorra).

La doctrina penal comprende diferentes clasificaciones de la conducta omisiva de las que se pueden distinguir dos grandes posiciones: en un sector se ubican quienes adoptan una distinción bipartita y la clasifican en omisión propia o impropia²⁹, o bien en omisión pura y comisión por omisión³⁰. En el otro extremo, como postura mayoritaria, se encuentran aquellos que consideran insuficiente esa clasificación porque no abarca todas las clases de omisión y sostienen una distinción tripartita³¹. Sobre esa base la omisión puede manifestarse a través de tres modalidades: omisión propia, pura o simple³², omisión pura de garante³³ y comisión por omisión u omisión impropia (de configuración legal o judicial)³⁴.

26 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 237; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 318; Irene Navarro Frías, Esteban Sola Reche, y Carlos María Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», en *Derecho penal. Parte general-Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2a ed. (Granada: Editorial Comares, S.L, 2016), 149 s.

27 Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, vol. II Actualizado por Guillermo J. Fierro (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992), 198.

28 Arlín Pérez Duharte, «La determinación de autores en los delitos económicos y empresariales. Varias ideas de soluciones y varios puntos para el debate», *Dikaion* 27, n.o 1 (2018): 36, doi:10.5294/dika.2018.27.1.2.

29 Terminología alemana más frecuente también en Iberoamérica. Exponentes de esta forma de entender la omisión, aunque con diferentes criterios de clasificación: Enrique Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tercera reimpresión (Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A, 1996), 225 ss, 228 s; Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5a edición, renovada y ampliada (Granada: Comares, 2002), 651.

30 Terminología adoptada por la doctrina francesa que es la más extendida en España. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 321 ss; Diego-Manuel Luzón Peña, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.o 6 (julio de 2017): 149 ss.

31 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 239 ss; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:343 ss, 347 s. En nuestro país: Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», 162 s, 166 s, 168 ss.

32 Cfr. Patricia Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», en *Lecciones de Derecho Sanitario* (España: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 1999), 520 s, <https://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=569347>

33 También denominados: «delitos de omisión y resultado», «omisiones de gravedad intermedia», «omisiones puras agravadas», «omisiones de garante». Cfr. Virgilio Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», en *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018), 331 s; Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 521.

34 Cfr. Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, 2005, I:285; Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, vol. pról. Santiago Mir Puig (Barcelona: Bosch, 1986), 343, 347 ss.

De estas modalidades, la omisión impropia ha sido desde su nacimiento “[...] fuente de complejas e inagotables controversias, aun en sus cuestiones más particulares”³⁵, al extremo de constituir una “institución compleja de entender y aplicar”³⁶, sobre todo en su variante de configuración judicial. En este caso, su aparición supuso diferentes problemáticas, en particular la potencial vulneración en su variante de comisión por omisión de configuración judicial del principio de legalidad, por tratarse de omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminada y ser el tribunal quien lleva a cabo la configuración legal³⁷. De ahí que la adopción de una cláusula de equivalencia³⁸ en la parte general de los códigos penales que refrende esta variante de la omisión se entienda como la solución destinada a compatibilizar su punición con el aspecto formal del citado principio. De hecho, en el Derecho comparado no son pocos los códigos que contienen la cláusula de equivalencia cual norma de conversión de delitos de acción en delitos de comisión por omisión.³⁹

Faraldo Cabana apunta que un sector de la doctrina considera la cláusula de equivalencia innecesaria, puesto que la conducta omisiva que no evita la lesión al bien jurídico solo se sanciona en la medida en que se subsuma en la redacción del correspondiente tipo comisivo. Sin embargo, al mismo tiempo afirma que con su adopción se gana en seguridad jurídica, porque la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible⁴⁰.

Gómez Rivero⁴¹ refiere que un sector doctrinal mayoritario para valorar la comisión por omisión requiere comprobar la *posición de garante* en el omitente, a la cual adicionan la exigencia de una estricta *identidad estructural* entre el comportamiento activo y la comisión omisiva⁴². Una segunda postura, dominante en Alemania y extendida en España, agrupa a

35 Quirós Pírez, *Manual de Derecho penal*, I: 284.

36 Arlín Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», en *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pírez y Ulises Baquero Vernier*. (La Habana: Editorial UNIJURIS, 2018), 85.

37 Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 522; Renén Quirós Pírez, *Manual de Derecho Penal*, vol. I (La Habana: Félix Varela, 2005), 285; Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», 85 s, 92.

38 Cfr. Jacobo Dopico Gómez-Aller, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2.a Época, n.o Extraordinario 2 (2004): 282 n. 5.

39 Art. 25 Colombia, art. 18 Costa Rica, art. 13 Perú, art. 15 Paraguay, art. 13 Bolivia, art. 3 Uruguay, art. 23 Ecuador, art. El Salvador, art. 12 España, art. 13 Alemania, art. 40 Italia. Cfr. Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 155.

40 Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 521.

41 Cfr. María del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 453 ss.

42 Cfr. Luis Gracia Martín, «La comisión por omisión en el derecho penal español», *Nuevo Foro Penal*, n.o 61 (agosto de 1999): 121; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 240, 243 ss.

quienes sostienen que lo único importante es que pueda apreciarse el juicio de identidad estructural, al margen de que el omitente se califique o no como garante⁴³.

En ambos casos se plantea la exigencia de una identidad estructural entre la comisión activa y la comisión por omisión; esto es, la comprobación de que la no evitación del resultado equivale a su causación por acción. Ello ocurre cuando la omisión crea, desencadena, no controla o aumenta el peligro de lesión y es lo que justifica el castigo de la omisión como si se tratase de una comisión activa. Sin embargo, no se puede prescindir de la posición de garante como elemento normativo que delimita el ámbito en que puede valorarse la equivalencia material.⁴⁴

En efecto, ambas exigencias fundamentan el castigo de la omisión como si de una conducta activa se tratase, de lo contrario, se produciría un desmesurado ámbito de punibilidad. Para los defensores de la posición de garante, sería suficiente con la sola apreciación de tal condición en función de atribuir al omitente responsabilidad en comisión por omisión. De igual forma, en el otro extremo, con solo sostener el criterio de la equivalencia estructural bastaría la existencia de una omisión que de algún modo contribuya al resultado, con independencia de la índole de su contribución al suceso y la proximidad con el peligro que se acaba materializando.⁴⁵

También existe polémica en cuanto a la determinación de la fuente del deber de garante, esto es, los criterios que permitirían atribuir a un sujeto –en este caso un profesional de la salud– la condición de tutela del bien jurídico. El debate transcurre desde la adopción de criterios formales (la ley, el contrato, la injerencia o actuar precedente)⁴⁶ hasta las modernas corrientes que suelen concretar las fuentes conforme a una teoría funcional, atenta a posiciones materiales de deber. De acuerdo con Pérez Duharte, la solución debe ubicarse en la integración de ambos criterios: formal y material (teoría material-formal), lo que califica como una perspectiva sintética o ecléctica en la que el criterio formal está dirigido a esclarecer las relaciones del sujeto con respecto al bien jurídico y el segundo, enfocado a valorar las fuentes de las cuales surgen tales relaciones⁴⁷.

La existencia o no de una posición de garante por parte del sujeto que incurre en responsabilidad penal traza una distinción crucial a la hora de determinar el tipo de omisión. Si una vez instaurada la posición de garante el sujeto que, llegado el caso, se convierte en sujeto activo del delito, omite una acción exigida por el Derecho –p.ej. el médico abandona

43 En esta postura se ubica a Diego-Manuel Luzón Peña, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Poder Judicial*, n.o 2 (1986): 234.

44 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 454; Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 523 ss.

45 Cfr. María del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 454; Tomás S. (coord.) Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 706 s.

46 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 244 s; Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 158.

47 Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», 172 s; Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», 89.

al paciente— y de esto resulta un daño a la vida del sujeto pasivo, puede configurarse un delito de homicidio en comisión por omisión. En cambio, si no existe esa posición y el omitente no socorre, abandona, o no presta el auxilio debido a la persona que se convierte en sujeto pasivo, sería un contexto diferente al anterior que daría lugar a un delito de omisión propia (omisión de socorro o denegación de auxilio)⁴⁸. De acuerdo con Beriain: “[...] *el abandono se tiene que producir antes de que llegue a comenzar un proceso de tratamiento o diagnóstico. [...] si el profesional inicia una actividad de ese tipo y con posterioridad abandona al paciente dejándolo desatendido, estamos en un supuesto diferente, puesto que ya existe tanto la posición de garante como la obligación de cuidado*”⁴⁹.

En este punto, surge la cuestión sobre la precisión del momento en que se establece para los profesionales de la salud el deber de garante y, por tanto, el profesional que, llegado el caso, se convierte en el sujeto activo del delito, tiene que asumir las responsabilidades propias de tal condición. Al respecto, explica Silva Sánchez⁵⁰ que existen posiciones extensivas que consideran posible hacer responder en comisión por omisión a todo profesional de la salud que no atienda a un paciente que luego fallece o sufre lesiones. En tal caso, se entiende que estos tienen un deber profesional derivado del propio código deontológico que le sitúa en una permanente posición de garantía de los bienes jurídicos vida e integridad psicofísica, solo limitado por la idea de exigibilidad⁵¹.

Esa postura, como sostiene Silva Sánchez, es difícil de defender porque el código deontológico y los deberes éticos que de él derivan son insuficientes para la configuración de posiciones de garante que expresan una vinculación jurídica del sujeto. Además, desde una perspectiva político-criminal, es inadmisibles hacer garantes a los profesionales de la salud

48 Cfr. Iñigo de Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020), 76 s; Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos», 43; Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, I:706; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:168 s. En este sentido: Luis Rojas, «Delitos de omisión entre libertad y solidaridad», *Polít. crim.* 13, n.o 26 (diciembre de 2018): 687. «[...] en el caso de la omisión impropia, no se trata meramente de ‘solidaridad humana’, sino que el sujeto tiene una ‘posición de custodio’ del bien tutelado, llamada posición de garante y de la cual surge un ‘deber específico de actuar’. En cambio, en la figura de omisión de socorro se trata de una ‘norma imperativa general’ dirigida a todos los súbditos, de modo tal que entre autor y víctima solamente median las relaciones generales de una sociedad’».

49 Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», 2020, 87.

50 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley* 1 (1987): 955 s. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 528.

51 De esta forma de pensar: Ángel Pelayo González-Torre, *La intervención jurídica de la actividad médica* (Madrid, 1997), 35 ss; Javier Fernández Costales, *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería* (Burgos: La Ley, 1995), 43 ss., quienes consideran que existe un deber profesional que sitúa al médico en una permanente posición de garante, aunque no haya asumido el compromiso efectivo o se halle fuera de servicio.

que no se han comprometido a tratar a una persona. Lo contrario supondría un sobrecargo excesivo y extendería su responsabilidad hasta límites inaceptables⁵².

La doctrina dominante reduce los supuestos de posición de garante a aquellos casos en que el profesional de la salud ha asumido el tratamiento del paciente. A pesar de ello, antes del comienzo efectivo de la atención médica puede hablarse de una posición de esa naturaleza si se ha establecido un compromiso productor de los efectos que se atribuyen a una asunción efectiva⁵³. En consecuencia, según Gómez Rivero, la relación médico-paciente constituye el presupuesto mínimo que indica su instauración; ella es expresión de un acto de asunción por parte del profesional de la salud, generador de una confianza en el paciente que provoca que abandone otras medidas de protección⁵⁴.

No obstante, en los casos en que la asistencia es demandada con base a una obligación legal, el deber de garante se establece desde el momento de la demanda de auxilio con independencia de la previa existencia de un acto específico de asunción. De este modo, el médico de urgencias o de guardia que ocupa una plaza en un centro público, en tanto se encuentra en un escenario de monopolio de ayuda, y que por ello está, *ope legis*, obligado a asumir el tratamiento de la persona, cuando se niega a brindar asistencia origina una situación de riesgo consustancial a las coordenadas de la comisión por omisión⁵⁵.

Lo expuesto no quiere decir –como sostiene Gómez Rivero– que la obligación de actuar del profesional se grava de forma ilimitada o absoluta, sino que aparece acotada a los márgenes espaciales y temporales de su obligación, actualizada en cada demanda de auxilio. Esto es, no cabría atribuir responsabilidad en comisión por omisión derivada de una posición de garantía al médico que no socorre a una persona fuera de los horarios o de los días en que desempeña su actividad⁵⁶. Se trata de determinar, tal como afirma Silva Sánchez⁵⁷, el momento en que configurada la relación médico-paciente, el profesional de la salud se convierte en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado, en centro decisorio del mismo, lo cual también dependerá del caso concreto.

52 Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 956. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 528.

53 Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 956. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 529.

54 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 459 y ss. Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 957.

55 Cfr. Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 158 y ss., 162 y ss.; Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 462 s.

56 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 462 y ss.

57 Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 947. Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 529.

En los casos en que el vínculo asistencial nace de un acto contractual y cualquiera de las partes decide rescindirlo, el deber de garante continuará vigente siempre que retirar la atención signifique un riesgo para la indemnidad de la vida y la salud del paciente⁵⁸. Una vez que inicia la intervención médica se establece la posición de garante del profesional de la salud – deber jurídico de salvaguardar la vida y la salud del paciente– y solo desaparece cuando otro profesional la asume⁵⁹ o cuando el paciente, según el caso, renuncia a la asistencia⁶⁰ o cuando esta ya no es necesaria o eficiente.

Solo cuando exista la posición de garante del profesional de la salud y debido a una infracción del deber de cuidado se ocasione un daño a la vida o integridad psicofísica del paciente, es posible hablar de responsabilidad médica culpable, según el caso, comisiva o en comisión por omisión. En aquellos supuestos en los que el sujeto necesitado de asistencia no ha establecido ningún vínculo jurídico con el profesional, es decir, aún no es su paciente, no se configura la posición de garante frente a él; por lo que de denegarse la asistencia, en todo caso, si se cumplen los requisitos, pudiera valorarse la conducta como constitutiva de una omisión propia.

III. EL ARTÍCULO 8.4 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

La cláusula de equiparación, equivalencia estructural o norma de conversión que se establece en el apartado 4 del artículo 8 del vigente Código Penal viene a suplir un vacío que existía en el anterior (Ley 62/1987) atendiendo a las exigencias del *nullum crimen sine lege*. Ello implica mayor seguridad jurídica, puesto que de este modo la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura que compatibiliza, de mejor forma, con el citado principio limitativo del *ius puniendi*.

58 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 463.

59 La razón de ser de la continuidad de la posición de garante sobre la asistencia médica mientras otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad, habrá de encontrarse en su previa injerencia, nacida del compromiso asistencial que genera la obligación de mantenerlo, en tanto otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad. Cfr. *Ibid.*, 464; Íñigo de Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020), 77.

60 El derecho a renunciar al tratamiento médico ha sido reconocido ya en diversos países: España (Ley No. 41/2002, de 14 de noviembre), Italia (Ley No. 219/2017 sobre la base del art. 32 de la Constitución de ese país), Chile (Ley No. 20.584, de 24 de abril de 2012). Se dice que este derecho encuentra su base fundamental directa o indirectamente, según el país, en el art. 5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997). Cfr. Andrea Perin, «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020), 3 n. 9.

Hasta el presente ninguno de los códigos penales que rigieron en el país había establecido una cláusula genérica que legitimara la actividad conformadora e interpretativa del juzgador en cuanto a la equiparación del actuar omisivo con el activo, en aquellos supuestos en que el omitente adquiere una posición especial de garantía y a pesar de ello no evita, con una probabilidad rayana en la seguridad, la lesión del bien jurídico (delitos de comisión por omisión de configuración judicial).

En efecto, una previsión específica de las hipótesis de comisión por omisión en nuestra legislación penal responde a la necesidad de concretar legalmente aquellas pautas que fundamentan la equiparación y conminación del no hacer causante de un resultado con el hacer de forma activa. Además, resulta muy oportuna si tenemos en cuenta que, como señala Pérez Duharte⁶¹, la doctrina penal cubana no ha mostrado demasiado interés en el tema y en este tenor, en palabras de esa propia autora, solo Quirós Pérez⁶² razona acerca de la necesidad de límites claros en la ley que eviten la extensión de los delitos de comisión por omisión.

El sentido de garantía que dicha cláusula comporta resulta pertinente frente a una práctica jurídica en las que son escasas las resoluciones judiciales que plantean esta forma del comportamiento humano penalmente relevante. En pleno contraste se advierten sentencias en las que se sanciona como un delito activo una omisión que no evita el resultado sin entrar en detalle de los requisitos que lo justifican⁶³.

En mérito de lo anterior, para contribuir a que la previsión de esta cláusula llegue a ser acertada, lo que depende en gran medida de su correcta aplicación, se hace preciso interpretar en términos muy estrictos su contenido y alcance. Así, en correspondencia con los planteamientos doctrinales, según la letra del artículo 8.4 del Código Penal se efectúa una delimitación de la comisión por omisión a través de la exigencia de varios de requisitos⁶⁴.

Lo primero que enuncia el legislador como requerimiento de la comisión por omisión es la necesidad de la existencia de una conducta omisiva que no impide la realización del hecho punible. De ello se desprende que esta modalidad opera en delitos de resultado, lo que se confirma cuando la cláusula específica (incisos a y b del artículo 8.4) en qué circunstancias se pueden cometer por omisión dichos ilícitos penales. De lo contrario no habría ninguna

61 Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos», 86.

62 Quirós Pérez, Manual de Derecho Penal, 2005, I:299.

63 Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica», 79.

64 Artículo 8.4. Responde penalmente quien omita impedir la realización del hecho punible, sí: a) Tiene el deber jurídico de impedirlo, o si crea un peligro inminente que sea capaz de producirlo; y b) la omisión corresponde al delito, mediante un hacer. *Cfr.* Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)» (Gaceta Oficial No. 93 Ordinaria de 1.º de septiembre de 2022, 15 de mayo de 2022), https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf.

distinción con los delitos de omisión propia, pura o simple, en los que resulta indiferente a efecto de su caracterización la producción de un resultado al punto de considerarse como el equivalente de los delitos de mera actividad.

Solo cabe hablar de comisión por omisión en los delitos que consisten en la producción de un resultado, pero, al mismo tiempo, el legislador restringe el ámbito de aplicación de la cláusula cuando requiere que la omisión corresponda al delito, mediante un hacer (inciso b del artículo 8.4). Dicho de otro modo, junto al presupuesto de partida que alude al ámbito en el que puede operar la cláusula, el precepto delimita el tipo de equivalencia que puede generar que una omisión se castigue como comisión. En este tenor se requiere que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a la causación, lo que califica como la exigencia de la identidad o equivalencia estructural en la hipótesis de la comisión por omisión.

Otra de las exigencias para la configuración de esta variante de la omisión a la que también hace referencia el precepto comentado es a la concurrencia de un especial deber jurídico del omitente (inciso a del artículo 8.4), lo que la doctrina identifica como el requisito de la posición de garante. Con base en esta exigencia no cualquiera puede cometer un delito en comisión por omisión, sino solo aquellos obligados por un especial deber jurídico, lo que restringe el círculo de posibles autores directos. En efecto, se debe tratar de un deber jurídico específico y determinado, de evitación del resultado, que no se identifica con el cumplimiento general de las leyes.

El precepto no enumera o concreta las posibles fuentes de esa posición de garante, por lo que de conformidad con el criterio formal consideramos que comprenden este grupo la ley y el contrato. Al mismo tiempo, de la redacción de la segunda parte del precepto cabe inferir que en esa dirección igualmente se regula la idea de la injerencia o también llamada actuar precedente. Dado el carácter genérico del enunciado, consideramos que el legislador opta por la teoría mixta de la posición de garante en la redacción del precepto. En efecto, la decisión de no definir de forma expresa las fuentes del deber de garante responde a las concepciones más modernas que optan por no comprometerse en plantear límites, frente a la multiplicidad de casos que pueden sobrevenir en una sociedad tan dinámica como la contemporánea. De cualquier modo, habrá que acreditar que no se trata de un deber general de solidaridad que asegura la indemnidad de los bienes jurídicos, sino de un deber específico o cualificado, que califique como deber de garante.

IV. ACCIÓN U OMISIÓN: PAUTAS PARA SU DETERMINACIÓN

Frente a la distinción de acciones y omisiones es necesario evitar la confusión entre conducta omisiva y omisión del deber de cuidado. La tradicional formulación del delito culposo como omisión del cuidado debido, o bien, omisión de la debida diligencia e, incluso, infracción del deber de cuidado, conduce a pensar que todo delito imprudente es un delito omisivo. Si bien en la actuación imprudente existe un factor o momento omisivo –no se pone la debida diligencia, no se cumple el deber de cuidado– que viene dado por la infracción de la norma de cuidado, ello no significa que siempre se trate de conductas omisivas⁶⁵.

Las normas subyacentes a los delitos imprudentes de acción no son normas que obliguen a la observancia de un determinado cuidado, en realidad prohíben la realización de conductas que no se ajustan al debido cuidado⁶⁶. En estos casos, la norma no obliga a actuar con prudencia, sino que prohíbe actuar en forma descuidada. Su cumplimiento puede lograrse si se realiza la conducta de manera adecuada o mediante la abstención de actuar si no se es capaz de observar el debido cuidado; de manera que si la falta de prudencia depende de una conducta activa, esta no puede ser vista como una omisión. Jakobs explica que en el ámbito de la comisión, p.ej., no se prescribe el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado, por lo que en este caso no existe un deber de manejar⁶⁷. De ahí que Zaffaroni, Alagia y Slokar sostengan que identificar la imprudencia con la omisión sería en buen número de casos un mandato de hacer lo imposible⁶⁸.

Llevado al escenario de la imprudencia médica, como explica Silva Sánchez, el caso en que el facultativo no compruebe los datos relativos al grupo sanguíneo del paciente y realice una transfusión incompatible que le produce la muerte, no debe conducir a error en su valoración como una omisión; en realidad se trata de que ordenó o practicó la transfusión sin adoptar las medidas precautorias establecidas, esto es, con infracción del cuidado debido. Ello constituye

65 Advierten esta posible confusión: Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:203 ss; Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 64 ss; Tatiana Vargas Pinto, *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido* (Chile: DER Ediciones, 2018), 11, 16, 29.

66 Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 426; Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:1000; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:204.

67 Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2a edición, corregida (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997), 384.

68 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 426. «Si bien en la culpa siempre hay un momento omisivo (no se pone diligencia, no se observa el cuidado), no puede confundirse, porque el tipo culposo activo prohíbe una acción: no ordena que un ciego conduzca con cuidado, que un inexperto pilotee un avión correctamente [...], sino que les prohíbe hacerlo. Identificar la culpa con la omisión sería –en buen número de casos– un mandato de hacer lo imposible».

una causación activa imprudente del resultado y no una mera omisión de su evitación⁶⁹. Según señala el propio autor: “[...] entender que la infracción del deber de cuidado constituye una omisión supondría convertir todas las imprudencias activas en omisivas, solución que [...] ni siquiera los más radicales partidarios de la ‘tesis de la omisión’ están dispuestos a aceptar”⁷⁰.

En concordancia con lo anterior, resulta cardinal establecer pautas o criterios que posibiliten diferenciar cuándo se está ante una acción o ante una omisión⁷¹ y entre la multitud de propuestas que se han desarrollado figuran la teoría del punto central de la reprochabilidad, la teoría del sentido social, la teoría del movimiento corporal, las tesis pragmáticas, la teoría de la aplicación de energía y el criterio de la causalidad⁷². Este último es el fundamento teórico al que más se recurre⁷³, con base al cual, para hacer responsable a un sujeto por comisión será necesario que su comportamiento haya causado el resultado expresado en el correspondiente tipo⁷⁴.

Dado que en la omisión –lo que incluye la comisión por omisión– no puede hablarse de causalidad en sentido estricto (físico-natural), en el caso de que se compruebe que no hay causalidad naturalística entre la conducta del sujeto y el resultado típico, sino de la llamada “causalidad omisiva”, “cuasicausalidad” o “causalidad hipotética”, deberá afirmarse que no existe una conducta activa. En tal caso, existe una omisión pura o –si se cumplen los requisitos– una comisión por omisión, porque la ausencia de acción no causa materialmente el resultado, solo causa su no evitación en el entendido de que no hay causalidad real (*ex nihilo nihil fit*)⁷⁵.

En palabras de Silva Sánchez: “La llamada «causalidad omisiva», «cuasicausalidad» o «causalidad hipotética» no es, pues, sino un criterio de imputación objetiva que expresa la idea de evitación del resultado por la conducta debida determinable con una probabilidad rayana en la seguridad”⁷⁶. Dicho de otro modo por ese propio autor: “Se trata de determinar si el sujeto, de haber realizado la acción que omitió (la acción indicada), habría podido evitar el resultado al menos

69 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *DS 2* (diciembre de 1994): 42 s, 49.

70 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 205.

71 *Ibid.*, pról. Santiago Mir Puig: 177 y ss., «Dado que comisión y omisión no son fenómenos opuestos o inversos, sino próximos en algún extremo, son innegables las dificultades que deben ser afrontadas al proceder a la delimitación. En efecto, para algunos supuestos, dada su complejidad *sincrónica* o *diacrónica*, resulta extraordinariamente complicado decidir si deben ser integrados en un juicio de imputación comisiva u omisiva».

72 Sobre todas estas teorías, véase: *Ibid.*, pról. Santiago Mir Puig:179-98; Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 224 s; Enrique Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 2a edición totalmente renovada y ampliada (Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 1999), 534-36.

73 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:192 s, 200 s; Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 352.

74 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 191 y ss., 193, 200.

75 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:212.

76 *Ibid.*

*con una probabilidad rayana en la seguridad. De no ser así, no cabría imputación del resultado*⁷⁷. Por tanto, en el caso de la comisión por omisión, lo relevante no es la causalidad real, sino lo que podría haber pasado si el sujeto omitente hubiese cumplido con el deber derivado de la norma; es decir, la posibilidad concreta que tuvo de evitar el resultado (causalidad hipotética)⁷⁸.

En cambio, si se verifica la causalidad (físico-natural) se debe aseverar la existencia de una acción, aunque esto no impide que también se pueda apreciar la concurrencia de una conducta omisiva. De hecho, en determinados casos puede que concurren ambas modalidades, pero tratándose de un mismo sujeto y bien jurídico, se debe optar por la prevalencia de la conducta activa⁷⁹. Según señala Mir Puig, se debe empezar preguntando si el resultado se ha causado (físico-natural) por una acción que constituya delito y si la respuesta es positiva deberá afirmarse la presencia de un delito de acción (criterio de la causalidad)⁸⁰.

En los clásicos ejemplos del fabricante que entrega pelos de cabra a sus obreros sin desinfectarlos para la confección de pinceles y algunos fallecen al infectarse por bacilos de carbunco y en el del farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez un medicamento compuesta de fósforo y la suministra luego unas cuantas veces más sin requerir la receta, porque se lo pide la madre del niño enfermo quien muere de envenenamiento por fósforo⁸¹; se plantea el problema de si se realizó un acto positivo (la entrega de los pelos de cabra a los obreros, la entrega del medicamento) o una omisión (no aplicar el desinfectante establecido, no exigir la receta que le hubiera permitido saber del respaldo de un médico). En estos casos, como señala Bacigalupo, “[...] *la aplicación del criterio de la causalidad conduce a la afirmación de un hecho positivo. El entregar pelos de cabra a los obreros y el expender el medicamento son causa del resultado porque suprimiendo estas acciones mentalmente el resultado no se hubiera producido (conditio sine qua non)*”⁸².

77 Jesús-María Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *DS 2* (diciembre de 1994): 48.

78 Cfr. Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», 2020, 78; Esther Hava García, «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.o 2 (2017): 21; Vargas Pinto, *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*, 8.

79 Cfr. Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 354; Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», diciembre de 1994, 48. Advierte de la posibilidad de que también se produzca un concurso de delitos de acción y de omisión: Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 320; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:194 ss.

80 Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 320.

81 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:200 ss; Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 458 ss; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 307.

82 Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 224.

Otros casos problemáticos objeto de análisis por la doctrina y la jurisprudencia española también generaron confusión de si se estaba ante un delito de acción o uno de omisión. La muerte a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente podía contemplarse tanto desde la perspectiva de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde la perspectiva de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del paciente porque con anterioridad se introdujo en él por el facultativo)⁸³.

En este sentido se formularon diferentes criterios para la efectiva distinción entre acción y omisión desarrollados por Gimbernat Ordeig⁸⁴, Hava García⁸⁵, Gómez Rivero⁸⁶ y Rodríguez Vázquez⁸⁷, de gran utilidad en el ámbito médico. Este último distingue dos concepciones: a) el concepto reducido o de la estratificación de la conducta médica y, b) el criterio de la contemplación global de la intervención médica. Según el primero –defendido por Gimbernat Ordeig y Hava García–, la intervención médica imprudente se entiende como un complejo integrado por diversas conductas, unas activas y otras omisivas susceptibles de ser consideradas de forma aislada, diferenciadas; o sea, correctamente individualizables (estratificadas). Para definir a cuál de ellas imputar el resultado se utiliza un criterio temporal que exige la valoración de su aparición cronológica. Este se complementa con el principio de la prevalencia de la conducta activa, en caso de que el resultado lesivo pueda ser imputable a ambas conductas⁸⁸.

Sobre esa concepción, cuando de la intervención del sujeto se diferencien dos conductas, una omisiva y una activa, Gimbernat Ordeig distingue tres variantes: 1) supuestos de hecho en los que la omisión precede a la acción causante del resultado; 2) supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión y, 3) supuestos de hecho en los que, mediante acciones y omisiones, intervienen varios sujetos en el acontecimiento que desemboca en el resultado típico⁸⁹.

En el marco de la primera variante, o sea, cuando la omisión (no se efectuaron las pruebas preceptivas para detectar la eventual existencia de anticuerpos anti-VIH) ha precedido a la acción (transfusión de sangre contaminada) y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces la omisión es atípica en el sentido de un delito de resultado. En este

83 Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII, n.o fascículo III (diciembre de 1994): 13 s; Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 355 ss.

84 Cfr. Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 13 y ss.

85 Cfr. Esther Hava García, *La imprudencia médica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 120 ss.

86 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 348 ss.

87 Cfr. Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 354 ss.

88 *Ibid.* 355.

89 Cfr. Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 16 y ss. En esta misma línea: Hava García, *La imprudencia médica*, 120 ss.

supuesto solo se puede declarar una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero peligro y el único comportamiento penalmente relevante será el activo causante de la lesión típica.

En el segundo supuesto (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), la omisión prevalecerá cuando el comportamiento activo (introducción de la gasa en el cuerpo del paciente) no haya sido típico, porque al tiempo de ejecutarlo no concurrió imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede se realiza de forma imprudente, entonces prevalecerá el comportamiento más grave (acción u omisión). Siempre se desplaza el de menor entidad y cuando sean igualmente graves, prevalecerá la comisión activa.

Si en el acontecimiento intervienen varios sujetos, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplan con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión. Quien cause de forma activa la lesión con el foco de peligro responderá por un delito imprudente de acción, a no ser que la causación fuera para él fortuita por corresponder solo a aquellos las funciones de vigilancia del foco.

En el otro extremo, según el criterio de la “contemplación global” de la intervención médica, la conducta seguida por el profesional de la salud en la atención que realiza a un paciente debe entenderse en un sentido amplio. Ello quiere decir que en lugar de recurrir a una división de la intervención médica en varios actos, esta se aprecia de forma unitaria, como una sola conducta global integrada por aspectos activos y pasivos⁹⁰.

Según señala Rodríguez Vázquez, para los seguidores de esta concepción la conducta se identifica con alguna de las fases de la atención médica: anamnesis, diagnóstico, pronóstico y tratamiento⁹¹. Puesto que estas fases se desarrollan mediante acciones debe concluirse que, en general, la conducta es activa. En su ejecución puede que el profesional de la salud no tome las medidas adecuadas, no realice determinadas pruebas al paciente, olvide elementos extraños en el campo operatorio o no adopte determinadas medidas de control; pero todos estos actos serían aspectos negativos de una misma conducta activa: diagnosticar o aplicar un tratamiento, de modo que la apreciación de una conducta omisiva en este contexto sería excepcional⁹².

Gómez Rivero, defensora del criterio de la “contemplación global” argumenta que solo cuando pueda predicarse la autonomía de la omisión frente a la conducta activa y situarse en un momento secuencialmente distinto del inicial comportamiento activo del agente, tiene sentido plantearse las bases de responsabilidad conforme a los esquemas de un delito de omisión.

90 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 357 ss.

91 Sobre estas fases véase: Gonzalo J. Camarero González, «La responsabilidad penal del médico respecto de los bienes jurídicos vida y salud del enfermo. El tratamiento médico arbitrario», en *Octavo Curso de Patología Forense. Patología Forense y Administraciones Públicas* (España: Rioja Salud, Gobierno de la Rioja, 2009), 56-58.

92 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 358.

Lo contrario, a juicio de esa autora, supondría convertir todas las imprudencias activas en omisiones, lo cual significaría desterrar la posibilidad de apreciar la imprudencia por acción⁹³. También sostiene que “[...] *la calificación del comportamiento como omisivo debe reservarse para los casos en que dicha omisión no se inserte en el contexto más amplio de una conducta activa, esto es, aquellos supuestos en que la dejación de la conducta exigible no se corresponda con la pasividad propia de la falta del deber de cuidado de un comportamiento activo*”⁹⁴.

En el supuesto de operaciones quirúrgicas en las que el cirujano olvida una gasa en el abdomen del paciente Gómez Rivero considera que “[...] *esa dejación de un hacer no es el fundamento de su eventual responsabilidad por un delito de omisión impropia; es, simplemente, el aspecto omisivo de una infracción de deber más amplia que tacha como imprudente a la contemplación global de la maniobra activa que representa la intervención*”⁹⁵.

En el caso de la transfusión sanguínea, también entiende que la conducta relevante –la transfusión– es una conducta activa; mientras que la falta de pruebas de la sangre no es sino el aspecto que justamente cualifica a la acción como imprudente⁹⁶. En este supuesto coincide con Gimbernat Ordeig, en que aquí la omisión en sí misma contemplada “[...] *no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como única conducta típica una activa (imprudente) es a ella a la que necesariamente hay que vincular la imputación del resultado*”⁹⁷.

Sin embargo, desde la propia perspectiva del “criterio de la causalidad” como pauta a partir de la cual evaluar la distinción entre los comportamientos activos y omisivos, la “contemplación global” de la intervención médica no sería eficaz para establecer la distinción en este ámbito. Rodríguez Vázquez apunta que si bien en el 99 % de los casos el diagnóstico supone una acción –valoración del estado del paciente y posible evolución de la enfermedad–, esto no dice nada sobre su calificación jurídica como conducta activa o pasiva. Desde el punto de vista penal es necesario colocar el proceder médico en relación con el resultado lesivo y preguntarse si es causa material o no de aquél. En estos términos, si la conducta derivada del diagnóstico, es decir, las acciones terapéuticas no coadyuvan físicamente al acontecimiento, no puede afirmarse que cause el resultado lesivo. Si no existe causalidad (naturalística) no puede considerarse que sea una conducta activa (criterio de la causalidad)⁹⁸.

Por otro lado, si la conducta relevante es la omisión que resulta del diagnóstico equivocado, la cuestión que habría que dirimir es si a esa omisión se le puede atribuir el resultado lesivo en comisión por omisión⁹⁹. En esta dirección también resultan de aplicación las ideas de Silva

93 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 347 y ss., 350 y ss.

94 *Ibid.*, 352.

95 *Ibid.*, 347.

96 *Ibid.*, 348.

97 Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 20. Las cursivas pertenecen al original.

98 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 362 s.

99 *Ibid.*, 362

Sánchez: “*La imputación del resultado por vía omisiva adquiere significado cuando el método alternativo empleado es inocuo pero ha bloqueado la aplicación de métodos convencionales que ex ante aparecerían como eficaces (si no, no habría siquiera omisión imprudente)*”¹⁰⁰.

Lo anterior no significa que los supuestos de error en el diagnóstico se deban calificar siempre como conductas omisivas. Si el tratamiento aplicado incide de manera causal en la salud del sujeto incrementando físicamente el riesgo que se traduce luego en el resultado, entonces se podría decir que la conducta médica imprudente es activa, pues no sería distinta a inyectar un fármaco que produce una reacción adversa al paciente alérgico. El criterio de causalidad permite afirmar que en los supuestos en los que el médico prescribe y se inyecta un fármaco al que es alérgico el paciente, sin percatarse de tal situación porque no le pregunta ni consulta su historial clínico, se trata de conductas activas y no omisivas¹⁰¹. En este caso, la conducta que desencadena el curso causal no es la ausencia de una pregunta, sino la prescripción e inyección del fármaco¹⁰². En efecto, todo indica que se deberá acoger el concepto “reducido” o de la estratificación de la conducta médica. No obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto porque las soluciones propuestas, en ocasiones, suponen una segmentación excesiva de la intervención médica.

En resumen, de conformidad con el análisis que impone el juicio de responsabilidad en sede penal, para referirse a la imprudencia médica: 1) tiene que existir una conducta (acto médico) como elemento base del delito, ya que sin conducta no hay comisión delictiva de ninguna clase, ni activa ni omisiva; 2) cuando en el contexto de una intervención médica en la que ya existe una posición de garante se origina un daño a la vida o la integridad psicofísica del paciente (por mala praxis médica), ello puede suceder tanto por acción como en comisión por omisión; 3) frente a las dificultades que en el ámbito de la imprudencia médica supone la frecuente mezcla entre acciones y omisiones, debe adoptarse en función de la necesaria distinción, el concepto “reducido” o de la estratificación de la conducta médica, así como el criterio de la causalidad; no obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto.

En definitiva, se proponen como pautas relativas a la determinación de la conducta médica penalmente relevante y su modalidad activa u omisiva, las siguientes:

1. Las conductas de los profesionales de la salud que alcancen relevancia penal en supuestos de homicidio o lesiones culposas pueden acontecer tanto por acción como por omisión. En este último caso, de las modalidades de la conducta omisiva que comprende la

100 Jesús María Silva Sánchez, *Medicinas alternativas e imprudencia médica* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999), 84.

101 Cfr. Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», diciembre de 1994, 43, 49.

102 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 351 s; Virgilio Rodríguez Vázquez, «Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos», *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.o 89 (diciembre de 2017): 116.

doctrina penal solo es dable la denominada comisión por omisión, tratándose en la legislación penal de tipos activos con resultado de daño.

2. El denominado factor o momento omisivo, que desde la perspectiva jurídico-penal se plantea que siempre existe en toda conducta imprudente, no debe conducir a la errónea interpretación de ese momento con la modalidad de la conducta; ello podría llevar a la incorrecta consideración de los delitos imprudentes como delitos omisivos.
3. Para diferenciar cuándo se establece una acción o una omisión, ha de seguirse el “criterio de la causalidad” según el cual es una acción si se comprueba que la conducta causó, en el orden físico-natural, el resultado típico (la muerte o lesiones al paciente). De no existir una causalidad material entre la conducta del profesional de la salud y la muerte o lesión del paciente, sino la llamada “causalidad omisiva” o “causalidad hipotética”, deberá afirmarse que no hay conducta activa, tipificándose si se cumplen los requisitos, un delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión.
4. Frente a las dificultades que en el ámbito de la imprudencia médica supone la frecuente mezcla entre acciones y omisiones, en función de la necesaria distinción, debe adoptarse el concepto reducido o de la estratificación de la conducta. Desde este punto de vista, la intervención médica imprudente se entiende como un complejo integrado por diversas conductas, unas activas y otras omisivas, todas ellas susceptibles de ser consideradas de forma aislada. Para definir a cuál imputar el resultado se utiliza un criterio temporal que exige valorar su aparición cronológica, complementado con el principio de la prevalencia de la conducta activa, en caso de que el resultado lesivo pueda ser imputable a ambas.

En la medida en que de la intervención del sujeto se diferencien dos conductas, una omisiva y una activa, se distingue tres variantes: 1) supuestos de hecho en los que la omisión precede a la acción causante del resultado; 2) supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión; 3) supuestos de hecho en los que, mediante acciones y omisiones, intervienen varios sujetos en el acontecimiento que desemboca en el resultado típico.

Cuando la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces la omisión es atípica en el sentido de un delito de resultado, en tal caso puede integrar una infracción administrativa y el único comportamiento penalmente relevante será el activo causante de la lesión típica.

En la segunda variante, la omisión prevalece cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque al tiempo de ejecutarlo no concurrió imprudencia. Por el contrario, si la acción que precede se realiza de forma imprudente, entonces prevalece la conducta más grave (acción u omisión), siendo desplazada la de menor entidad. Cuando sean igualmente graves, prevalecerá la comisión activa.

Si en el acontecimiento intervienen varios sujetos, los encargados de vigilar que el foco de

peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido, responderán cuando no cumplan con su obligación y por esa inactividad lo harán por un delito imprudente en comisión por omisión. Quien cause activamente la lesión con el foco de peligro responderá por un delito imprudente de acción, a no ser que la causación fuera para él fortuita por corresponder a aquellos de forma exclusiva las funciones de vigilancia del foco. No obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto.

5. La relación médico-paciente, en tanto expresión de un acto de asunción por parte del profesional de la salud generador de una confianza que provoca el abandono de otras medidas de protección, se constituye en presupuesto que indica la instauración de la posición de garante, salvo los casos en que este se encuentra en un escenario de monopolio de ayuda (v.gr., médico de urgencias o de guardia) y que, por ello, está obligado a asumir la asistencia que le fuere demandada. En efecto, una vez que inicia la intervención médica se establece la posición de garante del profesional de la salud y solo desaparece cuando otro la asume o cuando el paciente, según el caso, renuncia a la asistencia o cuando esta ya no es necesaria o eficiente.

Si una vez instaurada la posición de garante el profesional de la salud omite una acción exigida por el Derecho, resultando de ello un daño a la vida del sujeto pasivo, puede configurarse un delito de homicidio en comisión por omisión. En cambio, si no existe esa posición y el omitente no socorre, abandona o no presta el auxilio debido al sujeto que, llegado el caso, se convertiría en sujeto pasivo, sería un contexto diferente al anterior, en el que puede evaluarse un delito de omisión propia, que en nuestra actual ley penal pudiera subsumirse en el artículo 188 que define y sanciona el delito de Denegación de auxilio¹⁰³.

V. REFLEXIONES FINALES

En el marco de la determinación de la responsabilidad jurídico-penal, con apego al principio de legalidad y la seguridad jurídica se advierte la necesidad de que en los casos de imprudencia médica se esclarezca si los hechos realizan el tipo penal en comisión activa o en comisión por omisión, por cuanto esta última modalidad de la conducta omisiva obliga al juzgador a entrar en detalles sobre el cumplimiento de los elementos que la configuran.

103 Artículo 188. El médico que, requerido para prestar algún auxilio relacionado con su profesión, en caso urgente y de grave peligro para la vida o la salud de una persona, se abstenga de prestarlo sin causa justificada, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, siempre que el resultado de su omisión no constituya un delito de mayor entidad. Cfr. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)».

En relación con la comisión por omisión la legislación penal cubana, en términos generales, ha ofrecido como solución la interpretación mediante los delitos de configuración judicial con los riesgos de vulneración al principio de legalidad que ello supone. Es el Tribunal, al momento de aplicar la norma, quien lleva a cabo la configuración del tipo penal si bien, a diferencia de su precedente normativo, en el nuevo Código Penal felizmente se estableció la cláusula de equivalencia o equiparación del actuar omisivo con el activo, con lo cual se gana en seguridad jurídica, en tanto la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba. «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)». Gaceta Oficial No. 93 Ordinaria de 1ro. de septiembre de 2022, 15 de mayo de 2022. https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal Parte general*. 2a edición totalmente renovada y ampliada. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 1999.
- Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A, 1996.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Traducido por Rosa S. Carbó. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008.
- Camarero González, Gonzalo J. «La responsabilidad penal del médico respecto de los bienes jurídicos vida y salud del enfermo. El tratamiento médico arbitrario». En *Octavo Curso de Patología Forense. Patología Forense y Administraciones Públicas*, 47-90. España: Rioja Salud, Gobierno de la Rioja, 2009.
- Camilo Momblanc, Liuver. «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica». Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2021.
- . «La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica». *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de La Plata, n.o 51 (2021): 651-77. doi:<https://doi.org/10.24215/25916386e097>.
- . «La responsabilidad jurídica del médico, conceptos que se debaten entre dos ciencias». *Revista Cubana de Medicina General Integral* 37, n.o 3 (2021): 1-8.
- . «Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica». *Revista Lex* AÑO XIX, n.o 27 (2021): 195-230. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v19i27.2256>.

- Cobo del Rosal, M., y T.S. Vives Antón. *Derecho Penal Parte General*. España: Tirant lo Blanch, 1987.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU, 1989.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2.a Época, n.o Extraordinario 2 (2004): 279-315.
- Faraldo Cabana, Patricia. «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico». En *Lecciones de Derecho Sanitario*, 519-54. España: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 1999. <https://dialnet.uniroja.es/serviet/articulo?codigo=569347>.
- Fernández Costales, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería*. Burgos: La Ley, 1995.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. «Causalidad, omisión e imprudencia». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII, n.o fascículo III (diciembre de 1994): 5-60.
- . «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia XL, n.o III (diciembre de 1987): 579-607.
- Gómez Rivero, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Gracia Martín, Luis. «La comisión por omisión en el derecho penal español». *Nuevo Foro Penal*, n.o 61 (agosto de 1999): 125-68.
- Hava García, Esther. *La imprudencia médica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- . «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena». *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.o 2 (2017): 1-36.
- Huerta Tocildo, Susana. *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2a edición, Corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.
- Jescheck, Hans Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. 5a edición, Renovada y ampliada. Granada: Colmares, 2002.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS». *Poder Judicial*, n.o 2 (1986).
- . «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación». *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.*, n.o 6 (julio de 2017): 145-272.

- Miguel Beriain, Iñigo de. «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia». En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 75-92. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- . «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia». En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 75-92. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 10 a edición actualizada y revisada. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. 8a edición, Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Navarro Frías, Irene, Esteban Sola Reche, y Carlos María Romeo Casabona. «El tipo de omisión doloso e imprudente». En *Derecho penal. Parte general-Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2a ed., 149-65. Granada: Editorial Comares, S.L, 2016.
- Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal Parte General: Teoría jurídica del delito*. 2a ed. Madrid: Castellanos, 1986.
- Pelayo González-Torre, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica*. Madrid, 1997.
- Pérez Duharte, Arlín. «La autoría en los delitos omisivos». Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2007.
- . «La conducta omisiva y la determinación de autores». En *Temas de Derecho Penal Parte General*, 159-91. La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, 2015.
- . «La determinación de autores en los delitos económicos y empresariales. Varias ideas de soluciones y varios puntos para el debate». *Dikaion* 27, n.o 1 (2018): 29-50. doi:10.5294/dika.2018.27.1.2.
- . «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir». En *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier.*, 74-104. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2018.
- Perin, Andrea. «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?» En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 1-23. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- Quirós Pérez, Renén. *Manual de Derecho Penal*. Vol. I. 4 vols. La Habana: Félix Varela, 2005.
- Rodríguez Vázquez, Virgilio. «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica». En *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, 317-69. Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018.

- . «Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos». *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.o 89 (diciembre de 2017): 75-120.
<https://doi.org/10.17230/nfp13.88.3>
- Rojas, Luis. «Delitos de omisión entre libertad y solidaridad». *Polít. crim.* 13, n.o 26 (diciembre de 2018): 682-738. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200682>
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal. 2.a ed. Vol. I. España: Civitas, S. A., 1997.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Vol. pról. Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1986.
- . *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.
- Silva Sánchez, Jesús-María. «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo». *DS* 2 (diciembre de 1994): 41-58.
- . «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo». *DS* 2 (diciembre de 1994): 41-58.
- . «La responsabilidad penal del médico por omisión». *La Ley* 1 (1987): 955-73.
- Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Vol. II Actualizado por Guillermo J. Fierro. IV vols. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.
- Universidad de Capellania. «Los riesgos de la sociedad sentimentalizada». *cap.info* 132 (15 de noviembre de 2001).
<http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada/>.
- Vargas Pinto, Tatiana. *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*. Chile: DER Ediciones, 2018.
- Vera Toste, Yan. *Cuestiones sobre teoría del delito*. Vol. pról. Omar Palermo. Argentina: Ediciones Olejnik, 2020.
- Vives Antón, Tomás S. (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1a edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.
<https://doi.org/10.4067/S0719-36962020000100107>

Recibido: 15/01/2024

Aprobado: 10/04/2024

*Decisiones macabras del maternaje,
el caso de madres filicidas*

*Macabre Decisions Regarding Motherhood,
the Case of Filicidal Mothers*

*Decisões macabras em relação à maternidade,
o caso das mães filicidas*

Leonor Guadalupe Delgadillo Guzmán* <https://orcid.org/0000-0001-9483-6973>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2645>

* Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma del Estado de México, por 30 años. Miembro nivel III del sistema nacional de investigadores e investigadoras del CONAHCyT. Líder del Cuerpo Académico en Consolidación “Vulnerabilidad, educación y sustentabilidad”. Presidente del Consejo Consultivo del Sipinna Edo. De México 2024-2025. Miembro del Grupo Interinstitucional y Multidisciplinario de la 2ª alerta de género en el Estado de México.
Correo electrónico: lgdelgadillo@uaemex.mx

Lex



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



Amor de madre, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El objetivo de este estudio es ilustrar la necesidad de mostrar determinados cambios psicosociales que se han producido en los filicidios maternos. Varias de las motivaciones estudiadas persisten, porque se encuentran intersubjetivamente atadas a ordenamientos históricos de pareja y familia y que encarnan dos fuertes arquetipos, la maternidad y el amor romántico, que, cuando se rompen de cara a la realidad, resultan para algunas mujeres en una condición desfavorable. A ello se suma una nueva motivación, la apropiación de las mujeres de su propio cuerpo que sucede en paralelo con otro fuerte ordenamiento social, el de la belleza, que implica un detallado autocuidado y tiempo de uso personal, que se contraponen con las exigencias típicas del cuidado de un menor, y que se ve intensificado por la frivolidad y superficialidad de las redes sociales, elemento antes inexistente. Esto conduce a actualizar la clasificación conocida.

Palabras clave: *filicidio materno, arquetipos, maternidad, amor romántico, menores.*

ABSTRACT

The objective of this study is to illustrate the need to show certain psychosocial changes that have occurred in maternal filicides. Several of the motivations studied persist, because they are intersubjectively tied to historical arrangements of couples and families and embody two strong archetypes, motherhood and romantic love, which, when broken in the face of reality, result for some women in a unfavorable condition. Added to this is a new motivation, the appropriation of women of their own bodies that happens in parallel with another strong social order, that of beauty, which implies detailed self-care and time for personal use, which contrasts with the typical demands of caring for a minor, and which is intensified by the frivolity and superficiality of social networks, an element that previously did not exist. This leads to updating the known classification.

Keywords: *maternal filicide, archetypes, motherhood, romantic love, minors.*

RESUMO

O objetivo deste estudo é ilustrar a necessidade de mostrar algumas alterações psicossociais ocorridas nos filicídios maternos. Várias das motivações estudadas persistem, pois estão intersubjetivamente ligadas aos arranjos históricos dos casais e das famílias e corporizam dois fortes arquétipos, a maternidade e o amor romântico, que, quando rompido diante da realidade, resultam para algumas mulheres em condição desfavorável. Soma-se a isso uma nova motivação, a apropriação pelas mulheres do próprio corpo que ocorre paralelamente a outra ordem social forte, a da beleza, que implica cuidado detalhado de si e tempo para uso pessoal, o que contrasta com as exigências típicas de cuidado para um menor, e que é intensificado pela frivolidade e superficialidade das redes sociais, elemento que antes não existia. Isso leva à atualização da classificação conhecida.

Palavra chave: *filicidio materno, arquétipos, maternidade, amor romântico, menores.*

I. INTRODUCCIÓN

González y Muñoz¹ apuntan, con base en una revisión de estudios enfocados en el tema, que el acto del filicidio data de tiempos remotos en diferentes culturas. Un método utilizado para el control de la natalidad, para el cuidado de la honra, o bien, suscitado por la incapacidad materna, por malformaciones del recién nacido, o incluso, como sacrificio a los dioses o por supersticiones. Ejemplos hay muchos, los fenicios quemaban vivos a niños como sacrificio al dios Moloch. En el periodo clásico, en Atenas, el pater familias tenía la facultad de decidir matar o en su caso vender a sus hijos por ser de su propiedad. En Egipto se practicaba, como ritual, el ahogamiento de niñas en el río Nilo. En Roma era permitido que los padres asesinaran o abandonaran a los hijos no deseados, situación distinta para las mujeres, para quienes si mataban a su descendencia eran condenadas a la pena de muerte.

A decir de Estupiñán y colaboradores², la mujer escasamente ha sido objeto de estudio como criminal o delincuente, sin embargo, al hablar de filicidio materno, invariablemente toma un lugar, lastimosamente, protagónico. Como se ha visto desde épocas remotas este acto ha sido parte de múltiples civilizaciones. Y la historia moderna no es la excepción. Lo que si se ha modificado es la consideración de la víctima, que en este caso se trata de menores de edad, de niños, niñas y en algunos casos de adolescentes de temprana edad.

En la dinámica de este tipo de sucesos y bajo la lupa del conocimiento contemporáneo, se apunta que existen condiciones que favorecen su producción: factores de personalidad;

1 David González y Mariana Muñoz, 2003. "Filicidio y neonaticidio". *Psicopatología Clínica legal y forense*. Dialnet. Vol. 3, No. 2, pp. 91-106. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=982295>

2 Norge Estupiñán, Eldalina Rodríguez, Abel Gallardo, Isis Jiménez, Diana Bayona, Lilibeth Villalonga. 2016. Filicidio: apuntes históricos y reflexión actual. *Revista Médica Electrónica*. Vol. 38 No. 3. Mayo-junio. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242016000300026

condiciones ambientales; influencias hormonales; y, privaciones afectivas durante la infancia³. Se podrá advertir que estos elementos siguen vigentes, pero que también se están produciendo cambios sobre las mujeres en torno a la apropiación de su cuerpo, como mujeres activamente sexuales, y como madres, que no anclan sólidamente una conciliación entre ambas figuras, por estar fuertemente influenciadas por la lógica de las redes sociales, la extimidad y el cumplimiento del deseo del ser buscando corresponderse a estereotipos particulares de belleza y de maternidad.

En la temprana modernidad de México, los casos de filicidios fueron objeto de atención para la impartición de justicia, por tratarse de un tema que se asociaba directamente con las aspiraciones políticas de un estado post-revolucionario que buscaba fincar la imagen de una familia sensible a su descendencia. Lo cual, resultaba difícil de asentar debido a la vigencia ideológica del honor y de la rudeza (lo bruto de las personas), edad, procedencia, escolaridad de mujeres con limitados recursos, como las indígenas o las mujeres pobres⁴.

Los casos abordados⁵, entre las décadas de 1920 a 1940, permiten confirmar como pese a una tipificación del delito de infanticidio, al momento de emitir la sentencia, el juzgador tomaba en cuenta, los antecedentes de buena o mala fama de la mujer, su ignorancia, su condición material, el ocultamiento del embarazo, no haber inscrito al bebé ante el registro civil, y si se trataba o no de un hijo legítimo. Dando continuidad a los criterios del código penal del año 1871 y no así, a la constitución de 1917. En este periodo destacan importantes cambios normativos en la salud, en lo laboral, en lo educativo y en lo civil. 1929 y 1931 fueron los tiempos en que se tomaron como objetos de discusión el aborto inducido, el infanticidio y el filicidio. La difusión del hallazgo de infanticidios en la calle no era algo inusual, la prensa de aquel entonces publicaba sus notas con dosis de rabia, aun así, no se trataba de algo nuevo. Lo que da indicios de que al parecer se trataba de un acto normalizado.

Es menester señalar que a pesar de todo el manejo ideológico realizado por la Iglesia y las entonces autoridades civiles de los siglos XVII y XVIII, cuya relación era estrecha, de señalar esta práctica del filicidio como un pecado y una gran falta a la moral. Las mujeres que decidían deshacerse de sus hijos lo hacían aprovechándose de las ventanas de indulgencia existentes, pues a decir del mismo clero, un bebé no tenía alma sino hasta que fuera bautizado, teniendo como fecha límite para hacer hasta una semana después de nacido. Esto se anclaba en el pensamiento de las mujeres que optaban por el infanticidio, que en realidad no estaban cometiendo ni pecado ni delito alguno⁶. Las motivaciones de estas mujeres iban desde lo económico, quedarse sin trabajo a causa de tener un hijo, no contar con la pareja, el esposo, y, en consecuencia,

3 Norge Estupiñán y colaboradores, op. cit.

4 Saydi Nuñez, "Reforma social, honor y justicia: infanticidio y aborto en la Ciudad de México, 1920-1940", *Signos históricos*. No. 28, (julio-diciembre 2012): pp. 68-113. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34425327002>

5 Saydi Nuñez, op.cit.

6 Saydi Nuñez, op. cit.

no tener las condiciones para formar su propia familia (idem). Este esquema social, con sus matices, sigue prevaleciendo en la actualidad para algunas de las madres filicidas.

El filicidio materno es un problema que atraviesa la psique de mujeres madres, porque toca la imagen primordial de la familia, que para algunas resulta una dimensión de vida importante. Imagen que, por un lado, compromete en muchos casos a la pareja, sea o no esposo, que por su parte no quiere hijos, al menos no en ese momento y, por otro lado, también compromete la capacidad de las mujeres para hacerse prevalecer a través de los hijos.

Es necesario aquí apuntar que la dimensión vivencial del afecto no ha sido la misma al transcurrir del tiempo. Esto es así porque la relación con los afectos entre la pareja ha sido configurada desde los modelos occidentales sobre la construcción de lo que se supone debe ser una relación de pareja. En ella se ancla la asociación entre el amor y la pareja. Históricamente esto encuentra sus antecedentes en el amor cortés, la relación entre un caballero y una dama. Él debiendo mostrar públicamente su amor por ella, desplegando conductas valientes para revelar su capacidad de realizar hazañas. Ella por su parte, una mujer de un estrato más elevado que el caballero, y que por cuya condición no conoce la rudeza del trabajo en el campo, o las labores domésticas, en virtud de que se contaba con personas para que realizaran esas tareas⁷.

Posterior a este tipo de relación, emerge el modelo victoriano con el que se exaltan virtudes femeninas dirigidas al maternaje, la obediencia y la vida doméstica, y con ello la frigidez. Los afectos por su parte fueron confinados a la intimidad y los devaneos sexuales a la habitación, pero resulta que no era bien visto un comportamiento sexual activo por parte de las mujeres, porque su virtud se reconocía por su calidad de madre y no de amante. A partir de aquí se disocia, para el caso de las mujeres occidentales, el disfrute de la sexualidad y la maternidad como elementos paralelos que pueden suceder de forma simultánea. Una vez que las mujeres van adquiriendo movilidad social, con el acceso al espacio público a través del desempeño de trabajo, el acceso a la educación, el acceso a la esfera política, con el voto y participación para penetrar en esferas de la administración pública, el modelo victoriano se ve desplazado para dar lugar al amor romántico, caracterizado por la libertad de elección de la pareja⁸.

No obstante, la sola libertad de elegir por parte de las mujeres a una pareja no tuvo la suficiencia para poder romper ciertas tradiciones, todavía permeaba, hasta hace poco, la creencia de que la mujer debía ser procurada, protegida por el hombre, y, en consecuencia, una suerte de dependencia psíquica tiene lugar en su subjetividad, con tal fuerza que se convierte en un ideal a conquistar junto con la fantasía de felicidad que pudiese dar la maternidad. De ahí la vigencia de creencias fuertemente instaladas en el inconsciente colectivo de algunas

7 Verceli Flores. 2019. "Mecanismos en la construcción del amor romántico". Revista de estudios de género. Vol. 6, no. 50. Julio-diciembre.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362019000200282&lng=es&nrm=iso&tlng=es

8 Verceli Flores, op cit.

mujeres, como, por ejemplo: la media naranja, los celos como señal de amor, el amor todo lo puede, el amor todo lo vence, la exclusividad sexual Flores⁹. Toda una ficción subjetiva.

De esta manera, una de las construcciones actuales del género son los roles de dominio-obediencia, entre hombre y mujer, respectivamente. Y así hacer prevalecer el patriarcado en lo íntimo y en lo privado. Y aunque la mujer aporte riqueza económica esto no es un elemento capaz de disolver la dependencia psíquica, porque lo que está instalado es el cómo acercarse a la virtud de una buena esposa, de buena mujer como pareja. Lo aquí señalado no se da en términos absolutos, pero sí en términos generales. El establecimiento de una relación de pareja podía bien operar por el beneficio instrumental de la sobrevivencia económica, una transacción de conveniencia, pero no de afecto¹⁰.

Tal y como se ha ilustrado, actualmente la elección de pareja se realiza, en general, a título personal, se lleva a cabo privilegiando la atracción y los sentimientos, lo que puede o no escalar a la formación de una familia, decidir el hacerse padres y madres. Este modelo hace perdurar los arquetipos de amor por una pareja y de maternidad. En el inconsciente colectivo pueden rastrearse mitos que a la fecha resuenan de uno u otro modo en las narrativas individuales, ejemplo de ello es la historia mítica de Medea y la de Coatlicue. Dos mitos de culturas espacial y temporalmente distantes pero que convergen en su rol, la maternidad.

De la mano con estas figuras de mujer, el maternaje, el amor a la pareja y la familia, se juega otra figura igualmente importante en estos días, la de la mujer bella como objeto de deseo. Muchas mujeres encontrarán esto como una fuente de conflicto porque los arquetipos fundamentales que la definen en su mismidad, la maternidad y la belleza, rivalizan entre ellos. Una mujer bella se coloca como objeto de deseo de los varones, en ella convergen el poder de seducir con solo ser mirada, de activar el deseo sensual de quien la mira, y al devolver esa mirada con interés, se emprende una línea de cautiverio erótico mutuo. Desde luego que la imagen de la belleza ha sido sujeta a la dinámica del mercado del consumismo para esculpir un cuerpo, para vestirlo, para saber colocarlo en el espacio social, así como, exaltar la belleza del rostro, maquillarlo, enmarcarlo con una atractiva cabellera y cincelandando las facciones con luces, sombras y colores.

Ambos, cuerpo y rostro, sometidos a rutinas exigentes de autocuidado, nutrición, mejora, mantenimiento y en algunos casos transformación. Todo para calzar en los estándares macrosistémicos que se promocionan comercialmente y que en algunos casos resultan del todo inalcanzables, pero que logran instalarse como metas de logro estético personal del cuerpo, lo que muestra como las tipificaciones de lo macrosistémico logra penetrar en el nivel endosistémico, para configurar una urdimbre fuerte y profunda de deseo, a modo tal que

9 Verceli Flores, op cit.

10 Elizabeth Badinter. 1991. *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal*. Siglos XVII al XX. España: Paidós.

representa la fuente de la felicidad. En un entorno que exalta la frivolidad, la superficialidad y el cumplimiento inmediato de los deseos, sin que medie un proceso de frustración para poder asimilar que no todo deseo es asequible a toda persona.

Ante el arquetipo de la belleza, resulta difícil para muchas mujeres en etapa reproductiva, ceder a los estragos de la maternidad, que implican de entrada, la pérdida de la bella imagen personal, porque con los embarazos el cuerpo se modifica, las actividades del día cambian, las rutinas son enteramente diferentes, en consecuencia, varios aspectos de interacción con la pareja se ven trastocados, como, por ejemplo, la relación amorosa, la intimidad, el tiempo y forma de convivencia, la organización y funcionamiento como familia con la presencia de un nuevo miembro. Una transición que encuadra, desde Bronfenbrenner, en el endosistema de la mujer, esto es, la merma de su atractivo, la disposición de su cuerpo para las necesidades que no son propias, que no son suyas, que son ajenas a sí misma para satisfacer el sostenimiento vital del bebé con el amamantamiento. Una función corporal sobre la que orbitan otras más, como el velar por su cuidado, su higiene, su estimulación, y su subjetivación como persona. Todo lo cual, representa desplazar el autocuidado, el arreglo personal, el uso de un tiempo libre que antes existía a otro que demanda atención diaria por 24 horas. Es así como los arquetipos de las diosas de la belleza, Afrodita y Xochiquetzalli, chocan con la realidad del arquetipo de la maternidad. De igual manera, estas dos diosas son disposiciones psicosociales figurativas espacial y temporalmente distantes, pero iguales.

Lo que hoy por hoy se atestigua es cómo el eje de la subjetividad femenina se ha modificado para algunas mujeres, de ser un eje sostenido en la premisa de ser para otro, pasa ahora a ser un eje bajo la premisa de ser para sí, con el movimiento macrosistémico político y cultural sobre el empoderamiento de las mujeres¹¹, esto es, el conceder poder a una persona o grupo para que lo ejerza y se apropie de él, y que se activa por corrientes ideológicas y normativas emancipatorias, enfocadas en un primer plano sobre la igualdad entre los sexos. Un planteamiento que discursivamente se desliza a la igualdad entre los géneros, es decir, el apego al desiderátum del ahora no ser como típicamente se establecía la relación entre ambos, desde la dominación-subordinación. Lo anterior, implica una redistribución del poder de lo tradicional a lo igualitario. Temporalmente hablando este es un movimiento que se visibiliza a partir de la década de los 80 del siglo XX¹².

De lo expuesto hasta aquí, destaca la actual tendencia del hedonismo caracterizada por la explosión del consumo, la defensa del individualismo y el acceso a redes sociales que erigen una falsa pantalla de satisfacción sensorial siempre y cuando se sigan los cánones que se establecen

11 Magdalena León. 1997. *Poder y empoderamiento de las mujeres. Género, mujer y desarrollo y Tercer mundo*. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/57028>

12 Magdalena León, op cit.

para tal efecto (Román y Montero, 2013)¹³. Componentes macrosociales que siguen un patrón de alta repetición y, en consecuencia, inducen psíquicamente a las personas, en este caso a las mujeres, a una búsqueda obsesiva por alcanzarlos. Una tendencia basada en el placer que conecta directamente con el cumplimiento de los deseos, no así en la riqueza o en la conquista virtuosa, o en su defecto en la contemplación, según Aristóteles.

De ello se desprende el cómo el proceso de empoderamiento finca la creencia en algunas mujeres de que la maternidad puede ser una decisión enteramente autónoma, en solitario a pesar de que no se tengan las condiciones materiales y no materiales adecuadas, y que dicha decisión carezca de implicaciones en el arquetipo de belleza. Esta estimación superficial de la idoneidad sobre las condiciones para empatar la belleza y la maternidad abre la pugna entre los dos arquetipos y produce una tensión sobre el endosistema de algunas mujeres que detona, en ciertos casos, el filicidio.

II. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

El estudio basó su análisis y discusión teórica en las tipificaciones, reificaciones, construcción de la realidad, internalizaciones, procesos de identificación, roles o papeles sociales y niveles de tipificación de la sociología fenomenológica¹⁴. Esta base permite conectar con el concepto de arquetipos¹⁵, que consiste en señalar esas disposiciones inconscientes colectivas, construidas por las culturas para interpretar y significar formas de ser y actuar de las personas en lo individual y grupal. En este estudio en particular, se recuperan particularmente los arquetipos de maternidad, amor a la pareja y familia, así como el de belleza.

El modelo de la construcción social de la realidad es colocado a contraluz con el modelo ecológico de Bronfenbrenner, para darle más potencia y dinamismo explicativo. El modelo ecológico ofrece un fino esquema conceptual sobre diferentes niveles de influencia que existen para con las personas, en este caso para con las mujeres madres filicidas. Concretamente el flujo dinámico entre lo microsistémico (círculos sociales cercanos al individuo, familia, amigos, colegas), lo macrosistémico (acciones realizadas por instituciones con las que se encuentra

13 Ramón Román y María del Mar Montero. 2013. "Repensar el hedonismo: de la felicidad en Epicuro a la sociedad hiperconsumista de Lipovetsky". *Endoxa: Series Filosóficas*. No. 31. Pp. 191-210. Madrid: UNED. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-2013-31-1035/Documento.pdf>

14 Peter Berger y Thomas Luckmann. 2003. *La construcción social de la realidad*. Argentina. Cultura libre. <https://redmovimientos.mx/up-content/uploads/2020/07/La-Construcci%C3%B3n-Social-de-la-Realidad-Berger-y-Luckmann.pdf>

15 Carl Jung. 1970. *Arquetipos e inconsciente colectivo*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

expuesto el sujeto), y su influencia sobre el endosistema (considera los elementos personales como identidad, ego, autoestima, entre otros elementos subjetivos y objetivos) de estas mujeres y el cronosistema (temporalidad social del individuo, momento vital) (Alvarez)¹⁶.

II. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Es un estudio cualitativo, de corte documental, con búsqueda hemerográfica digital de datos de casos centrados fundamentalmente en filicidios maternos mexicanos, con análisis descriptivo de casos de madres filicidas, analizados con base en la clasificación actualizada que se propone. Así como datos estadísticos sobre las mujeres mexicanas, La categoría de análisis es el filicidio materno y los criterios de verificabilidad se agotan con base en el andamiaje teórico señalado, los estudios relacionados y los hallazgos de los datos¹⁷.

Resultados

Estadísticas

Se ha señalado que los filicidios han aumentado en un 23% ya sea que hayan sido cometidos por el padre, padrastro, la madre, o ambos, madre y padre, madre y padrastro. En su mayoría son cometidos por los hombres. Al parecer este tipo de conducta criminal está asociada con el consumo de drogas, cristal y fentanilo, y de la escasa o nula aplicación de la ley, condición que abre un margen de tolerancia para la comisión de estas conductas delictivas. Este tipo de trágicos eventos ocurren en el marco de una dinámica familiar disfuncional o de facto con una familia desintegrada¹⁸.

De acuerdo con el rastreo de registros estadístico llevados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía realizado por Crail (2019a)¹⁹, en el periodo que comprende del 2012 al 2017, alrededor de 2 mil 600 menores de 15 años, y una proporción del 42% murieron por la acción de algún familiar, dentro de sus domicilios y con antecedentes de maltrato. Sobre su

16 Pablo Álvarez Carneros. 2015. "La Teoría Ecológica de Urie Bronfenbrenner". *Portal Psicología y Mente*. 2 de junio. <https://psicologiaymente.com/desarrollo/teoria-ecologica-bronfenbrenner>

17 Janice Morse. 1994). *Designing funded qualitative research*. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (eds). *Handbook of qualitative research*. Pp. 0-235. Sage Publications, Inc.

18 Velvet González. 2023. "Aumentan 23% filicidios: Los asesinatos de padres a hijos no están tipificados". *El Heraldo en Chihuahua*. 23 de abril.

<https://www.elheraldodechihuahua.com.mx/local/chihuahua/aumentan-23-filicidios-los-asesinatos-de-padres-a-hijos-no-estan-tipificados-9958665.html>

19 Alejandra Crail. 2019a. "En México, cada dos días muere un niño a manos de sus padres". *Eme Equis*. 15 de octubre. <https://m-x.com.mx/investigaciones/matar-a-un-hijo-en-mexico-cada-dos-dias-muere-un-menor-a-manos-de-sus-padres/>

análisis, indicó que 8 de cada 10 decesos violentos de menores de edad con edades entre los 0 a los 14 años, eran perpetrados por el padre, la madre o bien el padrastro. Desde su punto de vista, se observa un desinterés por parte de las autoridades gubernamentales. Lo que ilustra una falta sistemática de protección a la niñez y adolescencia. Desde una mirada más precisa, se presentan los registros de homicidios de menores de edad con violencia familiar y parentesco del presunto homicida.

Tabla 1 Homicidios por violencia familiar

Año de registro	Total	Edad (años)				
		< 1	1-4	5-9	10-14	15-19
2012	253	6	17	4	4	15
2013	249	8	15	11	5	11
2014	314	10	8	8	4	29
2015	164	4	10	2	5	7
2016	165	5	13	7	1	7
2017	107	1	7	3	1	7
2018	96	1	3	6	2	5
2019	71	6	1	1	2	5
2020	47	2	1	3		4
2021	94	1	5	2		3
2022	111	5	4	1	1	4

Fuente: (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, INEGI, s/f)

Estos registros permiten advertir que durante 2012 y 2013, el rango de edad de mayor peligro fue el de 1 a 4 años. En 2014, el de 15 a 19 años. En 2015 y 2016, de nueva cuenta los menores con edad entre 1 a 4 años. 2017 reporta un dato empatado entre los rangos de edad de 1 a 4 y de 15 a 19. 2018, de 5 a 9 años. 2019, menores de 1 año. 2020, de 15 a 19. 2021, una vez más de 1 a 4 años. Finalmente, 2022 los menores de 1 años. Una de las limitaciones del registro de estos datos es que no se desagregan los datos por cuanto corresponde a los generadores del homicidio. A estos datos hay que agregar la cifra negra, los casos que no se reportan, porque se disfrazan como accidente, “se cayó”, “se aventó”, “se golpeó”. En consecuencia, se carece de datos que puedan declararse concluyentes. De cualquier modo, con lo expuesto, se tiene una aproximación a este tipo de crímenes con los que se expone la vulnerabilidad de los menores de edad.

Sobre su vulnerabilidad, es necesario traer a cuentas el cómo el derecho de protección a los niños, niñas y adolescentes ha tenido, históricamente, una dirección de progresividad

sobre su integridad y desarrollo, que se inaugura en 1959 a través de la declaración de los Derechos del niño, y cuyo antecedente fue la declaración de Ginebra²⁰ y, en la que se reconoce la fragilidad de su existencia y la necesidad de procurarlo, para no ser objeto de infelicidad, malestar, abuso o explotación por su falta de madurez biológica y psicológica. La premisa básica es la no discriminación por alguna característica distintiva de origen, como el sexo, o el color de piel, entre otras. En el cuarto principio se destaca el cómo se deberán brindar cuidados a sus necesidades con extensión a la figura materna. En el sexto principio se enfatiza que su vida queda bajo el amparo y responsabilidad de sus padres, quienes deberán dotarle de un entorno afectuoso, seguro tanto en lo material como en lo inmaterial. El noveno principio señala que deberá ser sujeto de protección contra la crueldad, el abandono y la explotación, tres elementos que se atestiguan como acciones en casos de madres filicidas²¹.

En un segundo momento de progresividad, durante 1989, se landa la Convención sobre los derechos del niño, su contenido contempla 54 artículos, y se especifica plenamente que los niños serán todos aquellos que tengan una edad menor a los 18 años. Se trata de la primera ley internacional de carácter obligatoria para todos los Estados Nación firmantes. Con este mecanismo la meta era establecer garantes para asegurar su protección y desarrollo, evitar tratos degradantes que mutilen su dignidad como persona. Un planteamiento central es el interés superior del niño. Tomando en consideración el papel de cuidado y procuración de los padres, quienes por tal motivo son responsables del menor ante la ley. En tal orden de idea, el artículo sexto apunta el derecho intrínseco del niño a la vida. La fineza de este instrumento llega al punto de atención de los niños con necesidades especiales, quienes, igualmente gozarán del cuidado y protección parental para su mayor nivel de salud y desarrollo, lo que supone el contar con los medios económicos para dotarle de tales condiciones favorables de vida, abarcando la educación, la seguridad social, el descanso, el esparcimiento, acceso a la cultura, todo lo cual no sucede en el caso de los niños víctimas de filicidio, que mueren en manos de quien se supondría debiera procurarle los medios para una vida sana y protegida, su madre²². En suma, lo que se aterriza con estos mecanismos normativos es el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos. Del otro lado de la dupla, hijo-madre, se encuentran los derechos dispensados a las mujeres en torno a la sexualidad y derechos reproductivos.

20 Humanium. s.f. *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924*.

<https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/#:~:text=En%201924%2C%20la%20Sociedad%20de,de%20los%20adultos%20hacia%20ellos>.

21 Comisión Nacional de los Derechos. 1959. *Declaración de los derechos del niño*.

https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proviclima/1LEGISLACION/C3%93N/3InstrumentosInternacionales/E/declaracion_derechos_nino.pdf

22 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. 2006. *Convención sobre los derechos del niño*.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

IV. LOS DERECHOS ACTUALES DE LAS MUJERES SOBRE SEXUALIDAD

Entre los derechos humanos de las mujeres se encuentran los derechos sexuales y derechos reproductivos, un binomio que justo expone la experiencia arquetípica de la sexualidad de la mujer como objetivo de deseo, y la maternidad. Esto significa que las mujeres libremente pueden decidir, el tener o no hijos. En caso de decidir ser madre, igualmente tienen la capacidad de decidir el número de hijos, y el espaciamiento temporal entre una y otra gesta. Idealmente, se plantea que este tipo de decisiones se realicen de manera voluntaria e informada, sin ningún tipo de presión por parte de la pareja, o por algún otro agente social. Este conjunto de planteamientos apunta de forma clara el proceso de apropiación del cuerpo en todo su conjunto, así como la capacidad de autodeterminarse sobre su intimidad y reproducción. De ello destaca la separación entre el disfrute de la sexualidad de forma autónoma a la decisión de la reproducción²³.

Sin embargo, si se toma en cuenta las características escolares y multiculturales de México, los planteamientos apuntados como derechos sexuales y reproductivos no están al alcance de todas las mujeres, solo de aquellas con acceso a la educación en ambientes receptores de las campañas de educación sexual integral emanadas por el gobierno a través de las escuelas y las clínicas de salud, como lo son los urbanos. En cifras crudas, y considerando el sistema de indicadores de género del Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres)²⁴, se reporta que la población de 15 años y más de las mujeres culmina en promedio 9 años de estudio, es decir, educación básica terminada. Se reconoce que la cobertura alcanzada para las mujeres es del 95% lo que significa que hay mujeres que no acceden a la educación y, en consecuencia, son analfabetas véase la tabla 2, sobre indicadores básicos de Inmujeres.²⁵

Tabla 2. Indicadores básicos de Inmujeres en el año 2020

Indicador	Total	Hombres	Mujeres
Años promedio de escolaridad de la población de 15 años y más de edad según sexo	9.70	9.82	9.60
Tasa de asistencia escolar de la población de 6 a 15 años según sexo	92.30	91.87	92.74
Tasa de alfabetismo de la población de 15 años y más de edad según sexo	95.04	95.83	94.30

23 Naciones Unidas. *Derechos sexuales y reproductivos*. s/f.

<https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/#:-:text=%3E%20Decidir%20libremente%20respecto%20de%20la,y%20reproductiva%3B%20interrupci%C3%B3n%20del%20embarazo.>

24 Instituto Nacional de las Mujeres. *Inmujeres. 2020. Indicadores básicos*.

http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/panorama_general.php?menu1=2&IDTema=2&pag=1

25 Instituto Nacional de las Mujeres, op cit.

Estos indicadores asoman no solo la brecha de género, sino también el rezago que existe con respecto a las mujeres y su acceso a la educación, que dicho sea de paso es un derecho humano. Estos datos colocados a la luz de los derechos sexuales y reproductivos afloran el cómo las mujeres adolescentes y jóvenes con limitado acceso a la educación, están expuestas a embarazos no planeados, viviendo de manera superficial y efímera la natural belleza que da el proceso biológico de la adolescencia y conduciendo su vida, con el embarazo, a una situación temprana y no idónea de atención a exigencias que escapan a su capacidad de respuesta. En tanto que, a mayor educación mayor elaboración en la toma de decisión por el acceso al conocimiento y a la información.

Claro está que, hay que dejar en claro que los casos de madres filicidas no se concentran en madres adolescentes, también están aquellas otras que sin ser adolescentes terminan asesinando a sus hijos. Véase ahora la influencia de los mitos de la maternidad y el disfrute de la sexualidad a través de figuras arquetípicas que han trascendido en el tiempo y que mantienen su influencia a través de instituciones diversas como lo son: la teología, con la idealización de la maternidad y en contrapartida, la comercialización del cuerpo, y la idealización de la belleza. Una tercera institución es la del derecho, que, como se ha visto, se divulga la apropiación de la sexualidad de las mujeres a través de instituciones nacionales e internacionales que difunden sus derechos humanos sobre la materia. Elementos todos que se mueven en el macrosistema atravesando los sistemas subordinados hasta llegar al microsistema y colocar las tipificaciones correspondientes en el endosistema de las mujeres, es decir, en su subjetividad.

Los mitos de Medea y Coatlicue

Medea, hechicera divina de la cultura griega que vivió su maternidad como una expresión de poder con el que podía disponer de sus hijos, para evitarles un sufrimiento futuro en manos de sus adversarios. Una gran maga que fue parte de las charadas de las diosas Hera, Atenea y Afrodita, quienes fraguaron su gran amor por Jason. Protegido por las diosas y bajo las intrigas de su tío, falso rey que lo despojo de su trono tuvo por desafío llegar a la Cólquide, otro reino que poseía el vellocinio de oro y que debía hacerse de él para entregárselo. Solo así le daría el trono que legítimamente le correspondía por linaje. En este reinado vivía Medea, quien, al prenderse de Jason, no dudo en ayudarlo, y en reciprocidad se casaría con ella. Tras una aventura y otra para superar las pruebas impuestas por el rey para poder obtener el vellocinio. Ambos huyeron, y Medea no dudo en asesinar a su hermano, su fratricidio lo cometió para ganar tiempo y lograr llegar a salvo a Yolco, lugar en el que vivieron juntos por varios años, y en el que procrearon dos hijos. Fueron expulsados y se desplazaron a Corinto. Ahí, Jason buscaba deshacerse de Medea para casarse con la hija del rey. Ella al saber de sus planes aparenta estar de acuerdo, y toma venganza asesinando a la futura consorte y a toda su familia. Para evitar

que sus hijos fueran lapidados, decide sacrificarlos. Y huye a Atenas casándose con el rey Egeo, con quien tuvo un tercer hijo, y para el que buscaba el trono. Su determinación para definir las situaciones a su favor, la llevó nuevamente a huir, regresando al reino en el que nació^{26, 27, 28}.

El mito de Medea muestra a una mujer empoderada, de gran fuerza y poder por su conocimiento. Una mujer que no duda en cometer asesinatos para verse favorecida ya sea por lograr vivir su amor o por vengarlo, o bien, para conseguir el poder. Incapaz de detenerse al momento de tomar una vida, aun siendo la de sus propios hijos y esgrimiendo justificaciones que no logran convencer, pues ella tenía poderes para incluso cambiar la apariencia de las personas. En realidad, en cada situación en la que se vio comprometida lo que prevalece es su propio ego, su narcisismo. Más allá del poder de vida que posee, sobre él prevalece su poder de destrucción.

Coatlicue, diosa madre de la cultura azteca, de aspecto impactante porque su cuerpo está formado de partes humanas y serpientes, su indumentaria, específicamente la falda, también está hecha de serpientes. Míticamente es una presencia divina, madre de los aztecas, Tonantzin (nuestra madre), madre de la luna y las estrellas. Es una divinidad dual, que contiene a la vida y a la muerte. Su presencia fue desplazada hasta la Virgen de Guadalupe, como madre de todos. Un embarazo, aparentemente inexplicable, desata la ira de sus hijos quienes planean aniquilarla en el momento de mayor desvalimiento que tenga, al dar a luz²⁹.

Pero antes de ese desenlace, Coatlicue sufre la infidelidad de Mixcoatl con Chimalma, a quién mata en un arranque de furia por la traición. Hecho que la transforma y se dedica a estar en sus templos, ya sea en Tula o en Coatepec (cerro de la serpiente). Y como autocastigo solo barre y barre, acción que al mismo tiempo representa una adoración a los dioses, para mantener los templos limpios. Barrer representa el deshacerse de los pecados, de la basura. Para mantenerla como Diosa de la tierra se le alimenta con sacrificios, con sangre. En un evento inesperado para ella recoge plumas de colibrí dejadas por uno que había entrado al templo. Guarda las plumas y al finalizar sus quehaceres, las busca, pero no las encuentra, es en ese momento que se percata que está embarazada. Esta narrativa recrea la concepción de la Virgen María.

26 María Santiago. 2012. Mitología griega: Medea, la hechicera. *RedHistoria*. 4 de octubre. <https://redhistoria.com/mitologia-griega-medea-la-hechicera/>

27 Edith Sánchez. 2022. El mito de Medea, la hechicera enamorada. *Lamenteesmaravillosa*. 13 de enero. El mito de Medea, la hechicera enamorada - La Mente es Maravillosa

28 María Zazzi. 2011. "Filicidio. Madres asesinas". *Rev. Argentina de Psiquiatría*. Vol. XXII. Pp. 188-198. <https://catalogo.fmed.uba.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=55267>

29 History Chanel. s.f. Coatlicue-Batalla de los Dioses. <https://www.youtube.com/watch?v=ZMao7i1tbG8>

Comparte a sus hijos la noticia y es ahí cuando los hijos reaccionan sintiéndose ofendidos, acusándola de adulterio. Encabezados por Coyolxauhqui planean cómo aniquilar a su madre, acorralándola en el cerro de Coatepec. Coatlicue desolada espera su destino en manos de sus 400 hijos. Nace Huitzilopochtli crecido y armado con la serpiente de fuego, Xiuhcōatl, el rayo. Así, sus hijos mueren en manos de su último hijo. Ella, como madre, atestigua cómo mueren muchos de sus hijos, y como madre tierra, que no solo da la vida, también la toma a través de la muerte.

Ambos mitos, el de Medea y Coatlicue, apuntan la capacidad femenina para destruir lo concebido, así se trate de los propios hijos, para prevalecer ellas mismas sobre la maternidad. Una postura que hace evocar la tesis de Elizabeth Badinter³⁰, acerca de que el supuesto instinto materno no es más que una elucubración del propio sistema patriarcal, porque en realidad es una elaboración ideológica y que, como tal, objetivamente no existe.

Los mitos de Afrodita y Xochiquetzalli

Afrodita, la llamada diosa griega del amor, la voluptuosidad del deseo, el placer sensual, y también, diosa de la fertilidad. Una diosa nutricia, diosa de la vida y la muerte, capaz de renovar, de regenerar los ciclos de la vida³¹. Dueña de una belleza que cautivaba a hombres y dioses. Nacida del parricidio, de los genitales mutilados de Urano, dios del cielo, por el ataque certero en manos de Cronos, su hijo, quien los lanzó a las aguas profundas del océano, y de cuya espuma, ella nació. Conocida también como la protectora de cortesanas y prostitutas, y de los marinos. Es pertinente apuntar que, esta es una de las dos versiones predominantes del mito. En una segunda versión, Afrodita es hija de Zeus y de Dione, una titánide, esto es, una diosa pre-olímpica, hija de Urano³². Afrodita, madre de Cupido, de Tique, diosa de la fortuna, de Hermafrodito y Adrestia, de Armonía, de Príamo, de Himeneo, de Fobos y Deimos; abuela de Eros, y esposa de Hefestos, pero también madre de hijos mortales (Artemisa, s/f)³³. Es la diosa del eterno femenino, con una sexualidad activa que la lleva a tener romances con varios dioses, entre ellos Ares, dios de la guerra, siendo todavía esposa de Hefesto³⁴.

30 Elizabeth Badinter. 1991. *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal*. Siglos XVII al XX. España: Paidós.

31 Casa Jung. Psicología. s.f. *¿Quién es Afrodita? Imágenes arquetípicas*. <https://www.youtube.com/watch?v=tLcHyuCp-Yc>

32 Cartwright, Mark. 2018. *Afrodita*. World history encyclopedia. <https://www.worldhistory.org/trans/es/1-494/afrodita/>

33 Artemisa. s.f. *Los hijos de la Diosa Afrodita*. <https://www.youtube.com/watch?v=6be2u1HX8u0>

34 Casa Jung. Psicología. Op cit.

Xochiquetzal o también nombrada Xochiquetzalli

Diosa del amor, señora del amor, las flores, y la fertilidad. Diosas fuerte y poderosa, asediada por los dioses fue esposa de varios de ellos, entre los que se cuentan, Tláloc, dios de la lluvia; Pilzintecuhtli, dios del sol; Ixotecuhtli, dios de la libertad; y, Mixcóatl, dios de la cacería. El mito describe que brotaron fuentes y ríos de sus cabellos; de sus ojos, cavernas y pozos; de su piel nacieron flores y hierba; de su nariz, valles y montes; de su boca, cuevas gigantes; de su espalda, majestuosas montañas. Representa el arquetipo de la belleza por su juventud, su vitalidad sexual, amorosa, y su disposición al placer³⁵.

Maternajes filicidas como efecto de la ambivalencia subjetiva

Es así como, en el encuentro de los dos arquetipos el de la sensualidad y la maternidad, se registran trágicos casos en los que la mujer madre, actúa con total desapego hacia sus hijos, dejándolos en el desamparo y expuestos a la muerte. Para ilustrar esto, véase el caso de Kristel Candelario, mujer de 31 años, sentenciada a cumplir cadena perpetua por haber abandonado por nueve días a su menor hija de apenas 16 meses de vida. La mujer se declara culpable de su abandono. Decidió dejar en total desamparo, sin atención ni cuidados a la bebé, quien finalmente fallece por hambre y deshidratación severa, y que buscando sobrevivir a su apetito, ingiriendo sus propias heces. El motivo de esta cruenta negligencia maternal fue el tomar unas vacaciones en las playas de Puerto Rico y en la Ciudad de Detroit por estar sufriendo determinadas situaciones, dejando entrever que se encontraba agobiada al punto que dejó a su suerte a la pequeña niña³⁶.

Pero este tipo de filicidio no sólo sucede con víctimas pequeñas, también pueden suceder con víctimas adolescentes, como fue el triste caso de Melissa Denisse Chávez Ardiles, acaecido en la Ciudad de Cotimbo en Chile. Hija de padres separados, vivía con su madre y sus hermanos, hasta que apareció la figura de un padrastro de nombre Luis, que al pasar de los años dejó de verla como hijastra para verla de una forma inapropiada en 2014, cometiendo tocamientos que fueron denunciados ante las autoridades, quitándole la guardia y custodia a su madre, quien buscó recuperar la tutela de su hija, con la consigna por parte de las autoridades de dejar a su pareja. Recupera a la niña y tiempo después regresa con el abusador, durante algunos años no hubo registro de reincidencias de abuso. Pero llegado el mes de septiembre de 2020, se cambiaron a una casa más grande, Luis comenzó a cambiar su forma de actuar, mostrando su predilección

35 Xiu. 2017. "Todo lo que tienes que saber sobre Xochiquetzal, la diosa mexicana de la sensualidad y la belleza". *Matador Network*, 30 de agosto. <https://matadornetwork.com/es/xochiquetzal-la-diosa-mexicana-de-la-sensualidad-y-la-belleza/>

36 Ivette Vázquez. 2024. "Revelan la causa de la muerte de la bebé abandonada por su madre para irse de vacaciones". *Revelan la causa de la muerte de la bebé abandonada por su madre para irse de vacaciones (msn.com)*

y acercamiento por su hijastra. La madre desestimó el comportamiento de su pareja, como si nada pasará, al tiempo que sentía celos contra su hija y sin interponer acusación alguna contra él. Finalmente, el padrastro llegó a abusar sexualmente de Melissa tres meses después.

Ese día de la violación, el padrastro deja el domicilio junto con su hijo, quedándose en casa su hijastra postrada en su cama, y la madre. Quien, momentos después, sube al cuarto de su hija con un cuchillo en mano y la apuñala cruelmente, para después, una vez muerta, prenderle fuego a la base de su cama donde yacía el cuerpo. La autopsia reveló el ataque sexual y el ataque mortal sufrido por las heridas del arma blanca usada para matarla por haberla concebido como su rival. Finalmente, la madre fue detenida el 2 de febrero de 2021. El padrastro se dio a la fuga, pero se logró su detención el 17 de noviembre del mismo año³⁷.

Bajo esta misma línea de choque entre los arquetipos de madre y de mujer como objeto de deseo, fue el ocurrido en México, en el municipio de Nezahualcóyotl, en el Estado de México, “la niña de las calcetitas rojas”, Lupita Medina, a quien nunca se le inscribió ante el Registro Civil. Su cuerpecito fue hallado el 18 de marzo de 2017, la menor de cuatro hermanos. Nacida el 16 de enero del 2013. Vivían en condiciones de pobreza. Su madre, Yadira, tenía una pareja, padrastro de Lupita, ambos adictos a las drogas y dedicados al robo, lo que llevó a la detención de ella por un periodo de dos años, tiempo en el que la niña fue cuidada por su tía Marina, una vez fuera de la prisión fue por Lupita, a pesar de que su hermana le ofreció que cuidaría a la niña. La relación materna hacia la niña se describe como distante, indiferente, desinteresada. Hasta que un día decidió vender a su hija, por \$20,000.00 ofreciéndola a un hombre que en ocasiones la había cuidado junto con su familia. Al no tener el dinero que pedía se regresó con ella.³⁸

Por segunda vez, Yadira, intentó venderla sin lograrlo. La familia materna tenía conocimiento de estas situaciones, y se ofrecían para cuidar a su hija, pero siempre la madre se negaba. La abuela materna presentó una denuncia de maltrato ante las autoridades del Desarrollo Integral de la Familia [DIF], instancia que al parecer nunca actuó para rescatar a la niña de la violencia de la que era objeto. Con apenas cuatro años, y con tan solo haber cometido la pequeña falta de mojar su camita, fue golpeada por su madre, la pareja de Yadira, Pablo, despierta y comienza, también, a golpear a Lupita para después abusar sexualmente de ella, ante la presencia de la madre, y terminar arrojándola fuertemente al piso hiriéndola fatalmente, envolvieron su cuerpo y lo dejaron en otra colonia. El peritaje de la autopsia reveló sus heridas y daños genitales, su deceso obedeció a una fuerte hemorragia interna junto con una fractura en el cráneo. La falta del registro civil de Lupita dificultó la investigación judicial. Fue enterrada en un parque

37 Historia criminal. s.f. *La madre chilena que asesinó a su hija porque estaba celosa de ella. El asesinato de Melissa Chávez.* https://www.youtube.com/watch?v=Wk_9h7gX1MM

38 Expediente criminal. s.f. *La peor madre de México: el caso de Guadalupe Medina “Calcetitas Rojas”.* Documental. <https://www.youtube.com/watch?v=9quG-4M3f5I>

memorial en el Estado de México con el nombre de Angelita. Fue gracias a la intervención de una activista, Verónica Villalvazo. Esta activista reprodujo el rostro de la niña. El caso se reactivó ante las autoridades y con el impulso de las redes sociales emprendió la búsqueda de algún familiar. Seis meses después de haber encontrado sus restos, su rostro fue divulgado a través de una ficha de búsqueda³⁹.

A través de esta divulgación, su tía Marina, se enteró que la niña era buscada. Acudió a las autoridades solicitando información, y le comentaron que el cuerpo ya había sido reclamado por “los abuelos”, esta situación fue toda una confusión, porque los policías hablaban de un caso diferente. Una amiga de la tía le dijo que se pusiera en contacto con la activista, Verónica y con Frida, una artista que había reproducido el rostro de la niña. Fue el hombre al que le fue ofrecida Lupita, por su madre, quien facilitó a Verónica una fotografía y video tomados a la pequeña. Este evento dio cauce certero a la investigación, se identificaron como posibles responsables a la madre y al padrastro. El 24 de diciembre de 2017, informó que habían sido detenidos como presuntos responsables de la muerte de la niña. Fueron sentenciados a 82 años de cárcel. El poder judicial también sentenció la inscripción de Lupita en el registro civil y la protección inmediata de sus hermanos⁴⁰.

Un cuarto caso ocurrido el 12 de noviembre de 2008, fue el de Paloma, quien tomó la decisión de asfixiar a sus dos pequeñas hijas, una de dos años tres meses y la otra de apenas cinco meses. Después de hacerlo, buscó acabar con su propia vida, ingiriendo pastillas, pero no lo logró. Al día siguiente sale de su casa, sin reparo de saber cómo están las niñas. En sus declaraciones manifiesta textualmente, que mientras las asfixiaba les decía “Ya duérmete. Shu, shu, shu. Duérmete, duérmete”. Ya una vez estando en la cárcel y siendo entrevistada, declaró que “prefería que estuvieran dormidas para que no pidiera de comer, no me pidieran nada”⁴¹.

Estos cuatro casos ilustran el conflicto arquetípico entre la vivencia de un maternaje ambivalente del que termina predominando su repudio y el deseo de mantenerse como mujer apropiada de sí misma, con la pérdida inevitable de no ser lo que en otro momento pudieron vivir, ser objeto de deseo y amor. Es la influencia de la activación de arquetipos contrapuestos, que activan fantasías elevadas y estáticas, que, al no cubrirse, ni conciliarse, activan una línea siniestra y mortal en contra de sus hijos. Este patrón de interacción entre la madre y su descendiente revela la necesidad de someter a una actualización la clasificación de los maternajes filicidas.

39 Expediente criminal. Op cit.

40 Expediente criminal. Op cit.

41 Alejandra Crail. 2019b. “Paloma asfixió a sus dos hijas; estaba ‘empastillada’ “. *Eme Equis*. 17 de octubre. <https://m-x.com.mx/investigaciones/paloma-asfixio-a-sus-dos-hijas-estaba-empastillada/>

V. ACTUALIZACIÓN DE LOS MATERNAJES FILICIDAS

Desde la psicología analítica de Jung, la vivencia del maternaje activa de entrada dos diferentes colocaciones psíquicas para vivirlo, una asimilada al desarrollo de destrezas de protección, procuración y nutrición del hijo. Se podría decir que, como ese tipo de madre en el que se encuentran mujeres que activan sin mayores problemas este arquetipo para dar lugar, a la familia. Mientras que, en una colocación psíquica distinta está la de la indisposición, que apunta a aquellas mujeres madres que viven en tensión, con malestar para actuar de forma nutricia, atendiendo las necesidades y cuidados constantes de ese bebé o hijo, una vivencia que no está hecha para ellas porque se encuentran desbordadas por la multiplicidad de implicaciones que tiene esta nueva condición. Y en un subtipo, se encuentran aquellas otras madres que ante este conjunto de exigencias viven la pérdida de ya no saberse ni vivirse dueñas de sí, ni de su cuerpo, ni de su rostro, ni de su tiempo, por lo que inevitablemente terminan apareciendo un cúmulo de estragos que dan cuenta de su belleza pérdida.

La condición como mamás no les significa más que un proceso de alienación en su subjetividad. Es en ellas en las que habrá que poner singular atención porque no alcanzan a subjetivar la existencia de un nuevo ser producido por ellas mismas, quizás pueda pensarse que es una línea de acción como la de la madre filicida indispuesta, o las que son incapaces de lidiar con las exigencias de cuidado y paciencia que un hijo requiere. Pero, la diferencia estriba en que estas madres que se plantean viven una ausencia de significación clara y objetiva ante ese nuevo otro, dependiente de ellas, catalizada por el sistemático y joven movimiento socio-político sobre la apropiación de su cuerpo, su disfrute y el uso del tiempo para disponer de los cuidados y libertades que ello implica.

Movimiento que va de la mano con una tendencia individualista y explícita, en general, de la búsqueda constante del placer, que, para el caso de las mujeres se produce a través del disfrute de la belleza personal, algo que se vive como una fantasía de felicidad y que se juega de la mano con una cultura de la violencia. Se suscita una combinación de elementos para los que resulta la presencia de los hijos es incompatible. Una salida para resolver el conflicto es eliminar al hijo, dando lugar a lo que bien se puede nominar como filicidio como efecto de la ambivalencia subjetiva.

En un tercer tipo de maternaje, se encuentran los casos de mujeres perturbadas, psíquicamente trastornadas, como puede ser el caso de la depresión postparto, o sufrir de una afección psicótica. En un cuarto tipo, están las mujeres madres cuyo entorno es adverso, un ambiente desfavorable, sino es que, hasta devastador, como para poder sostener a su descendencia. En un quinto grupo, se encontrarían a las mujeres que disponen de la vida de sus hijos para que no sufran ante las contingencias de la vida que producen sufrimiento, o porque acaso, sufran de

alguna enfermedad con pronóstico reservado, de modo tal que se trata de una supuesta acción de protección, nombrado por algunos como filicidio altruista⁴².

En otro grupo, está el maternaje de la decepción, cuando la descendencia no cubre las expectativas elaboradas, y se tienen hijos con alguna discapacidad, autismo, retraso mental, o deformación congénita. En otro grupo, se encuentran madres que matan a sus hijos por venganza en contra de la pareja, padre de aquellos. Y está un grupo más de mujeres que no deseaban un hijo^{43, 44}.

Todos estos tipos descritos acusan una intencionalidad, que hace imputable la acción delictuosa de la madre sobre el hijo o hijos. Situación que detona la pregunta de, si pudiesen darse casos de filicidio inimputable, es decir, que se produzca la muerte por accidente. Lo cierto es que sí. Esto último, puede sostenerse con las madres-niñas, abusadas sexualmente y con un embarazo infantil. Dado su desarrollo, no alcanzan a comprender enteramente las implicaciones de tener un hijo, así como tampoco logran dimensionar las conductas sexuales de riesgo. Lo mismo ocurre con niñas o adolescentes que sufren discapacidad intelectual, y que son presa fácil de abuso sexual.

Al respecto de la adolescencia, se puede comentar que, por antonomasia, es una etapa álgida por la actividad hormonal que presenta, con sensibles cambios físicos y psicológicos, en los que la actividad sexual por la influencia de múltiples factores se desencadena. Factores como la publicidad, la influencia de los pares, el interés por explorar nuevas sensaciones y estrenarse en experiencias novedosas. Con el ánimo de clarificar la temporalidad de esta etapa se recupera lo señalado por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud⁴⁵, la adolescencia abarca de los 10 a los 19 años. Misma que divide en tres sub-etapas, adolescencia temprana de los 10 a los 13 años; adolescencia media, de los 14 a los 16; y adolescencia tardía de los 17 a los 21. Chicas que viven actualmente con una fuerte influencia de las redes sociales, a través de las cuales se produce la exhibición de la dimensión íntima, esto es, la extimidad, con la finalidad de expresarse, lograr aceptación, interactuar con otros y experimentar un sentimiento de pertenencia a determinados grupos de pares⁴⁶. A su vez las redes sociales lanzan contenidos estereotípicos ideales, frívolos y superficiales, para ser o no ser

42 Diana Cardenas. 2020. "Mujeres filicidas: análisis desde una perspectiva psicojurídica." *Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 37, No. 2, septiembre-diciembre. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152020000200071

43 González, David, Mariana Muñoz-Rivas. Op cit.

44 Diana Cardenas. Op cit.

45 Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, UNFPA & UNICEF. 2016. *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34853/9789275319765_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

46 Yuliana Jiménez. Op cit.

una joven deseada, ideal o feliz que no excluye la maternidad. Planteamientos estereotípicos que no necesariamente coinciden con la realidad de las mujeres jóvenes.

De la tipología expuesta, se observa una influencia del entorno a nivel macrosocial, que maneja, ideológicamente, tipos ideales de descendencia, de pareja, de condición de vida, de condición de salud, de estereotipo de estética física, que, al no alcanzarse o no tenerse, detona en algunas mujeres líneas de acción que son el efecto de un fuerte conflicto arquetípico, por un lado la mujer joven y sensual y por otro lado la mujer madre, que al no ser conciliable detona ideaciones de desechamiento del hijo en la dinámica de la pantalla de su vida, terminando como asesinas de sus propios hijos, por el hecho de estar distantes de esas tipicidades de sensualidad y al mismo tiempo, distante de la idealización de la maternidad. Desde luego que no es el único tipo de maternaje filicida, se encuentran vigentes otros que ya han sido expuestos en el análisis de este fenómeno, tal y como se verá a continuación.

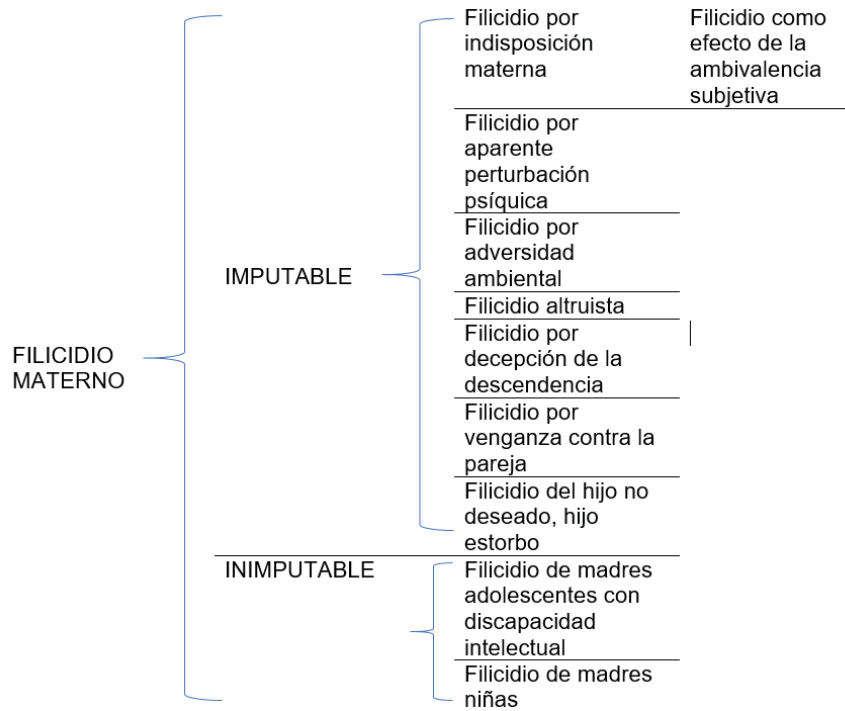
Así, mujeres que, por la traición de su pareja, por infidelidad o abandono, aniquilan a los hijos que tuvieron en común, como si se tratase de una destrucción con la que alcanzan a aniquilar a ese que les infligió dolor. Madres cuyos hijos nacen con deformaciones congénitas y cuya presencia son un diario recordatorio de lo alejado de una maternidad que disfruta de una descendencia sana⁴⁷. Están aquellas otras madres que, muestran su falta de capacidad para enfrentar las contingencias y conflictos propios de la vida; frente a ellos, la línea de acción es, racionalizar un acto sacrificial de evitación del sufrimiento en los hijos, llamado también filicidio altruista⁴⁸; se asesina a la descendencia justificándose en un distorsionado acto de amor. Existen otras madres que se viven rebasadas por el constante desafío de requerimientos de la propia vida cotidiana, a lo que se suma el conjunto de exigencias de cuidado y atención que demandan los hijos; se viven incapaces de poder sustentar esa otra vida.

En otra tesitura, están las madres cuya salud psíquica se ve perturbada por el desequilibrio de sustancias hormonales o por afecciones psico-neurológicas que alteran sensiblemente su percepción de la realidad, afectando su pensamiento y en consecuencia su conducta. Están también, en una dirección distinta, aquellas otras que no encuentran reparo en poder integrarse en su papel de manera funcional, tanto en lo cotidiano como en lo afectivo.

47 David González y Mariana Muñoz-Rivas. Op cit.

48 Diana Cardenas. Op cit.

De manera esquemática se observa:



Por cuanto hace a la cronología etárea de la víctima, se encuentra la siguiente clasificación: feticidio, neonaticidio, infanticidio y filicidio. Feticidio, interrupción del embarazo después de las 12 semanas, en manos de médicos que en su práctica profesional se prestan para ello. Neonaticidio, se produce en la ventana temporal de las primeras 24 horas después de haber nacido el bebé. Infanticidio, puede calificarse así desde el nacimiento y hasta el año de vida del bebé. Y el término filicidio, puede utilizarse de manera específica para el asesinato de hijos que superan el año, además de la aplicación del término para referirse, en general, al acto de asesinar los hijos^{49, 50, 51, 52}.

49 David González y Mariana Muñoz-Rivas. Op cit.

50 María Zazzi. Op cit.

51 Diana Cardenas. Op cit.

52 Balinotti, Christina. 2018. El filicidio materno. ¿Qué lo motiva? You Tube. https://www.google.com/search?q=Balinotti+y+el+filicidio+materno&rlz=1C1GCEA_enMX1071MX1071&coq=Balinotti+y+el+filicidio+materno&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRigAdIBCTQ1MzFqMGoxNagCCbACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:1c4bab4a,vid:Ic1MKxz8b4M,st:0

A decir de Cardenas⁵³ por cuanto hace a las mujeres madre, habrá que considerar la condición de indefensión de madres filicidas, por pobreza, por limitada escolaridad, por trastornos, por antecedentes de violencia en la familia, por omisión de políticas públicas por parte del Estado. Sin embargo, hay que dejar en claro que una parte, no menor de casos, de estas mujeres han sido conscientes de sus actos y que, en términos jurídicos, como madres, son las representantes del Estado. Es decir, el Estado les confiere la potestad de autoridad para el cuidado y crianza de los hijos, al tiempo que respeta su autodeterminación por devenir madres, esto es, ejercer su decisión de maternidad. Dejando de lado aquellos casos por trastornos puerperales, depresión postparto, trastorno de munchausen, psicosis permanente, alteraciones hormonales severas,

El motivo de no poder seguir la vida con la misma dinámica de frivolidad que se tenía y termina por rechazar al hijo, porque ya no lo aguantan más. En este sentido, Balinotti⁵⁴ señala de manera contundente el cómo se comprueba el lado oscuro del amor de la maternidad, del que no se habla por ser incómodo, y en consecuencia inaceptable. Se evita encarar que una madre sea capaz de cometer actos ignominiosos con su descendencia. Es un problema mundial, tal y como ha sido señalado, con más de 600 casos por año, y con un porcentaje del 90% de los casos como hijos biológicos. No sólo los hijos pequeños son asesinados, también los hijos crecidos o adultos, entre los 14 y 40 años que pueden ser asesinados, y que, para masacrarlos, usualmente, se les dispara.

VI. LA VIGENCIA MOTIVACIONAL DE MATERNAJES FILICIDAS

Los casos que a continuación se presentan dan cuenta del cómo se mantiene vigente un juego espectral de los estereotipos del amor de pareja y de la maternidad, en el sentido de su recurrente activación, intensidad y fuerza. Estos estereotipos no son otra cosa más que la manifestación continua de los arquetipos ya referidos, que son expuestos desde la mercadotecnia para incitar patrones de consumo anclados en ellos. A lo que hay que agregar la frivolidad que actualmente impera para el cumplimiento de los deseos, una frivolidad que da cuenta del hedonismo presente y acentuado a partir de las redes sociales, los medios digitales, figuras públicas que mezclan los dos arquetipos femeninos, como, por ejemplo, el clan de las Kardashian⁵⁵, que publican el cómo sin contratiempos pueden lidiar con ambos roles, el de pareja, objeto de deseo como mujer y madres, bajo una atmósfera saturada de consumismo,

⁵³ Diana Cardenas. Op cit.

⁵⁴ Christina Balinotti. s.f. Op cit.

⁵⁵ Kardashian. Noticias. s/f. <https://www.youtube.com/shorts/2WTn656inLM>

Entre los casos que hemerográficamente se han reportado en México, se encuentra el de Claudia, mujer que mató a sus tres hijos, asesinandolos a puñaladas. Se aduce que sufría problemas de orden psicótico, alucinaciones auditivas que le ordenaban cometer dicho acto. El múltiple filicidio aconteció en Querétaro en el año de 1989. El caso de Verónica, sucedió en el estado de Puebla en 1996. En el estado de Coahuila, en 2009, Rocío, tras haber sostenido una disputa con su pareja en turno por cuestiones económica, se rocía de gasolina y se lanza contra sus hijos, la niña resultó ultimada, el niño sobrevivió. Se dice que sufría de ataques psicóticos^{56, 57}.

En 2010, se dio la muerte del conocido caso de la niña Paulette, cuyo cuerpo, sospechosamente, no fue encontrado desde las primeras indagaciones, y cuyos padres tenían cercanía con el entonces presidente municipal de Huixquilucan, y el otrora gobernador, Enrique Peña Nieto. Su cuerpo yacía entre la base de la cama y el colchón. Curiosamente, fue un escenario en el que tuvieron lugar diferentes entrevistas^{58, 59}.

Mireya terminó quitándose la vida junto con sus padres y sus tres hijos, en el año de 2017. Previamente había realizado acciones judiciales en contra del padre por haber cometido abuso sexual reiterado en contra de los tres menores. No obstante, estas acciones, la madre sufrió violencia institucional, que la obligaba a someter a los niños a tener convivencia con el agresor, quien en repetidas ocasiones emprendió acciones de desacreditaciones de las imputaciones que Mireya realizó en contra de él. Este desenlace ilustra la imposición arbitraria por parte de los jueces que llevaron el caso, perpetrando violencia sostenida contra las víctimas y contra la madre. El acceso a la justicia nunca llegó para ella ni para sus hijos. Este universo simbólico del poder judicial destaca la falta de preparación y sensibilidad por los operadores de justicia sobre las víctimas, que, como consecuencia, destapan su ineficiencia^{60, 61}.

En el Estado de Querétaro en 2017, Guadalupe, quien degolló a sus dos hijos de 14 y 6 años, enviando fotos de sus hijos ya muertos al padre de ellos, quien residía en ese momento en los Estados Unidos. Todo apunta a que el detonante fue el saber que su pareja ya contaba con otra familia. Después de haber cometido el filicidio, se quitó la vida. Otro caso fue el de Leticia, que, junto con su novio, mató a su hijo de apenas ocho meses de vida en 2018⁶².

56 Tendencias. 2019. "Los 7 casos de madres que mataron a sus hijos". El Heraldo de México, 10 de mayo. Los 7 casos de madres que mataron a sus hijos | El Heraldo de México (heraldodemexico.com.mx)

57 Stephania Cardoso. Op cit.

58 Tendencias. Op cit.

59 Redacción. 2022. "Paulette Gebara: ¿Cómo terminó el caso de la niña hallada muerta debajo del colchón?" 1º de diciembre. – *El Financiero*

60 Tendencias. Op cit.

61 García, Anayeli. 2017. "Mireya, el suicidio y una historia de omisiones". *Revista Proceso*. 4 de julio. Mireya, el suicidio y una historia de omisiones - Proceso,

62 Tendencias. Op cit.

En la Ciudad de Mexicali, Baja California, se registró el deceso de un menor de cuatro años, por la golpiza que le perpetró su madre, Emily Judith (Reyes, 2018)⁶³. De manera esquemática véase la Tabla 3. Caracterización de los filicidios.

Tabla 3. Caracterización de los filicidios

Caso	Fecha	Características y móvil de la filicida	Víctimas
Claudia	1989	Problemas mentales	3 hijos de 6, 9 y 11 años asesinados a puñaladas
Verónica	1996	Necesidad económica, desempleo y sin apoyo de pareja	3 hijos de 2, 7 y 8 años envenenados con comida del día
Rocío del Carmen	2009	Discute con pareja, se rocía gasolina	Quema a sus 2 hijos, niña muere, niño sobrevive
Lizzette Farah	2010	No esclarecido, posible tráfico de influencias	Hija con autismo asesinada por asfixia
Guadalupe	2017	Venganza contra su pareja al enterarse que tiene otra familia	Degolla a sus 2 hijos y luego se suicida
Mireya	2017	Madre y menores víctimas de violencia institucional	Envenena a sus 3 hijos de 10, y gemelos de 7 años
Leticia	2018	Violencia de filicida y novio contra el hijo de ella	Bebé de 8 meses asesinado en supuesto ritual satánico
Emily Judith	2018	Hiperactividad del hijo	Hijo de 4 años asesinado a golpes

Estas mujeres, al decidir asesinar a sus hijos, muestran que tal responsabilidad ha rebasado sus recursos psicosociales, episodio trágico que está impregnado de una intensidad y fuerza afectiva que las descoloca de las implicaciones de su acto. Ya sea por recursos económicos, materiales, escolares, autonomía económica, redes de apoyo, configuración maternal (motivación, deseo, disposición, vivencia positiva predominante), número de hijos, abandono de la pareja, estresores externos, antecedentes de salud psíquica precaria, antecedentes de violencia familiar originales, violencia familia actual, queda en este análisis la necesidad de recuperar la noción de una falta de claridad de un proyecto de vida independiente y emancipatorio y en contraste, una dependencia de configurar mujer a través de otro que es la pareja y de vivir su dimensión de madre a través de la descendencia pero con una fuerte presión por la incompatibilidad de los arquetipos ya descritos.

Inevitablemente estas mujeres han sido como todas las mujeres sujetas de influencia de elementos macrosociales como, los culturales, jurídicos, religiosos y comerciales, que van

63 Reyes, H. 2018. Mujer cachanilla es detenida por el homicidio de su hijo de 4 años. *Síntesis*, 20 de agosto.

fortaleciendo o debilitando su toma de consciencia, su capacidad de toma de decisiones y de actuación por medio de la voluntad para dar lugar a la acción de manera responsable, distante de la frivolidad, de la superficialidad de un contexto que recrea *realities show* con las redes sociales y que poco abonan para fomentar una cercana sobre la claridad de un proyecto de vida en el que prevalezca el desarrollo propositivo de la personalidad. Sin embargo, tal y como se ha expuesto, no todas están en condiciones extremas de alteración psíquica.

VII. CONCLUSIONES

Se puede concluir que efectivamente existen elementos para actualizar la tipología de los filicidios maternos, a propósito de la presencia de las redes sociales y su alto contenido de estereotipos de belleza y fórmulas frívolas de felicidad para las mujeres en edad reproductiva, sobre todo las jóvenes.

Un arquetipo que igualmente compite para el cumplimiento de deseos de la fantasía de la maternidad cuando las mujeres se encuentran una pareja, o bien, cuando se suponen a sí mismas con la suficiente fuerza y entendimiento de su empoderamiento, y con ello de la apropiación de su cuerpo y con ello vivir la experiencia simultánea de la sexualidad y de la maternidad, que en algunos casos resultan irreconciliables y trágicamente terminan en filicidio.

Se logra mostrar que efectivamente los arquetipos de belleza femenina y de maternidad siguen vigentes, y que en su rompimiento son fuente potencial de filicidio materno, en aquellas mujeres que los tienen fuertemente sedimentados en su endosistema, es decir, en su subjetividad.

A pesar de la progresividad jurídica de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la pérdida de vidas, sobre todo, de menores de edad en manos de sus madres no ha logrado erradicarse.

Las tensiones que se producen a nivel macrosistémico entre las dimensiones de lo cultural, lo jurídico, teológico y comercial, favorecen el surgimiento de fuentes de conflicto en el endosistema femenino de las mujeres madres, que con fuertes dosis de ambivalencia tienen a sus hijos y que al no resolverla terminan matándolos.

Lo anterior finca las bases para establecer una nueva tipología de filicidio materno, aquel que se comete como efecto de la ambivalencia subjetiva en estas madres asesinas, que sin sufrir ningún trastorno deciden dar punto final a la vida de sus hijos.

REFERENCIAS

- Álvarez Carneros, Pablo. 2015. “La Teoría Ecológica de Urie Bronfenbrenner”. *Portal Psicología y Mente*. 2 de junio. <https://psicologiaymente.com/desarrollo/teoria-ecologica-bronfenbrenner>
- Artemisa. s.f. *Los hijos de la Diosa Afrodita*. <https://www.youtube.com/watch?v=6be2u1HX8u0>
- Badinter, Elizabeth. 1991. *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal*. Siglos XVII al XX. España: Paidós.
- Balinotti, Christina. s.f. Así son los perfiles de las madres asesinas – Filicidio. <https://www.youtube.com/watch?v=74VcumKcXX4>
- Balinotti, Christina. 2018. El filicidio materno. ¿Qué lo motiva? You Tube. https://www.google.com/search?q=Balinotti+y+el+filicidio+materno&rlz=1C1GCEA_enMX1071MX1071&oq=Balinotti+y+el+filicidio+materno&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRigAdIBCTQ1MzFqMGoxNagCCbACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:1c4bab4a,vid:Ic1MKxz8b4M,st:0
- Berger Peter, y Thomas Luckmann. 2003. *La construcción social de la realidad*. Argentina. Cultura libre. <https://redmovimientos.mx/wp-content/uploads/2020/07/La-Construcci%C3%B3n-Social-de-la-Realidad-Berger-y-Luckmann.pdf>
- Cardenas, Diana. 2020. “Mujeres filicidas: análisis desde una perspectiva psicojurídica.” *Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 37, No. 2, septiembre-diciembre. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152020000200071
- Cardoso, Stephania. 2009. “Homicida, el estatus de Rocío Hernández Rivera. zócalo. Homicida, el estatus de Rocío Hernández Rivera” – *Periódico Zócalo* | Noticias de Saltillo, Torreón, Piedras Negras, Monclova, Acuña, 25 de marzo. (zocalo.com.mx)
- Cartwright, Mark. 2018. *Afrodita*. World history encyclopedia. <https://www.worldhistory.org/trans/es/1-494/afrodita/>
- Casa Jung. Psicología. s.f. *¿Quién es Afrodita? Imágenes arquetípicas*. <https://www.youtube.com/watch?v=tLcHycp-Yc>
- Comisión Nacional de los Derechos. 1959. *Declaración de los derechos del niño*. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proviclima/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/E/declaracion_derechos_nino.pdf
- Crail, Alejandra. 2019a. “En México, cada dos días muere un niño a manos de sus padres”. *Eme Equis*. 15 de octubre. <https://m-x.com.mx/investigaciones/matar-a-un-hijo-en-mexico-cada-dos-dias-muere-un-menor-a-manos-de-sus-padres/>
- Crail, Alejandra. 2019b. “Paloma asfixió a sus dos hijas; estaba ‘empastillada’ “. *Eme Equis*. 17 de octubre. <https://m-x.com.mx/investigaciones/paloma-asfioxio-a-sus-dos-hijas-estaba-empastillada/>
- De la Espriella, Ricardo. 2006. “Filicidio: una revisión”. *Revista Colombiana de Psiquiatría*. Vol. 35, No. 1. Enero-marzo. Filicidio*: una revisión (scielo.org.co)

- Estupiñán, Norge, Eldalina, Rodríguez, Abel Gallardo, Isis Jiménez, Diana Bayona, Lilibeth Villalonga. 2016. “Filicidio: apuntes históricos y reflexión actual”. *Revista Médica Electrónica*. Vol. 38 No. 3. mayo-junio. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242016000300026
- Expediente criminal. s.f. La peor madre de México: el caso de Guadalupe Medina “Calcetas Rojas”. Documental. <https://www.youtube.com/watch?v=9quG-4M3f5I>
- Flores, Verceci. 2019. “Mecanismos en la construcción del amor romántico”. *Revista de estudios de género*. Vol. 6, no. 50. Julio-diciembre. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362019000200282&lng=es&nrm=iso&tlng=es
<https://doi.org/10.32870/lv.v6i50.7074>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. 2006. Convención sobre los derechos del niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- García, Anayeli. 2017. “Mireya, el suicidio y una historia de omisiones”. *Revista Proceso*. 4 de julio. Mireya, el suicidio y una historia de omisiones - Proceso,
- González, David, Mariana Muñoz-Rivas. Filicidio y neonaticidio. 2003. *Psicopatología Clínica legal y forense*. Dialnet. Vol. 3, No. 2, pp. 91-106. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=982295>
- González, Velvet. 2023. “Aumentan 23% filicidios: Los asesinatos de padres a hijos no están tipificados”. *El Heraldo en Chihuahua*, 23 de abril. <https://www.elheraldodechihuahua.com.mx/local/chihuahua/aumentan-23-filicidios-los-asesinatos-de-padres-a-hijos-no-estan-tipificados-9958665.html>
- History Chanel. s.f. Coatlicue-Batalla de los Dioses. <https://www.youtube.com/watch?v=ZMao7i1tbG8>
- Historia criminal. s.f. *La madre chilena que asesinó a su hija porque estaba celosa de ella. El asesinato de Melissa Chávez*. https://www.youtube.com/watch?v=Wk_9h7gX1MM
- Humanium. s.f. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924. <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/#:-:text=En%201924%2C%20la%20Sociedad%20de,de%20los%20adultos%20hacia%20ellos>.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, INEGI. s.f. Mortalidad. Conjunto de datos: Defunciones por homicidio. https://www.inegi.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=
- Instituto Nacional de las Mujeres. Inmujeres. 2020. *Indicadores básicos*. http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/panorama_general.php?menu1=2&IDTema=2&pag=1
- Jiménez, Yuliana. 2018. “Identificación imaginaria, simbólica o fantasmática en adolescentes que extiman” en Facebook. *Tesis de licenciatura*. Universidad Autónoma del Estado de México. <https://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/98766>
- Jung, Carl. 1970. *Arquetipos e inconsciente colectivos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Kardashian. Noticias. s.f. <https://www.youtube.com/shorts/2WTn656inLM>

- León, Magdalena. 1997. *Poder y empoderamiento de las mujeres. Género, mujer y desarrollo y Tercer mundo*. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/57028>
- Morse Janice. 1994. *Designing funded qualitative research*. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (eds.). *Handbook of qualitative research*. Pp. 0-235. Sage Publications, Inc.
- Naciones Unidas. *Derechos sexuales y reproductivos*. s/f. <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/#:~:text=%3E%20Decidir%20libremente%20respecto%20de%20la,y%20reproductiva%3B%20interrupci%C3%B3n%20del%20embarazo>.
- Nuñez, Saydi. 2012. “Reforma social, honor y justicia: infanticidio y aborto en la Ciudad de México, 1920-1940”. *Signos históricos*. No. 28, julio-diciembre. Pp. 68-113. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34425327002>
- Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, UNFPA & UNICEF. 2016. *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34853/9789275319765_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Redacción. 2022. “Paulette Gebara: ¿Cómo terminó el caso de la niña hallada muerta debajo del colchón?” 1º de diciembre. – *El Financiero*
- Reyes, H. 2018. Mujer cachanilla es detenida por el homicidio de su hijo de 4 años. *Síntesis*, 20 de agosto.
- Román, Ramón y María del Mar Montero. 2013. “Repensar el hedonismo: de la felicidad en Epicuro a la sociedad hiperconsumista de Lipovetsky”. *Endoxa: Series Filosóficas*. No. 31. Pp. 191-210. Madrid: UNED. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Endoxa-2013-31-1035/Documento.pdf>
- Sánchez, Edith. 2022. El mito de Medea, la hechicera enamorada. *Lamenteesmaravillosa*. 13 de enero. El mito de Medea, la hechicera enamorada - La Mente es Maravillosa
- Santiago, María. 2012. Mitología griega: Medea, la hechicera. *RedHistoria*. 4 de octubre. <https://redhistoria.com/mitologia-griega-medea-la-hechicera/>
- Tendencias. 2019. “Los 7 casos de madres que mataron a sus hijos”. *El Heraldo de México*, 10 de mayo. Los 7 casos de madres que mataron a sus hijos | El Heraldo de México (heraldodemexico.com.mx)
- Vázquez, Ivette. 2024. “Revelan la causa de la muerte de la bebé abandonada por su madre para irse de vacaciones”. Revelan la causa de la muerte de la bebé abandonada por su madre para irse de vacaciones ([msn.com](https://www.msn.com))
- Xiu. 2017. “Todo lo que tienes que saber sobre Xochiquetzal, la diosa mexicana de la sensualidad y la belleza”. *Matador Network*, 30 de agosto. <https://matadornetwork.com/es/xochiquetzal-la-diosa-mexicana-de-la-sensualidad-y-la-belleza/>
- Zazzi, María. 2011. “Filicidio. Madres asesinas”. *Rev. Argentina de Psiquiatría*. Vol. XXII. Pp. 188-198. <https://catalogo.fmed.uba.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=55267>

Recibido: 04/03/2024

Aprobado: 15/05/2024

*Los actos de función pública
administrativa como elemento típico
del delito de negociación incompatible*

*Acts of an Administrative Public
Service as a Typical Element
of the Offence of Incompatible Negotiation*

Andrés Fernando Rodríguez Ojeda* <https://orcid.org/0000-0003-0022-3127>
Martha Rocío Gonzales Loli** <https://orcid.org/0000-0001-8849-4823>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2646>

* Magíster. Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Lima, Perú.
Correo electrónico: afrodriguez@hotmail.com

** Abogada. Catedrática EUPG-UNFV. Lima, Perú.
Correo electrónico: mgonzales@unfv.edu.pe

Lex





Mujer del desierto, óleo sobre lienzo 50 x 40 cm.

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

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

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

RESUMEN

La discrepancia existente en la jurisprudencia penal sobre la naturaleza jurídica del delito de negociación incompatible, impulsó una investigación que tuvo como objetivo general determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible. La metodología empleada es de tipo básico no experimental, de corte transversal de nivel explicativo con enfoque cuantitativo, la población estuvo conformada por 148 profesionales especialistas en derecho penal, 6 representantes del Ministerio Público, 6 jueces de la Corte Superior del distrito judicial de Lima y 123 abogados, se efectuó el análisis documental y para el análisis de los datos se utilizó la estadística descriptiva e inferencial; concluida la investigación se obtuvo como resultado a un valor de confiabilidad del 95%, un valor significancia de $p= 0,000$ es decir a un nivel de significancia de 0,05 el valor de $p < 0,05$, evidenciando que existe una relación significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se puede afirmar que los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible, en tanto el desarrollo del tipo penal es genérico respecto a la conducta que se sanciona, así, cualquier acto funcional contrario a las normas que rigen al servidor público (deber especial) se presume genera riesgo o posible riesgo para el bien jurídico, posición respaldada por el 72,97 % de la población encuestada, que considera que el incumplimiento de una función administrativa daña de manera efectiva el normal funcionamiento de la administración pública.

Palabras clave: *conducta típica, bien jurídico, peligro abstracto, peligro concreto.*

ABSTRACT

The discrepancy in criminal case law on the legal nature of the incompatible bargaining offence, conducted an investigation whose general objective was to determine how acts of an administrative public function are regarded as a typical element of the offence of incompatible negotiation. The methodology used is of a basic, non-experimental, cross-sectional, explanatory level with a quantitative approach, the population was made up of 148 professionals specializing in criminal law, 6 representatives of the Public Prosecutor's Office, 6 judges of the Superior Court of the judicial district of Lima and 123 lawyers, the documentary analysis was carried out and the descriptive and inferential statistics were used for the analysis of the data; the investigation was concluded and the result was a 95% reliability value, a significance value of $p= 0,000$ means at a significance level of 0,05 the value of $p < 0,05$, showing that there is a significant relationship between the study variables, therefore, it can be said that acts of an administrative public function are considered as a typical element of the incompatible bargaining offence, while the development of the criminal type is generic with respect to the conduct that is punishable, thus, any functional act contrary to the rules governing the public servant (special duty) is presumed to generate risk or possible risk for the legal good, a position supported by 72,97 % of the surveyed population, which considers that failure to perform an administrative function effectively damages the normal functioning of the public administration.

Keywords: *typical behavior, legal right, abstract danger, concrete danger.*

I. INTRODUCCIÓN

La negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (en adelante negociación incompatible) es un delito de corrupción de funcionarios que opera como una especie residual del tipo penal de colusión (Recurso de Casación N° 841 - 2015 - Ayacucho, 2016)¹; sin embargo, en la actualidad, la ausencia de criterios homogéneos sobre la naturaleza jurídica del tipo penal genera confusión y temor en los justiciables ante decisiones arbitrarias que podrían lesionar derechos fundamentales.

La jurisprudencia penal es antagónica respecto a la naturaleza jurídica del tipo penal, se discute si lo que se sanciona es el riesgo o posible riesgo para el normal funcionamiento de la administración pública (bien jurídico) generado por un peligro abstracto (Recurso de Casación N° 396 - 2019 – Ayacucho, 2020)², o si de lo que se trata es de sancionar el riesgo efectivo que afecte al citado bien jurídico ocasionado a través de una acción de peligro concreto (Recurso de Casación N° 231 - 2017 – Puno, 2017)³.

A juicio de Teijón, para determinar si se está ante un peligro concreto o ante un peligro abstracto resulta necesario distinguir entre la peligrosidad de la acción y el resultado de peligro⁴, lo esencial para determinar si la conducta ha causado un resultado de peligro concreto se traduce en un juicio de previsibilidad *ex post*; por ello, desde la dogmática se afirma que el peligro concreto es de resultado, si se toma en consideración que el objeto de protección es la seguridad colectiva la sola puesta en peligro del colectivo generaría como resultado su menoscabo.

1 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2016), Recurso de Casación N° 841-2015, Ayacucho, Perú, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Casacion-841-2015-Ayacucho-LP.pdf>

2 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2020), Recurso de Casación N° 396-2019 – Ayacucho, <https://lpderecho.pe/delito-negociacion-incompatible-peligro-concreto-abstracto-casacion-396-2019-ayacucho/>

3 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Recurso de Casación N° 231-2017-Puno, <https://lpderecho.pe/casacion-231-2017-puno-negociacion-incompatible-peligro-concreto-creacion-riesgo-resultado-probarse/>

4 M. Teijón Alcalá, *Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo* (2023), acceso el 5 de febrero de 2024, <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>

En un escenario de peligro concreto, Mañalich indica que el bien jurídico queda eventualmente expuesto a una lesión no evitable de manera intencional por su titular o sus beneficiarios, es decir la contingencia del bien jurídico es dejada al azar y por tanto será incontrolable para quienes tienen legítimo interés en la preservación del bien⁵. En cambio, en un delito de peligro abstracto la posible contingencia para el bien jurídico se dará por la omisión de una conducta de precaución para evitar la posible merma del citado bien ante una situación de peligro.

Sobre el particular, Pezo, evaluando los pronunciamientos declarados por la Corte Suprema en el periodo 2015 al 2018, concluye que solo el 15 % de las sentencias emitidas en primera instancia observan los lineamientos jurisprudenciales aprobados por la magistratura respecto a los alcances del delito de negociación incompatible⁶, es decir, existe un 85 % de sentencias que omiten en su motivación los principales pronunciamientos que abarcan los recursos de casación expedidos en dicho período.

Acota que, si bien la generalidad de magistrados considera que la negociación incompatible es un delito de peligro, el 73 % de las sentencias no fundamenta si lo que se sanciona es un peligro concreto o un peligro abstracto que afecta al bien jurídico, calificación necesaria en tanto el primero de ellos exige la existencia de un daño efectivo, y en el otro tan solo se requiere la posibilidad de un daño para la administración pública.

Desde otra perspectiva, Vásquez señala que existe una diferencia en los objetos de prueba de un proceso penal respecto de un proceso administrativo–disciplinario o sancionador⁷; en el primero es imperativo probar de manera rigurosa la comisión del delito con todos sus elementos configuradores, en contraste con el proceso administrativo en el que habrá de probarse la comisión de una violación a la ley administrativa o la normativa de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En similar sentido, Franco indica que no basta que un funcionario público infrinja un deber propio del cargo que ejerce para recurrir al derecho penal, ello acorde con los principios de legalidad y mínima intervención. No es posible abarcar como conducta punible cualquier incumplimiento del funcionario público. Sostiene que esta calificación es extensa y amplia, y que se debe exigir un resultado que lesione o genere un peligro efectivo para el bien jurídico

5 J. Mañalich Raffo, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho* 48, 2 (2021): 79-100.

6 O. Pezo Jiménez, “Uso de las corrientes jurisprudenciales de la Corte Suprema peruana en el delito de negociación incompatible”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. (7) (2020): 1-17, acceso el 7 de abril de 2024, <https://research.ebsco.com/c/keiol5/search/results?q=AN+149501146&db=mnh%2Clspd%2Ceih%2Cbai%2Cfua%2Cwpr>

7 M. Vásquez Soto, “Alcances del delito de negociación incompatible y su implicancia en procesos de contratación pública en situación de emergencia”, *Reflexiones teórico-prácticas actuales en el Derecho Penal*, núm. 6 (2022): 93-106, acceso el 2 de abril de 2024, <http://editorialamachaq.com/wp-content/uploads/2022/05/B6-PENAL-PDF.pdf#page=94>

necesario para garantizar la convivencia social por encima de cautelar el normal funcionamiento de la administración pública⁸.

En cuanto a la infracción de un deber especial como nexo causal para la imputación penal, Salinas explica que la teoría del profesor Jakobs, sobre el incumplimiento del deber institucional como injusto penal, no se ajusta a la estructura legislativa de nuestro Código Penal. Explica que, entre otros delitos, en el caso de la negociación incompatible, verificar una infracción al deber no es fundamento del injusto penal. Sentencia que la teoría jurídica de Claus Roxin debe aplicarse para determinar la responsabilidad penal en la mayoría de los delitos de función pública⁹.

Desde el punto de vista de Rusca, en la doctrina es común percibir opiniones sobre el insuficiente desarrollo teórico del tipo penal o apreciaciones desde el punto de vista del diseño legislativo que lo interpretan como un tipo penal de carácter restringido. Precisa que exigir que el funcionario actúe con el ánimo especial de obtener un beneficio constituye una restricción inadecuada¹⁰; por el contrario, existen razones relevantes para concebir como consumado el tipo penal con solo advertir que se ha tenido conciencia de la situación de riesgo que se ha generado para el bien jurídico.

Para Guimaray, en el plano dogmático el aprovechamiento o abuso del poder público en beneficio privado importa el examen de los delitos contra la administración pública a partir de los fines constitucionales que cumple el Estado y su correspondencia con la definición criminológica de la corrupción pública, se podrá establecer como categoría el bien jurídico que tutela intereses colectivos, el fin prestacional del Estado, la legalidad y la imparcialidad u objetividad del aparato público, conceptos contenidos en el correcto funcionamiento de la administración pública¹¹. Señala que existe relación intrínseca entre los elementos positivos y negativos que fundamentan la prohibición penal de una conducta, con el estatuto normativo que delimita las conductas de los funcionarios públicos, por ello considera probable que, si el funcionario público conoce el deber o las obligaciones que limitan su actuación funcional y toma la decisión de infringirlos, configurando así el tipo penal, ello implica que tuvo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

8 A. Franco Gonzales, “Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal” (tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2022).

9 E. R. Salinas Siccha, “La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales” (tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2020).

10 B. Rusca, “Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal”, *Derecho PUCP*, núm. 90 (2023): 463-495, <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>

11 E. Guimaray Mori, “Criterios de imputación de responsabilidad penal en delitos vinculados a la corrupción pública” (tesis doctoral, Universidad de Cádiz, 2020).

Un tema central de la problemática descrita es la ausencia de un criterio estándar al configurar la conducta típica del tipo penal en estudio, ello evidencia posibles imprecisiones en la legislación penal, afirmación que otorga justificación a la investigación desarrollada. Posición razonable en tanto la doctrina penal no brinda una respuesta única para definir y valorar los elementos que configuran la conducta punible, al presentarse este tipo de limitante se evidencia la presencia de lagunas en el desarrollo legislativo.

1.1 La función pública en la organización administrativa

Como señala Boyer, la organización administrativa del Estado está conformada por entidades públicas que como elemento central tienen a un conjunto numeroso de personas, cuya relación se rige jurídicamente por la denominada función pública a través de la cual realiza sus actividades, presta servicios y ejerce sus facultades conforme lo establecen la constitución y las Leyes¹².

Estas funciones o actividades tienen como contenido según indica Galindo (2000), el deber del Estado de mantener el orden público, la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y la conducción del desarrollo social y económico; todas soportadas mediante acciones que se materializan en actos administrativos que desde luego se realizan conforme a un ordenamiento jurídico que tiene por efecto la creación modificación o extinción de situaciones jurídicas particulares.

1.2 El ejercicio de la función pública

Respecto al ejercicio de la función pública, Galindo refiere que la organización administrativa la realiza el Estado mediante personas que reciben la denominación de “altos funcionarios, funcionarios y empleados al servicio del Estado”, quienes realizan una actividad material e intelectual o ambas de acuerdo a las funciones que tiene encomendadas el Estado¹³.

En la esfera del derecho público son tres las teorías que abordan la naturaleza jurídica de la función pública: a) la que señala que es un acto unilateral del Estado con sus servidores públicos; b) la que sostiene que se trata de una relación comercial y c) la que refiere que se trata de un acto de unión o de condición. Esta última, indica el autor, resulta la más adecuada, en razón de que la relación de trabajo no se impone unilateralmente por el Estado, así se violaría un derecho personal, tampoco puede aceptarse una relación contractual dado que no hay igualdad entre las partes.

12 J. Boyer Carrera, *El derecho de la función pública y el servicio civil: nociones fundamentales* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019).

13 M. Galindo Camacho, *Teoría de la Administración Pública* (México Distrito Federal: Editorial Porrúa 2000), 143.

1.3 Delitos contra la administración pública

La doctrina penal, según Chanjan, identifica dos teorías para definir el bien jurídico que el Derecho penal debe proteger en última instancia, las teorías personalistas y las teorías del daño social o funcionalistas. La primera prioriza a la persona y sus intereses, contrastándolos de manera general con los intereses supra personales orientados a cumplir una función social, y la segunda estima al bien jurídico desde el ámbito social en tanto comprende aquellas condiciones necesarias para preservar el orden social¹⁴.

Señala que la intervención penal solo se justifica siempre que maximice la dignidad humana y su libre desarrollo en sociedad, en ese sentido, deberá tenerse en cuenta tanto los efectos preventivos generales del Derecho penal como los fines garantistas que limitan su intervención punitiva.

Para Vílchez, la puesta en marcha del aparato punitivo estatal no se orienta a tutelar la fórmula tan usada como es el buen funcionamiento de la administración pública; por el contrario, lo que pretende el Estado es a través de ello garantizar el compromiso de proteger aquellas condiciones básicas y fundamentales necesarias para el desarrollo de la persona en sociedad y el funcionamiento de esta¹⁵.

Es por ello, que cuando se comete un delito contra la administración pública el castigo penal no se fundamenta en la destrucción material de la entidad, es decir no resulta aplicable la punición por delitos de lesión de resultado, en tanto lo que se desea proteger no atiende a una realidad material o perceptible a los sentidos; en ese sentido, será necesario recurrir a otro esquema como el que ofrecen los delitos de peligro, aunque precisa, no todas sus modalidades representan una efectiva lesión para el bien jurídico.

1.4 El delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible, según Soler, define la conducta del funcionario público que participa en determinado acto de su competencia respecto del cual tiene un interés de carácter privado. Se trata de una suerte de doble conducta en tanto obra en él, por un lado, el carácter de órgano del Estado y de otra parte el interés en que se realice el acto¹⁶.

14 Rafael H. Chanjan Documet, “El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”, *Derecho Penal y Criminología* 38, núm. 104 (2017): 121-50, <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>

15 Ronald Vílchez Chinchayán, “Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú”, *Revista de Derecho* 21, núm. especial (2022): 173-89. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>

16 Citado en Rusca, “Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal”.

El objeto material que comprende el tipo penal es el contrato y la operación en las que, en razón del cargo que ejerce, participa el sujeto público. Respecto al primero, la norma alude a los acuerdos en los que interviene la administración pública como parte y en la segunda en aquellas actividades, generalmente de contenido patrimonial, en las que el Estado actúa y decide unilateralmente.

En él no se integra como elemento típico el perjuicio material a la administración pública, es un tipo penal que se ha establecido “en fase de anticipación de tutela” bajo la naturaleza de un delito de peligro para el bien jurídico. La norma prevé se genere un beneficio para el sujeto público relacionado o para el tercero producto de su intervención en el contrato u operación, se trata de un provecho patrimonial por lo que deben descartarse intereses opuestos al citado contenido.

1.5 El delito de peligro abstracto

En los delitos de peligro abstracto, según precisa Teijón, el peligro no constituye un elemento del tipo, el delito se consuma al momento de materializarse el hecho que ha previsto el texto penal sin que se haya puesto en peligro el bien jurídico. Si el comportamiento del agente coincide con el descrito en el tipo penal se considera típicamente relevante, aunque carezca de peligrosidad, pues el injusto se basa en el desvalor de la acción¹⁷.

Considera Mañalich que una situación de peligro abstracto debe ser identificada con el deterioro de una o más condiciones de seguridad de precaución temporal indispensable para disposición y beneficio, de manera no peligrosa, del bien jurídico individual o colectivo en el marco de lo socialmente adecuado. Indica que la protección del bien jurídico frente a un peligro abstracto, es otorgado a través de normas de comportamiento que se orientan, a través de ciertos deberes de abstención o de acción, a la neutralización obligatoria del estado de indefensión riesgoso al que encuentra expuesto el bien jurídico¹⁸.

1.6 Objetivos de la investigación

La administración pública se rige por documentos técnicos que regulan su estructura, organización y procedimientos, sobre dicho marco se ejecutan actos de administración que el servidor debe observar con interés y diligencia, nos preguntamos si una conducta en contrario necesariamente debe calificarse como afectación de un deber especial y por tanto se justifica la intervención del derecho penal. A partir de este supuesto fijamos los objetivos de la investigación.

¹⁷ Teijón Alcalá, “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”.

¹⁸ Mañalich Raffo, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”.

1.7 Objetivo general

Determinar de qué manera los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

1.8 Objetivos específicos

- a. Establecer de qué forma se manifiesta en los actos de función pública administrativa un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- b. Establecer de qué manera se manifiestan en los actos de función pública administrativa un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.
- c. Explicar de qué modo en los actos de función administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Es una investigación que por sus características es de tipo básica no experimental, al respecto señala Hernández-Sampieri y Mendoza que al tratarse de un estudio de situaciones ya existentes, no es posible manipular las variables pues no se tiene control sobre ellas en tanto se trata de hechos que ya han ocurrido al igual que las consecuencias que de ellos se han generado¹⁹.

El diseño que se utilizó es de corte transversal cuyo propósito fue describir las variables planteadas a través del análisis de su incidencia e interrelación respecto a una población definida en un determinado momento. De acuerdo a los objetivos del estudio se trata de una investigación de nivel explicativo, con un enfoque cuantitativo.

Las investigaciones de alcance explicativo son más estructuradas que otros tipos de estudio. Conforme señalan Hernández - Sampieri & Mendoza, se orientan a dar respuesta a las causas de los eventos y fenómenos de estudio. El objetivo central es explicar por qué ocurre el fenómeno y de qué manera se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables, es decir proporciona un sentido de entendimiento al fenómeno de referencia²⁰.

19 R. Hernández-Sampieri y C. Mendoza Torres, *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V., 2018).

20 R. Hernández-Sampieri y C. Mendoza Torres, *Metodología de la investigación*.

2.1 Población

López-Roldan & Fachelli indican que, sobre la población debe tenerse en cuenta su distinción entre finita e infinita; si el tamaño de la muestra es pequeño respecto de la población se considera infinita, en cambio si la muestra necesaria es considerable será finita, igualmente se considera finita para la población formada por menos de 100 000 unidades, e infinita en los casos que se tiene 100 000 o más²¹.

Para la investigación propuesta se estableció una población de 240 profesionales del derecho, de cuyo total se ha efectuado la siguiente distribución: por parte del Ministerio Público 30 fiscales (13%), de parte de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial de Lima 10 jueces (4%); y 200 abogados (83%) litigantes en materia penal, todos profesionales especialistas en delitos de corrupción de funcionarios.

2.2 Muestra

Tratándose de una población finita, se aplicó la técnica de muestreo probabilístico aleatorio simple, obteniéndose una muestra de 148 profesionales del derecho especialistas en delitos de corrupción de funcionarios, distribuidos de la siguiente forma: por parte del Ministerio Público 19 fiscales (13%), de parte de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial de Lima 6 jueces (4%); y 123 abogados (83%).

2.3 Técnicas de recolección de datos

El trabajo de investigación se ejecutó mediante la utilización de: a). cuestionario de encuesta, conforme lo indica Hernández-Sampieri & Mendoza, consiste en un conjunto de preguntas relacionadas con las variables a medir y por consiguiente guardará correspondencia con el planteamiento de problema y las hipótesis de investigación²². El método que se aplicó es el de escalamiento de Likert. El cuestionario dispuso de 18 preguntas las que se estructuraron según las dimensiones planteadas para cada variable de estudio. Ver el cuestionario en Anexo.

Fichas bibliográficas, para el análisis documental del material seleccionado, estas fueron procesadas y almacenadas con el soporte de medios informáticos. La información fue organizada a través de unidades de análisis y seleccionada por categorías que se estructuraron

21 P. López-Roldan, y S. Fachelli, *Metodología de la investigación social cuantitativa* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2015), acceso el 22 de octubre de 2023,

https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2017/185163/metinvsocua_cap2-4a2017.pdf

22 Hernández-Sampieri y C. Mendoza Torres, *Metodología de la investigación*.

en matrices de registro a través de las que se realizó el análisis de contenido, su interpretación y posterior discusión de resultados.

2.4 Consideraciones éticas

Nosek, Mahzarin & Greenwald indican que es importante que en cualquier ámbito el investigador cuente con un comportamiento ético que posibilite asegurar que los resultados obtenidos de las investigaciones no son sesgados ni contruados según el parecer del investigador²³. En ese sentido, la American Psychological Association, ha dispuesto normativas que contribuyen a tener un comportamiento ético y respetar las ideas de aquellas personas, que, de manera previa, han abordado temas presentes en investigaciones actuales.

El trabajo de investigación por su naturaleza incluyó trabajos realizados por especialistas vinculados a la materia y tema de estudio, de esta manera las apreciaciones conceptuales y opiniones se han referenciado respetando la titularidad del autor. Del mismo modo, la información seleccionada se ha expuesto respetando la esencia de su contenido evitando cualquier tipo de sesgo que pudiera incidir en los resultados obtenidos en la investigación.

2.5 Análisis de datos

Como parte del proceso de análisis de los datos se procesaron a través de pruebas estadísticas por medio del software estadístico SPSS 26, de uso frecuente para las ciencias sociales. Se aplicó el método de la estadística descriptiva e inferencial y los resultados se han revelado en tablas de frecuencia y figuras. En primera instancia se realizó la prueba de normalidad, necesario para definir el tipo de pruebas estadísticas utilizadas para contrastar las hipótesis definidas en la investigación. La prueba de normalidad fue la de Kolmogorov-Smirnov en atención al número de datos procesados (más de 50 datos), obteniendo un resultado de normalidad menor a 0,05; es decir, las variables definidas para la investigación no tienen un comportamiento paramétrico, por lo que se recurrió al auxilio de pruebas estadísticas no paramétricas.

23 Citado en Salazar Raymond, M. B., M. Icaza Guevara, M. y O. Alejo Machado, "La importancia de la ética en la investigación", *Universidad y Sociedad* 10, núm 1 (2018): 305-311, acceso el 28 de febrero de 2024, <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v10n1/2218-3620-rus-10-01-305.pdf>

2.6 Resultados

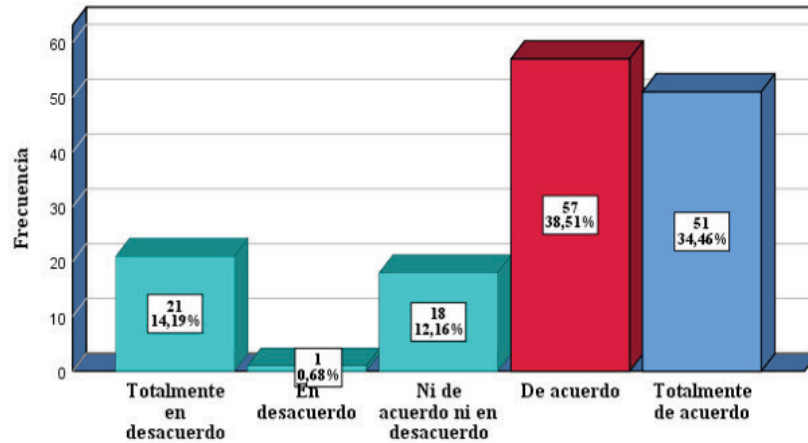


Figura 1. Representación porcentual del resultado opinión ítem 4
Nota. Fuente SPSS

Interpretación de la Fig. 1: El 72,97% de la población encuestada considera que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público daña de manera efectiva el correcto y normal funcionamiento de la administración pública (34,46% totalmente de acuerdo y 38,51 % de acuerdo) a diferencia del 14,87% (14,19% totalmente en desacuerdo y 0,68% en desacuerdo) que expresó su disconformidad con la interrogante propuesta. Este resultado guarda relación con la pregunta 1 de la encuesta, en la que significativamente señalaron su conformidad de que el incumplimiento de una función administrativa genera perjuicio para el Estado.

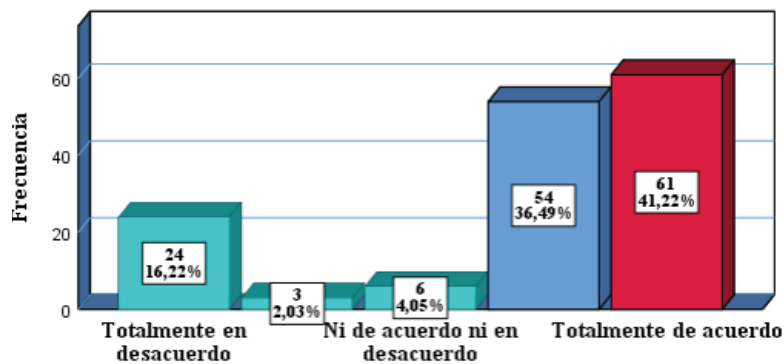


Figura 2. Representación porcentual del resultado opinión ítem 16
Nota. Fuente SPSS

Interpretación de la Figura 2: El 77,71 % de la población encuestada (41,22 % totalmente de acuerdo y 36,49 % de acuerdo) considera que la creación de un riesgo para el bien jurídico debe ser probado para considerar consumada la infracción, por tanto, no se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, posición sobre la que difiere el 18,25 % (16,22 % totalmente en desacuerdo y 2,03 % de acuerdo). Para un importante sector de los encuestados resulta necesario que se pruebe el riesgo que se puede haber creado para considerar que se ha generado un ilícito, de modo que no se puede sancionar cualquier incumplimiento a la normativa administrativa.

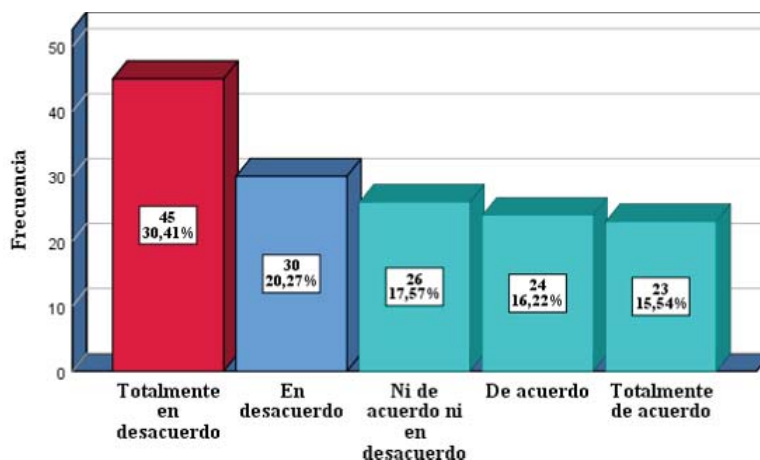


Figura 3. Representación porcentual del resultado opinión ítem 10

Nota. Fuente SPSS

Interpretación de la Figura 3: Ante la interrogante planteada, si el incumplimiento de las funciones administrativas implica de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público, la población evaluada en un 58,68 % (30,41 % totalmente en desacuerdo y 20,27 % en desacuerdo) se pronunció de manera contraria con la premisa propuesta, a diferencia del 31,76 % de los participantes cuya percepción es afirmativa (16,22 % de acuerdo y 15,54 % totalmente de acuerdo). El resultado es importante tomando en consideración que la población encuestada estima de manera significativa que el incumplimiento de un deber especial fijado para el servidor público, por el sólo hecho de generar un riesgo, debe ser calificado como conducta antijurídica penal.

Tabla 1. Contrastación de hipótesis general

	Prueba Chi-Cuadrado		
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	127,729 ^a	12	0,000
Razón de verosimilitud	113,663	12	0,000
Asociación lineal por lineal	62,739	1	0,000
N de casos válidos	148		

a. 11 casillas (55,0 %) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 0,03.

Nota. Contrastación de hipótesis fuente SPSS v.26

Interpretación de la tabla 1: Efectuado el procesamiento de contrastación de hipótesis a un nivel de confianza del 95 %, se ha determinado un valor de significancia o valor crítico observado de $p= 0,000$, es decir a un nivel de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$, por lo tanto rechazamos la hipótesis nula y aceptamos la hipótesis alternativa; en consecuencia, podemos afirmar que existe relación significativa entre las variables de estudio, actos de función pública administrativa y elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 2. Contrastación de hipótesis específica 1

	Prueba Chi-Cuadrado		
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	233,557 ^a	16	0,000
Razón de verosimilitud	96,652	16	0,000
Asociación lineal por lineal	36,579	1	0,000
No de casos válidos	148		

a. 15 casillas (60,0 %) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 0,01.

Nota. Contrastación de hipótesis específica 1, fuente SPSS v.26

Interpretación de la tabla 2: Realizado el procesamiento de contrastación de la hipótesis específica 1 a un nivel de confianza del 95 %, se ha determinado un valor de significancia o valor crítico observado de $p= 0,000$, es decir a un nivel de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$; por lo tanto rechazamos la hipótesis nula y aceptamos la hipótesis alternativa; en consecuencia, se puede concluir en que existe relación significativa para afirmar que en los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Tabla 3. Contrastación de hipótesis específica 2

	Prueba Chi-Cuadrado		
	Valor	df	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	54,963 ^a	16	0,000
Razón de verosimilitud	39,570	16	0,001
Asociación lineal por lineal	1,551	1	0,213
N de casos válidos	148		

a. 16 casillas (64,0 %) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 0,01.

Nota. Contrastación de hipótesis específica 2, fuente SPSS v.26

Interpretación de la tabla 3: Efectuado el procesamiento de contrastación de hipótesis a un nivel de confianza del 95 %, se ha determinado un valor de significancia o valor crítico observado de $p= 0,000$, es decir a un nivel de significancia de 0,05, el valor de $p < 0,05$, por lo tanto rechazamos la hipótesis nula y aceptamos la hipótesis alternativa; en consecuencia, se puede concluir en que existe relación significativa para afirmar que en los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1 De la hipótesis general

Efectuada la contrastación de la hipótesis general mediante la prueba estadística Chi cuadrado, a un nivel de confiabilidad del 95 %, se ha obtenido como resultado un valor de significancia de $p= 0,000$, es decir a un nivel de significancia de 0,05 el valor de $p < 0,05$, lo cual evidencia que existe relación significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se puede afirmar que los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Al respecto, coincidimos con lo señalado por Guimaray cuando refiere que es posible afirmar que existe relación intrínseca, entre los elementos positivos y negativos que fundamentan la prohibición penal de una conducta, con el estatuto normativo que delimita las conductas de los funcionarios públicos²⁴.

24 E. Guimaray Mori, “Criterios de imputación de responsabilidad penal en delitos vinculados a la corrupción pública”.

Es probable, señala el autor, que si el funcionario público conoce el deber o las obligaciones que limitan su actuación funcional y toma la decisión de infringirlos, configurando así el tipo penal, ello implica que tuvo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. El término funcionario público es el principal punto de referencia de la tipificación de los delitos de la administración pública, la calificación del sujeto activo no depende de las normas administrativas que los rigen, sino de la capacidad de este para vincular a la administración con sus actos.

En la negociación incompatible, el desarrollo del tipo penal resulta genérico respecto a la conducta que se reprocha, así, cualquier acto funcional contrario a las disposiciones específicas para el cargo que ejerce el servidor público (deber funcional especial), se presume como interés indebido en beneficio propio o de terceros (Recurso de Casación N° 1059 – 2018 – Huánuco, 2021)²⁵, que genera un riesgo o posible riesgo para el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, bien jurídico bajo protección del derecho penal (Recurso de Casación N° 180 – 220 - La Libertad, 2020).

Posición similar se infiere del 72,97 % de la población encuestada, quienes consideran de manera significativa que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público daña de manera efectiva el correcto y normal funcionamiento de la administración pública a diferencia del 14,87 % que expresó su disconformidad con dicha proposición.

3.2 De la hipótesis específica 1

En lo que concierne a la hipótesis específica 1 efectuada la prueba estadística, se ha determinado a un valor de confiabilidad del 95 % un valor de significancia de $p= 0,000$ es decir a un nivel de significancia de 0,05 el valor de $p < 0,05$, de esta manera se ha evidenciado que existe relación significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se puede afirmar que en los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Sobre el particular, compartimos la postura expuesta por Bages cuando considera que la expansión del derecho penal se caracteriza por la difusión de los delitos de peligro abstracto, al respecto, se presentan dos situaciones problemáticas, la primera referida a la forma en que a través del tipo penal se tutela intereses colectivos o difusos; y la otra relacionada a como determina el peligro típico el legislador a través de módulos establecidos de manera centralizada, de forma que no resulta necesario comprobar la adecuación de la conducta que lesiona el bien jurídico²⁶.

25 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2021), Recurso de Casación N° 1059-2018, Huánuco, Perú, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-1059-2018-Huanuco-LPDerecho.pdf>

26 J. Bages Santacana, “La tentativa en los delitos de peligro abstracto” (tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017).

Para el autor, no resulta pertinente se incriminen de modo general las imprudencias sin resultado, ello solo generaría una grave inseguridad jurídica en la medida que bastaría la simple vulneración a cualquiera de las reglas establecidas en el sector al que pertenece, para que se considere lesionado el ámbito de la organización en el que se inserta y, en consecuencia, reuniría los presupuestos del tipo, siendo impensable adoptar márgenes de riesgo permitido.

Posición con la concordamos en la medida que no es posible criminalizar cualquier acto funcional que importe el incumplimiento de una disposición de carácter administrativo para inferir que se está ante un interés indebido y consecuentemente ante un ilícito penal, sin que haya mediado la comprobación de que a través de tal conducta se ha generado un riesgo efectivo para el bien jurídico bajo protección penal (Recurso de Casación N° 841 – 2015 – Ayacucho, 2016)²⁷.

Del mismo modo, el 58,68 % de la población encuestada ante la interrogante, si el incumplimiento de las funciones administrativas implica de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público (verbo rector del delito de negociación incompatible), se pronunció de manera contraria con la premisa propuesta, a diferencia del 31,76 % de los participantes cuya percepción es afirmativa.

3.3 De la hipótesis específica 2

En lo que respecta a la hipótesis específica 2 al igual que en los casos de contrastación de hipótesis anteriores, a un nivel de confianza del 95% se ha determinado un valor de significancia de $p = 0,000$ es decir a un nivel de significancia de 0,05 el valor de $p < 0,05$, con lo que se evidencia que existe relación significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se puede afirmar que en los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Al respecto, estamos de acuerdo con la opinión de Franco cuando señala que, actualmente no existe en el Estado una diferencia cualitativa entre las disciplinas que utiliza como política criminal para proteger bienes jurídicos, esto es, el Derecho administrativo sancionador y el derecho penal²⁸. Manifiesta que los criterios materiales de la conducta a castigar deben estar distinguidas, entre aquellas que importen mayor gravedad de afectación a los bienes jurídicos más imprescindibles para la persona humana y la sociedad. Así, no es suficiente que un funcionario público contravenga un deber propio del cargo que ostenta para recurrir al derecho penal.

27 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2016), Recurso de Casación N° 841-2015, Ayacucho, Perú, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Casacion-841-2015-Ayacucho-LP.pdf>

28 A. Franco Gonzales, "Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal".

Coincidimos con el autor en que, no es posible abarcar como conducta punible cualquier incumplimiento del agente, esta calificación es extensa y amplia, se debe exigir un resultado que lesione o genere un peligro efectivo para el bien jurídico, que garantice la convivencia social más allá del normal funcionamiento de la administración pública.

En ese sentido, la exigencia de un resultado lesivo o de riesgo efectivo para inferir que se ha afectado el bien jurídico bajo protección del derecho penal conforme los alcances del tipo penal de la negociación incompatible (principio de lesividad) importa necesariamente la debida acreditación de tal condición con medios de prueba válidos según se aprecia de los alcances del Recurso de Casación N° 231 – 2017 – Puno (2017)²⁹.

De igual manera, el 77,71 % de la población encuestada entiende que la creación de un riesgo para el bien jurídico debe ser probado para considerar consumada la infracción, por tanto, no se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, posición sobre la que difiere el 18,25 % de los entrevistados.

3.4 De la hipótesis específica 3

Finalmente, en cuanto a la hipótesis específica 3 del mismo modo a un 95 % de confiabilidad, se ha determinado un valor de significancia de $p= 0,000$ es decir a un nivel de significancia de 0,05 el valor de $p < 0,05$, evidenciado que existe relación significativa entre las variables de estudio, en consecuencia, se puede afirmar que en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible.

Respaldamos la posición de que confiar en el buen funcionamiento de la administración pública no puede ser un bien jurídico en tanto no se vincula a un aspecto de la realidad social sino a una sensación colectiva; por tanto, no debe otorgársele esa categoría, si el objeto de la administración pública es ejercer función pública para satisfacer el interés general, entonces los bienes jurídicos de protección serán aquellos principios que garantizan dicha función.

Para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, la conducta típica, consiste en intervenir en un negocio o actuación para procurar un beneficio a sus propios intereses, sin reparar en que su participación resulta inherente a las funciones del cargo que desempeña y no puede dejar de ejecutarlas, en ese sentido difiere Fernández, pues considera que la conducta del tipo penal es de índole finalista, es decir, no se requiere participación efectiva del sujeto en el asunto, es suficiente con que el agente realice un acto que resulte trascendente para condicionar la resolución final del procedimiento.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Recurso de Casación N° 231-2017-Puno, <https://lpderecho.pe/casacion-231-2017-puno-negociacion-incompatible-peligro-concreto-creacion-riesgo-resultado-probarse/>

En efecto, el servidor público ejecuta diversas acciones como parte de las funciones inherentes al cargo que desempeña, su intervención en determinados procesos a nombre del Estado se suscita por mandato expreso de dichas funciones, por tanto, la sola intervención del agente no puede interpretarse como de interés particular. En ese sentido, el ilícito se configura aun cuando el agente no siendo participe de un proceso contractual o similar, realice un acto decisorio vital para el resultado del mismo, que importe un beneficio para sus intereses o de terceros (Recurso de Casación 23 – 2016 – Ica, 2017)³⁰.

En similar sentido, el 58,68 % de los entrevistados no estiman que el incumplimiento de las funciones administrativas implique de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público, en oposición al 31,76 % de los participantes cuya percepción es afirmativa respecto a la premisa materia de consulta.

IV. CONCLUSIONES

1. Ha quedado demostrado que los actos de función pública administrativa son considerados como elemento típico del delito de negociación incompatible. El desarrollo del tipo penal es genérico respecto a la conducta que se sanciona, cualquier acto funcional contrario a las normas que reglan las funciones del servidor público (léase deber especial) se presume genera un riesgo o posible riesgo para el bien jurídico, percepción con la que coincide el 72,97 % de la población encuestada.
2. Se ha demostrado que en los actos de función pública administrativa no se determina un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible. El incumplimiento de un acto funcional no determina estrictamente que se está ante un interés indebido del servidor público, será necesario que haya mediado la comprobación de que a través de tal conducta se ha generado un daño o riesgo efectivo para el bien jurídico, postura con la que coincide el 58,68 % de los encuestados.
3. Ha sido posible demostrar que en los actos de función pública administrativa se determina un peligro concreto como elemento típico del delito de negociación incompatible. Conforme se desprende de la conclusión que antecede, la sanción penal que importa la negociación incompatible recae en aquella conducta ejecutada por el

30 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Recurso de Casación N° 23-2016, Ica, Perú, <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacinN23-2016-Ica.pdf>

servidor público que a partir de un interés propio o de terceros genera un daño o riesgo efectivo para el bien jurídico, afectación que debe ser probada con elementos de prueba válidos, como así también lo entiende el 77,71 % de los entrevistados.

4. Se ha demostrado que en los actos de función pública administrativa se delimita un peligro concreto frente a un peligro abstracto como elemento típico del delito de negociación incompatible. El servidor público participa en diversos procesos a nombre del Estado de acuerdo con las reglas que rigen su cargo funcional, el ilícito se configura, aun sin ser partícipe, cuando realiza un acto decisorio vital para el resultado final que importe un beneficio para sus intereses o de terceros, su sola intervención no importa un interés particular, como así también lo interpreta el 58,68 % de los encuestados.

V. RECOMENDACIONES

1. Resulta necesario a nivel del poder legislativo, revisar la tipificación del delito de negociación incompatible que sanciona el artículo 399 del código sustantivo, de modo que a partir de la experiencia recogida, se incorporen las precisiones necesarias respecto a la conducta que se sanciona y el bien jurídico que se protege a través del derecho penal, de conformidad con el principio de lesividad u ofensividad.
2. Se requiere de manera urgente que a través de la Corte Suprema de justicia se pueda concretar la convocatoria a un pleno casatorio que permita aclarar la naturaleza y consumación del delito de negociación incompatible conforme la propuesta impulsada en su oportunidad a través del Recurso de Apelación N° 7 – 2016 - Sala Especial de 14 de setiembre de 2018³¹.
3. Consideramos de importancia, entre tanto se concreten las recomendaciones que anteceden, el inicio de un programa de capacitaciones a nivel del Poder Judicial y Ministerio Público en el que se aborden los alcances de la problemática existente respecto a la naturaleza del tipo penal en la búsqueda de puntos de consenso y evitar judicializar casos que no reúnen las condiciones para ser sometidos a un proceso penal.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial (2018, Expediente N° 07-2016. Lima, Perú.

REFERENCIAS

- Bages Santacana, J. “La tentativa en los delitos de peligro abstracto”. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona, 2017.
- Boyer Carrera, J. (2019). *El derecho de la función pública y el servicio civil: nociones fundamentales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019. <https://doi.org/10.18800/9786123174668>
- Chanjan Documet, Rafael H. “El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública”. *Derecho Penal y Criminología* 38, núm. 104 (2017): 121-50. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>
- Franco Gonzales, A. “Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal”. Tesis doctoral. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2022.
- Galindo Camacho. M. *Teoría de la Administración Pública*. México Distrito Federal: Editorial Porrúa, 2000.
- Guimaraes Mori, E. “Criterios de imputación de responsabilidad penal en delitos vinculados a la corrupción pública”. Tesis doctoral. Universidad de Cádiz, 2020.
- Hernández-Sampieri, R. y C. Mendoza Torres. *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Ciudad de México: Mcgraw-Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V., 2018.
- López-Roldan, P. y S. Fachelli. *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), 2015. Acceso el 22 de octubre de 2023. https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2017/185163/metinvsoocua_cap2-4a2017.pdf
- Mañalich Raffo, J. “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”. *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 23 (2015): 93-105. <https://doi.org/https://doi.org/10.5354/rej.v0i23.38977>
- Mañalich Raffo, J. “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”. *Revista Chilena de Derecho* 48, núm. 2 (2021): 79-100. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v48n2/0718-3437-rchilder-48-02-79.pdf>. <https://doi.org/10.7764/R.482.4>
- Pezo Jiménez, O. “Uso de las corrientes jurisprudenciales de la Corte Suprema peruana en el delito de negociación incompatible”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 7 (2020): 1-17. Acceso el 7 de abril de 2024. <https://research.ebsco.com/c/keiol5/search/results?q=AN+149501146&db=mnh%2Cclsdpd%2Cceih%2Cbai%2Cfua%2Cwpr>
- Rusca, B. “Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal”. *Derecho PUCP*, núm. 90 (2023): 463-495. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013>

- Salazar Raymond, M. B., M. Icaza Guevara, M. y O. Alejo Machado. “La importancia de la ética en la investigación”. *Universidad y Sociedad* 10, núm 1 (2018): 305-311. Acceso el 28 de febrero de 2024. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v10n1/2218-3620-rus-10-01-305.pdf>
- Teijón Alcalá, M. “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-29 (2023): 1-39 (2023). Acceso el 5 de febrero de 2024. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>
- Vásquez Soto, M. “Alcances del delito de negociación incompatible y su implicancia en procesos de contratación pública en situación de emergencia”. *Reflexiones teórico-prácticas actuales en el Derecho Penal*, núm. 6 (2022): 93-106. Acceso el 2 de abril de 2024. <http://editorialamachaq.com/wp-content/uploads/2022/05/B6-PENAL-PDF.pdf#page=94>
- Vílchez Chinchayán, Ronald. “Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú”. *Revista de Derecho* 21, núm. especial (2022): 173-89. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>

Recibido: 30/03/2024

Aprobado: 15/04/2024

ANEXO

Cuestionario

Expresarle un cordial saludo y manifestarle que estamos realizando un trabajo de investigación denominado: Los actos de función administrativa pública como elemento típico del delito de negociación incompatible; motivo por el cual agradecemos por anticipado su colaboración respondiendo las preguntas que a continuación se indican.

Instrucciones

Por favor lea con atención las interrogantes planteadas y luego marque con una (x) la respuesta que usted considere correcta en atención a la siguiente escala de Likert.

CRITERIO	PUNTAJE
Totalmente de acuerdo	5
De acuerdo	4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	3
En desacuerdo	2
Totalmente en desacuerdo	1

No. de ítems	Variables, Dimensiones, Indicadores Variable: Actos de función pública administrativa. Dimensiones: Infracción del deber, peligro abstracto, peligro concreto. Indicadores: Teorías: tipo penal, delitos especiales, bien jurídico, infracción del deber, imputación objetiva.	Opciones de Respuestas (escala de Likert)				
		5	4	3	2	1
1	¿Considera que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público genera necesariamente un perjuicio o daño para el Estado?					
2	¿Está de acuerdo en que cualquier perjuicio o daño que el servidor público ha generado para el Estado debe ser considerado como conducta antijurídica penal?					
3	¿Es posible afirmar que el servidor público que incumple una función administrativa al afectar los deberes del cargo que ocupa, vulnera la confianza que le ha otorgado el Estado?					
4	¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de una función administrativa a cargo de un servidor público daña de manera efectiva el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?					
5	¿Considera que el servidor público que incumple una función administrativa, aun cuando no exista perjuicio efectivo, genera un potencial riesgo para el correcto y normal funcionamiento de la administración pública?					
6	¿Está de acuerdo en que las funciones administrativas establecidas para un determinado cargo constituyen un deber especial que asume el servidor público?					
7	¿El incumplimiento de un deber especial fijado para el servidor público por el sólo hecho de generar un riesgo debe ser calificado como conducta antijurídica penal?					
8	¿Considera que al servidor público se le debe atribuir como conducta antijurídica penal el incumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?					
9	¿Concuerda en que el servidor público es garante del cumplimiento de las funciones administrativas específicas del personal bajo su dirección?					
No. de ítems	Variable: Elemento típico del delito de negociación incompatible Dimensiones: Conducta típica, elementos objetivos, elementos subjetivos, imputación concreta. Indicadores: Doctrina: principio de tipicidad, principio de antijuridicidad material, principio de intervención mínima. Jurisprudencia: recursos de casación.	Opciones de Respuestas (escala de Likert)				
		5	4	3	2	1
10	¿Está de acuerdo en que el incumplimiento de las funciones administrativas implica de manera tácita la existencia de un interés particular del servidor público?					
11	¿Considera que se puede interpretar como interés indebido el incumplir con una función administrativa aun cuando se haya generado un beneficio para la administración pública?					
12	¿Concuerda en que el servidor público que incumple un deber funcional es consciente del daño que puede generar para el correcto funcionamiento de la administración pública?					
13	¿Conviene en que el servidor público que incumple un deber funcional lo hace pese a tener conocimiento que tiene un deber de lealtad y probidad con el Estado?					

14	¿Está de acuerdo en que el servidor público que incumple un deber funcional genera un potencial daño para la administración pública que debe ser objeto de represión penal?					
15	¿Considera que cualquier comportamiento calificado como contrario a la norma justifica la intervención del derecho penal?					
16	¿Concuerda en que la creación de un riesgo para el bien jurídico debe ser probado para considerar consumada la infracción. Por tanto, no se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?					
17	¿Está de acuerdo en que la sola creación de un riesgo para el bien jurídico determina la consumación de la infracción penal. Por tanto, se puede sancionar cualquier incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo?					
18	¿Considera que si existe la sospecha que el servidor público actuó interesadamente, debe presumirse que se ha generado un peligro para el correcto funcionamiento de la administración pública?					

*Las medidas cautelares versus
el D.U. N° 020-2020*

*Precautionary Measures Versus
the D.U. N° 020-2020*

Daniel Alberto Juárez Fernández* <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2647>

* Maestro en Derecho, docente universitario UTP, UIGV, UNFV, UPSJB, IDAT, egresado de la maestría en Derecho Empresarial UNFV, Tutela de Derechos UNMSM, Gestión Pública UNMSM, DD.HH. CAEN y Doctorado en Derecho UNFV. Árbitro de Derecho. Investigador independiente
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.



Celebración, óleo sobre lienzo 55 x 40 cm.

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

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

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

RESUMEN

Existe un primer problema sobre las medidas cautelares otorgadas por árbitros de emergencia, lo cual no se encuentran con cobertura en los contratos celebrados en el marco del TUO de la Ley 30225; un segundo problema es la administración de arbitrajes por centros de arbitrales diferentes a los establecidos en la cláusula de solución de controversia y un tercer problema es el uso indebido del control difuso para no aplicar el D. U. N° 020-2020, a efectos de no presentar la fianza bancaria y/o patrimonial en los casos en que el Estado sea la parte afectada con la medida cautelar, trasgrediendo la citada norma con rango de Ley, así como los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la República, como del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: *arbitraje, arbitraje de Emergencia, medida cautelar, control difuso, D. U. N° 020-2020.*

ABSTRACT

There is a first problem regarding precautionary measures granted by emergency arbitrators, which are not covered in the contracts entered into within the framework of the TUO of Law 30225; A second problem is the administration of arbitrations by arbitration centers other than those established in the dispute resolution clause and a third problem is the improper use of diffuse control to not apply D.U. No. 020-2020, in order not to present the bank and/or property bond in cases in which the State is the party affected by the precautionary measure, violating the aforementioned norm with the rank of Law, as well as the criteria of the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the Constitutional Court.

Keywords: *arbitration, emergency arbitration, precautionary measure, diffuse control, D. U. N° 020-2020*

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la necesidad de una urgente y necesaria de la modificación de la actual Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071; se emitió el D. U. N° 020-2020, norma que busca fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios en los casos en el que el Estado es parte.

Dicha norma, con rango de ley -por vez primera- es sumamente clara en el sentido que la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.

II. ¿SE DEBE CUMPLIR EL D. U N° 020-2020?

El problema ya lo identificó el propio Decreto de Urgencia, lo que se busca es evitar (i) actos de corrupción y/o (ii) situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país. Con un agregado nuestro, el daño económico al país es irreparable debido a que desde el año 2008, el D. Leg. 1071, ordena el carácter definitivo e inapelable de los laudos arbitrales.

Las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la eficacia de la decisión final (laudo), por ende, no está en discusión el derecho de acción del actor materializado en la demanda, o la prerrogativa de este en buscar se garantice -en tanto dure el arbitraje- que lo que se ordene en el laudo se cumpla y se ejecute.

Si bien las medidas cautelares, son esencialmente instrumentales, provisionales, mutables o flexibles, lo que cuestionamos, no es que se dicte inaudita parte, pese a que el Estado sea la parte afectada; sino lo que es grave y contrario a razón, es la vulneración del D. U. N° 020-2020 por parte de los árbitros.

Estamos de acuerdo con Rioja, al señalar que el juez (en nuestro caso el árbitro) que conozca del proceso principal sea el que también conduzca el procedimiento cautelar. Si bien el trámite de ambos no lo vincula, ya que existe una autonomía, quién más que el juez (en nuestro caso el árbitro) que conoce del proceso principal y tienen todos los elementos necesarios a fin de otorgar o no la medida cautelar solicitada, en base a los hechos acontecidos en el proceso principal, este le permite tener una mejor visión del comportamiento de las partes en el proceso y la necesidad en el dictado de la tutela cautelar¹.

Como sabemos la cautelar tiene darse diversos presupuestos como la probabilidad que le asiste al demandante. (*fumus boni iuris* “humo de buen derecho”.); o el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal (*periculum in mora*) y la razonabilidad, por la cual la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. (STC N° 2235-2004-AA/TC)

La explicación que sobre este rubro señala Mallandrich, es bastante clara, dicha académica señala que “*con el arbitraje se crea una jurisdicción específica para resolver las controversias concretas que surjan entre las partes de un convenio arbitral. La jurisdicción de los árbitros se origina con su designación y aceptación, y finaliza, (...) en el momento que se dicta el laudo definitivo*” El resaltado es nuestro.

Sigue la autora, al indicar que “*para que los árbitros puedan decidir sobre la adopción de medidas cautelares necesariamente deberá existir un proceso principal que precisamente constituye el fundamento de su jurisdicción*”².

El D. U. N° 020-2020, en su Segunda Disposición Complementaria y Final - Convenio arbitral en que es parte el Estado; establece que el convenio se redacta por los órganos competentes en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad. Esto creemos que es razonable, porque será el Procurador (no otra área), quien deberá confrontar sobre como fue el comportamiento contractual de la Entidad, es decir, el defensor jurídico hablará y debatirá sobre ampliaciones de plazo, resolución de contrato, nulidad de contrato,

1 Alexander Rioja, “La medida cautelar en el proceso civil”, *LPderecho*, (28/05/2018).

2 Nuria Mallandrich, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, (España: editorial Atelier S.A. 2010).

aplicación de penalidades, etc., y con este Decreto de Urgencia, por vez primera se le habilita legalmente a participar en la redacción del convenio arbitral.

Los conceptos del D. U. N° 020-2020, se complementan, la Directiva N° 001-2019-OSCE/CS, en cuyo numeral 7.3:

En el caso de la sección específica, ésta debe ser modificada mediante la incorporación de la información que corresponde a la contratación en particular, según las instrucciones previstas en dicha sección. Respecto a la proforma del contrato puede incluirse cláusulas adicionales a las previstas o adecuar las que se encuentran propuestas en dicha proforma, dependiendo del objeto del contrato, siempre que dichas incorporaciones o adecuaciones no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado.

Dicha Directiva prevé que la proforma puede incluir cláusulas adicionales, dependiendo del objeto del contrato.

III. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS MEDIDAS CAUTELARES

En los diferentes contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado (TUO de la Ley 30225 y su Reglamento), se advierten las siguientes situaciones:

- i. Medidas cautelares otorgadas por árbitros de emergencia, antes de la constitución del tribunal arbitral, las cuales no se encuentran previstos en los contratos celebrados entre el contratista y la Entidad.
- ii. Administración de arbitraje por centros de arbitrales diferentes a los establecidos en la cláusula de solución de controversia.
- iii. Uso indebido del control difuso para no aplicar el D. U. N° 020-2020, a efectos de no presentar la fianza bancaria y/o patrimonial en los casos en que el Estado sea la parte afectada con la medida cautelar.

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. (Inciso 4 del art.47 de la Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071)

La contracautela es una suerte de aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podría surgir si en el juicio definitivo (laudo) la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada³.

³ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1ª ed. (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica argentina 1945).

La contracautela es pues una garantía procesal fijada por la ley (en nuestro caso el D. U N° 020-2020) con la finalidad de obtener un resarcimiento para el ejecutado en caso sea perjudicado con el dictado de la decisión cautelar⁴.

El D. U. N° 020- 2020, norma que modifica la ley de arbitraje, señala que en los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.

El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento.

Consecuentemente, podemos inferir que como requisito para la ejecución de una medida cautelar contra el Estado se requiere constituir una contracautela consistente en una fianza bancaria, y que el monto de la contracautela es establecido por el juez o árbitro, pero con un monto que no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento.

Por otro lado, las normas legales, como lo es el D. U, gozan de presunción de constitucionalidad y son de cumplimiento obligatorio para todos sin excepción, tal y como lo ordena el artículo 109° de la Constitución Política, de lo contrario se estaría acarreado una inseguridad jurídica a nivel nacional.

En el caso se opte por el control difuso de la constitucionalidad, la decisión cautelar requiere de una especial motivación, cumpliéndose con las reglas para el ejercicio del control difuso establecidos en el precedente vinculante señalado en el Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Por ejemplo al identificar la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal).

La STCN° 142-2011-PA/TC (Caso MARIA JULIA), dice en el fundamento 26: No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

“Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma **aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral**, siempre que no sea posible obtener de

⁴ Jorge Peyrano, “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, *Themis, Revista de Derecho*, PUC, 1983.

ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes” (El resaltado es agregado).

Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República “... control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, **es de carácter excepcional y de última ratio**, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas...” (El resaltado es agregado).

Muchas veces tales criterios, son omitidos por los llamados árbitros de emergencia, que, sin estar previstos en el convenio arbitral, dictan medidas cautelares trasgrediendo la ley (D. U N° 020-2020).

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: INCLUSIÓN DE CLÁUSULA EN CONVENIO ARBITRAL

“Plazo para demandar y/o contestar demanda no será menor de 30 días hábiles.

Tratándose de medidas cautelares fuera del proceso, la parte interesada deberá presentarla ante el órgano judicial competente conforme lo establece el artículo 47.4 del Decreto Legislativo N° 1071

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se presentará como contracautela una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

Se encuentra prohibido el sometimiento de controversias a Árbitros de Emergencia y/o Arbitrajes Acelerados, toda acción en contrario es nula, bajo responsabilidad del Centro Arbitral y del Árbitro Único y/o Tribunal Arbitral”.

Por otro lado, y dado el carácter definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento del laudo, desde su notificación a las partes, previsto en el art. 59 de la Ley de Arbitraje, señalamos lo siguiente:

- i. En materia de contratación estatal, y conforme al principio de especialidad de la norma; el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza

el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, como es la conciliación. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces⁵.

- ii. De igual modo, constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede⁶.

V. CONCLUSIÓN

Compartimos los fundamentos del Decreto de Urgencia N° 020-2020, y debe ser aplicado, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.

VI. RECOMENDACIÓN

Sobre la base del Decreto de Urgencia N° 020-2020, corresponde evaluar la incorporación en la cláusula de convenio arbitral, conforme a los planteamientos indicados en el presente artículo.

⁵ Art. 45.12 de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁶ Art. 45.13 de la Ley de Contrataciones del Estado.

REFERENCIAS

- Calamandrei Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica argentina, 1945.
- Mallandrich Nuria, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, España: editorial Atelier S.A. 2010.
- Peyrano Jorge. “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”. *Themis, Revista de Derecho*, PUC, (1983).
- Rioja Bermúdez Alexander, “La medida cautelar en el proceso civil”. *LPDerecho* (portal jurídico peruano), (28/05/2018). <https://lpderecho.pe/tag/alexander-rioja-bermudez/>
- Decreto de Urgencia N° 020-2020
- Expediente N° 1618-2016-Lima Norte
- STC N° 2235-2004-AA/TC
- STC N° 142-2011-PA/TC

Recibido: 03/03/2024

Aprobado: 05/04/2024

*La inscripción constitutiva en el funcionamiento
del registro de la propiedad inmueble en el
sistema jurídico peruano*

*Constitutive Registration in the Operation of the
Immovable Property Registry in the
Peruvian Legal System*

Máximo Herrera Moscol* <http://orcid.org/0000-0003-0554-1116>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2648>

* Magíster y doctor en derecho penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Lima, Perú.
Correo electrónico: maximoher2002@yahoo.es

Lex



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



Herencia del alma, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm.

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

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

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

RESUMEN

El objetivo consistió en determinar el impacto de la inscripción registral constitutiva en el adecuado funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en el sistema jurídico peruano, teniendo en cuenta que los sistemas de registro de propiedad se consideran sistemas ineficientes y poco confiables en comparación con los avances tecnológicos logrados en las últimas dos décadas. La metodología fue de tipo básico con enfoque cuantitativo y diseño no experimental explicativo de corte transversal. La población muestral la conformaron 80 especialistas. Los resultados indicaron que en su mayoría bajo una percepción objetiva ante los hechos observados están de acuerdo con la inscripción registral constitutiva (42,5 %) y con el registro de propiedad del inmueble (37,5 %), lo cual permitió contrastar los planteamientos hipotéticos formulados. Se concluye que la inscripción registral constitutiva tiene un impacto significativo que favorece el adecuado funcionamiento del Registro de la Propiedad inmueble en el Sistema Jurídico Peruano, mostrando un impacto del 84,8 % en el cumplimiento de estos procesos establecidos para garantizar la legalidad de las propiedades, al prevalecer una relación de a mayor acuerdo de inscripción registral constitutiva, mayor acuerdo en el registro del inmueble.

Palabras clave: *inscripción registral constitutiva, registro de propiedad inmueble, seguridad jurídica, titularidad del bien.*

ABSTRACT

The objective was to determine the impact of the constitutive registration on the proper functioning of the real estate registry in the Peruvian legal system, taking into account that property registration systems are considered inefficient and unreliable systems compared to advances. technological achievements achieved in the last two decades. The methodology was basic with a quantitative approach and non-experimental explanatory cross-sectional design. The sample population was made up of 80 specialists. The results indicated that the majority, under an objective perception of the observed facts, agree with the constitutive registry registration (42,5 %) and with the ownership registry of the property (37,5 %), which allowed contrasting the hypothetical approaches formulated. It is concluded that the constitutive registry registration has a significant impact that favors the proper functioning of the Real Estate Registry in the Peruvian Legal System, showing an impact of 84,8 % in compliance with these processes established to guarantee the legality of the properties, while A relationship prevails where the greater the agreement on the constitutive registration, the greater the agreement in the registration of the property.

Keywords: *constitutive registration, real estate registration, legal security, ownership of the property.*

I. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial, los sistemas de registro de propiedad se consideran sistemas ineficientes y poco confiables en comparación con los avances tecnológicos logrados en las últimas dos décadas, especialmente en los países desarrollados y, por otro lado, mantener en efectiva responsabilidad, los registros y transacciones en papel¹. En el continente europeo, según la Asociación Europea de Registro de la Propiedad (ELRA), señalan que se trata de un continente en el que existen enormes diferencias en las tradiciones jurídicas y se ven contrastes extremos. El registro y la transferencia de propiedad no permite unificarla².

En América Latina y el Caribe (ALC), la Organización de los Estados Americanos (OEA) fue sede de la “Quinta Conferencia y Conferencia de la Red Interamericana de Catastro y Registro de la Propiedad” en octubre de 2019 en Buenos Aires, Argentina, un evento que involucra a 21 países de la región y que tiene como protagonista al Perú. En resumen, se concluye que “El catastro y el registro de la propiedad son dos funciones básicas de la administración estatal moderna en el siglo XXI para lograr una gestión óptima del territorio”³.

1 E. Siel, “Aplicabilidad de la Tecnología Blockchain al sistema de registro de tierras de Turquía” (“Applicability of Blockchain Technology to Turkish Land Registry System”) (tesis de maestría. Universidad de Tilburg, 2019), <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149346>

2 ELRA, Registros de la Propiedad y Catastros en Europa, *European Land Registry Association* (Web oficial, 23.04.2018), <https://www.elra.eu/land-registries-cadastrs-in-europe/>; A. Harvath y J. Pérez, “Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, núm. 2 (2021): 256-288, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6267>

3 OEA, “V Conferencia y Asamblea de la Red Interamericana de Catastro y Registro de la Propiedad”, portal de la OEA, 08 al 10 octubre 2019, p. 17. <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=pY650qBlBSM%3D&tabid=1821>

A nivel nacional, el ordenamiento jurídico relacionado con los bienes inmuebles en nuestro país se transmite mediante escrituras simples o contratos testamentarios, el cual deriva del legado del sistema francés, también conocido como sistema declarativo⁴. El artículo 949 del Código Civil peruano (C.C.) lo refleja claramente y dispone que “la sola obligación de vender determinado bien inmueble convierte al acreedor en propietario, salvo disposición en contrario de la ley o del contrato”.

Lo anterior, conlleva a la conclusión de que el inmueble puede ser transferido por acuerdo testamentario, por consenso, ayuda a perfeccionar la entrega y otorgar al cesionario del inmueble una posesión válida en el sentido de que la inscripción de un inmueble no es inscripción, lo que no aporta seguridad jurídica, dado que la referida inscripción no requiere que se complete la transferencia. Sin embargo, el mismo acto legal establece el esquema constitucional en el artículo 1135, que “si el bien está consolidado y hay varios acreedores a quienes el propio deudor está obligado a transferir el bien, el acreedor cuyo bien está intacto recibe una gran parte o cantidad, la fe cuyo título fue escrito por primera vez...”⁵.

Sobre la realidad problemática, la Ley de Registro de la Propiedad se entiende como un conjunto de normas que regulan la inscripción, permuta, transmisión y nulidad de bienes inmuebles en el registro público⁶. La Ley de Registro de la Propiedad contiene varias instituciones que permiten la propiedad de bienes inmuebles y crean transparencia y confianza en las transacciones de tierras o bienes inmuebles⁷. Así, los derechos de propiedad incluyen la propiedad, la posesión, el uso, las servidumbres y las hipotecas. El derecho de propiedad se considera el derecho ideal en la familia de los derechos de propiedad, ya que une todos los demás derechos de propiedad⁸.

Con base a lo anteriormente expuesto, se formula la siguiente interrogante: ¿Cuál es el impacto que genera la inscripción registral constitutiva en el adecuado funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en el sistema jurídico peruano?

4 P. Oropeza, “Implicancia de la Ley Bienes Estatales en la Formalización de Posesionarios de Terrenos para el Gobierno Regional La Libertad, 2020” (tesis doctoral, Universidad César Vallejo, 2021), https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/69445/Oropeza_RPDC-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

5 Código Civil (C.C.), “Decreto Legislativo N° 295, 25 de julio de 1984.

6 S. Basile, “Régimen de protección y conservación del patrimonio arquitectónico en la República Argentina. criterios de tutela en la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *Devenir* 7, núm. 14 (2020): 131-154, <https://dx.doi.org/10.21754/devenir.v7i14.974>

7 A. Neira, “Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos”, *Ius et Praxis* 25, núm. 1 (2019): 195-250, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100195>

8 S. Hernández, “El aseguramiento del derecho de propiedad. Notas para una efectiva protección a los terceros adquirentes de inmuebles”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 42 (2022): 147-177, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n42/0123-4366-rdp-42-147.pdf>

II. BASES TEÓRICAS Y DOCTRINARIAS

El registro de propiedad es un proceso administrativo en el que una persona registra la propiedad de un bien inmueble específico con el fin de saber quién es el propietario del inmueble⁹. También podrá registrar derechos, obligaciones y cargas existentes sobre el inmueble para que todos conozcan su propiedad¹⁰. En resumen, el Perú siempre ha implementado un sistema de declaración que ha creado diversos problemas relacionados con el registro de bienes raíces, como fraude, apropiación indebida, evasión fiscal, violaciones a los derechos de propiedad. El resultado es un litigio prolongado que en última instancia afecta al adquirente para demostrar su propiedad.

En relación a la asignación de derechos de propiedad a través del Registro Público de Propiedad Inmueble en el Perú. El derecho a la propiedad como derecho constitucional es considerado un elemento básico del sistema económico nacional establecido en la Constitución Política del Perú (C.P.), la cual establece que “la economía nacional se basa en la coexistencia de diferentes formas de propiedad” (Art. 60°, C.P.). El Tribunal Constitucional (ST) lo consideró “uno de los componentes básicos de nuestro modelo económico constitucional”¹¹. Sin embargo, no es un derecho absoluto, sino que debe utilizarse “en interés de la sociedad y dentro del marco de la ley”¹².

Con respecto a la propiedad, en el Perú, según el artículo 923° del Código Civil, la propiedad se define como el derecho legal a usar, actuar, disfrutar y reclamar cualquier propiedad, lo que confirma que la propiedad es un derecho absoluto, es decir, la propiedad no es sólo un derecho, pero también una institución que incluye una serie de derechos, que pueden existir sobre bienes agrupados bajo esta denominación por conveniencia legislativa¹³.

En relación al registro de la propiedad inmueble, Lomparte señala que es el registro que lleva a cabo el Estado bajo su responsabilidad de acuerdo con su propio sistema de publicidad real, con el propósito de mostrar el estatus de los derechos reales existentes sobre los bienes

9 A. Adames, “El registro de la propiedad en la República Dominicana”, *Saber y Justicia* 1, núm. 21 (2022): 87-100, <http://portal.amelica.org/ameli/journal/501/5013317004/5013317004.pdf>

10 Y. Otarola, “El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada”, *Rev. direito GV* 18, núm. 3 (2022), <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ztPYPD5xpJQSZq6Q3qK8T3n/?lang=es#>

11 Tribunal Constitucional, Expediente N° 0016-2002-AI/TC.

12 Constitución Política del Perú (C.P.), “Artículo 70°”, *Diario Oficial El Peruano* (1993), <https://diariooficial.peruano.pe/pdf/0001/1-constitucionpolitica-del-peru-1.pdf>

13 L. Fernández, R. Falconi y E. Carrasco, “Poder político mediante el derecho: reflexiones críticas”, *Revista Universidad y Sociedad* 14, núm. 6 (2022): 512-519, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202022000600512&lng=es&tlng=es.

inmuebles de forma continua¹⁴. Sobre la seguridad jurídica Rodríguez V. sostiene que la seguridad concierne al dominio natural de los derechos, y que sin seguridad no existen derechos ni buenos ni malos. Asegurando que la Ley tiene que ser justa y debe servir para lograr el bien común, de no ser así, es injusta y desilusiona¹⁵.

III. METODOLOGÍA

Esta investigación se consideró un tipo básico de diseño no experimental, pues la investigación no experimental se refiere al análisis de fenómenos que ocurren en la realidad sin cambiar ni manipular variables deliberadamente. El enfoque del estudio fue cuantitativo que representa un método estructurado de recopilación y análisis de información que se obtiene a través de diversas fuentes. Este proceso se lleva a cabo con el uso de herramientas estadísticas y matemáticas con el propósito de cuantificar el problema de investigación¹⁶.

La investigación fue de corte transversal, puesto que se observó a un grupo de personas o se recopila cierta información, en un momento determinado o en el transcurso de un periodo corto. El diseño transversal es un método de diseño que tiene como objetivo integrar elementos de diseño en todos los aspectos de un producto o servicio, en lugar de ver el diseño como una capa adicional agregada a un producto, el diseño multidisciplinario se incorpora desde el inicio del proceso de diseño. El estudio se realizó en un solo caso, a diferencia de los estudios longitudinales, donde las variables pueden cambiar a lo largo del estudio¹⁷.

El enfoque del estudio fue cuantitativo que representa un método estructurado de recopilación y análisis de información que se obtiene a través de diversas fuentes. Este proceso se lleva a cabo con el uso de herramientas estadísticas y matemáticas con el propósito de cuantificar el problema de investigación. El nivel de la investigación fue de tipo explicativo, este tipo pertenece al nivel de interpretación. Está diseñado para responder a las causas de eventos y fenómenos físicos o sociales. Se centra en explicar por qué ocurre el fenómeno y bajo qué condiciones se manifiesta¹⁸.

14 C. Lomparte, “La cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano”, *Derecho y Cambio Social*, núm. 60 (2020): 370-442, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=580534>

15 V. Rodríguez, “Derecho, bien común, seguridad y justicia”, *Revista de Filosofía* 52, núm. 149 (2020): 12-45, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7648033.pdf>

16 R. Hernández, C. Fernández y P. Baptista, *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (México: McGraw Hill, 2014).

17 C. Torres, *Metodología de la investigación: Para administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (Editorial Pearson Educación, 2006).

18 R. Hernández, C. Fernández y P. Baptista, *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (México: McGraw Hill, 2014).

La población representa un conjunto finito o infinito de elementos, personas o instituciones que constituyen o serán objeto de investigación. El conjunto generalmente se determina en función de las preguntas y objetivos de la investigación. Este estudio analizó una población específica porque se conoce el número exacto de elementos que componen el estudio. En este caso, se considera a abogados especialistas en el tema de inscripción registral de bienes inmuebles en los Juzgados comerciales de la CSLC, en un promedio de 80 especialistas, siendo ésta la muestra establecida en el presente estudio. A continuación, se muestra la matriz de operacionalización del presente estudio.

Título: *La inscripción constitutiva en el funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en el sistema jurídico peruano.*

Objetivo General: *Identificar la inscripción constitutiva en el funcionamiento del registro de la propiedad inmueble en el Sistema Jurídico Peruano.*

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores	Ítems/ pregunta	
Variable independiente (X) Inscripción registral constitutiva	De acuerdo con Gonzáles (2017), citando a Cossío y Corral, define la inscripción constitutiva registral: "Es aquella inscripción que es exigida legalmente para que un determinado acto pueda surtir efectos jurídicos, en el caso de una compraventa de bien inmueble, los efectos se dan recién partir de realizada la inscripción en los registros públicos (p. 84)	Conjunto de elementos de convicción que intervienen en la seguridad jurídica en el derecho	Elementos de convicción	Derecho real	p. 1	
				Fe pública	p. 2	
			Seguridad jurídica	Titularidad del bien inmueble	p. 3	
					p. 4	
					p. 5	
					p. 6	
Variable independiente (Y) Registro de Propiedad inmueble	Según Beltrán (2011), explica que "son un conjunto de reglas y principios que orientan y consolidan el desarrollo de una institución, en estos casos se trata de la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad de un sujeto a otro" (p. 57)	Que comprende los procesos y respeto por el derecho a la oponibilidad contra terceros.	Derecho de propiedad	Reserva de derechos	p. 7	
					p. 8	
					p. 9	
			Oponibilidad contra terceros	Seguridad registral		p. 10
						p. 11
						p. 12
						p. 13
						p. 14
						p. 15
						p. 16

Nota: Elaboración propia

Los instrumentos de recolección de datos, fueron el cuestionario de encuesta y las fichas de resumen bibliográficas. La técnica que se utilizó en la investigación es la encuesta y la revisión de la Literatura. La encuesta es la “recopilación de testimonios orales o escritos, inducidos y encaminados con la finalidad de investigar hechos, opiniones o actitudes”¹⁹. El instrumento será el cuestionario tipo Likert de cinco opciones:

Totalmente en desacuerdo	En desacuerdo	Neutral	De acuerdo	Totalmente de acuerdo
--------------------------	---------------	---------	------------	-----------------------

El análisis de los datos, fue llevado a cabo mediante estadísticas que se realizaron utilizando el programa estadístico SPSS versión 25, que calculará resultados descriptivos y gráficos, promedios, varianzas, además de proporcionar las pruebas de hipótesis necesarias para sacar conclusiones. Se usó métodos estadísticos descriptivos e inferenciales y los resultados se presentarán en tablas y gráficos de frecuencia. Para las pruebas de hipótesis, se echó mano del software SPSS para aplicar métodos estadísticos paramétricos únicos para comprender la relación entre dos variables.

19 J. Witker, *Cómo elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador en derecho* (Madrid: Civitas S. A., 2011), 139.

IV. RESULTADOS DE LA REVISIÓN

Los resultados descriptivos obtenidos de la variable inscripción registral constitutiva se muestran en la siguiente tabla:

Tabla 1. Resultados descriptivos de la variable inscripción registral constitutiva

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	1	1,3
En desacuerdo	5	6,3
Neutral	24	30,0
De acuerdo	34	42,5
Totalmente de acuerdo	16	20,0
Total	80	100,0

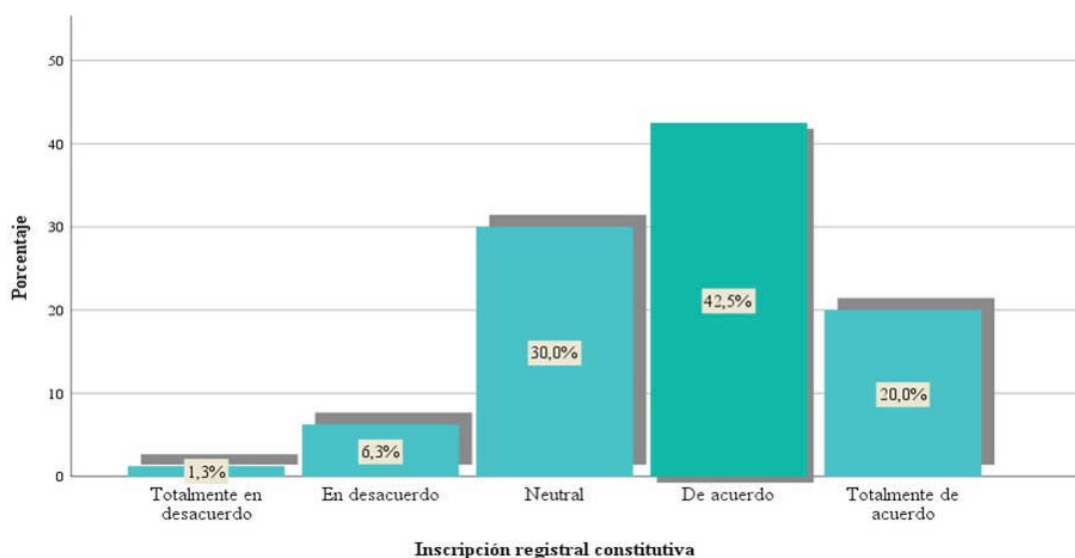


Figura 1. Resultados descriptivos de la variable inscripción registral constitutiva

En la tabla 1 y figura 1, con mayor relevancia, se evidenció que el 42,5 % de los especialistas consultados están de acuerdo en que se debe aplicar la Inscripción registral constitutiva, por su parte, el 30 % mostró una postura neutral, mientras que el 20 % estuvieron totalmente de acuerdo.

Tabla 2. Resultados descriptivos de la dimensión elementos de convicción presentes en la inscripción registral constitutiva

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	2	2,5
En desacuerdo	6	7,5
Neutral	24	30,0
De acuerdo	31	38,8
Totalmente de acuerdo	17	21,3
Total	80	100,0

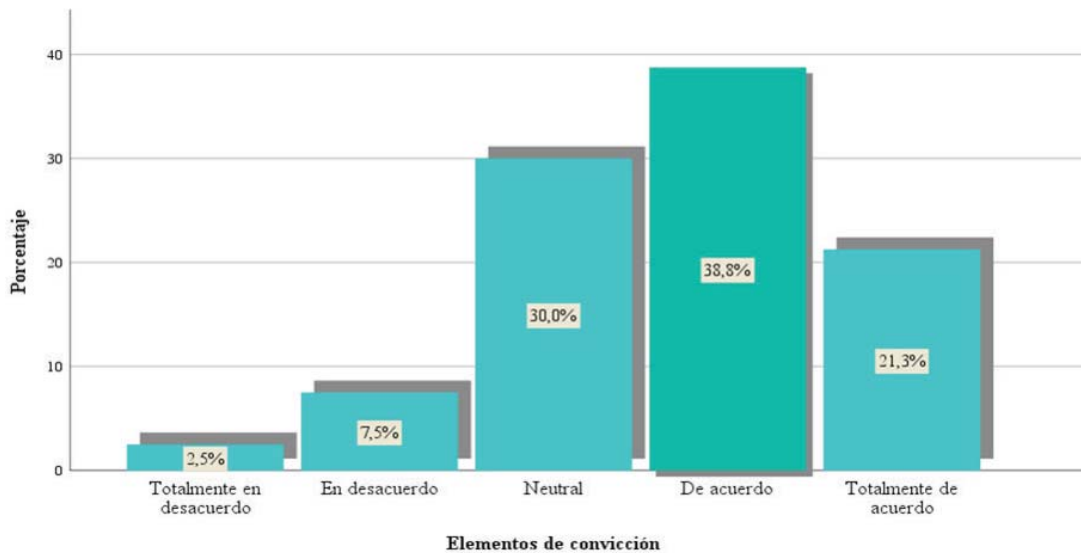


Figura 2. Resultados descriptivos de la dimensión elementos de convicción presentes en la inscripción registral constitutiva

En la tabla 2 y figura 2, con mayor tendencia, se precisó que el 38,8 % de los especialistas consultados están de acuerdo en que se deben aplicar los Elementos de convicción como Derecho Real y Fe pública en la Inscripción registral constitutiva, por su parte, el 30 % mostró una postura neutral, mientras que el 21,3% estuvieron totalmente de acuerdo al respecto.

Tabla 3. Resultados descriptivos de la dimensión seguridad jurídica presentes en la inscripción registral constitutiva

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	3	3,8
En desacuerdo	11	13,8
Neutral	25	31,3
De acuerdo	26	32,5
Totalmente de acuerdo	15	18,8
Total	80	100,0

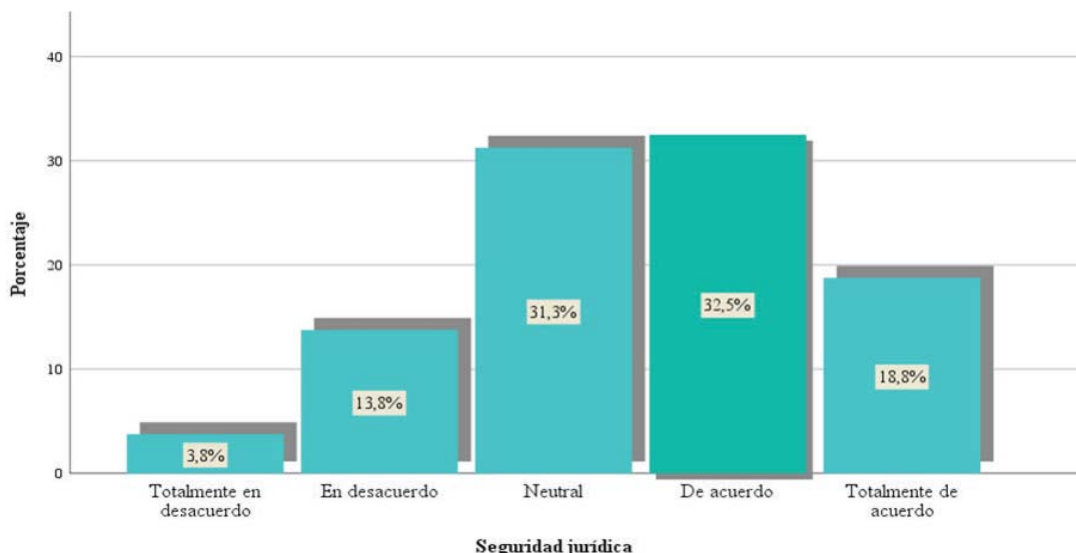


Figura 3. Resultados descriptivos de la dimensión seguridad jurídica presentes en la inscripción registral constitutiva

En la tabla 3 y figura 3, con mayor proporción, se observó que el 32,5 % de los especialistas consultados están de acuerdo en que se debe cumplir con la Seguridad Jurídica que le ofrece la Titularidad del bien inmueble en la Inscripción registral constitutiva, por su parte, el 31,3 % mostró una postura neutral, mientras que el 18,8 % estuvieron totalmente de acuerdo al respecto.

Tabla 4. Resultados descriptivos de la variable registro de propiedad inmueble

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	2	2,5
En desacuerdo	6	7,5
Neutral	26	32,5
De acuerdo	30	37,5
Totalmente de acuerdo	16	20,0
Total	80	100,0

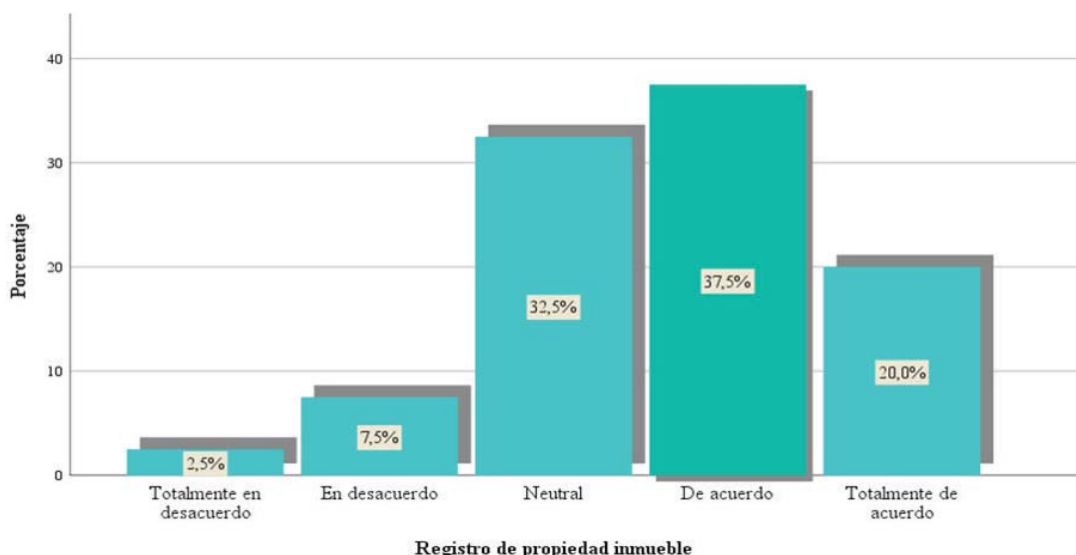


Figura 4. Resultados descriptivos de la variable registro de propiedad inmueble

En la tabla 4 y figura 4, con mayor frecuencia, se observó que el 37,5 % de los especialistas consultados están de acuerdo con llevar a cabo el Registro de propiedad del inmueble, por su parte, el 32,5 % mostró una postura neutral, mientras que el 20 % estuvieron totalmente de acuerdo con este particular.

Tabla 5. Resultados descriptivos de la dimensión derecho de propiedad del inmueble

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	2	2,5
En desacuerdo	8	10,0
Neutral	20	25,0
De acuerdo	37	46,3
Totalmente de acuerdo	13	16,3
Total	80	100,0

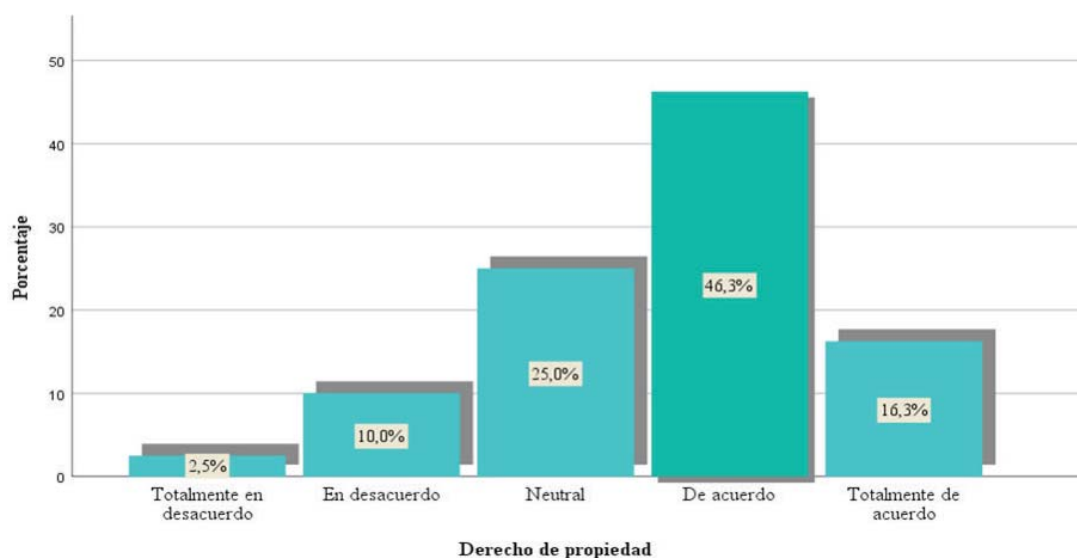


Figura 5. Resultados descriptivos de la dimensión derecho de propiedad del inmueble

En la tabla 5 y figura 5, con mayor tendencia, se determinó que el 46,3 % de los especialistas consultados están de acuerdo con el Derecho de propiedad que le otorga el registro del inmueble, por su parte, el 25 % mostró una postura neutral, mientras que el 16,3 % estuvieron totalmente de acuerdo con este particular.

Tabla 6. Resultados descriptivos de la dimensión oponibilidad contra terceros

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	2	2,5
En desacuerdo	5	6,3
Neutral	30	37,5
De acuerdo	27	33,8
Totalmente de acuerdo	16	20,0
Total	80	100,0

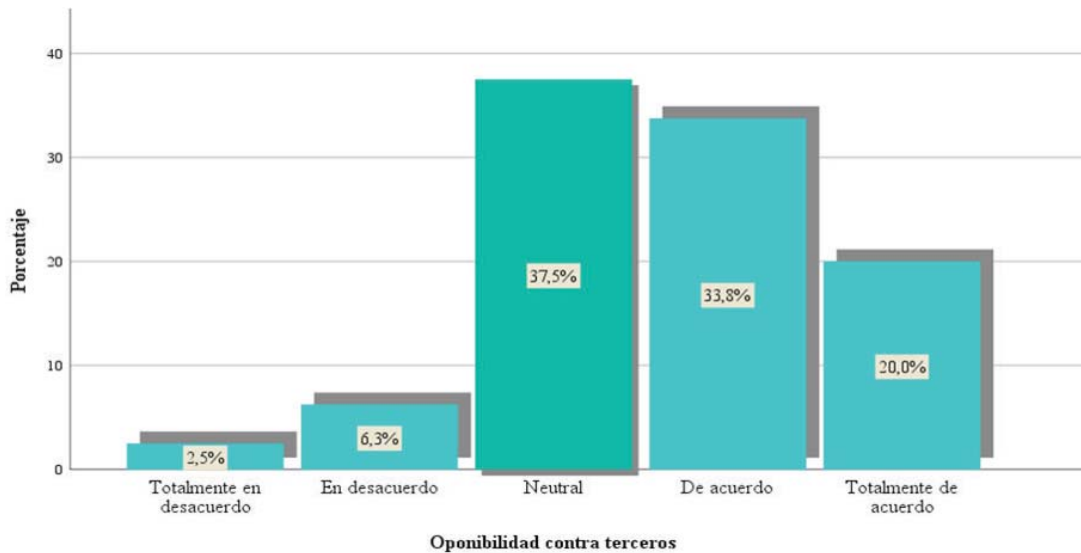


Figura 6. Resultados descriptivos de la dimensión oponibilidad contra terceros

En la tabla 6 y figura 6, con mayor proporción, se determinó que el 37,5 % de los especialistas consultados muestran una postura neutral con la Oponibilidad contra terceros que le otorga el registro del inmueble, por su parte, el 33,8 % están de acuerdo con este particular, mientras que el 20 % estuvieron totalmente de acuerdo.

Resultados inferenciales - Prueba de normalidad de las variables

Se analizó el comportamiento de los datos obtenidos de las variables en estudio, mediante la prueba Kolmogorov-Smirnov debido a que la muestra supera los 50 sujetos.

Tabla 7. Resultados de la prueba de normalidad de las variables

Variable	Kolmogorov-Smirnov ^a		
	Estadístico	gl	Sig.
X: Inscripción registral constitutiva	,240	80	,000
X1: Elementos de convicción	,226	80	,000
X2: Seguridad jurídica	,197	80	,000
Y: Registro de propiedad inmueble	,216	80	,000
Y1: Derecho de propiedad	,272	80	,000
Y2: Oponibilidad contra terceros	,205	80	,000

Nota. ^a. Corrección de significación de Lilliefors

En la tabla 7, se obtuvo que el comportamiento de los datos en las variables Inscripción registral constitutiva y Registro de propiedad del inmueble, así como sus dimensiones en estudios son significativas al 5 % ($p < 0,05$), es decir, no presentan una distribución normal. Por cuanto, se aplicó un Modelo de Regresión Logística Ordinal para explicar la influencia de la variable independiente X sobre la variable dependiente Y.

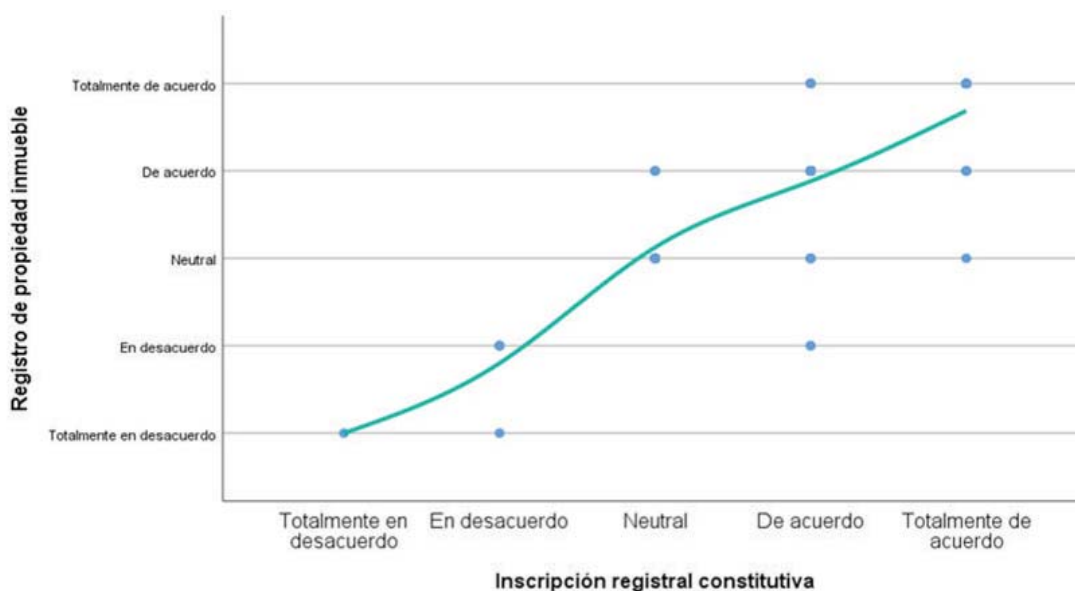


Figura 7. Relación entre la valoración de la inscripción registral constitutiva y el registro de la propiedad inmueble en el SJP.

En esta perspectiva, en la figura 7, se observó que a mayor acuerdo de la Inscripción registral constitutiva se espera mayor acuerdo del Registro de propiedad inmueble.

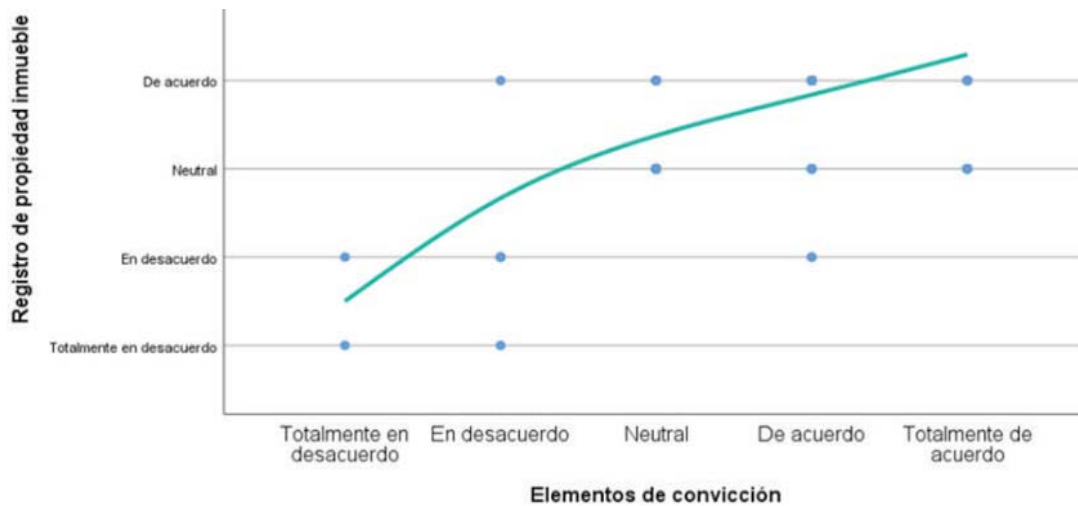


Figura 8. Relación entre la valoración de los elementos de convicción presentes en la inscripción registral constitutiva y el registro de la propiedad inmueble en el SJP.

De tal manera, en la figura 8, se evidenció que a mayor acuerdo de los Elementos de convicción se espera mayor acuerdo del Registro de propiedad inmueble.

Tabla 8. Resultados del modelo de regresión logística ordinal del efecto de la seguridad jurídica sobre el registro de la propiedad inmueble en el SJP.

Variable		Estimación	Error estándar	Wald	gl	Sig.
Umbral	[Registro de propiedad inmueble = 1]	-25,685	1,225	439,818	1	,000
	[Registro de propiedad inmueble = 2]	-4,824	,747	41,699	1	,000
	[Registro de propiedad inmueble = 3]	-2,319	,592	15,342	1	,000
	[Registro de propiedad inmueble = 4]	-,188	,506	,137	1	,711
Ubicación	[Seguridad jurídica=1]	-26,378	,000		1	.
	[Seguridad jurídica=2]	-2,922	,820	12,692	1	,000
	[Seguridad jurídica=3]	-2,686	,690	15,145	1	,000
	[Seguridad jurídica=4]	-1,451	,643	5,095	1	,024
	[Seguridad jurídica=5]	Ref.			0	
Ajuste del modelo	Chi cuadrado 39,814	Sig. 0,000				
Pseudo R2	Cox y Snell 0,392	Nagelkerke 0,421		McFadden 0,185		

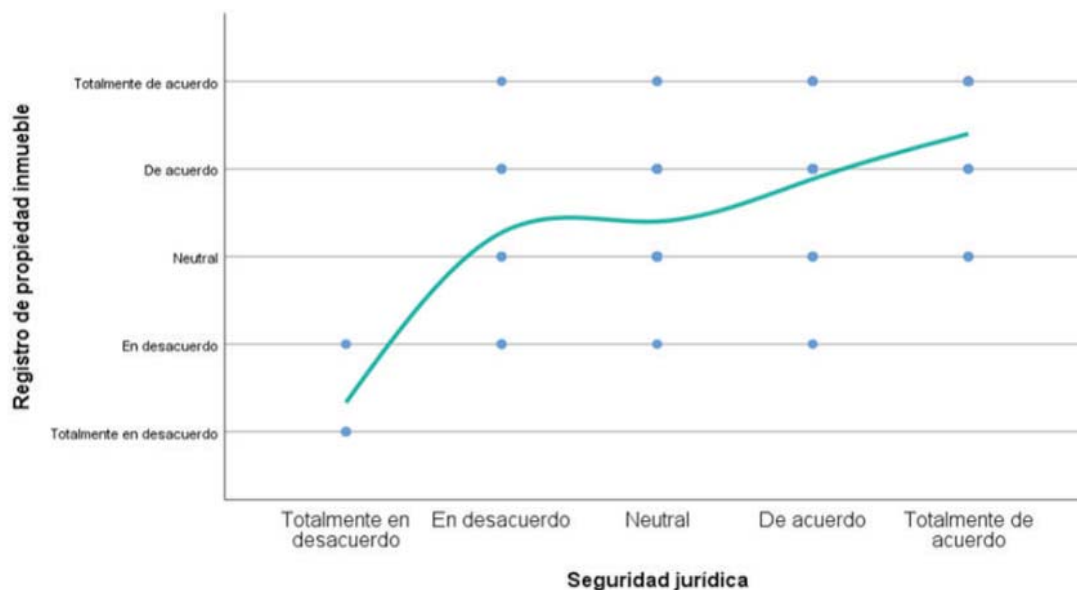


Figura 9. Relación entre la valoración de la seguridad jurídica presente en la inscripción registral constitutiva y el registro de la propiedad inmueble en el SJP.

En efecto, en la figura 9, se precisó que a mayor acuerdo de la Seguridad jurídica se espera mayor acuerdo del Registro de propiedad inmueble.

V. CONCLUSIONES

Los hallazgos del estudio refieren que la inscripción registral constitutiva tiene un impacto significativo ($p < 0,000$) que favorece el adecuado funcionamiento del Registro de la Propiedad inmueble en el Sistema Jurídico Peruano, el cual, muestra un impacto del 84,8, (Nagelkerke= 0,848) en la cumplimiento de estos procesos establecidos para garantizar la legalidad de las propiedades, al prevalecer una relación de a mayor acuerdo de inscripción registral constitutiva, mayor acuerdo en el registro del inmueble.

Los elementos de convicción absoluta constituidos en las leyes registrales presentan una influencia significativa ($p < 0,000$) que favorece el adecuado funcionamiento del Registro de la Propiedad inmueble en el Sistema Jurídico Peruano, siendo que, el derecho real y la fe pública como elementos de convicción influyen en un 37,1 % (Nagelkerke= 0,371) con el adecuado cumplimiento de las exigencias legales del registro de propiedad, al prevalecer una relación de a mayor acuerdo de los elementos de convicción, mayor acuerdo en el registro del inmueble.

La seguridad jurídica constituida en la inscripción registral tiene un efecto significativo ($p < 0,000$) que favorece el adecuado funcionamiento del Registro de la Propiedad inmueble en el Sistema Jurídico Peruano, ya que, la titularidad del bien inmueble como seguridad legal genera un efecto del 42,1% (Nagelkerke= 0,421) que favorece el adecuado registro de propiedad, al prevalecer una relación de a mayor acuerdo de la seguridad jurídica, mayor acuerdo en el registro del inmueble.

VI. RECOMENDACIONES

Se sugiere evaluar las leyes del Sistema Jurídico Peruano, que dictaminan la inscripción registral constitutiva y comparar con otras normativas, proyectos y evidencias a nivel internacional, logrando de esta manera adoptar y proponer acciones que fortalezcan el adecuado funcionamiento del registro de propiedad inmueble bajo principios de seguridad, equidad y justicia.

Es necesario que las legislaciones peruanas den cumplimiento y enfatizen en su esquema normativo los principios jurídicos que garantizan un buen funcionamiento de transición de propiedades inmuebles, ofreciendo a las partes interesadas seguridad legal en los procesos registrales, mismos que deben estar basados en que toda persona tiene derecho a tramitar el registro de un bien, a declarar sus propiedades bajo buena fe, contar con un mecanismo de registro público óptimo y transparente, así mismo, contar con el respaldo de las leyes.

De igual manera, es esencial profundizar en el estudio de este tema, analizando los factores sociales, políticos, económicos y culturales que intervienen en el buen funcionamiento de la inscripción constitutiva para el registro de propiedades inmuebles, siendo oportuno estudiar casos particulares para dar solución a una problemática específica; también se sustentan la bases para fundamentar investigaciones prácticas sobre la propuesta reformativa al Código de inscripción constitutiva, en pro de mejorar la seguridad jurídica estipulada en el artículo 949°.

REFERENCIAS

- Adames, A. “El registro de la propiedad en la República Dominicana”. *Saber y Justicia* 1, núm. 21 (2022): 87-100. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/501/5013317004/5013317004.pdf>
- Basile, S. “Régimen de protección y conservación del patrimonio arquitectónico en la República Argentina. criterios de tutela en la ciudad autónoma de Buenos Aires”. *Devenir* 7, núm. 14 (2020): 131-154. <https://dx.doi.org/10.21754/devenir.v7i14.974>
- Código Civil (C.C.). “Decreto Legislativo N° 295. 25 de julio de 1984.
- Constitución Política del Perú (C.P.). “Artículo 70°”. *Diario Oficial El Peruano* (1993). <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucionpolitica-del-peru-1.pdf>
- ELRA. Registros de la Propiedad y Catastros en Europa. *European Land Registry Association* (Web oficial, 23.04.2018). <https://www.elra.eu/land-registries-cadastres-in-europe/>
- Fernández, L., R. Falconi y E. Carrasco. “Poder político mediante el derecho: reflexiones críticas”. *Revista Universidad y Sociedad* 14, núm. 6 (2022): 512-519. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202022000600512&lng=es&tlng=es.
- Harvath, A. y J. Pérez. “Análisis comparado de los registros de la propiedad alemán y español: ¿sería posible un registro de la propiedad común europeo?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, núm. 2 (2021): 256-288. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6267>
- Hernández, R., C. Fernández y P. Baptista. *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw Hill, 2014.
- Hernández, S. “El aseguramiento del derecho de propiedad. Notas para una efectiva protección a los terceros adquirentes de inmuebles”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 42 (2022): 147-177. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n42/0123-4366-rdp-42-147.pdf>
<https://doi.org/10.18601/01234366.42.07>
- Lomparté, C. “La cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano”. *Derecho y Cambio Social*, núm. 60 (2020): 370-442. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=580534>
- Neira, A. “Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos”. *Ius et Praxis* 25, núm. 1 (2019): 195-250. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100195>
- OEA. “V Conferencia y Asamblea de la Red Interamericana de Catastro y Registro de la Propiedad”. Portal de la OEA, 08 al 10 octubre 2019. <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=pY650qBIBSM%3D&tabid=1821>
- Oropeza, P. “Implicancia de la Ley Bienes Estatales en la Formalización de Posesionarios de Terrenos para el Gobierno Regional La Libertad, 2020”. Tesis doctoral. Universidad César Vallejo, 2021. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/69445/Oropeza_RPDC-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Otarola, Y. “El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada”. *Rev. direito GV* 18, núm. 3 (2022). <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ztPYPD5xpJQSZq6Q3qK8T3n/?lang=es#>
- Rodríguez, V. “Derecho, bien común, seguridad y justicia”. *Revista de Filosofía* 52, núm. 149 (2020): 12-45. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7648033.pdf> <https://doi.org/10.48102/rdf.v52i149.41>
- Siel, E. “Aplicabilidad de la Tecnología Blockchain al sistema de registro de tierras de Turquía” (“Applicability of Blockchain Technology to Turkish Land Registry System”). Tesis de maestría. Universidad de Tilburg, 2019. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149346>
- Torres, C. *Metodología de la investigación: Para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Editorial Pearson Educación, 2006.
- Tribunal Constitucional. Expediente N° 0016-2002-AI/TC.
- Witker, J. *Cómo elaborar una tesis en derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador en derecho*. Madrid: Civitas S. A., 2011.

Recibido: 08/03/2024

Aprobado: 15/05/2024

ANEXO

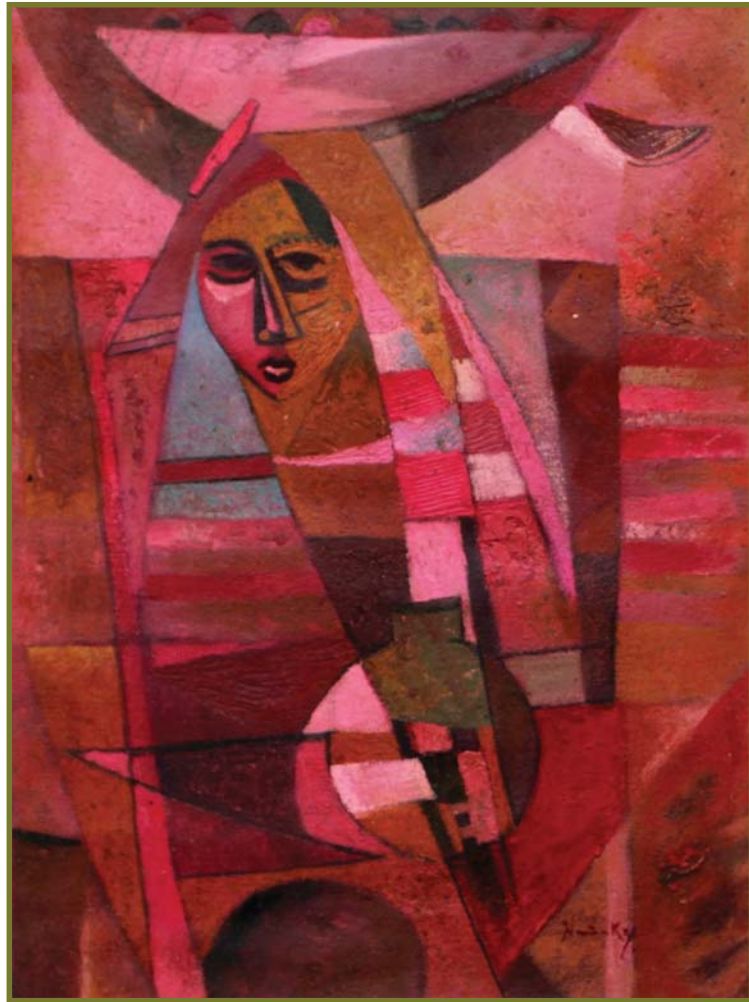
Escala de Likert Opciones de respuesta:

5. Totalmente de acuerdo
4. De acuerdo
3. Neutral
2. En desacuerdo
1. Totalmente en desacuerdo

Se agradece responder con la mayor honestidad. Gracias.

N° de Ítems	Variables, Dimensiones, Indicadores	Opciones de Respuestas (escala de Likert)				
	Variable Independiente: Inscripción registral constitutiva	5	4	3	2	1
	Dimensión: Elementos de convicción que intervienen Indicadores: Derecho Real / Fe pública					
1	Considera que la propiedad es un derecho individual.					
2	Un registro es un instrumento de publicidad con la finalidad de proveer pruebas					
3	Los derechos reales sólo pueden originarse cuando están inscritos en el registro de la propiedad					
	Dimensión: Elementos de convicción que intervienen Indicadores: Derecho Real / Fe pública	5	4	3	2	1
4	La seguridad pertenece a la esfera de la esencia del derecho; sin seguridad no hay derecho ni bueno ni malo					
5	El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras					
6	La garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no son creadas las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción este provisto también de la suficiente seguridad jurídica					
	Variable Independiente: Registro de propiedad inmueble					
	Dimensión: Derecho de propiedad Indicadores: Reserva de derechos	5	4	3	2	1
7	La transferencia de bienes inmuebles está configurada en base a dos sistemas de transferencia de propiedad; el sistema de la unidad de contrato, y el sistema de separación del contrato					
8	La transferencia de los bienes inmuebles en el Derecho Civil peruano es determinado por el art. 949° del Código Civil					
9	El sistema consensual en Perú, en ese simple acuerdo de voluntades o contrato de transferencia de la propiedad de bienes inmueble, constituye una fuente generadora de obligaciones					

	Dimensión: Oponibilidad contra terceros Indicadores: Seguridad registral del bien	5	4	3	2	1
10	La Oponibilidad a terceros está fundamentada en el acceso a la información oficial sobre las inscripciones contenidas en los registros públicos, ofreciendo un conocimiento veraz sobre la situación jurídica de la propiedad					
11	La oponibilidad o erga omnes, es una característica fundamental para el ejercicio adecuado de la transferencia de propiedades					
12	La seguridad registral del bien, es el principal beneficio que se deriva de la oponibilidad a terceros.					
13	La seguridad jurídica que brinda el registro permite una mejor confianza en las transferencias					
14	La seguridad jurídica disuade el fraude					
15	La seguridad jurídica debe otorgar un derecho constitutivo					
16	La seguridad jurídica debe convalidar con firmeza los derechos de los contratantes					



Mujer andina, óleo sobre lienzo 47 x 34 cm.
Juan Carlos Ñañaque Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

Sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, alcance regulatorio, y los objetivos de sostenibilidad del Estado

Project Qualification System in Green Finance, Regulatory Scope, and the Sustainability Objectives of the State

Ofelia Yolanda Quispe Gonzales* <http://orcid.org/0000-0003-0627-2333>

Linda Yzela Avila Ortiz** <http://orcid.org/0000000301307824>

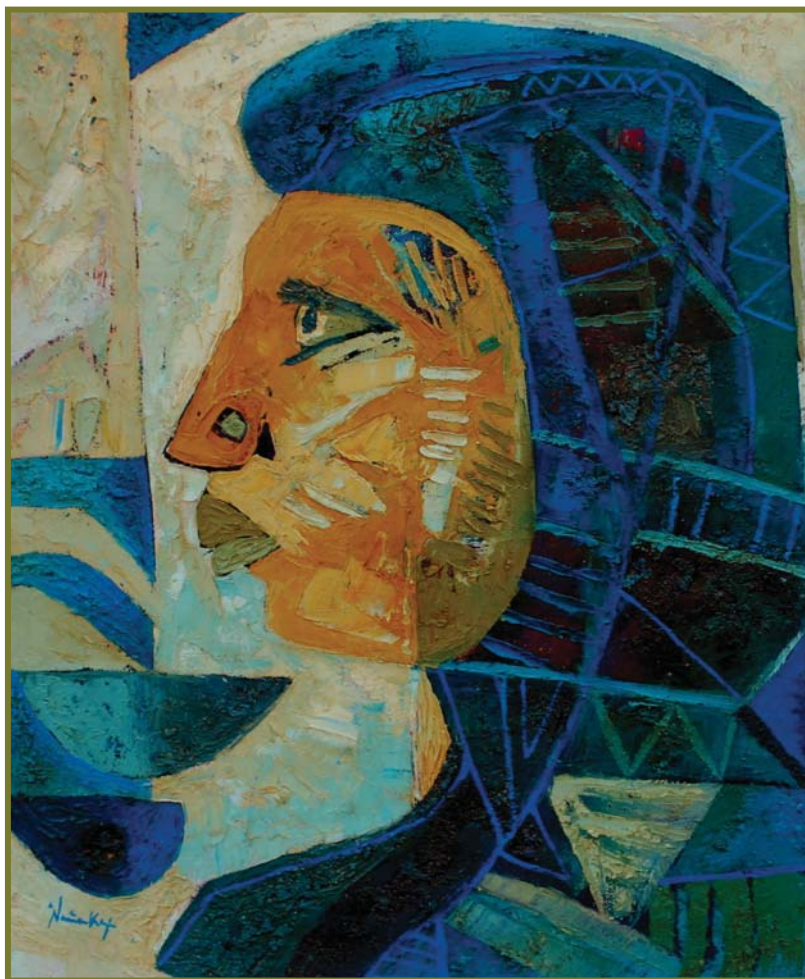
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2649>

* Bachiller en la carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Cesar Vallejo, Perú.
Correo electrónico: oquispeg22@ucvvirtual.edu.pe / ofeliaquispegonzales@gmail.com

** Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por ESAN Graduate School of Business, docente de la Universidad César Vallejo, Perú.
Correo electrónico: lavilaor@ucvvirtual.edu.pe

Lex





Pensadora, óleo sobre lienzo 58 x 48 cm.

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

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

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

RESUMEN

Los sistemas financieros de todo el mundo han venido realizando múltiples esfuerzos por muchos años a favor del desarrollo sostenible. En esa misma dirección, el sector financiero del Perú ha enfrentado desafíos para contribuir en la mitigación de la contaminación y el daño ambiental causado de forma sistemática por la mano del hombre. Este trabajo tuvo como objetivo analizar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, su alcance regulatorio y los objetivos de sostenibilidad del Estado. Se realizó la revisión sistemática de artículos científicos y revistas indexadas, siguiendo las técnicas exploratoria, analítica y comparativa para recolectar y sintetizar la información relevante, de los cuales 43 artículos de revistas indexadas fueron seleccionadas, evidenciándose que, en el Perú la regulación debe incluir una taxonomía que no solo ayude en la calificación de proyectos o inversiones verdes que cumplan con los estándares internacionales, sino que, al mismo tiempo promueva obligatoriamente la incorporación de una gestión de prevención y mitigación de los riesgos climáticos. Conclusión: Las finanzas verdes como canalizador de flujo de capitales al desarrollo de proyectos efectivamente sostenibles puede contribuir con el desarrollo de buenas prácticas alineadas con los objetivos del Estado en pro de una economía circular.

Palabras clave: *Taxonomía, finanzas verdes, economía circular, desarrollo sostenible, contaminación, proyectos ambientales.*

ABSTRACT

Financial systems around the world have been making multiple efforts for many years in favor of sustainable development. In that same direction, Peru's financial sector has faced challenges to contribute to the mitigation of pollution and environmental damage systematically caused by the hand of man. This work aimed to analyze the project rating system in green finance, its regulatory scope and the State's sustainability objectives. A systematic review of scientific articles and indexed journals was carried out, following exploratory, analytical and comparative techniques to collect and synthesize relevant information, of which 43 articles from indexed journals were selected, showing that, in Peru, regulation must include a taxonomy that not only helps in the qualification of green projects or investments that comply with international standards, but at the same time necessarily promotes the incorporation of prevention and mitigation management of climate risks. Conclusion: Green finance as a channel of capital flow to the development of effectively sustainable projects can contribute to the development of good practices aligned with the State's objectives in favor of a circular economy.

Keywords: *Taxonomy, green finance, circular economy, sustainable development, pollution, environmental project*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo centra su análisis, en torno al desarrollo empírico de la regulación existente para la calificación de proyectos o inversiones que son promovidos con bonos verdes por el sistema financiero peruano. Se pretende plantear soluciones jurídicas que sean utilizadas de manera práctica por los diferentes participantes en el mercado financiero, para el cumplimiento de los objetivos ambientales definidos por el Estado Peruano, alineándose de una manera más cercana a los estándares internacionales de sostenibilidad.

Según la zoología general, define a la taxonomía como la ciencia encargada de identificar, delimitar, nombrar, clasificar, como una biblioteca que cataloga y ordena¹.

En cambio, para el diccionario de la lengua española la taxonomía es la clasificación de una ciencia, en especial orientada a la jerarquía dentro de la biología². Por lo tanto, podríamos entender que la taxonomía, es un instrumento que ayuda a identificar, clasificar y ordenar, en base a una ciencia, que actividades o actos realizados por los seres humanos tienen la capacidad de contribuir al cuidado del medio ambiente.

En el ámbito internacional esta clasificación se incluye en las finanzas sostenibles, para identificar a qué proyectos e inversiones se les debe emitir los bonos verdes, con el fin de promover ciudades sostenibles, es así que la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo y el Banco de Desarrollo Alemán KfW, desarrollando su

1 Zaidett Barrientos, *Zoología general*. Universidad Estatal a Distancia, (Costa Rica: San José, 2003) pp.10 -11

2 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española, Definición de taxonomía*. 23.^a ed. [versión 23.7 en línea]. (España, 2014).

ponencia, sobre el concepto de taxonomía de finanzas sostenibles, señala que es un instrumento útil para la clasificación de finanzas verdes y su impacto de los bancos emisores de bonos verdes en América Latina y el Caribe, por ende se deben garantizar el desarrollo y regularización de normativas, que apoyen dicha taxonomía³.

A nivel nacional el sistema financiero peruano no cuenta con una clasificación que permita definir y determinar de manera adecuada, qué inversiones y proyectos son sostenibles o cuáles de éstos se encuentran en transición. Por tal motivo, el sector financiero peruano, viene promoviendo proyectos e inversiones sin tener claridad del efectivo impacto de éstos en la prevención o mitigación de los riesgos climáticos.

Al respecto, se explica que el sistema financiero tiene una función clave para el logro de los objetivos ambientales, es por tal motivo que Credicorp, destaca la contribución que realiza la industria financiera hacia una economía más sostenible en el Perú; sin embargo, reconoce que se necesita de una evolución en cuanto a la regulación ambiental financiera capaz de dotar una mejora en los criterios ambientales de los proyectos e inversiones⁴.

Por ende, la presente investigación se justifica en la necesidad de contar con un marco normativo que comprenda un sistema de calificación de proyectos verdes que coadyuven al sector financiero en su rol de intermediario financiero, dado el rol potencial de este sector para impulsar el desarrollo de proyectos inmobiliarios ecoamigables, lo que se conseguiría teniendo claridad en los criterios de identificación y clasificación de estos proyectos, lo que permitiría una adecuada canalización de los financiamientos con bonos verdes y con ello una efectiva orientación del sector inmobiliario hacia la promoción y ejecución de proyectos con mayor impacto en la mitigación de elementos contaminantes, contribuyendo de esta manera con el incremento de la infraestructura inmobiliaria y a través de ésta, con el desarrollo de ciudades sostenibles como parte de los objetivos de la economía circular peruana.

Es por tal motivo que, el presente artículo de revisión literaria tiene como **objetivo general** analizar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, su alcance regulatorio y los objetivos de sostenibilidad del Estado; y como **objetivo específico 1**, analizar cómo integrar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes dentro de la hoja de ruta del Perú, y por último el **objetivo específico 2**. analizar qué principios son esenciales para aplicar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes.

3 Mónica Enriquez et. al., "Taxonomía verde como estrategia de financiamiento climático, una mirada a Latinoamérica", 593 *Digital Publisher CEIT*. ISSN-e 2588-0705, Vol. 7, Nº. Extra 6-1. (2022): 368-380

4 Jaime Andrés Correa-García & Diego Andrés Correa-Mejía, "Importancia del estado de flujos de efectivo para la gestión financiera sostenible", *Cuadernos de Contabilidad* 22, (2021):1-19.

Sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes

El significado de sistema es el grupo de cosas que se relacionan y vinculan según la orientación de objetivos, además para los gobiernos de Chile, Colombia y México, es un sistema que integra principios, define conceptos, clasifican a las actividades y sectores económicos, según la contribución que realicen a la mitigación ambiental, con el fin de identificar cuales si son efectivamente sostenibles⁵.

Así mismo en el evento realizado por la ONU se presentó el seminario virtual de “Taxonomías de finanzas sostenibles: un marco para facilitar la inversión baja en emisiones y resiliencia al clima en América Latina y el Caribe” donde se describe que la taxonomía de finanzas sostenibles, es un sistema de actividades ambientales sostenibles que sirve para instruir a los integrantes del mercado de las actividades que se consideran ambientalmente sostenibles y así promover la transición hacia una economía que mitigue las emisiones y beneficien al clima⁶

Así mismo es importante porque permite que se orienten a los gastos de capitales en beneficio del medio ambiente.

Por lo tanto, se puede comprender que este sistema de clasificación de proyectos en las finanzas va específicamente encaminado a cumplir los objetivos del desarrollo sostenible, con el objetivo de prevenir la degradación ambiental⁷.

Alcance regulatorio

En la Constitución del Perú (1993), se instituye como derecho fundamental de toda persona, el desarrollarse y disfrutar de un ambiente equilibrado, es en base a ello se da la Ley General del Ambiente, estableciendo en el artículo I, vivir en un ambiente saludable y equilibrado reconociéndolo como un derecho fundamental e irrenunciable, adicionalmente en el artículo V, se establece el principio de sostenibilidad, donde se determina la vinculación de los elementos sociales, ambientales y económicos en favor de una economía circular, y en su artículo 36, se describe sobre los instrumentos económicos que se desarrollaran para fomentar el cumplimiento de los objetivos de los lineamientos políticos ambientales.

Finalmente, en el artículo 37 se hace mención al papel de promotor de las instituciones estatales, complementando las medidas en torno a los instrumentos económicos sostenibles, y que servirán para fiscalizar el cumplimiento de las mismas por parte de todos los participantes.

5 Real Academia Española (2014), *Diccionario de la lengua española, Definición de sistema*, 23.^a ed. [versión 23.7 en línea].

6 Francisco Arruti & Adrián Bruzón, “Bonos verdes y bonos sociales como motores de cambio”, *Boletín de estudios económicos*, 73(224), (2018): 233–250

7 Mónica Enriquez et. al. op. cit., “Taxonomía verde, 368-380

Es así que, recientemente el Ministerio del Medio Ambiente, como autoridad nacional ambiental peruana, presentó mediante el D. S. 007-2023-MINAM, denominada “Hoja de ruta de finanzas verdes para el Perú“, como un instrumento que incorpora las consideraciones ambientales en la gestión estratégica, operativa y de divulgación de las diferentes entidades financieras reguladas o no, y entidades públicas relacionadas con las finanzas verdes, con el fin de promover la prevención, control de los proyectos e inversiones alineados con el cuidado ambiental y la mitigación de la contaminación del medio ambiente, además con el objetivo de fortalecer la regulación del sistema financiero sostenible, siendo una de las barreras que existen, las limitaciones para la elegibilidad de actividades, proyectos o gastos que cumplan con criterios socioambientales⁸.

Los objetivos de sostenibilidad del Estado

El Protocolo de Kyoto compromete a 86 países a concretar objetivos sobre la reducción de emisión y la lucha contra el cambio climático, en esa misma línea se encuentra el Acuerdo de París (2015) y la Agenda 2030, donde se plasman los objetivos ambientales distribuidos en 17 ítems, siendo para el presente artículo el principal “la alianza para lograr los objetivos”, por tal motivo la gobernanza ambiental debe estar fortalecida para que la participación del sistema financiero complemente el trabajo del Estado al fomentar proyectos de actividades económicas con el uso de energía limpia, así como generar inversiones con una visión sostenible⁹.

De esta manera, en el Perú se reguló a favor de contribuir al medio ambiente por medio de la integración económica, firmado compromisos ambientales como el Pacto Verde y la Medida Política 4.5 IFV del PNCP, que propician el uso de instrumentos financieros para promover proyectos e inversiones financieros que se encuentren orientados al cuidado del medio ambiente y que respeten los límites máximos permisibles dentro del ambiente, con el objetivo de que la población disfrute de un ambiente equilibrado

II. MATERIALES Y MÉTODOS

Esta investigación es tipo básica cualitativa, basando su diseño de investigación jurídico - descriptivo, que comprendió el estudio de investigaciones indexadas en base de datos de calidad científica, vinculadas con los objetivos de la investigación, respetándose el criterio de antigüedad de las publicaciones, dentro de los 05 años; asimismo se analizó webs de páginas

8 MINAM, Hoja de Ruta, (2023)

9 María del Pilar Bueno y Duilio Calcagno, “La diplomacia brasileña y la gobernanza del cambio climático. Las propuestas de Brasil en Kyoto y en París (1997 y 2015)”, *Astrolabio*, núm. 25, (2020): 274–97.

de organizaciones y del Estado, así como revistas indexadas, tanto del ámbito nacional como internacional, pertenecientes a Dialnet, Sciece Direct, ProQuest, Redalyc, Scielo, Ebscohost, y Gale Onefile¹⁰.

Para el procesamiento de información, se empleó la aplicación Zotero, y se reunió toda información que tenga como base el tema de investigación, además, dentro de la aplicación Zotero, se realizó una clasificación de temas y subtemas, con el fin de desarrollarlos dentro de la investigación, por lo tanto, la información de los términos es claro y preciso, para obtener una buena interpretación en los resultados.

Adicionalmente, se empleó la aplicación online Bib Gurú, para citar de forma automática en formato Chicago, toda información que resultaba importante recoger para agregarla en el presente trabajo, por consiguiente, se logró formar de manera integral y sustancial la información orientada a la regulación de la taxonomía dentro del sistema financiero peruano. La información seleccionada se analizó inicialmente desde un resumen, luego se dedujo las posturas e ideas de los autores e investigadores de utilidad para fundamentar y dar el valor científico a la presente investigación cualitativa¹¹.

Tabla 1: Matriz de Revistas Indexadas

N° de búsquedas	Autores	Años de publicación	Títulos	Revistas	Base de datos
1	Arruti, F. & Bruzón, A.	2018	Bonos verdes y bonos sociales como motores de cambio.	Boletín de estudios económicos	ProQuest
2	Barrios, D.	2020	El acuerdo de Escazú como el instrumento normativo más importante para los defensores de derechos humanos ambientales en el Perú y América Latina.	Revista de Derecho	Redalyc
3	Bergés, A. & Ontiveros, E	2021	El Green New Deal y las finanzas sostenibles en Europa	Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los Objetivos de Desarrollo Sostenible	Dialnet
4	Bhutta, U. et al.	2022	Green bonds for sustainable development: Review of literature on development and impact of green bonds	Technological Forecasting & Social Change	Sciencie Direct

10 Gladys Guevara et al., "Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción)", *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, Vol. 4, N°. 3, (2020): 163-173

11 Julian Hermida y Laura Quintana. "La Hermenéutica Como Método de Interpretación de Textos En La Investigación Psicoanalítica (Hermeneutics as a Method of Text Interpretation in *Psychoanalytic Research*)". *SSRN Electronic Journal*. (2020).

5	Biswas, S. et al.	2021	Introducing "α-Sustainable Development" for transforming our world: A proposal for the 2030 agenda	Journal of Cleaner Production	Science Direct
6	Bueno, M & Calcagno, D.,	2020	Brazilian diplomacy and the climate change governance. Brazil proposals in Kyoto and Paris (1997-2015).	Astrolabio. Nueva Época	Scielo
7	Bunea, A	2018	Legitimacy through targeted transparency? Regulatory effectiveness and sustainability of lobbying regulation in the European Union	European Journal of Political Research	Ebscohost
8	Calabrese, A. et al	2022	Is the private sector becoming cleaner? Assessing the firms' contribution to the 2030 Agenda	Journal of Cleaner Production	Science Direct
9	Correa-García, Jaime Andrés, & Correa-Mejía, Diego Andrés	(2021	"Importancia del estado de flujos de efectivo para la gestión financiera sostenible."	Cuadernos de Contabilidad	Redalyc
10	Díaz, F.	2020	Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030	Observatorio Medioambiental	ProQuest
11	Enriquez et. al	2022	Taxonomía verde como estrategia de financiamiento climático, una mirada a Latinoamérica	593 Digital Publisher CEIT	Dialnet
12	Esteban-Sánchez et al.	2021	Luces y sombras para el desarrollo de unas finanzas sostenibles en el sector bancario europeo	Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los O.D.S.	Dialnet
13	Fairle, A	2022	Nuevos retos para el Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea con Perú, Colombia y Ecuador	Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época	Dialnet
14	Fatica, S. et al.	2021	The pricing of green bonds: Are financial institutions special?	Journal of Financial Stability	Science Direct
15	Guevara, G. et al	2020	Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción)	RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento	Dialnet

16	Gutiérrez, P.	2021	Divulgación de información relativa a la sostenibilidad y la regulación bancaria en la Unión Europea. Contribución transversal de las finanzas sostenibles a los Objetivos de Desarrollo Sostenible	Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los Objetivos de Desarrollo Sostenible,	Dialnet
17	Hermida, J. y Quintana, L.	2019	La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica	Revista perspectivas en Psicología	DSpace
18	Hernández, J.	2018	Relación entre el Desempeño Financiero y el Desempeño de Sostenibilidad: Evidencias de Reportes del GRI en Perú	Capic review	Dialnet
19	Horna, I.	2020	Perspectivas del financiamiento corporativo y el mercado de valores del Perú	Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía	Dialnet
20	Huitrón, A. y Santander, G.	2018	La Agenda 2030 de desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe implicaciones, avances y desafíos	Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo	Dialnet
21	Iturrioz, J. et al.	2019	La transparencia sobre Responsabilidad Social Corporativa y su implicación con el comportamiento económico-financiero: efectos en las empresas de Economía Social	REVESCO : Revista de Estudios Cooperativos	ProQuest Central
22	Jagers, S. et al.	2018	Environmental management from left to right - on ideology, policy-specific beliefs and pro-environmental policy support	Journal of Environmental Planning and Management	Ebscohost
23	Jiménez-Barandalla, I. & Velasco-Márquez, C.	2023	Inversión sostenible y de impacto para la viabilidad financiera de la empresa social. El caso Liight	Estudios Gerenciales Journal of Management and Economics for Iberoamerica	Scielo
24	Khan, H. et al.	2021	"Green washing" or "authentic effort"? An empirical investigation of the quality of sustainability reporting by banks	Accounting Auditing & Ccountability Journal	Proquest
25	Kopnina, H.	2019	Green-washing or best case practices? Using circular economy and Cradle to Cradle case studies in business education	Journal of Cleaner Production	Sciencie Direct

26	Li, Z. et al.	2020	The Interest Costs of Green Bonds: Credit Ratings, Corporate Social Responsibility, and Certification	Emerging Markets Finance & Trade,	Ebscohost
27	Lucas, A	2019	Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático	Revista Derecho del Estado	Redalyc
28	Menéndez, F.	2020	Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030	Observatorio medioambiental	ProQuest
29	Miola, I. et al.	2021	Bonos verdes en la ecología-mundo: capital, naturaleza y poder en la expansión financiarizada de la industria forestal en Brasil	Relaciones internacionales	ProQuest
30	Nanayakkara, M., & Colombage, S.	2019	Do investors in Green Bond market pay a premium? Global evidence	Applied Economics	Ebscohost
31	Navarro, V. & Zambrano, L.	2020	Impacto de la emisión de bonos verdes en el desarrollo sostenible Latinoamericano	Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional	Dialnet
32	Reátegui, W. & Reátegui, A.	2021	La relevancia de las finanzas en un modelo de negocio sostenible en poblaciones vulnerables	Quipukamayoc	Gale Onefile
33	Restrepo-Ochoa, D. et al.	2020	El potencial de los mercados de bonos verdes en América Latina y el Caribe	EU-LAC Foundation.	Researchgate
34	Sanahuja, J.	2022	El Pacto Verde, NextGenerationEU y la nueva Europa geopolítica.	Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época	Dialnet
35	Sánchez-Barrueco, M	2021	. El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia.	Revista de Derecho Comunitario Europeo	Dialnet
36	Sinha, A. et al.	2021	Does green financing help to improve environmental & social responsibility? Designing SDG framework through advanced quantile modelling	Journal of Environmental Management	Sciencie Direct
37	Somerville, P	2020	A critique of climate change mitigation policy	Policy and Politics	ProQuest
38	Taghizadeh-Hesary, F., & Yoshino, N.	2020	Sustainable solutions for green financing and investment in renewable energy projects	Energies (Basel)	Ebscohost

39	Valverde, S. et al.	2022	Digitalización financiera en la pospandemia: ¿qué ha cambiado?	Revista Cuadernos de Información económica	Dialnet
40	Vila, M & Saguier, M.	2019	Ciberpolítica, digitalización y relaciones internacionales. Un enfoque desde la literature crítica de Economía internacional	Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica	Dialnet
41	Tezanos, S.	2018	Geografía del desarrollo en America Latina y el Caribe: hacia una nueva taxonomía multidimensional de los Objetivos de Desarrollo Sostenible	Revista de la CEPAL	Gale Onefile
42	Tolliver, C. et al.	2020	Policy targets behind green bonds for renewable energy: Do climate commitments matter?	Technological Forecasting & Social Change	Sciencie Direct
43	Yu, C. et al.	2021	Demand for green finance: Resolving financing constraints on green innovation in China	Energy Policy	Sciencie Direct

Fuente: Elaboración propia

III. RESULTADOS

En la presente investigación se recopiló información, respetándose el criterio de antigüedad de las publicaciones, dentro de los 05 años; asimismo se analizó webs de páginas de organizaciones y del Estado, así como revistas, tanto del ámbito nacional como internacional, obteniéndose 70 investigaciones, de las cuales solo se utilizaron 51, así mismo es importante señalar que de éstas, se compilaron 43 artículos de revistas indexadas en torno al tema de interés.

La exploración ha exhibido el importante avance de la banca de forma global por impulsar inversiones que contemplen criterios de sostenibilidad, sin embargo, sin el apoyo y el control por parte del Estado para determinar qué proyectos son efectivamente verdes, no se podrán cumplir los acuerdos internacionales en torno a los objetivos del desarrollo sostenible planteados en la Agenda 2030, además de retrasar la promoción sobre el eficaz cuidado y protección del medio ambiente.

IV. DISCUSIÓN

Sobre los hallazgos de los artículos científicos relacionados con los objetivos planteados, se obtuvo los resultados en relación al **objetivo general** que es analizar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, su alcance regulatorio y los objetivos de sostenibilidad del Estado, se inicia la discusión con la posición de autores que han sido seleccionados sobre la **primera dimensión** sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, como Esteban-Sánchez et al.¹², quienes refieren que el sistema financiero tiene varios desafíos para el logro planteado sobre los objetivos de desarrollo sostenible, es por ello que, actualmente tanto los accionistas como inversores tendrán que desarrollar a largo plazo la aplicación de taxonomía así como el libre acceso a la información sobre las actividades sostenibles, con ello se podría lograr de forma significativa una reducción en la contaminación del ambiente y el desarrollo sostenible.

Asimismo, la posición de Bergés & Ontiveros¹³ en su artículo explica que la actividad del sistema financiero necesita de un modelo de crecimiento humano; este nivel incorporando aspectos sociales y de gobernanza, por lo tanto, explican que el sector financiero está unido al impulso del Estado, brindándole lineamientos que ayuden en la incorporación de mecanismos y/o herramientas, que ayuden en la implementación de acciones financieras verdes.

Según Lucas¹⁴, el papel de los bancos centrales se definirá en base al Tratado del Acuerdo de París por el cual se implementaron objetivos de desarrollo sostenido con el fin de limitar el aumento de la temperatura global y movilizar recursos necesarios para obtener una economía neutra en carbono siendo este un reto global para los gobiernos firmantes, implementando roles para las autoridades políticas y económicas, y actividades dentro de sus agendas de trabajo, éste es el fundamento para hablar sobre el futuro de la globalización de las finanzas sostenibles, describiendo aquellos acuerdos internacionales y el trabajo por el que tendrá que pasar el sistema financiero indicando que se necesitan desarrollar políticas a favor de los objetivos del desarrollo sostenible; además comenta sobre el futuro de las finanzas sostenibles, remarcan las medidas aportadas por la Comisión Europea y las propuestas legislativas para afianzar las finanzas sostenibles, explicando la lucha por regular una taxonomía y los bonos verdes que ayuden a promover las actividades verdes a nivel mundial brindando alianzas con estados cooperativos.

12 Pablo Esteban-Sánchez et al., “Luces y sombras para el desarrollo de unas finanzas sostenibles en el sector bancario europeo”. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. (2021): pp. 100-101

13 Ángel Bergés & Emilio, Ontiveros, “El Green New Deal y las finanzas sostenibles en Europa”, *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 5, (2021):.17-32

14 Andrea Lucas, “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revista Derecho del Estado*, (44), (2019) :195-226

Adicionalmente, según la investigación realizada por Miola et al.¹⁵ tiene como recomendación una mejor implantación normativa para el desarrollo sostenible en relación a los bonos y las inversiones ambientales.

Respecto a la discusión sobre la **segunda dimensión** que es alcance regulatorio, se ha considerado que para desarrollar los acuerdos que ha firmado el estado peruano, a fin de lograr una economía sostenible, se debe promover la regulación e implementación de bonos verdes, por parte del sistema financiero, fomentando el desarrollo de proyectos e inversiones para negocios eco amigables tal cual se refieren los siguientes autores, Reátegui & Reátegui¹⁶, Sinha et al.¹⁷, Tolliver, C. et al.¹⁸, Yu et al.¹⁹ y Nanayakkara & Colombage²⁰.

Por lo tanto, se puede indicar que, el sistema financiero peruano viene emitiendo bonos verdes de acuerdo a los tratados internacionales que ha firmado el Perú, el cual ha implementado dentro de su normativa, para la promoción y fomento de los bonos verdes con el fin de lograr cumplir los objetivos del desarrollo sostenible, haciendo que la sociedad y el sistema financiero participen en pro de una economía circular, mediante los proyectos e inversiones verdes, es por ello que para Barrios²¹ los tratados internacionales firmados por el Perú a nivel ambiental con la Naciones Unidas, tiene un compromiso multilateral, por tal motivo deberá incorporar en su marco legislativo la promoción de estrategias de finanzas verdes a fin de cumplir con los objetivos ambientales propuestos.

Continuando con el tenor de la discusión del presente trabajo, sobre la tercera dimensión, los objetivos de sostenibilidad del Estado, los bonos verdes se orientan exclusivamente a proyectos e inversiones, que su uso y carga legal estén orientados a la mitigación de la contaminación ambiental con el fin de lograr los acuerdos internacionales acordados para una banca responsable con el cuidado del medio ambiente, la misma posición es la que mantiene en su investigación Li et al²².

15 Iagê Miola et. al. ,”Bonos Verdes En La Ecología-Mundo: Capital, Naturaleza y Poder En La Expansión Financiarizada De La Industria Forestal En Brasil.” *Relaciones Internacionales* no. 46 (Feb, 2021): 161-180.

16 Walther Reátegui & Ana Reátegui, “La relevancia de las finanzas en un modelo de negocio sostenible en poblaciones vulnerables”, *Quipukamayoc*, 29(61), (2021): 9–17.

17 Avik Sinha et al. Does green financing help to improve environmental & social responsibility? Designing SDG framework through advanced quantile modelling. *Journal of Environmental Management*, 292, (2021): 112751–112751

18 Clarence Tolliver, et al. *Policy targets behind green bonds for renewable energy: Do climate commitments matter?*, *Technological Forecasting & Social Change*, 157, (2020) : 120051

19 Chin-Hsien Yu, et al. “Demand for green finance: Resolving financing constraints on green innovation in China”. *Energy Policy*, 153, (2021):112255

20 Madurika, Nanayakkara & Sisira, Colombage ”Do investors in Green Bond market pay a premium? Global evidence”. *Applied Economics*, 51(40), (2019): 4425-4437.

21 Daniela Barrios, “El acuerdo de Escazú como el instrumento normativo más importante para los defensores de derechos humanos ambientales en el Perú y América Latina”. *Revista de Derecho*, 5(1), (2020):114-128.

22 Zhiyong, Li et al. , “The Interest Costs of Green Bonds: Credit Ratings, Corporate Social Responsibility, and Certification”, *Emerging Markets Finance & Trade*, 56(12), (2020): 2679–2692

Siguiendo la misma línea de investigación tenemos a Restrepo-Ochoa et al.²³, quienes presentan un informe sobre el mercado de bonos verdes en América Latina y el Caribe realizando recomendaciones para su implementación y desarrollo exponiendo cuatro aspectos fundamentales relacionados con el marco normativo la estructura de gobernanza, las normas, la rendición de cuentas, las políticas y programas, los actores y los sectores; ellos describen en su investigación que sin estos cuatro aspectos no se podrían concretar los objetivos ambientales. Además, tenemos a Arruti & Bruzón²⁴ quien presentó un informe de un conjunto de recomendaciones para la expansión del mercado de bonos verdes respecto, los distintos estados han firmado compromisos internacionales, y las entidades financieras han promovido productos verdes, trabajando en conjunto en beneficio del desarrollo sostenible.

Por tal motivo se debe entender que las financieras en el Perú, cumplen un rol clave, dentro del desarrollo sostenible, al tener la capacidad de dirigir los flujos de capital hacia prácticas e industrias sostenibles con el medio ambiente y la sociedad al impulsar la implementación de los bonos verdes dentro de sus carteras, es así como Horna, I.²⁵ mediante su investigación, llega a la conclusión que en la actualidad la economía del Perú se encuentra en crecimiento y predispuesto a promover una finanza responsable, lo mismo que Hernández, J.²⁶ al explicar el rol clave de las financieras en el Perú, al ser una actividad transversal, que orienta a las empresas peruanas de diversas industrias, al camino ambiental mediante un análisis de factores determinantes del GRI.

Por tal razón, es importante fomentar nuevos enfoques para gestionar los bienes comunes globales y desarrollar instituciones multilaterales para la financiación sostenible de proyectos e inversiones²⁷, de la misma manera se debe entender que el Perú tiene una gran chance de realizar alianzas estratégicas, así como vienen desarrollando los países de México y España, donde se realiza una integración binacional cómo lo señala Menéndez²⁸ en su investigación sobre los desafíos climáticos y la cooperación internacional; siguiendo ésta misma posición se

23 Diana, Restrepo-Ochoa et al. “El potencial de los mercados de bonos verdes en América Latina y el Caribe”. *EU-LAC Foundation*. (2020) :1-6

24 Francisco Arruti & Adrián Bruzón, op. cit. “Bonos verdes...: 233–250

25 Indalecio Horna, “Perspectivas del financiamiento corporativo y el mercado de valores del Perú”, *Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía*,10(19), (2020): 144-149

26 Julio, Hernández, “Relación entre el Desempeño Financiero y el Desempeño de Sostenibilidad: Evidencias de Reportes del GRI en Perú”, *Capic review*, 16(1), (2018):11

27 Farhad Taghizadeh-Hesary & Naoyuki Yoshino, “Sustainable solutions for green financing and investment in renewable energy projects”. *Energies (Basel)*, 13(4), (2020) : 788–.

28 Florencia Menéndez, “Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030/Climate challenges and international cooperation in the framework of the 2030 Agenda/Defis climatiques et cooperation internationale dans le cadre de l’Agenda 2030”. *Observatorio medioambiental*, 23, (2020) : 43

encuentra Díaz²⁹, quien opina de forma positiva sobre la integración del trabajo en conjunto de los países y organizaciones, puesto que llega a la conclusión que no se podría lograr los objetivos ambientales de manera individual, ya que se trabaja en pro de minimizar el cambio climático a nivel mundial.

Tal cual describe Huitrón, A. y Santander, G.³⁰ al plasmar las cooperaciones internacionales que se han realizado a partir de la Agenda 2030 para concretar los objetivos de desarrollo sostenible, impulsando políticas de inversión sostenible, que fomenten que los sectores económicos se orienten y se concienticen sobre la importancia del equilibrio ambiental al momento de elaborar sus productos.

Con respecto a los resultados obtenidos por el **objetivo específico 1** que es analizar cómo integrar el sistema de clasificación de proyectos en las finanzas verdes dentro de la hoja de ruta del Perú, se debe observar, en primer lugar, cómo a nivel internacional los países de la comisión europea, así como de América del Norte y del continente de Asia han implementado dentro de su regulación una taxonomía sostenible, que ayude a determinar qué actividades son o no sostenibles.

De esta forma es viable concluir que la taxonomía, es una herramienta importante para el sistema financiero, ya que servirá de guía para determinar a quién se le debe emitir estos bonos verdes; en consecuencia, Tezanos³¹, analiza la regulación de la taxonomía y los retos de su aplicación dentro de América Latina, dividiendo a las actividades económicas en tres dimensiones: actividades verdes, actividades que enverdecen y actividades en transición. Asimismo, señala que cada país, deberá regular la taxonomía verde según su realidad, por lo tanto, se deberá brindar todas las disposiciones para llevar a cabo investigaciones a nivel científico que tengan como resultado la regulación de una taxonomía a favor del sistema financiero sostenible³².

Debemos entender la importancia de desarrollar una taxonomía, y como viene sirviendo de herramienta fundamental para el sistema financiero europeo, determinando la actuación de la banca y los inversores en el financiamiento de proyectos sostenibles³³. Un ejemplo claro, sobre el establecimiento de la taxonomía en base a la realidad de cada país, es el que se implementó

29 Florencia Díaz, “Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030”, *Observatorio Medioambiental*, 23, (2020): 43–61.

30 Analía Huitrón y Guillermo Santander. “La Agenda 2030 de desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe implicaciones, avances y desafíos”. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, Vol. 5, Nº. 1, 2018. (2018) :5-10

31 Sergio Tezanos.”Geografía del desarrollo en América Latina y el Caribe: hacia una nueva taxonomía multidimensional de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. *Revista de la CEPAL*, 125, (2018) : 7

32 *Ídem*

33 Luna Romo, “Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa”. *Documentos ocasionales - Banco de España*, 1, (España, 2021). 1–28.

en Europa, donde a pesar de ya estar regulado dentro de su marco normativo, en la actualidad el Parlamento Europeo, viene discutiendo sobre si incluir o no, dentro de su lista verde, a la energía nuclear y al gas como actividades sostenibles, tal como refiere en su investigación Sanahuja³⁴ en su trabajo sobre el impacto de la regulación financiera europea, en el cual describe todas las regulaciones, mencionadas líneas arriba, a favor del camino del desarrollo sostenible.

Además para Sánchez-Barrueco, M.³⁵ se debe recalcar que la Unión Europea, ha sido pionera al presentar su hoja de ruta con el objetivo de ser el líder global contra el cambio climático, en consecuencia, si bien en éste tiempo a nivel global existe un progreso a favor del desarrollo sostenible sigue siendo aún insuficiente, en la transición hacia una economía de bajo carbono puesto que implica la contribución no sólo de instituciones financieras sino también de políticas públicas que ayuden a implementar herramientas como es la taxonomía, es así como el Estado cumple su rol de promotor de actividades en pro de un desarrollo sostenible, con el fin de mitigar los gases contaminantes y contribuir a la lucha contra el cambio climático, es así que se podrá lograr cumplir con los objetivos ambientales en una economía circular, siguiendo esta misma posición es la que plantean los siguientes autores Somerville³⁶, Calabrese et al.³⁷, Jagers, S. et al.³⁸, Fatica, et al.³⁹.

Es por ello que, en la actualidad se vienen realizando investigaciones a proyectos sostenibles post covid, para observar las repercusiones económicas y como se desarrollaron las inversiones verdes durante la crisis a nivel global⁴⁰.

Por todas las razones expuestas en las líneas anteriores, es que en la actualidad el Perú viene trabajando de manera estratégica con el país de Alemania fomentando mediante el MINAM, la implementación de una hoja de ruta dentro del Perú, el cual fue resaltado a nivel internacional, por impulsar las actividades verdes dentro del sistema financiero nacional, siendo las entidades bancarias, logrando una estrategia importante del acuerdo en las relaciones entre la Unión

34 José Sanahuja, “El Pacto Verde, NextGenerationEU y la nueva Europa geopolítica”, *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, (2022): 1885-9119

35 María Sánchez-Barrueco, El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 25, Nº 69, (2021):555-599

36 Peter Somerville, “A critique of climate change mitigation policy”. *Policy and Politics*, 48(2), (2020): 355–378.

37 Armando Calabrese et. al. , “Is the private sector becoming cleaner? Assessing the firms’ contribution to the 2030 Agenda”, *Journal of Cleaner Production*, 363, (2022): 132324

38 Sveker Jagers et al., “Environmental management from left to right - on ideology, policy-specific beliefs and pro-environmental policy support”. *Journal of Environmental Planning and Management*, 61(1), (2018) : 86–104

39 Serena Fatica et .al. “The pricing of green bonds: Are financial institutions special?” *Journal of Financial Stability*, 54, (2021): 100873

40 Iciar Jiménez-Barandalla & Carlos Velasco-Márquez, “Inversión sostenible y de impacto para la viabilidad financiera de la empresa social. El caso Liight”, *Revista Estudios Gerenciales Journal of Management and Economics for Iberoamerica*, 39(166), (2023): 67-76.

Europea con Perú y su contribución a la recuperación económica post pandemia y al impulso de nuevos modelos de desarrollo, tal como lo explica Fairle⁴¹ los principales actores dentro de éste planteamiento estratégico que viene aun realizando de forma empírica, en ese sentido el BBVA, ha apostado por desarrollar productos de inversión sostenible, implementando los bonos verdes dentro de sus carteras, es así como la Bolsa de Valores de Lima, informa de manera constante sobre el avance de la sostenibilidad, un ejemplo claro es lo realizado en el año 2018 cuando dio a conocer una guía sobre la información para la emisión de bonos verdes, dirigida a las empresas interesadas en obtener financiación para desarrollar proyectos de mitigación o de adaptación al cambio climático con el asesoramiento de especialistas del Reino Unido, fomentando así el desarrollo sostenible⁴².

En consecuencia, si bien el estado peruano, cuenta con la integración de los bonos verdes al mercado, aún falta implementar más mecanismos normativos para poder cumplir con los objetivos ambientales, ya que actualmente no tiene regulado la taxonomía sostenible, por lo tanto el sistema financiero peruano se encuentra emitiendo bonos verdes, a supuestas actividades verdes, pero que en la realidad sin un estudio adecuado y un análisis, no sabe a ciencia cierta, si cumple con minimizar la emisión de gases contaminantes y contrastar el daño al medio ambiente.

Por otro lado, en la Unión Europa donde se tiene un sistema de clasificación regulado a través de los reglamentos (UE) 2019/2088, (UE) 2020/852; (UE) 2021/2139; (UE) 2021/2178, y (UE) 2022/1214, de obligatorio su cumplimiento, se observaron los siguientes temas: 1) pueden participar el Estado, las financieras, los inversores y grandes empresas con gobiernos corporativos que se encuentren enfocadas orientar recursos a proyectos sostenibles, 2) es imprescindible identificar 06 objetivos de desarrollo en los que se enfoca la taxonomía siendo estos: a) la mitigación del cambio climático; b) la adaptación al cambio climático; c) el uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; d) la transición hacia una economía circular; e) la prevención y control de la contaminación; y, por último, f) la protección y restauración de la biodiversidad y los sistemas⁴³

De esta manera, los interesados en participar podrán alinear sus proyectos a los criterios de sostenibilidad que se desarrollan dentro del sistema de clasificación, siendo estos: 1) La actividad o sector económico debe contribuir sustancialmente a uno o más de los seis objetivos, 2) la actividad no debe causar un daño significativo a ninguno de los otros seis objetivos ambientales, 3) La actividad debe cumplir con las salvaguardas sociales mínimas, como respeto a los derechos humanos y laborales, 4) la actividad debe seguir las normas técnicas específicas para cada sector. Además, es importante señalar que el trabajo arduo de la Unión

41 Alan Fairle, “Nuevos retos para el Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea con Perú, Colombia y Ecuador”. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, 2, 1. (2022): 1885-9119

42 Indalecio Horna, op. cit. “Perspectivas del financiamiento ... 144-149

43 Mónica Enriquez et. al. op. cit., Taxonomía verde, 368-380

Europea para simplificar las actividades al sistema financiero y crear un ahorro económico a las empresas, creando un navegador de taxonomía donde podrán encontrar un “brújula” que servirá de buscador e identificará si es o no sostenible la actividad en la que desees participar además es importante que las empresas interesadas emitan informe anual llamado “Informe de sostenibilidad corporativa”⁴⁴.

Es así como Ibx – 35 muestra el primer reporte de alineamiento de taxonomía en las empresas:

Compañía	Alineamiento con la taxonomía (%)	% de ingresos elegible según la taxonomía	Año fiscal
Solaria	100	100	2021
Redeia	79	83	2022
Acciona Energía	55	57	2022
Acciona	39	72	2021
Aena	37	61	2022
Sacyr	37	84	2022
Iberdrola	37	56	2022
Indra	26	88	2021
Ferrovial	25	40	2022
Enagás	12	69	2022
ACS	12	72	2022
Endesa	11	31	2022
Naturgy	10	10	2021
Cellnex	7	8	2022
Telefónica	1	9	2022
ArcelorMittal	No hay dato	94	2021
Acerinox	No hay dato	85	2022
Mapfre	No hay dato	46	2022
Meliá Hotels	No hay dato	10	2021
Repsol	No hay dato	8	2022
Amadeus	No hay dato	7	2022
Fluidra	No hay dato	5	2021

* Bloomberg no recoge datos de estas categorías para Santander, IAG, Inditex, BBVA, Sabadell, Rovi, Unicaja, Colonial, Logista, CaixaBank, Merlin, Grifols y Bankinter

Fuente: Bloomberg.

elEconomista.es

Fuente: Bloomberg, 2023, como se citó en El Economista, 2023.

44 European Commission (2023). EU Taxonomy Navigator - Navegador de taxonomía.

Adicionalmente, como resultado de las investigaciones en torno al **objetivo específico 2**, el cual es, analizar qué principios son esenciales para aplicar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, para ello se debe entender que las entidades financieras a nivel internacional se han comprometido a llevar una banca responsable, al respecto, a su lucha por el desarrollo sostenible han implementado principios como el de la transparencia como lo explica Gutiérrez, P.⁴⁵, entendiéndose que es importante la divulgación de la información sobre la sostenibilidad del sector financiero para poder observar el comportamiento de algunas empresas y su relación financiera, promoviendo así una investigación por parte de los individuos interesados utilizando una información clara y verídica diferenciándose así, de la publicidad ecológica engañosa, siendo este un riesgo que se tomaría a fin de hacer un análisis exhaustivo sobre el alcance y el impacto cada vez mayor del cambio climático, como un desafío importante para la estabilidad financiera y la economía global, además se observaría la reacción del mercado de valores y la emisión de bonos verdes promoviendo una nueva noción de desarrollo sostenible brindando una perspectiva más justa y equitativa, siendo ésta la posición de los siguientes autores: Biswas et al.⁴⁶, Bhutta et al.⁴⁷, Kopnina⁴⁸, Khan et al.⁴⁹, Iturrioz et al.⁵⁰, y Navarro & Zambrano⁵¹.

Este principio se correlaciona de forma directa con el “Derecho a la digitalización”, para Vila & Saguier⁵², y Valverde et al.⁵³ la globalización de información Post- covid 19, hizo que todas las personas buscaran conectarse e informarse mediante el uso del internet, es así como el derecho a la digitalización es reconocido por la doctrina como el derecho que permite a la sociedad acceder al internet para usar, informarse, crear, modificar, publicar, y eliminar datos, por lo tanto toda empresa del sistema financiero que muestra su información mediante

45 Pilar Gutiérrez, “Divulgación de información relativa a la sostenibilidad y la regulación bancaria en la Unión Europea. Contribución transversal de las finanzas sostenibles a los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 05(2021): 193–203.

46 Siddhartha Biswas et al., Introducing “ α -Sustainable Development” for transforming our world: A proposal for the 2030 agenda. *Journal of Cleaner Production*, 321, (2021): 129030

47 Umair Bhutta et al. “Green bonds for sustainable development: Review of literature on development and impact of green bonds”, *Technological Forecasting & Social Change*, 175, (2022): 121378–

48 Helen Kopnina “Green-washing or best case practices? Using circular economy and Cradle to Cradle case studies in business education”. *Journal of Cleaner Production*, 219, (2019): 613–621

49 Habib Khan et al. , “Green washing” or “authentic effort”? An empirical investigation of the quality of sustainability reporting by banks. *Accounting Auditing & Accountability Journal*, 34(2), (2021): 338–369

50 Javier Iturrioz et al., “La transparencia sobre Responsabilidad Social Corporativa y su implicación con el comportamiento económico-financiero: efectos en las empresas de Economía Social”. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (2019):132

51 Vanessa Navarro & Luis Zambrano, “Impacto de la emisión de bonos verdes en el desarrollo sostenible Latinoamericano”. *Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional*, 5(5), (2020): 233250

52 Maximiliano Vila & Marcelo Saguier, “Ciberpolítica, digitalización y relaciones internacionales. Un enfoque desde la literatura crítica de Economía internacional”, *Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, Nº. 40, (2019): 113-131.

53 Santiago, Valverde et al. “Digitalización financiera en la pospandemia: ¿qué ha cambiado?”, *Revista Cuadernos de Información económica*, Nº 288, (2022): 19-25

los portales webs sobre sus avances en el campo de la sostenibilidad brinda credibilidad y confianza sobre sus metas y el progreso de la ejecución de sus políticas corporativas, al permitir que cualquier persona con acceso al internet se informe y aprenda sobre la cultura ambiental y el propósito de una economía circular.

Es en base a esta medida que se requiere también, que las empresas que deseen producir proyectos sostenibles emitan informes anuales sobre el cumplimiento de sus lineamientos en relación a la taxonomía, un ejemplo claro es el desarrollado, así como el reglamento de la CSRD (2022/2464/UE), con el fin de crear mayor transparencia y acceso a la información se otorgará un reporte anual digital donde todas las empresas informen sobre el cumplimiento de sostenibilidad mediante los criterios de medición de ESG, además con esta disposición se modificó la Directiva 2014/95/UE (NFDR), que señala que los gestores activos (financieras) debían brindar una lista en la que sólo se incluya a la empresas sostenibles dentro de sus reportes de sostenibilidad donde se observan únicamente criterios sociales y ambientales.

Bajo esa misma percepción, se aprecia la participación del sector financiero privado peruano integrando el compromiso internacional firmado por las entidades financieras⁵⁴, siendo igualmente que se trabaje en conjunto con el Estado, promoviendo políticas públicas e implementando directrices y principios, como la transparencia, que fortalezcan la ética bancaria y la responsabilidad verde, así se logrará mitigar la contaminación a una mayor escala, como lo realiza la Unión Europea⁵⁵.

De otro lado, el principio de transparencia dentro de la taxonomía tiene como función, evitar el denominado “greenwashin”, brindando confianza en el mercado al asegurar el cumplimiento de los objetivos del desarrollo sostenible, y adicionalmente poder fiscalizar de manera clara y transparente el efecto de la mano del hombre en el ambiente ante el impulso de cubrir sus necesidades.

V. CONCLUSIONES

1. Al analizar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, alcance regulatorio y los objetivos de sostenibilidad del Estado, se puede deducir que, actualmente el alcance regulatorio para buscar el logro de los objetivos de sostenibilidad dentro del sistema financiero peruano, se materializa mediante la emisión de bonos verdes a proyectos ambientales, en base a las políticas públicas promovidas por el estado peruano, las cuales

⁵⁴ UNEP FINANCE INITIATIVE (2019). Principios para la banca responsable, documento guía

⁵⁵ Adriana Bunea, “ Legitimacy through targeted transparency? Regulatory effectiveness and sustainability of lobbying regulation in the European Union”, *European Journal of Political Research*, 57(2), (2018): 378–403

tienen como finalidad contribuir con una economía sostenible, es por ello que, el país ha realizado convenios institucionales a fin de que se concrete la promoción de proyectos e “inversiones sostenibles”, desarrollando para estos efectos un marco normativo que comprende la emisión de bonos verdes, el cual viene siendo aplicado de forma conjunta con las entidades financieras peruanas, cumpliendo un rol importante al utilizar su transversalidad dentro de la economía; sin embargo, la contribución es aún marginal y ello es porque no existe una regulación sobre el sistema de clasificación proyectos en las finanzas verdes alineado con los criterios internacionales que ya han sido desarrollados en otros países, sin los cuales no se podría homologar conceptos ni identificar si las actividades que se desarrollan contribuyen de forma sustancial al logro de los objetivos del desarrollo sostenible y la prevención de la contaminación ambiental.

2. Al analizar cómo integrar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes dentro de la hoja de ruta del Perú, se concluye que, es importante que se implemente un sistema de clasificación que guíe a las financieras al emitir los bonos verdes y/o financiar proyectos inmobiliarios ecoamigables, con ello se podrá visualizar de manera consistente, qué actividades son sostenibles o cuáles se encuentran en proceso de transición, de manera tal que, los diferentes participantes públicos y privados en las finanzas verdes incorporen una gestión de prevención y mitigación de los riesgos ambientales a través de los proyectos o inversiones que se ejecutan, acompañando los objetivos del desarrollo sostenible del Estado en la lucha contra el cambio climático y el equilibrio de los elementos sociales, ambientales y económicos dentro de la sociedad.
3. Al analizar qué principios son esenciales para aplicar el sistema de calificación de proyectos en las finanzas verdes, se concluyó que dentro de los principios esenciales para la implementación de una taxonomía, encontramos el más importante, el principio de la transparencia, el cual permitirá que, todo aquel que quiera promover proyectos o inversiones con la etiqueta verde, deberá publicitar de manera responsable y verídica toda la información, a fin que sea abierta y auditable la orientación de las inversiones del bono verde hacia proyectos ecoamigables. Además, se podrá implementar un sistema de clasificación sostenible, entendiendo ésta como el cumplimiento de una lista de requisitos, que permitan determinar con claridad si los proyectos o inversiones contribuyen efectivamente en los objetivos de sostenibilidad, en concordancia al derecho fundamental de vivir en un ambiente saludable y equilibrado.

REFERENCIAS

- Arruti, Francisco & Bruzón, Adrián (2018). “Bonos verdes y bonos sociales como motores de cambio”. *Boletín de estudios económicos*, 73(224), (2018): pp.233–250). Corpus ID: 187323750 <https://www.proquest.com/docview/2115668171?accountid=37408&pq-origsite=primo&parentSessionId=VKBq3Mlz63Yqndd4sPaBEX3pRc%2BLRGzGAiqW3IHN5I%3D> Recuperado el 12 de octubre de 2022, de https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_proquest_journals_2115668171
- Barrientos, Zaidett. *Zoología general*. Universidad Estatal a Distancia: 2003 (pp.10 -11). https://books.google.com.pe/books?id=JdVBVB4qeyMC&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Zaidett+Barrientos+Llosa%22&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Barrios, Daniela. “El acuerdo de Escazú como el instrumento normativo más importante para los defensores de derechos humanos ambientales en el Perú y América Latina”. *Revista de Derecho*, 5(1), (2020):114-128. <https://doi.org/10.47712/rd.2020.v5i1.74> <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671872865010>
- Bergés, Ángel. & Ontiveros, Emilio. “El Green New Deal y las finanzas sostenibles en Europa”. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinaria para los Objetivos de Desarrollo Sostenible.*, 5, (2021): 17–32. DOI: 10.36852/2695-4427_2021_05.00 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8459322&info=resumen&idioma=ENG>
- Bhutta, Umair et al.. “Green bonds for sustainable development: Review of literature on development and impact of green bonds”. *Technological Forecasting & Social Change*, 175, (2022): 121378–. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2021.121378> Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022, de https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000729366800003CitationCount
- Biswas, Siddhartha et al. “Introducing “ α -Sustainable Development” for transforming our world: A proposal for the 2030 agenda”. *Journal of Cleaner Production*, 321, (2021): 129030–. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2021.129030> . Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022 https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_scopus_primary_2014634236
- Bunea, Adriana. “Legitimacy through targeted transparency? Regulatory effectiveness and sustainability of lobbying regulation in the European Union. European” *Journal of Political Research*, 57(2) (2018): 378–403. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12231> <https://web.s.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=9a5ccb29-7808-443e-961e-20381e93ba48%40redis>
- Calabrese, Armando et al. “Is the private sector becoming cleaner? Assessing the firms’ contribution to the 2030 Agenda”. *Journal of Cleaner Production*, (2022): 363, 132324– <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.132324>. Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022 . https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_gale_infotraccademiconefile_A707546334

- Correa-García, Jaime Andrés, & Correa-Mejía, Diego Andrés,. “Importancia del estado de flujos de efectivo para la gestión financiera sostenible.” *Cuadernos de Contabilidad* 22, no. (2021):1-19. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=383674637014> DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.cc22.ief>
- Díaz, Florencia . “Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030”. *Observatorio Medioambiental*, 23, (2020): 43–61. <https://doi.org/10.5209/obmd.73167>
<https://www.proquest.com/docview/2505403239?pq-origsite=primo&accountid=37408>
- *El Economista* (16 de abril de 2023). “Las cotizadas más alineadas con la taxonomía verde europea” <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/12228238/04/23/las-cotizadas-mas-alineadas-con-la-taxonomia-verde-europea.html>
- Enríquez, Mónica et. al. “Taxonomía verde como estrategia de financiamiento climático, una mirada a Latinoamérica”. 593 *Digital Publisher CEIT*. ISSN-e 2588-0705, Vol. 7, N°. Extra 6-1. (2022). <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.6-1.1543>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9018746>
- Esteban-Sánchez, Pablo et al. “Luces y sombras para el desarrollo de unas finanzas sostenibles en el sector bancario europeo”. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (2021): pp. 100-101. DOI:10.36852/2695-4427_2021_05.04
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8459326&info=resumen&idioma=ENG>
- European Comission. EU Taxonomy Navigator - *Navegador de taxonomía*. (2023) <https://ec.europa.eu/sustainable-finance-taxonomy/>
- Fairle, Alan . “Nuevos retos para el Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea con Perú, Colombia y Ecuador”. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina)* (2022): Segunda época, 2, 1. ISSN-e 1885-9119DOI: <https://doi.org/10.33960/issn-e.1885-9119>.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8490582>
- Fatica, Serena et al. (2021). “The pricing of green bonds: Are financial institutions special?” *Journal of Financial Stability* 54(100873) (2021): 100873. <https://doi.org/10.1016/j.jfs.2021.100873>.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1572308921000334>
- Guevara, G. et al. “Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción)”. *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, 2020. ISSN-e 2588-073X, Vol. 4, N°. 3, 2020, págs. 163-173 p.171
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7591592>
- Gutiérrez, Pilar. Divulgación de información relativa a la sostenibilidad y la regulación bancaria en la Unión Europea. Contribución transversal de las finanzas sostenibles a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. *Revista Diecisiete: Investigación Interdisciplinar para los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 05(JULIO 2021): 193–203. https://doi.org/10.36852/2695-4427_2021_05.10.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8459333>

- Hermida, Julian y Quintana, Laura. “La Hermenéutica Como Método de Interpretación de Textos En La Investigación Psicoanalítica (Hermeneutics as a Method of Text Interpretation in PsychoanalyticResearch)”. *SSRN Electronic Journal*. (2020).
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3593031>. Recuperado el 25 de septiembre de 2022 Quintana, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3593031>
<http://rpsico.mdp.edu.ar/handle/123456789/1262>
- Hernández, Julio. “Relación entre el Desempeño Financiero y el Desempeño de Sostenibilidad: Evidencias de Reportes del GRI en Perú”. *Capic review*, 16(1), (2018): p.11
<https://doi.org/10.35928/cr.vol16.2018.77>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7918236>
- Horna, Indalecio. “Perspectivas del financiamiento corporativo y el mercado de valores del Perú”. *Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía*,10(19), (2020): pp. 144-149
<https://doi.org/10.17163/ret.n19.2020.08>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7729882&info=resumen&idioma=ENG>
- Huitrón, Analia y Santander, Guillermo. “La Agenda 2030 de desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe implicaciones, avances y desafíos”. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, ISSN-e 2382-5014, Vol. 5, N°. 1, (2018): pp.5-10. DOI: 10.21500/23825014.3591
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8685346>
- Iturrioz, Javier et al. “La transparencia sobre Responsabilidad Social Corporativa y su implicación con el comportamiento económico-financiero: efectos en las empresas de Economía Social”. *REVESCO : Revista de Estudios Cooperativos*,(2019):132. <https://doi.org/10.5209/reve.65487>. Universidad Cesar Vallejo . (s/f). Exlibrisgroup.Com. Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_doaj_primary_oai_doaj_org_article_d845b75bbff349eb96c3b23e2f5e7d6e
- Jagers, Sveker et al. “Environmental management from left to right - on ideology, policy-specific beliefs and pro-environmental policy support”. *Journal of Environmental Planning and Management*, 61(1), (2018): 86–104. <https://doi.org/10.1080/09640568.2017.1289902> Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_crossref_primary_10_1080_09640568_2017_1289902
- Jiménez-Barandalla, Iciar & Velasco-Márquez, Carlos. “Inversión sostenible y de impacto para la viabilidad financiera de la empresa social. El caso Liight”. *Revista Estudios Gerenciales Journal of Management and Economics for Iberoamerica*, 39(166), (2023): 67-76. <https://doi.org/10.18046/j.estger.2023.166.5439>.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012359232023000100067&script=sci_arttext
- Khan, Habib et al. “Green washing” or “authentic effort”? An empirical investigation of the quality of sustainability reporting by banks”. *Accounting Auditing & Accountability Journal*, 34(2),(2021): 338–369. <https://doi.org/10.1108/AAAJ-01-2018-3330> . <https://www.proquest.com/docview/2534630360?pq-origsite=primo&accountid=37408> Universidad Cesar Vallejo. (s/f). Exlibrisgroup.Com. Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000592079200001CitationCount

- Kopnina, Helen. “Green-washing or best case practices? Using circular economy and Cradle to Cradle case studies in business education.” *Journal of Cleaner Production*, 219, (2019): 613–621. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2019.02.005> . Universidad Cesar Vallejo. (s/f).Exlibrisgroup.Com. Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000463122100055CitationCount
- Li, Zhiyong et al. “The Interest Costs of Green Bonds: Credit Ratings, Corporate Social Responsibility, and Certification.” *Emerging Markets Finance & Trade*, 56(12), (2020): pp. 2679–2692. <https://doi.org/10.1080/1540496X.2018.1548350> . Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_crossref_primary_10_1080_1540496X_2018_1548350
- Menéndez, Florencia. “Desafíos climáticos y cooperación internacional en el marco de la Agenda 2030/Climate challenges and international cooperation in the framework of the 2030 Agenda/Defis climatiques et cooperation internationale dans le cadre de l’Agenda 2030”. *Observatorio medioambiental*, 23, (2020): p.43. <https://doi.org/10.5209/OBMD.73167> . Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_gale_infotrasmisc_A649927517
- MINAM. Hoja de Ruta. (2023)
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5502259/4903998-anexo-ds-007-2023-minam-hoja-de-ruta-de-finanzas-verdes-para-el-peru.pdf?v=1701349198>
- Miola, Iagê. et al. “Bonos verdes en la ecología-mundo: capital, naturaleza y poder en la expansión financiarizada de la industria forestal en Brasil”. *Relaciones internacionales* (Madrid), 46, (2021): pp.175-177. <https://doi.org/10.15366/relacionesinternacionales2021.46.009> <https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/12866>. Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.Com. Recuperado el 20 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_proquest_journals_2548716767
- Lucas, Andrea “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revista Derecho del Estado*, (44) (2019): 195-226.
<https://doi.org/10.18601/01229893.n44.08>
<https://www.redalyc.org/journal/3376/337662820008/337662820008.pdf>
- Nanayakkara, Madurika, & Colombage, Sisira. “Do investors in Green Bond market pay a premium? Global evidence”. *Applied Economics*, 51(40), (2019) 4425-4437. <https://doi.org/10.1080/0036846.2019.1591611> . Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com. Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_crossref_primary_10_1080_00036846_2019_1591611

- Navarro, Vanessa & Zambrano, Luis (2020). Impacto de la emisión de bonos verdes en el desarrollo sostenible Latinoamericano. *Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional*,5(5) (2020):233-250.
<https://doi.org/10.23857/pc.v5i5.1412>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7506215&info=resumen&idioma=SPA>
- Quintana, Laura, y Julian Hermida. “La Hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación Psicoanalítica (Hermeneutics as a Method of Text Interpretation in Psychoanalytic Research)”. SSRN, *Electronic Journal*, 2020.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.3593031>
<https://dx.doi.org/10.55441/1668.7515.n25.24440> http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-75152020000200274&lng=en&tlng=en
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española, Definición de taxonomía*. 23.^a ed. [versión 23.7 en línea]. Recuperado el 14 de octubre de 2022, de <https://dle.rae.es/taxonom%C3%ADa>
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española, Definición de sistema*. 23.^a ed. [versión 23.7 en línea]. Recuperado el 14 de octubre de 2022, de <https://dle.rae.es/sistema?m=form>
- Reátegui, W. & Reátegui, A. “La relevancia de las finanzas en un modelo de negocio sostenible en poblaciones vulnerables”. *Quipukamayoc*, 29(61), (2021): 9–17.
<https://doi.org/10.15381/quipu.v29i61.21265>
<https://go.gale.com/ps/i.do?p=IFME&u=univcv&id=GALE|A690697301&v=2.1&it=.>
Universidad Cesar Vallejo . (s/f). Exlibrisgroup.Com. Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_doaj_primary_oai_doaj_org_article_f63bfbc1fc944a0aa1d44ce2b6c5c38
- Restrepo-Ochoa, Diana et al. *El potencial de los mercados de bonos verdes en América Latina y el Caribe*. EU-LAC Foundation. 2020 (pp. 1-6). <https://doi.org/10.12858/0920>
- https://www.researchgate.net/publication/350978961_The_potential_of_the_Green_Bond_markets_in_Latin_America_and_the_Caribbean
- Romo, Luna “Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa”. *Documentos ocasionales - Banco de España*,1, (2021)1,-28.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7722242&info=resumen&idioma=SPA>
- Sanahuja, José. El Pacto Verde, NextGenerationEU y la nueva Europa geopolítica. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, ISSN-e 1885-9119, N.º. 63 (2022).
<https://doi.org/10.33960/issn-e.1885-9119.DT63>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8490603>
- Sánchez-Barrueco, María. El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año n.º 25, N.º 69, (2021): págs. 555-599. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.03>
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8020526>

- Sinha, Avik. et al. “Does green financing help to improve environmental & social responsibility? Designing SDG framework through advanced quantile modelling”. *Journal of Environmental Management*, 292, (2021): 112751–112751.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301479721008136?via%3Dihub>.
Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay?docid=cdi_scopus_primary_2_s2_0_85105581943&context=PC&vid=51UCV_INST:UCV&lang=es&search_scope=MyInst_and_CI&adaptor=Primo%20Central&tab=Everything&query=any,contains,Does%20green%20financing%20help%20to%20improve%20environmental%20%26%20social%20responsibility%3F&sortby=rank
- Somerville, Peter. *A critique of climate change mitigation policy*. *Policy and Politics*, 48(2), (2020): 355–378. <https://doi.org/10.1332/030557319X15661682426163>.
<https://www.proquest.com/docview/2387745531?pq-origsite=primo&accountid=37408> Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com.
Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/dq5oop/cdi_ingenta_journals_tpp_pap_2020_00000048_00000002_art00009
- Taghizadeh-Hesary, Farhad & Yoshino, Naoyuki. “Sustainable solutions for green financing and investment in renewable energy projects”. *MDPI Journal Energies (Basel)*, 13(4) (2020): 788–.
<https://doi.org/10.3390/en13040788>.
<https://web.s.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=79c720da-3479-4586-b9d4-2fa86785b14e%40redis>
- Tezanos, Sergio (2018). Geografía del desarrollo en America Latina y el Caribe: hacia una nueva taxonomía multidimensional de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. *Revista de la CEPAL*, 125, (2018): p.7 DOI: 10.18356/e510cbb6-es
<https://go.gale.com/ps/i.do?p=IFME&u=univcv&id=GALE|A563081539&v=2.1&it=r> Universidad Cesar Vallejo . (s/f). Exlibrisgroup. Com.
Recuperado el 12 de octubre de 2022
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_gale_infotrasmisc_A563081539
- Tolliver, Clarence et al. Policy targets behind green bonds for renewable energy: Do climate commitments matter? . *Technological Forecasting & Social Change*, 157, (2020): 120051–.
<https://doi.org/10.1016/j.techfore.2020.120051> Universidad Cesar Vallejo. Exlibrisgroup.com.
Recuperado el 12 de octubre de 2022,
de https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000729366800003CitationCount
- UNEP FINANCE INITIATIVE (2019). *Principios para la banca responsable, documento guía*.
<https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/PRB-Guidance-Documents-Spanish-Principios-Para-La-Banca-Responsable-Documents-Guia.pdf>

- Valverde, Santiago et al. “Digitalización financiera en la pospandemia: ¿qué ha cambiado?”. *Revista Cuadernos de Información económica*, ISSN 1132-9386, N° 288, (2022) págs. 19-25. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8455536>
- Vila, Maximiliano & Saguier, Marcelo. “Ciberpolítica, digitalización y relaciones internacionales. Un enfoque desde la literature crítica de Economía internacional”. *Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, ISSN-e 1699-3950, N°. 40, (2019): pp. 113-131. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6846413>
- Yu, Chin-Hsien et al. Demand for green finance: Resolving financing constraints on green innovation in China. *Energy Policy*, 153,(2001): p.112255 <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2021.112255>.
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000641362600011CitationCount Universidad Cesar Vallejo. (s/f). Exlibrisgroup.Com.
Recuperado el 12 de octubre de 2022, de
https://ucv.primo.exlibrisgroup.com/permalink/51UCV_INST/p5e2np/cdi_webofscience_primary_000641362600011CitationCount

Recibido: 02/03/2024

Aprobado: 27/04/2024



Seguridad eterna, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

La eutanasia en el Perú: Un recorrido de desafíos jurídicos y éticos

Euthanasia in Peru: A Journey of Legal and Ethical Challenges

Krúpskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte* <https://orcid.org/0000-0001-5226-4807>
Harold Enrique Valero Baldwin** <https://orcid.org/0009-0000-6211-3332>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2650>

* Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid – España (CUM LAUDE). Magister por la Universidad Carlos III de Madrid/ España, con mención en Derechos Fundamentales. Experta en Aplicación del Derecho Internacional en Perspectiva Comparada – Universidad Autónoma de Madrid - España / Universidad De Mendoza (Argentina). Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco, con la distinción María Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara Primera jurista del Perú y Latinoamérica Es Docente titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en el Área de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Perú.
Correo electrónico: krupskaya74@hotmail.com.

** Abogado egresado de la maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesional certificado del Programa Especializado en Derechos Humanos en la Escuela de Posgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola. Abogado con experiencia profesional en la protección y sanción en violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Ministerio Público – Fiscalía de la Nación y Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Perú.
Correo electrónico: haroldvalerobaldwin@gmail.com

Lex





Queriéndote, óleo sobre lienzo 102 x 69 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La presente investigación brindará argumentos que ayudará a comprender la magnitud de la temática de la eutanasia –entendida como solicitud expresa y consiente por parte de un enfermo terminal con dolores insoporables-, sus distintos conceptos y evolución histórica; del porqué la muerte resulta un tabú en Occidente; cuál fue el desarrollo histórico del proceso de despenalización de la eutanasia en otros países en donde es legal y cuál fue la respuesta de los Estados. Asimismo, se desarrolla el marco legal peruano e internacional que funciona como fundamentos para la legalización de la eutanasia, así como los desafíos jurídicos y morales que los estados deben enfrentar ante un posible contexto eutanásico.

Palabras clave: *eutanasia, libertad individual, dignidad, paciente terminal, dolor y sufrimiento, valores culturales.*

ABSTRACT

This research will provide arguments that will help to understand the magnitude of the theme of euthanasia – understood as an express and conscious request by a terminally ill patient with unbearable pain – its different concepts and historical evolution; why death is taboo in the West; what was the historical development of the process of decriminalization of euthanasia in other countries where it is legal and what was the response of the States. Likewise, the Peruvian and international legal framework that functions as foundations for the legalization of euthanasia is developed, as well as the legal and moral challenges that states must face in a possible euthanasia context.

Keywords: *euthanasia, individual freedom, dignity, terminally Ill, pain and suffering, cultural values.*

I. INTRODUCCIÓN

En la antigua cultura grecorromana, mediante los escritos que se han podido encontrar, se consideraba a la eutanasia como una muerte tranquila, en paz, sin dolores, mas no el actual concepto de acelerar la muerte. El historiador Suetonio, dijo que la muerte del emperador César Augusto, tuvo una muerte tranquila y en paz, sin dolores, una eutanasia deseada.

Séneca nos mostró en la obra de Tasset¹, lo que pensaba de la eutanasia: “(...) *No debemos aferrarnos a la vida, se debe vivir bien, no sólo vivir (...)*”. Asimismo, Jonsen², señaló que “*El suicidio es el más grave de los pecados porque no puede arrepentirse de él*”. Asimismo, señala que Ludwig Edelstein, escribió: “*en la historia la gente prefería la muerte voluntaria a la agonía (...) numerosos profesionales de la salud daban el veneno que solicitaban a sus enfermos*”. Tasset³, agrega que: “en el siglo XVIII y XIX, David Hume en su ensayo “Sobre el Suicidio”, sostuvo: [*Las personas tienen derecho a culminar su vida, desde un punto de vista racional*]; asimismo, un siglo después, Jhon Stuart Mill, sostuvo: “*Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su mente, el individuo es soberano*”.

El presente artículo, muestra la conceptualización que se tiene desde la época antigua hasta la época contemporánea, sobre toda acción destinada a poner fin a la vida humana en virtud de un bien mayor, es un tema que ha tocado una fibra sensible e íntima del proceso de morir. Del mismo modo, se ha podido dar a conocer una serie de términos asociados al término eutanasia por distintos autores y organismos internacionales relevantes en este campo de estudio, para que, finalmente se pueda tomar una posición conceptual del término eutanasia.

El 2024, el Perú siguió de cerca:1) El caso Ana Estrada (que padeció polimiositis que afectaba sus músculos esqueléticos), este caso remeció las estructuras conservadoras, recibiendo críticas, por su petición al derecho a la muerte asistida con dignidad, dentro de sus argumentos

1 José L. Tasset, “Razones para una buena muerte: (La justificación de la eutanasia en la tradición utilitarista: De David Hume a Peter Singer)” *Télos* 18, 1-2 (2011): 175.

2 Albert R. Jonsen, “Ética de la eutanasia” *Humanitas. Humanidades Médicas* 1, 1 (2003): 104

3 José Tasset, op. cit.

era solicitar a la justicia peruana, que la dejen morir, ella no quería vivir con dolor ni angustia frente a la enfermedad incurable y degenerativa que ella padecía. El Poder Judicial peruano, ordenó al Ministerio de Salud y Essalud, que elaboraran un protocolo de cumplimiento de derecho a la muerte de digna de Estrada, para dar termino a su vida por el procedimiento técnico de la eutanasia, bajo la dirección de un profesional médico que lo haga de manera directa a través de un medicamento oral o intravenosa, para poner fin a la vida. Si bien en el Perú la eutanasia está prohibida, la Corte Suprema aprobó la solicitud de no aplicar el delito de “homicidio piadoso” (artículo 112 del Código Penal, que prohíbe la asistencia en la muerte, para acceder al procedimiento médico de la muerte. En el caso de Ana, ella pudo escoger el día de su muerte (21.04.2024), en dignidad. Essalud, al emitir la resolución positiva contribuye en el ejercicio de la libertad total. Una vez Estrada Ugarte, se sometió al procedimiento, la autoridad de salud, tenía 10 días para someterse al procedimiento en estricta privacidad.

Un segundo caso, es el de María Benito (que padeció esclerosis lateral amiotrófica - ELA, solicitaba ser desconectada para dejar de sufrir), en el caso de ella rechaza el tratamiento médico, porque no quería una vida artificial. Benito, cuestiona que Essalud, considera su pedido como Eutanasia. En este caso Essalud, le negó aplicar Ley General de Salud, Su Reglamento de la Ley de los Derechos de Salud, Código de ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. Es el Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que rechaza el habeas corpus, frente a este, es la Tercera Sala Constitucional, ordena al Seguro Social, que sea desconectada del ventilador artificial y lograr su deseo final. En la presente investigación hemos podido apreciar, el proceso de regularización de la práctica de la eutanasia que ha tenido su evolución propia conforme a sus propias necesidades en diferentes países, ya sea a nivel judicial por la aparición de casos famosos y también a nivel Constitucional. Conforme podemos apreciar en estos casos.

Cuando nos encontramos frente a situaciones límites que entrelazan al derecho, la medicina, u otros avances científicos – tecnológicos e incluso filosóficos, es un llamado a enfrentar desafíos de los que no estamos preparados como sociedad; sin embargo, es una situación que nos obliga como sociedad a buscar las mejores soluciones en concordancia con los valores liberales emanados de la Carta Magna e instrumentos internacionales. A nivel nacional, existe el suficiente sustento jurídico que ampare y regule la eutanasia. Ahora bien, es de capital importancia que la sociedad civil impulse la agenda legislativa, a fin de vislumbrar un tema tabú. En una sociedad democrática, dado que en una sociedad que se rige por las reglas democráticas debe de proteger a todo ciudadano que habite y se desarrolle en esta. Por último, mientras exista una mayor promoción y protección de los derechos humanos y las libertades civiles, se fortalece la democracia, es decir, existe una relación simétrica entre ambos.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA EUTANASIA

a. Definición de la eutanasia

Kushe⁴, precisa que eutanasia viene de dos vocablos griegos: *eu* y *thanatos*, cuyos significados conjuntamente significan *buena muerte*. Actualmente por *eutanasia* se entiende procurar una buena muerte o, dicho de otra manera: *asesinato piadoso*. Por ejemplo, “A” pone fin a la vida de “B”, para el bien de la persona que muere.

Este concepto es muy amplio y por lo tanto puede diversificarse, de muchos otros casos, si bien cumple con los tres elementos de manera primigenia, en la literatura médica y jurídica existen diversos casos que han reunido estos tres elementos: 1) Un agente “A” que provoca la muerte; 2) un agente “B” que muere a causa de la acción de “A”; y 3) el móvil de la muerte es a causa de la conmiseración del agente “A” para el agente “B”.

La *eutanasia* también ha sido conceptualizada desde diferentes líneas interpretativas. Así tenemos:

Autores	Concepto
Organización Mundial de la Salud ⁵	<p>La eutanasia “activa”, se divide en tres categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> – el asesinato intencional (expresado de ser asesinados) – suicidio asistido por un profesional; – asesinato intencional de recién nacidos por anomalías congénitas que pueden o no amenazar su vida, a menudo mediante la privación de alimento. <p>La eutanasia “pasivo” es engañoso e inexacto. se aplican adecuadamente a pacientes moribundos, dependen de una atención médica”.⁶</p>
Asociación Médica Mundial	<p>Define a la eutanasia como: “(...) el médico que administra deliberadamente una sustancia letal o que realiza una intervención para causar la muerte de un paciente con capacidad de decisión por petición voluntaria de éste. El suicidio con ayuda médica se refiere a los casos en que, por petición voluntaria de un paciente con capacidad de decisión, el médico permite deliberadamente que un paciente ponga fin a su vida al prescribir o proporcionar sustancias médicas cuya finalidad es causar la muerte.”⁷</p>

⁴ Helga Kushe, “La Eutanasia”, en *Compendio de Ética*, ed. Peter Singer, trad. por Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (Madrid: Alianza Editorial, 1995), 405.

⁵ World Health Organization. Regional Office for the Eastern Mediterranean. “Euthanasia”, *Technical Paper: Ethics of Medicine and Health*, 1995: 9.

⁶ Original en inglés: “The definitions of euthanasia are not precise and may vary from one person to another, but some agreement is apparent. Most commentators restrict their description to direct or “active” euthanasia, which can be divided into three categories:

1) The intentional killing of those who have expressed a competent, freely-made wish to be killed;
 2) Professionally-assisted suicide; and
 3) The intentional killing of newborn infants who have congenital abnormalities that may or may not be threatening to life - often by withholding of nourishment”..

⁷ Asociación Médica Mundial. Declaración de la AMM sobre la eutanasia y suicidio con ayuda médica. Adoptada por la 70° Asamblea General de la AMM, 2019.

⁸ Peter Singer. *Ética práctica*. 2da ed., trad. Rafael Herrera Bonet (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 217.

⁹ Ronald Dworkin. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona: Ariel, 1994), 9.

Peter Singer	El presente autor entiende a la eutanasia en su término más actual, refiriéndose a esta como: "(...) acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimiento o angustia" ⁸
Ronald Dworkin	Entiende por eutanasia el siguiente concepto: "Eutanasia significa matar deliberadamente a una persona por benevolencia". ⁹ En ese sentido, el elemento "benevolencia" para Ronald Dworkin juega un papel decisivo en el acto de matar, frente a una persona sufriendo. Es una muerte con amor.

El cuadro es elaboración propia.

b. Posición frente a la eutanasia.

Para efecto de este trabajo, la eutanasia es un derecho del paciente legalmente reconocido en donde encuentra como base el derecho a la integridad, y fundado moralmente a rechazar el tratamiento médico. Teniendo en cuenta la "eutanasia pasiva", encontramos que no califica como supuesto derivativo de la eutanasia en sentido estricto, en la medida que lo que realmente se busca es paliar el dolor del paciente y no provocarle la muerte, en otras palabras, lo que realmente se busca es aminorar el dolor del paciente y a la vez se vislumbra un acortamiento de la vida de éste a causa de los fármacos utilizados. Forma parte de la buena praxis médica.

En conclusión, hemos observado la gran diversidad de intentos de delimitar conceptualmente lo que es eutanasia; Para Kuhse¹⁰, considera:

Es la "eutanasia" la búsqueda de una buena muerte (...) en el que [A] pone fin a la vida de otra persona, [B] por el bien de ésta".

Es así que de esta manera se puede encontrar rasgos que le son únicos:

1. Producir la muerte de modo intencional de una persona;
2. La acción tiene como único fin procurar el interés de la persona que la solicita;
3. La solicitud es autónoma por parte del solicitante¹¹; y
4. El médico provoca la muerte de manera directa a causa de sus conocimientos de la anatomía humana.

La eutanasia para la presente investigación corresponde a la clasificación de directa y activa o del mismo modo también se le conocerá como voluntaria, en razón a que las características son las mismas en ambos casos. Por eutanasia también entendemos a aquellas situaciones en las cuales el paciente de manera anticipada emitió un documento por el cual anunciaba su voluntad de procurarse la eutanasia de encontrarse en un contexto de no poder expresar su consentimiento *in situ*.

¹⁰ Helga Kushe, op.cit., 405.

¹¹ Si bien no se hace mención en la cita textual, es menester incluir dicho supuesto.

La delimitación conceptual resulta útil, porque de esta manera no se calificará como eutanasia lo que es propio de la *lex artis* médica, y derechos de los pacientes, es decir, la supresión de todo tratamiento inservible que no ayudará en la mejora del paciente.

c. Elementos, requisitos de la eutanasia en el Derecho Comparado

Como elementos sustanciales de la eutanasia, se tiene un panorama claro en virtud de la experiencia extranjera, en particular de Holanda (proceso histórico que desarrollaremos más adelante), en donde apreciamos una serie de requisitos previo a la práctica eutanásica, los cuales debemos tomar en consideración para aplicarlos en nuestra legislación doméstica, puesto son elementos comunes en toda relación paciente – contexto médico, y a partir de ello, insertar elementos particulares a nuestra realidad social – jurídico – médico.

En el siguiente cuadro, podemos apreciar los elementos eutanásicos que sirven como sustento y como base para la elaboración de un procedimiento médico como parte de su propia *lex artis*.

Requisitos	Elementos
El paciente la solicita de manera voluntaria, explícita, competente y persistentemente	La eutanasia sólo es posible si ha habido una petición, persistente, explícita y sin ambigüedades, hecha de forma independiente, y que proceda de un paciente capaz de tomar una decisión. Tales requisitos son necesarios, por la misma naturaleza del pedido. Van Kalmthouth ¹² , nos señala que consentimiento en la eutanasia debe venir del propio paciente. Un desorden de tipo psíquico no elimina la capacidad de tomar decisiones. La persona en cuestión debe de comprender bien su situación, así como las posibilidades alternativas, sea capaz de sopesar estas cuestiones, y de hecho lo haya hecho.
La solicitud se basa en el conocimiento completo del paciente sobre su situación	Una decisión tomada por un enfermo en lo que concierne con su salud no se considerará realmente automática, dado que primeramente requiere de todo el conocimiento de su actual estado y prospecto de mejoría, por parte de su médico tratante o del equipo multidisciplinario, siendo esto parte de la <i>lex artis</i> médica y por imperio de la ley.
El sufrimiento debe ser insoportable y sin posibilidad de tratamiento	Van Kalmthouth ¹³ , ilustra que, en Holanda, el sufrimiento no tiene que ser en consecuencia de alguna condición, o enfermedad tipo somático y no tiene porqué consistir exclusivamente en una experiencia de dolor y pérdida de funciones físicas, pero se toma mucho cuidado cuando el paciente candidato sufre psíquicamente. Respecto de los pacientes psiquiátricos, tenemos el caso <i>Chabot</i> , el mismo que será desarrollado más adelante. El autor nos ilustra que también podemos encontrar otros términos de igual significado usados por la jurisprudencia comparada, tales como: sufrimiento incurable e insoportable, sufrimiento permanente, y condición irreversible.
La eutanasia debe ser llevada a cabo por un médico y este médico ha consultado al menos a otros colegas o Junta Médica	En este en particular, tiene su razón de ser. Van Kalmthouth ¹⁴ , nos relata que en Holanda se desestimó el pedido de un médico que había practicado la eutanasia alegando el estado de necesidad, dado que no atendía de forma regular al paciente. El médico consultado no puede ser: un compañero, un médico auxiliar o un médico que trate al paciente conjuntamente. El médico consultado debe redactar un informe por escrito para ser presentado si se le solicita. La razón es evitar decisiones tomadas a la ligera. Asimismo, si el médico tratante no participa en la práctica eutanásica, al menos debe ser consultado.

El cuadro es nuestra elaboración propia.

12 Anton M. Van Kalmthout, “Eutanasia: El ejemplo holandés”, Eguzkilore 9, (1995): 184.

13 Ibid., 185

14 Ibid., 186.

d. Problemas jurídicos y morales de la eutanasia

Como primer problema a superar, es el paternalismo médico. Con este paradigma, que ha durado durante siglos en la profesión médica, constituía en que el profesional decidía qué es lo mejor para el paciente sin contar con la opinión de este.

El profesional de la salud tiene un conocimiento especializado acerca de los factores que afectan a la salud de su paciente. Al mismo tiempo, carece de estos conocimientos privilegiados que tiene su médico, es a causa de esta razón que busca ayuda en su médico. El conocimiento especializado del profesional hace posible valorar el bien para su paciente.

Casado da Rocha¹⁵, nos relata que este conocimiento justifica el “ocultar la verdad por parte del médico, pues a los pacientes no hay que molestarles con informaciones acerca de su dolencia: además de carecer del conocimiento necesario para asimilarla, los pacientes no son más que personas enfermas que no buscan la verdad, sino el alivio. Por lo tanto, el profesional no someterá al paciente a un complicado proceso de toma de decisiones, sino que tomará esas decisiones sobre la base de su conocimiento y experiencia profesional”.

Como vemos, este paradigma guarda desafíos éticos en la actualidad, puesto que construye muros entre el paciente y el médico, en un contexto histórico donde ya no se puede ocultar toda la información relativa a una enfermedad cuando se cuenta al alcance de la mano información relativa de la enfermedad que aqueja a un paciente.

Frente a este hecho, otra consecuencia de este añejo paradigma, es el encarnizamiento terapéutico, el mismo que una práctica que considera (sin proponérselo) al paciente en un conjunto de órganos, tejidos, huesos que deben mantenerse vitales, olvidando a menudo, a la persona. De esta manera, el entorno médico deshumaniza a sus pacientes, lo cual aumenta en ellos la sensación de abandono provocada por la enfermedad.

Luego de determinar que la elección autónoma de la persona es digna de respeto y protección y sólo se puede existir coacción bajo válidas justificaciones, resulta pertinente desarrollar las causas que puede resultar como válida una restricción de la libertad de la persona.

El segundo paradigma a superar es el paternalismo jurídico. seguimos a Mendoza Cruz¹⁶ quien entiende que son aquellas “(...) medidas que incorporan una prohibición o mandato jurídico que interfiere con la libertad de una persona cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) en la persona a la que se coerciona directamente o en aquella con la que ésta interactúa aún en contra de la voluntad del beneficiado”¹⁷. Lo que se busca es promover la real autonomía de la persona en las mejores condiciones y evitar abusos por parte de terceros, es decir, que satisfaga de modo racional sus intereses.

15 Antonio Casado da Rocha, “Ética al final de la vida: Una aproximación narrativa a los cuidados de pacientes con cáncer”, p. 336, acceso el 2 de junio de 2024, 2003-etica-final-vida-pacientes-cancer.pdf (derechoamorrir.org)

16 Carlos Alberto Mendoza Cruz, “Eutanasia: un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización” (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 183.

17 Ibid., 122-123.

Mendoza Cruz, ha trabajado de una manera excelente las justificaciones paternalistas y las limitaciones que tienen respecto a la eutanasia, los cuales ya no tiene razón de ser actualmente, en virtud de los elementos normativos contenidos en la Constitución de 1993, cuya interpretación se ajusta la teoría del liberalismo político. Bajo sus lineamientos, se sintetiza las ideas centrales de su trabajo de investigación en el siguiente cuadro:

Justificaciones Paternalistas	Problemas a superar
Alteraciones mentales permanentes	<p>Mendoza Cruz¹⁸, sostiene que dentro de esta categoría se concibe una justificación paternalista para la restricción de la autonomía, y uno de estos supuestos es cuando nos encontramos frente a trastornos psiquiátricos permanentes sobre facultades mentales. Por lo tanto, el sujeto que las padece, es incompetente. Dentro de estas alteraciones encontramos la esquizofrenia, trastornos <i>bordelinde</i>, demencia, paranoia, etc.</p> <p>Dicho lo anterior, debemos olvidar que en Holanda los pacientes psiquiátricos pueden solicitar la eutanasia de manera legal, dado que se les ha reconocido que poseen la suficiente autonomía (ver <i>Caso Chabot</i>). Entonces al menos habría que aceptar la posibilidad que la solicitud de eutanasia es conforme a una expresión de la voluntad del paciente.</p> <p>En todo caso, tiene que prestar el debido cuidado para determinar si la solicitud de eutanasia es consecuente con una elección racional a pesar de encontrarse con dolores insoportables y constantes.</p>
Presión psicológica o emocional	<p>Continuando, Mendoza Cruz¹⁹ refiere que, una persona puede sufrir depresión que, una vez superado o cesado la actividad que lo mantenía en aquel estado de depresión, pueda volver a retomar su vida normal. Aquí la norma interviene para garantizar que no se dañe (cometer suicidio). La norma trata de proteger una vida que puede volver a la "normalidad" si el sujeto es sano físicamente y mentalmente. La discrepancia sucede cuando aquella medida resulta incompatible ante un paciente terminal con dolores insoportables, porque la causa de la depresión de este tipo de pacientes es consustancial al dolor crónico que lo aqueja.</p> <p>Este supuesto se diferencia con el caso de alteraciones mentales permanentes, al no estar influenciado por una enfermedad mental, sino es en ausencia de esta. No posee alteración mental o patológica alguna el paciente dentro de un contexto eutanásico.</p>
Irracionalidad	<p>La entiende que una persona actúa irracionalmente en los siguientes supuestos: 1) Cuando expresa deseos irrealizables por considerarse incompatibles, y 2) Cuando los medios seleccionados son instrumentalmente incoherentes con el fin al que aspira²⁰. Ahora bien, cabría argumentar que esta forma de paternalismo duro²¹ resulta injustificable, dado que la prohibición es total y no se considera el caso en particular.</p> <p>Ahora bien, consideremos que la petición racional de eutanasia responde, por un lado, a un criterio propio, personal (convicciones morales, filosóficas, etc.), y el valor que tiene su vida en relación con lo "externo", es decir, con su ambiente social y familiar donde se desenvuelve. Dicho lo anterior, una elección racional proviene del mismo sujeto, y no lo que el Estado considera como una elección racional sin tener en cuenta a los intereses que motivan aquella decisión, puesto que sería un craso error intuir que el Estado brinde el sentido de la vida a sus ciudadanos, sino que estos son los que buscan realizar acciones para lograr sus fines, tal como propuso Ludwig von Mises al utilizar el término <i>Praxeología</i> (proclama que la finalidad de la acción humana es la remoción de cierto malestar)²².</p>

18 Ibid., 152-155.

19 Ibid. 155-157.

20 Ibid., 157-158

21 Paternalismo duro: Limitaciones a la libertad individual impuesto a sujetos competentes.

22 Ludwig von Mises. *La acción humana. Un tratado de Economía* (Madrid: Unión Editorial, 1980), 41, 49.

Error de hecho	Finalmente, Mendoza Cruz ²³ , afirma que este supuesto se entiende como aquella intención de toma de decisión obviando algún elemento relevante. La justificación de la intervención estatal será en la medida que el sujeto cuente con toda la información relevante para la toma de decisión. Denegar la solicitud de eutanasia sin antes haber corroborado que la información obtenida por los solicitantes es libre, constante e informada. Una vez que se haya recolectado la información y cotejado, será posible dar luz verde para autorizar la eutanasia. Dicho esto, se ajusta perfectamente con el derecho de todo paciente a recibir toda la información relacionada con su salud (consentimiento informado), hecho que termina con el paradigma del médico con una postura paternalista frente a su paciente "menor de edad".
----------------	--

III. MARCO NORMATIVO A NIVEL INTERNACIONAL

3.1 La eutanasia en el Derecho Internacional

La regulación internacional de los derechos humanos es el conjunto de normas, reglas, principios e instrumentos jurídicos que establecen las obligaciones de los Estados de garantizar, respetar, y proteger los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna.

Estas normas se basan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como aquel documento fundacional del derecho internacional de los derechos humanos, y se desarrollan en diversos tratados, pactos, convenciones, declaraciones y otros instrumentos adoptados por la comunidad internacional. El derecho internacional de los derechos humanos, reconoce que los Estados, tienen la obligación internacional de generar mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos, en base al principio de *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe honrar sus compromisos internacionales, de buena fe.

En la página siguiente se ha elaborado un esquema en donde se podrá encontrar los Tratados a los cuales el Perú se ha adscrito con el compromiso de cumplirlos y de ser el caso de incumplirlos se le encontraría responsabilidad internacional:

23 Carlos Albert Mendoza Cruz, op. cit., 159-162.

NOMBRE	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	PACTO I. DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO I. DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.	CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES	CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.
ADOPTADO	Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.	Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.	Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966	San José, el 22 de noviembre de 1969.	Nueva York, el 10 de diciembre de 1984.	Cartagena de Indias (Colombia), el 09 de diciembre de 1985.
APROBADO	Resolución Legislativa 13282	Decreto Ley 22128	11 de agosto de 1977	Decreto Ley 22231 de 11 de julio de 1978	Resolución Legislativa 24815	Resolución Legislativa 25286
FECHA	09 de diciembre de 1959.	28 de marzo de 1978.		11 de julio de 1978	12 de mayo de 1988.	04 de diciembre de 1990.
RATIFICACIÓN	09 de diciembre de 1959.	28 de abril de 1978	09 de setiembre de 1980.	12 de julio de 1978	7 de julio de 1988	27 de diciembre de 1990.
VIGENCIA	09 de diciembre de 1959.	28 de julio de 1978.	03 de enero de 1981.	28 de julio de 1978.	06 de agosto de 1988	28 de marzo de 1991

El cuadro es elaboración propia teniendo como fuente la Tabla de Ratificaciones de Instrumentos Internacional de Derechos Humanos de la Fundación Acción Pro Derechos Humanos. Acceso el 2 de junio de 2024 desde <https://www.derechoshumanos.net/normativa/tabla-de-ratificaciones-de-instrumentos-de-derechos-humanos.htm>

3.2 Eutanasia en la legislación comparada

La dimensión ética de la persona humana al fin de su vida es muy diversa y varía de continente en continente, de país en país, e inclusive en el mismo país coexisten distintas visiones del mundo, tanto ética, religiosas, entre otros. Esta visión de la vida (cómo vivir) hasta la muerte (cómo morir) es de gran debate en otros países, llegando en la mayor medida posible a la secularización como uno de los pilares característicos de las democracias modernas.

Actualmente, se pueden contar con los dedos los países que se han atrevido a contravenir las convenciones tradicionales en lo referente a la sacralidad de la vida indiscriminadamente para elevar la autodeterminación de la persona en las adopciones relativas al final de su vida. En los países donde se ha legislado de manera no tan tímida no es por la causalidad de países tecnológicamente avanzados, donde se aprecia una prolongación antinatural de la vida, llegando incluso al encarnizamiento terapéutico en el centro médico, por la ya mencionada sacralidad de la vida, por un lado, y temor a ser sancionados penalmente.

a. La eutanasia en Bélgica

Vega Gutiérrez²⁴ relata las características que debe tener el paciente que solicita la eutanasia en Bélgica para acceder a su pedido. Se ha reunido los aspectos más relevantes de su estudio, el mismo que ha sido resumido en el siguiente cuadro de elaboración propia:

Nombre de la ley	Definición de Eutanasia	Condiciones del paciente
<i>"Ley relativa a la eutanasia". Vigente desde el 28 de mayo de 2002.</i>	1.- Se puede observar en el Capítulo 1: Disposiciones generales, artículo 2, define la presente ley el significado de eutanasia, dice: "(...) practicado por un tercero, que pone fin intencionalmente a la vida de una persona a petición de ésta". (<ol style="list-style-type: none"> 1. Mayor de edad, capaz, consciente de su pedido, que es voluntario, meditado y reiterado. 2. Cuando se recibe la petición, el paciente se encuentra en una situación clínica sin esperanza con sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable. 3. El profesional médico debe evidenciar y acreditar la persistencia del sufrimiento físico o psíquico del paciente de su voluntad reiterada (...). 4. No es necesario que el paciente sea belga, o resida en Bélgica, pero sí debe intervenir un médico belga..

b. La Eutanasia en Holanda

Respecto al contexto eutanásico en Holanda, contamos con el profesor Tak²⁵, quien relata que el aumento de las personas ancianas y muy ancianas fue un factor que impulsó el debate en torno a la eutanasia en Holanda. En la presente investigación se ha elaborado un cuadro interactivo tomando como base la información estadística del autor:

En el presente cuadro, se muestra el crecimiento de la población anciana (65 años) en Holanda, además del género al cual pertenecen estos grupos de personas. Las fechas van desde el año 1975 (inicio de los casos mediáticos) hasta el año 2000 (un año antes de la entrada en vigencia de la Ley).

Tabla 1

Habitantes de 65 años a 84 años					
Año 1975	11% de la población total en Holanda		Año 2000	13% de la población total en Holanda	
13, 5 millones de población total en Holanda	Varones	635, 756 mil	15, 8 Millones de población total en Holanda	Varones	879, 600 mil
	Mujeres	878, 558 mil		Mujeres	1, 272, 900 mil

El cuadro es elaboración propia. Tak (2003, p. 109 – 110)²⁶.

En el presente cuadro, se muestra el crecimiento de la población muy anciana (85 años a más) en Holanda, además del género al cual pertenecen estos grupos de personas. La fecha de la estadística data del año 2000).

24 Javier Vega Gutiérrez, "La práctica de la eutanasia en Bélgica y la «pendiente resbaladiza»", *Cuadernos de bioética: revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica* XVIII, 1 (2007): 74-75.

25 Peter Tak, "La nueva Ley sobre Eutanasia en Holanda y sus precedentes", *Revista Penal* 12, (2003):109-125.

26 Ibid., 109-110.

Tabla 2

Habitantes de 85 años a más	
Año 2000	
Varones	58, 300 mil
Mujeres	167, 000 mil

El cuadro es elaboración propia con los datos extraídos de Peter Tak²⁷.

Como se puede apreciar, el ascenso demográfico en dos sectores en particular incidió de manera robusta en el ámbito social.

- Las personas a partir de 65 años a más aumentaron, trayendo consecuentemente una inversión en la pirámide social, es decir, cada vez hay menos jóvenes y más adultos-adultos mayores, por lo tanto, aumentando el sector más vulnerable a las enfermedades entre otros factores.
- Segundo factor se afirma que fue a razón del avance científico-tecnológico en las ciencias de la salud, que ayudó a prolongar la vida más allá que décadas anteriores.
- Tercer factor se precedente podemos encontrar la relación del médico con su paciente, que tuvo un no menos importante impacto a nivel sociológico.

Bajo esa perspectiva, nuestro autor en comento, nos señala que casi todo ciudadano holandés tenía un seguro médico (99, 4%) con cobertura para largas enfermedades. Por lo tanto, no existen estímulos para no seguir tratando a sus pacientes. Cabe recordar que la relación médica de cabecera - paciente se mantenía por largos años frecuentemente a excepción que se enviaba al paciente a un especialista por un padecimiento en particular. Aparte de eso, el médico de cabecera ejercía la medicina primaria. De ahí que resulta que se confió en él la administración de cuidados terminales²⁸.

La casuística holandesa:

En el presente apartado, resulta de capital importancia realizar un breve repaso por la casuística holandesa, pues fue el país pionero en legislar en materia de la eutanasia, el mismo que fue la respuesta a una necesidad nacional que se encontraba bajo las sombras, pero que poco a poco fue puesta a relieve en el debate nacional cuando saltó a los tribunales dichos casos emblemáticos. Ante tales hechos, fue imposible seguir con la vida en sociedad holandesa como si nada hubiera pasado.

Los casos se han extraído de Peter Tak²⁹ y Mora Molina³⁰, los cuales han sido ordenados en cuadros de elaboración propia. En las siguientes páginas veremos los casos hitos en la jurisprudencia holandesa que motivaron los requisitos actuales para determinar si un paciente es considerado como viable para la eutanasia.

²⁷ Ibid., 110.

²⁸ Ibid., 110.

b.1. Caso Postma (1973)³¹

Hechos	Consecuencias
<ol style="list-style-type: none"> 1. Caso pionero y mediático de eutanasia. 2. Sentencia del Tribunal del distrito de Leeuwarden³². 3. La paciente había sufrido una grave hemorragia cerebral, estaba paralizada, tenía problemas de habla, sorda, había mostrado sus deseos de morir y había fracasado en un intento de suicidio. Su hija le administró una inyección letal de morfina. 4. El tribunal condenó al médico a la simbólica pena de una semana de inhabilitación. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El Tribunal estableció ciertas condiciones: <ol style="list-style-type: none"> a. Que medicamente, el paciente se considere enfermo incurable y que la muerte del paciente sea inminente. b. Que sufra, física o psicológicamente, de modo insopor- table o de modo grave. c. Que el paciente haya expresado previamente, de modo oral o escrito, su voluntad explícita de interrumpir su vida y que se le libere del sufrimiento. 2. Se creó la Asociación Holandesa para la Aceptación de la Eutanasia Voluntaria (Nederlandse Vereniging voor Vrijwillige Euthanasie (NVVE)). 3. Este proceso pasó a los anales de la historia de la jurisprudencia neerlandesa como Leewarder Euthanasieproces.

El cuadro es elaboración propia con los datos extraídos de Peter Tak y Mora Molina.

b.2. Wertheim o los Criterios de Rotterdam (1981)³³

Hechos	Consecuencias
<ol style="list-style-type: none"> 1. Una mujer de 67 años que se creía enferma de cáncer, fue ayudada por un amigo para el suicidio. 2. La autopsia demostró que la enfermedad era falsa. 3. El tribunal condenó al autor a seis meses en prisión. 	<p>El Tribunal añadió criterios³⁴ :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. La decisión no la tomará una sola persona, y debe de estar incluido un médico, el cual prescribirá la medicina a utilizar. b. El profesional médico debe informar con total claridad y sinceridad las perspectivas de salud del paciente.³⁵ c. La ayuda al suicidio, debe tener un cuidado extremo por otro profesional ejemplo, un psiquiatra o un asistente social

El cuadro es elaboración propia con los datos extraídos de Peter Tak y Mora Molina.

29 Ibid., 111.

30 Juan Jesús Mora Molina, “Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El proyecto de ley Korthals/Borst”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos* 7, 11 (2002): 535-581.

31 Peter Tak, Ibid., 111 y Mora Molina, Ibid., 538-539, 554.

32 Tribunal del Distrito Leeuwarden, 21 de febrero de 1973.

33 Peter Tak, Ibid., 111-112 y Mora Molina, Ibid., 555-556.

34 Adicionales a los criterios del caso Postma.

35 Tribunal del Distrito de Rotterdam, 24 de noviembre de 1984. Son los llamados criterios de Criterios de Rotterdam, porque el fallo judicial fue es esa ciudad.

b.3 Caso Schoonheim (1984)³⁶

Hechos	Consecuencias
<ol style="list-style-type: none"> 1. María Barendregt, una mujer de 93 años que, enferma, minusválida e inconsciente. Al recuperar la conciencia, solicitó y obtuvo de su médico la eutanasia activa directa. 2. El caso llegó hasta la segunda instancia (Tribunal Supremo). 3. El tribunal supremo determinó que existía un conflicto de deberes del médico: el deber profesional de actuar conforme las normas de la ética médica. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se toma en cuenta el estado de necesidad. 2. Es conocido como el Caso <i>Alkmaar</i>. 3. Fue el primer caso de eutanasia en llegar al Tribunal Supremo de aquel país. 4. El juzgado de Alkmaar añadió unos criterios a los preexistentes

El cuadro es elaboración propia con los datos extraídos de Peter Tak y Mora Molina.

b.4. Caso Chabot (1994)³⁷

Hechos	Consecuencias
<ol style="list-style-type: none"> 1. La señora Boomsma de 50 años estuvo en tratamiento psiquiátrico. 2. Tanto el Juzgado de Assen y el Tribunal de Apelación de Leeuwardem lo liberaron sin cargos, bajo el supuesto de <i>conflicto de deberes</i> se encontraba plenamente justificado. (Mora Molina, 2002, p. 564-565). 3. El Estado apeló, a razón que consideró que un paciente psiquiátrico no posee una voluntad libre, además que no fue un paciente con sufrimiento somático y que no estaba en fase terminal, por lo tanto, en ausencia de tales requisitos el psiquiatra no se encontró ante una <i>situación de necesidad</i>. 4. Fue entrado culpable, pero no se le impuso ninguna pena. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. En consecuencia, a la sentencia del Supremo Tribunal, es que se determinó que el sufrimiento puramente psicológico podría habilitar a un paciente para solicitar la eutanasia. 2. Se determinó que los enfermos psiquiátricos son capaces de alcanzar decisiones autónomas y razonadas. 3. Finalmente supuso una ampliación a los criterios de realizar la eutanasia.

El cuadro es elaboración propia con los datos extraídos de Peter Tak y Mora Molina.

Tal como hemos visto, estos casos mediáticos fueron trascendentales para elaborar los estándares legales y médicos para incorporarlos a la legislación que vendría posteriormente. Como podemos ver, a raíz de la sentencia de *Alkmaar* (Caso *Schoonheim* (1984)), los médicos requerían la solicitud justificada en estado por estado de necesidad. La justicia, estableció que en los casos que se interrumpa la vida, será con pacientes con enfermedades graves e incurables, y que no quieran seguir viviendo frente a los dolores insoportables. (Caso *Alkmaar* y Caso *Wertheim*).

A raíz del Caso *Chabot*, el profesor Peter Tak³⁸, nos ilustra que el Supremo Tribunal rechazó la postura de que los pacientes psiquiátricos no tenían libre voluntad, porque implicaría rechazar a una gran cantidad de pacientes. El Supremo llegó a la conclusión que este grupo

36 Peter Tak, *Ibid.*, 112-113 y Mora Molina, *Ibid.*, 556-557.

37 Peter Tak, *Ibid.*, 113-115 y Mora Molina, *Ibid.*, 562-565.

38 *Ibid.*, 115.

de personas sí tienen libre voluntad en base a los estudios realizados por la Real Asociación Médica Holandesa (KNHMG), siendo los siguientes requisitos:

1. Manifestación de voluntad;
2. Capacidad de comprender, entender, y tomar una decisión;
3. Conciencia del tipo de decisión;
4. Comprensión de la información;
5. Decidir de manera racional con el sentido de la realidad.

En ese sentido, El proyecto de ley presentado el 6 de agosto de 1999, se debatió sobre las consecuencias que podría acarrear la puesta en vigor la Ley del 2001. Entre las dudas que se plantearon y se procedieron a responder fueron³⁹:

- El primer argumento es que la vida debe ser protegida con salud y sin ella, desde un enfoque de los derechos humanos, siendo una norma universal. Uno de estos mecanismos, de la protección es aliviar el dolor humano con todos los paliativos desde la ciencia médica. Los derechos humanos no permiten una acción directa de interrumpir la vida, estos protegen todos los derechos, siendo la dignidad el fundamento.
- El segundo argumento giró en torno en que la eutanasia conllevaría a la extensión de la misma a otros sectores sociales y circunstancias. Por ejemplo: discapacitados, enfermos en coma o con un retraso mental importante.
- El tercer argumento se basó en que matar es inmoral en toda circunstancia.

El Gobierno holandés, en respuesta a las anteriores críticas opositoras, respondieron de la siguiente manera⁴⁰:

- Para el primer caso, que solo sería en caso particular, y en principio solo ha pedido del paciente por un sufrimiento insoportable para él. Se consultaría con otro médico, y una revisión posterior del Comité de Revisión según criterios legales. Estado brinde mayor prioridad a la petición expresa y concienzuda del paciente, además de afirmar que los cuidados paliativos no aseguraban una muerte más humana. Además de existir pacientes que afirman que va en contra de sus derechos humanos tales cuidados.
- Para el segundo caso, el Gobierno contestó que no existía pruebas contundentes que era inevitable tal desenlace. En todo caso, son sólo especulaciones y nada más. Nada indica que vaya a materializarse tales peligros.
- Para el tercer caso (1960), el argumento que la eutanasia es inmoral.

En consecuencia, Peter Tak⁴¹, indica que se fundaron cinco comités regionales en el año de 1998. Los Comités fueron creados con la finalidad que controlar la práctica de la eutanasia, para este efecto tenía de tener consideración los aspectos legales y médicos, además señala que, la ley contempla que por parte de un tercero que considere que se ha actuado indebidamente con la práctica de eutanasia, puede comunicar al Ministerio Fiscal y éste debe de actuar,

39 Ibid., 122-123.

40 Ibid., 123.

41 Ibid., 125.

solicitando al Comité que reevalúe la práctica y de encontrar una irregularidad, comunicar al Ministerio Fiscal para iniciar una investigación.

El estado de necesidad en Holanda, sirve como mecanismo legal para que le médico pueda eximirse de toda responsabilidad penal en el caso de haber practicado la eutanasia a su paciente. El Estado de Necesidad se encuentra dentro del Principio de Proporcionalidad. Consiste en ponderación, por un lado, lograr satisfacer los intereses del paciente, y por el otro, evitar cometer una infracción penal y de esta manera evitar forzar la sanción penal para el médico⁴².

En el marco de nuestra investigación se ha realizado el siguiente gráfico para un mejor entendimiento acerca del estado de necesidad que se utilizado frecuentemente para evitar sanción penal alguna contra los médicos que practicaban la eutanasia en Holanda:

Nombre de la ley	Definición de eutanasia (terminación de la vida a petición propia)	Repercusión
"Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio" en vigencia desde el 1 de abril de 2002.	Holanda – eutanasia: "La culminación de la vida que lleva a cabo el médico a pedido del paciente, luego de una etapa de evaluación delicada".	<ol style="list-style-type: none"> 1. Modificación de la Ley de disposición de cadáveres en el artículo 7. 2. Creación de las Comisiones Regionales (jurista, médico y un experto en ética). 3. Modificación del Código Penal holandés. 4. Requisitos: <ul style="list-style-type: none"> – La persona objeto resida en Holanda. – El profesional médico esté de acuerdo con la petición. Es un pedido que nace de la voluntad. – El profesional médico haya informado al paciente del estado de su salud y su posible mejora. Asimismo, debe haber consultado con otros galenos. – La eutanasia se debe hacer con el máximo cuidado.

El cuadro es elaboración propia con información extraída de Peter Tak.

c. La Eutanasia en Luxemburgo

Luego de que el Parlamento de Luxemburgo legalizó la eutanasia, el Duque de Luxemburgo no ratificó la norma, utilizó como argumento, sus valores morales (diciembre 2008). El cuadro siguiente refleja los aspectos relevantes de la Ley promulgada en el 2009⁴³:

⁴² Ibid., 112.

⁴³ Pablo S Lorda e Inés M. Barrio Cantalejo, "La eutanasia en Bélgica", Revista Española Salud Pública, 1, 86 (2012): 8

Nombre de la ley	Definición de eutanasia	Condiciones del paciente
"Legislación que regula los cuidados paliativos, así como la eutanasia y asistencia al suicidio". Vigente del 16 de marzo de 2009.	1. Se observa en el apartado relacionado con la eutanasia y la asistencia al suicidio, en su Capítulo I: Disposiciones generales. Artículo I, que: "(...) se entenderá por eutanasia el acto, practicado por un médico, que pone fin intencionalmente a la vida de una persona a la demanda expresa y voluntaria de la misma".	1. El paciente es mayor de edad, su pedido es voluntario, reflexionado, no es producto de una presión. 2. El paciente tiene sufrimiento físico y psíquico, no hay solución médica. El pedido de la eutanasia es por escrito.

El cuadro es elaboración propia con información extraída de Pablo Lorda e Inés Barrio.

d. La eutanasia en Colombia

El Tribunal Constitucional colombiano estableció a raíz de la sentencia No. C-239/97⁴⁴ unos criterios básicos para tomar en consideración en virtud de la exhortación que hizo al Poder Legislativo para la regulación en el caso de los enfermos terminales cuando la conducta es con libre voluntad libre, además de no derivar responsabilidad para el médico autor. En una ocasión, el Tribunal Constitucional colombiano, mediante la Sentencia T-970/14, determinó unos lineamientos procedimentales para la eutanasia que de manera obligatoria el Ministerio de Salud disponga todo lo necesario para que toda la red de nosocomios a nivel nacional conforme un comité interdisciplinario en base a la esta última sentencia para cumplir con las directrices indicadas. Los lineamientos más importantes fueron:

1. Enfermo terminal (el galeno tratante lo decide), es persona mayor de edad.
2. Si está en estado vegetativo debió dejarlo de forma verificable, y lo otro es estar consciente.
3. El profesional médico debe poner en conocimiento del enfermo todas las posibilidades de cura para tratar su enfermedad.
4. El comité debe continuar con el procedimiento, vuelve a preguntar al paciente si está seguro, en seguir la postura, el hospital tiene un **plazo de 15 días para efectuar el protocolo médico**.
5. Puede desistir de la eutanasia.
6. Creación de los Comité Científico, integrado por un médico especialista, un abogado y un psiquiatra.

Se vislumbra que estos parámetros tienen una fuente de influencia basada en los países en donde la eutanasia se encuentra regulada.

En el siguiente cuadro podemos visualizar a modo de resumen lo tratado en el caso llevado al tribunal constitucional colombiano.

⁴⁴ Sentencia No. C-239/97.

Origen	Definición de eutanasia	Repercusión
Decisión del Tribunal Constitucional	Sentencia No. C-239/97.	En mayo de 1997, el Tribunal Constitucional de Colombia falló que cuando exista el consentimiento del paciente terminal, no podrá derivarse responsabilidad.
	Sentencia T-970/14	En diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional de Colombia estableció un procedimiento para la eutanasia en base a la experiencia extranjera.

El cuadro es de nuestra elaboración. Acceso el 27 de mayo de 2024 desde: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>.

e. La Eutanasia en Argentina

Nos permite conocer el ámbito legal en Argentina, indicando que evitan legislar de manera directa sobre la práctica de la eutanasia y el suicidio asistido, ya que sólo se limita legislar sobre testamento vital, sus formalidades, que no permite consolidar plenamente el ejercicio de la autonomía. Arribere⁴⁵, señala que tímidamente se ha propuesto proyecto de ley referente al Testamento Vital, porque el acceso a estos es muy engorroso, y limita el rechazo anticipado de tratamientos médicos. Este Testamento Vital como proyecto para ser incorporado en el Código Civil. Asimismo, considera el proyecto de ley en caso de duda de cumplir con la voluntad del paciente de manera anticipada (Testamento Vital), deberá prevalecer preservar la vida, pero esto potencialmente puede causar contravenir la decisión hecha por el otorgante, es decir, va en contra de sus intereses.

IV. MARCO NORMATIVO A NIVEL NACIONAL

4.1 La eutanasia dentro del marco nacional peruano

En el marco jurídico peruano, la eutanasia no está regulada ni despenalizada, por lo que se considera un delito de homicidio piadoso, tipificado en el artículo 112° del Código Penal, sin embargo, existen otras fuentes normativas que protegen y tutelan distintos bienes jurídicos de las personas que, por su propia naturaleza, son consustancial a la libertad y dignidad del ser humano, cuyos supuestos son el soporte de la eutanasia.

⁴⁵ Roberto Arribère, *Bioética y derecho: dilemas y paradigmas en el siglo XXI*. (Buenas Aires: Ediciones Cathedra Jurídica, 2008), 409.

4.1.1 *Constitución Política del Perú de 1993*

La Constitución es de apego liberal, es decir, protege y garantiza la vida, tierra y libertad. La Carta Magna peruana inicia con de la siguiente manera:

“**Artículo 1º.** - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Es indiscutible la finalidad de la creación de los Estados, siendo esta, la protección de la persona humana en su más amplia expresión. Sin embargo, nos queda preguntarnos ¿Qué es la persona humana? Si logramos tener una aproximación a la idea del concepto, podremos saber fehacientemente que es lo que esperamos que nuestro Estado proteja, y al mismo tiempo, la sociedad.

Fernando Sessarego⁴⁶, define a la persona humana o el ente “persona humana”, el cual está compuesto por un binomio, dentro del cual se puede distinguir el cuerpo, y la psique. En ese sentido, la persona humana es una “unidad”, todo lo que afecta al cuerpo repercute, en la psique y viceversa, este binomio es la vez una unidad. En lo relacionado con este artículo es importante desarrollar el ámbito de protección que no brinda nuestra Constitución de corte liberal, y la finalidad teleológica del Derecho.

En conveniente recordar que el daño al proyecto de vida es resarcible, sin embargo hay ocasiones que es imposible, en ese caso, la persona humana tiene derecho a regir la integridad de su destino, siendo este el término más adecuado para expresar la bastedad temporal hacia al cual se proyecta la persona humana, dado que si reduciríamos de manera estricta que tiene derecho a regir su “vida”, sería negarle el derecho a regir la huella que dejó en el mundo, o dicho de otro modo, dejar en herencia sus propias virtudes y creencias a las generaciones venideras, siendo posible afirmar que la persona humana se angustia por el devenir, y en ese caso, le importa la manera del cómo quisiera ser recordado. Es por eso que el Estado y la Sociedad deben garantizar esta forma de regir el destino de la persona humana que se alberga en el seno del Estado.

El Derecho fue creado para proteger la libertad personal, para que la persona humana pueda desarrollar libremente su proyecto de vida, evitando en lo mayor posibles obstáculos que atenten contra esta inherente libertad que forma parte de la persona humana. El premio nobel de economía, Friedrich A. Hayek entiende que la libertad es sólo una, la multiplicidad de ‘libertades’ que el derecho protector es a razón de parches legales. se refiere a la libertad de la siguiente manera:

“El estado en que un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros se distingue a menudo como libertad ‘individual’ o ‘personal’, (...)”.⁴⁷

46 Carlos F. Sessarego, *La Constitución Comentada* (Lima: Gaceta Jurídica, 2005), 43.

47 Friedrich A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Madrid: Unión Editorial, 6.a ed., 1998), 32

En ese sentido, Hayek refiere que sería lo mismo decir ‘libertad civil’, sin embargo, es preferible evitarlo, a causa de mal interpretar y confundir la libertad con la ‘libertad política’, puesto que ambos son distintos.

Respecto a la dignidad, conviene recordar que la persona humana es libertad, y a su vez es identidad, porque es única e irreplicable. Si bien es igual genéticamente, es único en autogobierno, tanto así que puede controlar funciones biológicas en base a su voluntad. Es libre tanto en su psique y es libre fenoménicamente. Se reconoce a sí mismo, tiene proyecto de vida en tanto perseguir metas que le permitan mejorar su actual situación, puede autodefinirse; es decir, puede ser quien quiera ser. La persona humana es potencia y no realidad. Es ese sentido, recae la dignidad humana. Finalmente, el artículo 3° de nuestra Constitución taxativamente recuerda que los derechos de la persona no son *numerus clausus*, en tanto que se reconocen nuevos derechos en el tiempo, siempre y cuando se basen en la dignidad del hombre. Las leyes se crean *ex post* a la vida, tierra y libertad.

Prosiguiendo con el análisis normativo constitucional, tenemos al artículo 2°, el cual establece:

“**Artículo 2°.**1.- Toda persona tiene derecho:

1.- A la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”.

En este artículo recae el significado real de la libertad humana. Esa libertad que es ausencia de coacción desarrollada por Tribunal el Constitucional. Bajo este aspecto, el “derecho al libre desarrollo” es un derecho fundamental que brinda las posibilidades para realizarse como persona en su más amplia expresión, sin necesidad de enumerar a aquellas posibilidades hacia las que fue arrojado al mundo. El TC se ha pronunciado acerca del libre desarrollo de la siguiente manera:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. (...)”.⁴⁸

Respecto a este artículo, tanto la integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar son el núcleo duro de la dignidad humana, la fuente germinal de todos los derechos. Este derecho, libre desarrollo, es un abanico de posibilidades de libertad en el ámbito de la vida privada donde puede ejercitar su autonomía u obrar de manera que no haya impedimentos para realizar alguna conducta de una persona, es decir, ausencia de obstáculos, así como ausencia de restricciones, digamos de otra manera, la no existencia de obligaciones de realizar alguna conducta; siempre que la ley no regule la conducta justificada. La conducta aún no regulada es sinónimo de libertad, y esa libertad es parte del libre desarrollo de la personalidad.

La persona humana debe entenderse como un derecho a vivir para poder realizar su proyecto vital, acondicionar el área de desenvolvimiento lo más posible. El derecho a la vida, no es

48 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. 3901-2007-PA.

derecho absoluto o ilimitado. Este caso se encuentra de cara con otros derechos. Lo anterior se presenta cuando estamos frente a casos denominado en la doctrina como límite. Es el legislador quién debe establecer los derechos que deben de prevalecer. Estos casos límites serían: 1. La pena de muerte; 2. La legítima defensa; 3. Estado de necesidad, 4. El aborto. Los anteriores supuestos suponen que el derecho a la vida no es un derecho absoluto e indiscutiblemente indisponible, sino lo es según las circunstancias que lo ameriten.

La tragedia surge cuando el individuo tiene que elegir entre valores que poseen el mismo grado de nobleza. Este aforismo, representa de la manera más sublime los problemas a los que se enfrenta la persona humana, y que tiene que vivir a lo largo de su vida. En ese sentido, la persona humana está condenado a ser libre, y en esa libertad que se debe de fundar los derechos. La persona humana se debe a la sociedad tanto sea razonable, mas no posible. En este pensamiento recae la dignidad de la persona. Es conveniente recordar lo siguiente: La dignidad es la libertad, así como la libertad es la dignidad. Por consiguiente, la Constitución protege la conciencia subjetiva y no un sistema moral determinado, apoyado por la mayoría o cierto sector de la sociedad.

Continuando con el marco normativo, es menester traer a colación lo establecido en el artículo 3° de la Constitución Política de 1993:

Artículo 3.

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

La apelación de este artículo como sustento para generar nuevos derechos sólo está apta para aquellos nuevos derechos y no para aquellos derechos que derivan de otros derechos. El Tribunal Constitucional hace mención expresa de este artículo, siendo lo siguiente:

(...) y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales (...). Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.⁴⁹

Finalmente, tenemos el artículo 22° de la Constitución Política, siendo el siguiente:

Artículo 22.- A la paz, a la tranquilidad, (...).

Artículo 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos y humillantes.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. 0895-2001-AA.

Como hemos visto, la Carta Magna, su máximo intérprete y la doctrina nacional e internacional, entienden que el ser humano es naturalmente libre, y que todo reconocimiento de un nuevo derecho, estará fundado en la dignidad del hombre, siendo esto compatible en un Estado democrático de gobierno.

4.1.2 Los derechos que el ordenamiento jurídico peruano reconoce

Las características de estos derechos son:

1. Son derechos originarios o innatos.
2. Son derechos únicos, en tanto que no se le puede atribuir la pluralidad del mismo atributo al mismo sujeto;
3. Son derechos absolutos, es decir, son erga omnes;
4. Son derechos extramatrimoniales, en tanto que no tiene una cuantificación dineraria, en tanto que no excluye el supuesto de indemnización a causa de lesionar un derecho de la persona;
5. Son irrenunciables, salvo autorizadas por ley;
6. Son imprescriptible, el tiempo no produce la extinción de la acción que corresponde al mismo derecho.

Al respecto podemos referir algunos conceptos básicos que se protegen:

- Derecho a la Integridad

La integridad también se debe de entender como la protección de la salud mental. El estado de ánimo afecta a la salud física de las personas, así como el malestar físico afecta al estado anímico del sufriente. En ese sentido, sería un imposible lógico tratar de proteger únicamente la integridad física sin contar con el daño que produce a la psiquis del afecto. Como muestra de lo anterior se encuentra las reparaciones civiles cuando nos encontramos frente a un menoscabo del bienestar mental que se produjo como producto del acto injusto. Son por estas razones que se deben de tutelar, tanto la integridad física, así como la integridad psíquica. La integridad, debe de entenderse como la esencia misma de la naturaleza humana. Es por estos motivos que se reconoce que el ser humano es una unidad bio-psico-social.

- Integridad Moral

La expresión integridad moral, consiste en el aspecto interior de la persona en donde encontramos las creencias religiosas, posiciones filosóficas, actitudes morales, simpatía política, identidad social-cultural. Son las ideas que tenemos de nosotros mismo y de la cosmovisión

que poseemos del mundo y de la realidad que percibimos. Al respecto, la Constitución Política de 1993, establece en el artículo 2.1, lo siguiente

“Toda persona tiene derecho (...) a su integridad moral, psíquica y física (...)”.

El derecho a la integridad moral permite proteger todos estos elementos que se encuentran en nuestro interior que nos hace único frente a otros individuos, dado que somos irrepetibles tanto en lo físico y en lo psíquico. Por consiguiente, ha sido protegido en el Código Civil peruano de 1984 y a nivel constitucional. Estando a ello, el derecho a la integridad moral recae en que todos los demás miembros comunitarios sean conscientes de su propia dignidad y que sea respetado y reconocido por sus pares.

En lo referente a la Integridad Moral, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.)⁵⁰

- *Integridad Psíquica*

La integridad psíquica es un componente necesario para el libre desarrollo de la persona, en la medida en que se puede establecer un plan de vida sin coacción alguna. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales...⁵¹

- *Integridad Física*

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica humana de manera que funcione correctamente, en armonía entre todos los cuerpos.

En este aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional definió a la Integridad Física de la siguiente manera:

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo... , etc.⁵²

En caso de violentar tales derechos, el agente que los comete incurre en una violación hacia la integridad personal, dado que la persona está constituida por psique y soma.

50 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. 02333-2004-HC, fundamento 2.2.

51 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. 02333-2004-HC, fundamento 2.3.

52 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. 02333-2004-HC, fundamento 2.1.

- *Derecho al Honor*

El derecho al honor tiene dos divisiones: 1. Honor en sentido objetivo, 2. Honor en sentido subjetivo.

El honor objetivo, que también se denomina reputación, es el valor la personalidad ético-social por parte de terceros hacia un sujeto. Es la carta de presentación que una determinada persona tiene frente a la sociedad, en tanto el renombre ganado y la fama. El honor subjetivo, recae en la autovaloración o el sentimiento de aprecio, es decir, de su propia dignidad. En ese sentido, se puede asegurar que existe una variabilidad del honor que se encuentra de persona en persona, en función de su personalidad, de sus cualidades personales. En mérito a lo anterior, resulta apropiado que no se haya legislado *numerus clausus*, en tanto a los derechos de las personas, sino es lo contrario que lleva en sí mismo nuestro actual Código Civil que resulta beneficioso para cubrir eventualidades que pudieran ocurrir, siendo de esta manera amparar la amplia gama de manifestaciones de la conducta humana.

- *Consentimiento Informado (Ley 26841: Ley General de Salud. Publicado el 20 de julio de 19979).*

En principio, la relación médico-paciente no era una relación horizontal, en consecuencia, el médico poseía una “vara de autoridad”, decidiendo por sí mismo qué información podía entregar a su paciente, si consideraba que dicha información podría causarle un impacto negativo para éste, ocasionando que el médico recurriera a sus principios médicos para la toma de decisiones de tratamientos. Lo anterior se conoce como el “paternalismo médico”, pero antes el término deriva de otro que es más amplio, siendo este el “paternalismo”.

En el tiempo presente, la tendencia es dirigirse a una relación horizontal del médico-paciente, visualizándose que el respeto y consideración están presentes. El cambio es pasar del modelo clásico paternalista hacia un modelo más autonomista y participativo. En ese sentido, se cambió el paradigma de ver al paciente como un niño al que había que cuidar sus intereses por el paradigma de considerar al paciente como un adulto capaz de decidir sobre su propio cuerpo.

En consecuencia, al cambio paradigmático, la Ley General de Salud establece taxativamente los derechos de los pacientes, y por lo tanto aparece el derecho al Consentimiento Informado que será necesario para ejercicio el paciente su autonomía, la cual es la base de la dignidad humana. Se puede mencionar los artículos relacionados con nuestra temática son los siguientes: Artículo 4 (nadie puede ser sometido a tratamiento médico sin ser autorizada; Artículo 5 (todas las personas deben ser informadas de sus enfermedades). Artículos 8, (los donantes deben dejar dicho y expreso; artículo 9 (las personas con discapacidad severa tienen preferencia en su atención de su salud); artículo 11 (la salud mental es responsabilidad de la familia y el Estado).

Se debe entender a la salud mental en su más amplia expresión, es decir, el Estado debe prevenir o remediar todo tipo de insalubridad psíquica de los ciudadanos. Lo cual se evidencia

en las campañas de salud, cuya asistencia se incluye la especialidad de Psicología. Un sufrimiento psíquico en el caso de un paciente terminal con dolores insoportables es prioridad del Estado y de la familia ayudar a esta persona para darle paz y tranquilidad, sin recurrir a principios, sino a buscar lo mejor para esta persona, teniendo en cuenta sus anhelos y preferencias particulares.

V. CONCLUSIONES

1. Se puede recoger la amplia experiencia internacional referida al proceso de democratización de las libertades individuales, donde la democracia se encuentra robustecida, y la eutanasia es prueba de aquello. En otro aspecto, estudiar detalladamente el proceso de despenalización de la eutanasia en la experiencia internacional podrá ayudar a formar mejores criterios para la toma de decisiones por parte de las autoridades estatales competentes para su despenalización y posterior control y regularización que deberá ser atendida mínimamente con los estándares internacionales.
2. El artículo 3° de la Constitución de 1993 tiene la cláusula que permite garantizar nuevos derechos que se fundan en la dignidad humana. En ese sentido, el libre desarrollo de la persona es sostén para autodeterminar durante el lapso de su vida en función a sus propios valores y creencias que la muerte es mejor mientras sea menos dolorosa, de esta manera que protege su integridad moral, psicológica, entre otros. Se afecta a varios derechos que están emparentados entre sí y deben protegerlos en pro de la dignidad humana.
 - a. El libre desarrollo requiere de aquellos mínimos para desarrollar a plenitud sus capacidades, tanto físicas como intelectuales para mejorar continuamente su actual situación y remover cualquier malestar. Del mismo modo, el derecho al libre desarrollo es un presupuesto para influenciar en su comunidad. En otras palabras, el libre desarrollo, consiste en la posibilidad de realizar su proyecto vital. Ahora los medios para lograr el proyecto vital son las libertades, siendo estas: 1. Libertad de conciencia (juicio ético, moral) y actuar conforme. 2. Libertad de religión, tener cualquier forma de convicción religiosa.
 - b. El derecho al libre desarrollo integra otros derechos, como el derecho a la integridad moral (respeto al desarrollo de vida personal según los valores derivados de la libertad de conciencia), integridad psíquica, integridad física y derecho al honor. En ese último caso, el derecho al honor es la protección de mantener la integridad de la dignidad de toda persona y a su vez la reputación lograda por su libre desarrollo. Merece protección

para mantener incólume su propia imagen para sí mismo y para los demás.

3. La regulación de la eutanasia deberá contar como mínimo con los siguientes requisitos: 1. Determinar fehacientemente si un paciente se encuentra en fase terminal, 2. Determinar el grado de dolor objetivamente y el sufrimiento subjetivo de la persona; 3. Verificación rigurosa acerca de si la solicitud es autónoma, persistente, explícita y sin ambigüedades, además de determinar el procedimiento para aceptarlo o la posibilidad de revocar la solicitud por parte del paciente; 4. Determinar la edad mínima para solicitar la eutanasia de manera fundamentada, 4. Creación de los Comités multidisciplinares; 5. Determinar al personal que intervendría para calificar si la petición por parte del paciente 6. Regular la función del Ministerio Público respecto a casos de eutanasia, 6. Si un paciente se somete a la eutanasia, debe ser irrelevante para el cobro de seguros, 8. El médico sobre quien recae de eutanasia debe ser aquel que atiende de forma regular al paciente. Lo anterior es fundamental para evitar abusos contra el solicitante y para proteger al médico de persecución penal alguna.
4. Finalmente, no siempre lo que se considera beneficioso para una persona significa que lo sea para otra persona. Puede existir comunidades que son extraños morales, e incluso dentro de estas comunidades no comparten el mismo cuadro de valores, por lo tanto, considerar que existen personas que manifiestan que la eutanasia es una alternativa factible para ellas mismas, no resultaría descabellado y condenable; sino el respeto por aquella postura y cualquier otra, en lo que se traduce como interferir no atropellar sus posturas morales. He aquí la protección legal y la licitud de cualquier acción defensiva contra tal agente interventor. Para que una acción se repunte como moral, se considera las preferencias de las personas en un mundo plural y secularizado.

REFERENCIAS

- Arribère, Roberto, *Bioética y derecho: dilemas y paradigmas en el siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica, 2008.
- Asociación Médica Mundial. Declaración de la AMM sobre la eutanasia y suicidio con ayuda médica. Adoptada por la 70ª Asamblea General de la AMM, 2019. Acceso el 2 de junio 2024 desde <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-sobre-la-eutanasia-y-suicidio-con-ayuda-medica/>
- Casado da Rocha Antonio, A. “Ética al final de la vida: Una aproximación narrativa a los cuidados de pacientes con cáncer”, pp. 323-349. Acceso el 2 de junio de 2024 desde <https://2003-etica-final-vida-pacientes-cancer.pdf> (derechoamorir.org)

- Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Fundación Acción Pro Derechos Humanos. Acceso el 2 de junio de 2024. Acceso desde <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2118745/Eutanasia+el+ejemplo+holandes.pdf>
- Hayek, Friedrich A. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 6.a ed., 1998
- Jonsen, Albert R. “Ética de la eutanasia”. *Humanitas. Humanidades Médicas* 1, 1 (2003): 103 – 112. https://fundacionletamendi.com/revista-pdf/Revista_Humanitas_1.pdf
- Kushe, Helga. “La Eutanasia”. En *Compendio de Ética*, ed. Peter Singer, trad. por Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil, 405-414. Madrid: Alianza Editorial, 1995. <https://archive.org/details/compendio-de-etica-peter-singer/page/n1/mode/2up>.
- Lorda Pablo S. y Barrio Cantalejo, Inés M. “La eutanasia en Bélgica”, *Revista Española Salud Pública*, 1, 86 (2012): 5 – 19. https://www.scielosp.org/pdf/resp/v86n1/02_colaboracion_especial_1.pdf. <https://doi.org/10.1590/S1135-57272012000100002>
- Mendoza Cruz, Carlos Alberto, “Eutanasia: un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización”. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. Acceso el 2 de junio de 2024 desde <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5620>
- Mora Molina, Juan Jesús, “Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El proyecto de ley Korthals/Borst”. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 11, 7 (2002): 535-581. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/3eb55f5d-931a-41bc-9892-8495a81036f1/content>
- Sessarego, Carlos F., *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.
- Singer, Peter. *Ética práctica*. 2da ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. <https://archive.org/details/EticaPracticaPeterSinger/mode/1up>
- Tak, Peter. “La nueva Ley sobre Eutanasia en Holanda y sus precedentes”. *Revista Penal*, 12 (2003):109125. <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12575/Nueva%20Ley.pdf?sequence=2>
- Tasset, José L., “Razones para una buena muerte: (La justificación de la eutanasia en la tradición utilitarista: De David Hume a Peter Singer)” *Télos* 1-2, 18 (2011): 153 – 195. <https://revistas.usc.gal/index.php/telos/article/view/469e> a Peter Singer) | Télos (usc.gal)
- Van Kalmthout, Anton M., “Eutanasia: El ejemplo holandés”, *Eguzkilore* 9, (1995): 163-194. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2118745/Eutanasia+el+ejemplo+holandes.pdf>.
- Vega Gutiérrez, Javier, “La práctica de la eutanasia en Bélgica y la «pendiente resbaladiza»”. *Cuadernos de bioética: revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica* 1, XVIII (2007): 74-75. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506203>.
- Von Misses, Ludwig. *La acción humana. Un tratado de Economía*. Madrid: Unión Editorial, 1980.

– World Health Organization. Regional Office for the Eastern Mediterranean. “Euthanasia”, *Technical Paper: Ethics of Medicine and Health* (1995): 9-11.
<https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-sobre-la-eutanasia-y-suicidio-con-ayuda-medica/>

SENTENCIAS

- Corte Constitucional de Colombia: C-239-97
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 3901-2007-PA
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 0895-2001-AA
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 02333-2004-HC

Recibido: 30/03/2024

Aprobado: 05/05/2024

*Avances en la Informatización del Derecho
Notarial cubano*

*Advances in the Computerization of Cuban
Notarial Law*

Gretcher Lamas Bertrán* <https://orcid.org/0000-0001-8068-8615>
Celia Araújo Quintero** <https://orcid.org/0000-0002-4321-5429>
Dayamis Ramírez Thomas*** <https://orcid.org/0000-0001-6008-8508>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2651>

- * Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Civil y Familia. Profesora Principal de Derecho Internacional Privado en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guantánamo, Cuba.
Correo electrónico: glamas@nauta.cu y gretcherlamas2@gmail.com
- ** Doctora en Derecho. Profesora de las asignaturas Derecho de Contratos y Derecho de Autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba.
Correo electrónico: celia@uo.edu.cu
- *** Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Civil y Familia. Profesora Principal de Derecho Civil General y Derecho Procesal Parte General en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guantánamo, Cuba.
Correo electrónico: dayamisramirezthomasrt@gmail.com

Lex





La naturaleza y yo, óleo sobre lienzo 60 x 80 cm.

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

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

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

RESUMEN

En este artículo se pretende realizar un estudio en torno a los avances en la informatización del Derecho Notarial cubano, a partir de un análisis doctrinal y exegético que caracteriza el tratamiento jurídico dado a través del devenir histórico nacional, implementando breves propuestas de perfeccionamiento a la legislación notarial cubana, a fin de atemperar a la realidad la regulación legal de la figura que ahora se ilustra. Para ello la presente investigación, auxiliadas de diversos métodos generales tales como análisis-síntesis, inducción-deducción, y específicos de las investigaciones jurídicas entre los que pueden citarse el método jurídico-comparado y exegético-jurídico.

Palabras clave: *derecho Notarial-documento electrónico-firma electrónica.*

ABSTRACT

This article aims to carry out a study on the advances in the computerization of Cuban Notarial Law, based on a doctrinal and exegetical analysis that characterizes the legal treatment given through the national historical evolution, implementing brief proposals to improve the legislation. Cuban notary, in order to temper the legal regulation of the figure that is now illustrated to reality. To achieve this, this research has been aided by various general methods such as analysis-synthesis, induction-deduction, and specific methods of legal research, among which the comparative-legal and exegetical-legal methods can be mentioned.

Keywords: *notarial law, electronic document, electronic signature.*

I. INTRODUCCIÓN

La forma escrita en soporte papel constituye el medio tradicional para la autorización de documentos públicos notariales. No obstante, existen países que confían en la capacidad que posee el documento en soporte electrónico para reflejar la voluntad de las partes, respetando una serie de formalidades y solemnidades que el actuar notarial lleva implícito, y el ser considerado como una prueba preconstituída dependerá fundamentalmente de su capacidad de circulación y permanencia en el tiempo, además de su inalterabilidad, es decir, ha de poder probarse que el instrumento original no ha sufrido modificaciones desde que vio la luz y que pueda demostrarse además que ha sido emitido por su supuesto creador¹, teniendo gran importancia al respecto la firma digital electrónica, que según Calabrese y Scotti:

No hace referencia a una firma ológrafa escaneada ni a una firma manual realizada en una tableta cuyo trazo se traslada a un documento digital, sino que estamos hablando aquí de una combinación de dos claves numéricas, una pública y otra privada, que permite otorgarle al documento digital dos garantías: la identificación del firmante, con una presunción de autenticidad, y la no alteración del contenido del documento con posterioridad a la firma del mismo².

La realidad es que el mundo hoy sigue esos pasos, y aunque queda mucho por hacer, ya los términos documento notarial electrónico, firma digital, incluso protocolo digital, conformado por esos instrumentos, no son para nada ajenos al oído, al contrario, son cada vez más utilizados en el ámbito del funcionario público.

1 Vid. Valeria Virginia Calabrese, Valeria Virginia y Sofia Teresa Scotti, “La aplicación del protocolo digital”, en *Revista del Notariado*, No. 935 (enero-marzo 2019): pp. 46. ISSN 2362-6186

2 *Idem*, p. 49.

II. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO PRESENTE EN LA UINL Y VÍAS PARA SU PUESTA EN PRÁCTICA

A propósito del tema, la Unión Internacional del Notariado (UINL) en su 28 Congreso, celebrado en París, Francia, los días 19 al 22 de octubre de 2016, refirió como Tema II: “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos”, reconociéndose en la actualidad tres posibles formas de autorización y archivo de las escrituras públicas, dígase el soporte en papel y la firma manuscrita, forma convencional e internacionalmente utilizada desde la creación de la asociación, y dos variantes de documento en soporte electrónico; el primero con firma de los otorgantes por firma electrónica simple o cualificada y firma del notario cualificada³, y el segundo, con firma de los otorgantes en tablilla electrónica y encriptación mediante la firma electrónica cualificada del notario.

Lo que sí deja claro el citado Congreso para cualquiera de las formas utilizadas es la necesidad de la presencia del notario como requisito esencial para desarrollar el proceso de autenticación del documento (identificación de las partes, juicio de capacidad, control de la legalidad referido al fondo del asunto, depuración de cualquier vicio del consentimiento... y por último la dación de fe de su contenido). Además, fue recomendado el empleo de la copia en soporte electrónico y se dan pautas para la utilización del archivo electrónico⁴, lo que, según criterio de esta autora, pretende ajustar el ámbito del documento público, sin que este pierda su esencia, a una realidad digital que cada día se afianza con más fuerza en la sociedad moderna.

Otra novedad del Congreso, que reafirma lo planteado por esta autora, ha sido apoyar y propiciar el establecimiento de plataformas electrónicas de colaboración entre notarios a nivel internacional, poniendo el ejemplo de Eufides, Proyecto desarrollado con éxito entre los países miembros de la Unión Europea con sistema del notariado latino, que vio la luz en el año 2012 aproximadamente, para facilitar a sus ciudadanos la circulación de los documentos notariales en otro Estado miembro con la máxima seguridad y agilidad jurídicas⁵.

En igual sentido y dada la importancia que reviste para la circulación de documentos públicos notariales a escala mundial, durante el I Encuentro de Ministros de Justicia de Iberoamérica

3 La firma electrónica está constituida por datos electrónicos que acompañan a una determinada información que también se encuentra en soporte electrónico. En un concepto legal la firma electrónica equivale a la firma manuscrita que tiene por objeto dar fe de la voluntad del firmante. Existen 3 tipos de firmas electrónicas: simple, avanzada y cualificada, diferenciadas fundamentalmente por sus niveles de seguridad y capacidad de garantizar la integridad del documento que se firma. (ESTU-DILLO, Martha: *Blog de Transformación Digital de Signaturit*, de 10 de agosto de 2022, disponible en: blog-signaturit-com.cdn.ampproject.org, consultado el 10 de noviembre de 2022)

4 Vid. Conclusiones del Tema II del 28 Congreso Internacional del Notariado en París, 2016, disponible en: <https://www.elnotariado.com/conclusiones-tema-ii-28-congreso-internacional-notariado-paris-5958.html>, consultado el 7 de mayo de 2021, p.1.

5 El proyecto facilita la compra de inmuebles en otro Estado miembro, las transmisiones hereditarias, las particiones y adjudicaciones producto de un divorcio, la creación de sociedades comerciales transfronterizas o los reagrupamientos societarios atrayendo de esta forma diversas inversiones, siempre con la máxima seguridad jurídica y agilidad posibles.

(COMJIB) y de los Países de Lengua Portuguesa (CMJPLOT) celebrado en Tenerife, España, a principios de octubre de 2021 fue presentada la redIber@, la nueva plataforma tecnológica de conexión y comunicación de la Red Iberoamericana de Cooperación Internacional, desarrollada por el notariado español para mejorar y agilizar la circulación de documentos judiciales, fiscales y notariales entre los países iberoamericanos⁶ al amparo del Tratado de Mecedín⁷.

Además fue presentada la solución tecnológica EUDoc, desarrollada por el Consejo General del Notariado (España) y su homólogo alemán, utilizando tecnología del notariado español, consistente en una plataforma segura y autenticada basada en certificados electrónicos para el intercambio de documentos notariales firmados con firma cualificada, cerrándose el proceso con la notificación de la descarga del documento y la emisión de un recibo en PDF con sello de tiempo cualificado⁸.

Por otra parte, la presidenta de la UINL, Cristina Noemí Armella, presentó *vía on line* el proyecto Iberfides, plataforma tecnológica que permite la interconexión y circulación de documentos notariales entre los países iberoamericanos que respondan al notariado latino que cuenta en gran medida con la colaboración del Notariado español. Se prevé que esta plataforma facilite las relaciones jurídicas transnacionales en materia negocial, empresarial y familiar. El sistema se estructura sobre la base de la actuación conjunta del notario de la nación donde radican los otorgantes y un notario del país donde el documento pretende ser efectivo, colaboración que contiene la fase de preparación o redacción, el otorgamiento y la fase posterior que incluye la presentación para su inscripción en los registros correspondientes y el pago de impuestos, demostrándose una unificación y ayuda mutua entre los notarios de diferentes países, a tono con las indicaciones del Congreso mencionado, en aras de favorecer a una mejor circulación del documento en la arista internacional.

Tema que ha cobrado mayor importancia a raíz de la pandemia del Covid-19, razón por la cual, será nuevamente abordado en el XXX Congreso Internacional del Notariado a celebrarse en México del Primero al 3 de diciembre del año 2022, cuyo Tema I se denomina: “El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual”, pretendiendo abordarse aspectos como la difusión de las herramientas digitales en el ejercicio de la función notarial, firmas electrónicas/digitales, documentos electrónicos, accesos a registros públicos en línea; la escritura con comparecencia remota, valorándose el funcionamiento de los sistemas que habiliten esta

6 La plataforma Iber@ ha sido desarrollada por ANCERT, el centro tecnológico del Consejo General del Notariado en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

7 Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, firmado en Medellín, Colombia, los días 24 y 25 de julio de 2019, que en sus artículos del 3 al 5 refiere todo lo relacionado con la plataforma Iber@. (Vid. Tratado de Medellín, disponible en: <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-11/PL384-2021C%20%28COMJIB%29.pdf>, consultado el 10 de octubre de 2021.

8 Esta plataforma fue presentada al Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), con el fin de que se pueda extender a los 22 notariados que lo integran.

modalidad y sus posibles dificultades y el riesgo para la función notarial frente a la difusión de herramientas digitales.

III. FORMA ELECTRÓNICA DE LOS INSTRUMENTOS EN EL DERECHO COMPARADO

Como ha quedado reflejado anteriormente, en el ámbito del notariado latino se admiten como formas de autorización actualmente el soporte papel y la firma manuscrita, que al constituir la forma original de representación de la voluntad de los otorgantes, goza de presencia expresa prácticamente en todas las naciones pertenecientes al notariado latino, siendo válido aclarar que un sistema no opaca al otro, todo lo contrario, la elección de uno u otro procedimiento queda a criterio de los otorgantes, y en consecuencia, el notario termina llevando dos archivos y se generan dos sistemas de conservación distintos⁹.

Francia constituye uno de los países que contempla la escritura íntegramente electrónica, desde el Decreto 2005-973 de 10 de agosto de 2005¹⁰, donde la recogida de firmas de los comparecientes se efectúa sobre una tablilla electrónica. En tiempos de Covid-19 fue emitido un nuevo Decreto número 2020-1422 de 20 de noviembre, por el que se establece el poder especial a distancia, brindando la posibilidad al notario de constituir un poder en formato electrónico, cuando una o más de las partes no se encuentren ante él¹¹. Goza de igual fuerza probatoria que el soporte papel, argumento justificado con los artículos 1316-3 y 1316-4 del Código Civil Francés¹², corroborado además por el artículo 1108-1 del propio cuerpo legal: *“Cuando para la validez de un acto jurídico se exija un escrito, este podrá elaborarse y conservarse en forma electrónica en las condiciones previstas en los artículos 1316-1 y 1316-4”*.

Italia se suma a la línea de los países que admite la escritura matriz en soporte electrónico, según lo establecido en el Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010. En este sistema el notario rubrica con la firma electrónica notarial emitida por el *Consiglio Nazionale del Notariato* mientras que las partes pueden firmar con firma electrónica simple, complementándose dicho sistema con la firma en tablilla.

9 Para ejemplificar lo anterior Vid. Artículos 1316-3, 1316-4 y 1108-1 del Código Civil Francés, artículo 17bis 2b) de la Ley del Notariado Español y el Reglamento de la Ley Orgánica Notarial que refiere un capítulo al soporte papel y otro al soporte notarial electrónico.

10 Vid. Anexos 1 y 2.

11 *Idem*

12 *Ibidem*

Para el caso de España, el primero de enero de 2002 entró en vigor una importante reforma de la Ley del Notariado para implantar el instrumento público electrónico, reconocido en el texto del nuevo artículo 17 bis 2 b), el mismo citado respecto a la forma escrita, debido a que se equiparan ambos soportes. El notario ha de plasmar su rúbrica con la firma electrónica avanzada, obtenida de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de los notarios¹³, siendo el Consejo General del Notariado quien provee a los funcionarios públicos de su firma electrónica y certifica su autenticidad en medios electrónicos; firmando los intervinientes con firma electrónica, que puede ir desde la firma electrónica reconocida hasta la firma en tablilla o mediante un simple PIN.

En el continente americano, Uruguay y Venezuela constituyen dos naciones que han alcanzado un gran desarrollo en este punto. Tal es así que el Reglamento de la Ley Orgánica Notarial de la primera nación mencionada regula en el Capítulo II “El soporte notarial electrónico” (artículos 297-302)¹⁴, exponiendo que los documentos notariales electrónicos autorizados por los escribanos deberán extenderse en soporte notarial electrónico y firmados con su firma electrónica avanzada.

Brindando una mayor amplitud al tema en cuestión, y dada la circulación internacional cada vez más creciente del documento electrónico, el 19 de octubre de 2020, la Corte Suprema de Justicia en Acuerdo de la Dirección General de los Servicios Administrativos (D.G.S.A), resolvió autorizar la admisión de los documentos electrónicos provenientes del extranjero, así como las copias en soporte papel de estos, siempre que se encuentren apostillados o legalizados¹⁵, ubicando a Uruguay en un plano superior a otros países americanos en este punto.

Venezuela, siguiendo los mismos pasos, asume en su normativa el documento notarial electrónico en los artículos 24, 25 y 33 del citado Decreto 1.422, el que de alguna forma remite al artículo 16 del Decreto con fuerza de Ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas, de 10 de febrero de 2001, que refiere la validez y eficacia de la firma electrónica¹⁶, demostrando que el documento electrónico ha ganado terreno en el Derecho Notarial sin buscar desplazar el soporte papel, todo lo contrario, equiparándose a este.

Respecto a la expedición de copias en formato electrónico y acorde con lo expuesto por el Congreso de la UINL ya mencionado: *Se recomienda fomentar el uso de la copia en soporte*

13 *Vid.* Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwio2u2gpPTxAhWnRzABHQ_HAowQFjAAegQIBhAD&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbuscar%2Fpdf%2F2003%2FBOE-A-2003-23399-consolidado.pdf&usg=AOvVaw3nck4TXhbXDhXkfdlOaqxE, consultado el 18 de julio de 2021.

14 *Vid.* Anexos 1 y 2.

15 En Uruguay los documentos públicos provenientes del extranjero (digitales o en soporte papel), deben ser tramitados ante la Inspección Notarial de los Registros Notariales.

16 *Vid.* Anexos 1 y 2.

electrónico y procurar, en su caso, las oportunas modificaciones legislativas en aquellos países en los que no se hallare conocida¹⁷, todos los países mencionados regulan en sus normas el uso de la copia electrónica del documento público¹⁸, cada uno con sus características.

En el caso de Francia, el Decreto de 5 de diciembre de 2016 refiere que la copia digital debe proporcionar una garantía de la integridad del documento original, lo que se logra a través de una huella electrónica que garantiza que cualquier modificación posterior a la copia es detectable. Todo ello, bajo la supervisión del Consejo Superior de Notarios. En Uruguay, la admisión de los documentos y copias electrónicas corre a cargo de la Inspección General de Registros Notariales.

Alemania y Argentina, son países que también presentan leyes de firmas electrónicas¹⁹. Para el caso del primer país mencionado, los requisitos de esta firma (llamada *Signatur*, frente a la *Unterschrift* o firma tradicional) se regularon inicialmente en esa ley, pero actualmente este particular encuentra respaldo en el artículo 126 a) del BGB ya citado²⁰, siendo utilizada esta modalidad fundamentalmente para el caso de los contratos. Argentina, siguiendo una línea similar, reconoce en la legislación de firma electrónica y sus modificaciones, la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital, complementando las normas de derecho civil y comercial relativas a la firma, al documento, y a la conservación documental, instituyendo la infraestructura de firma digital con alcance federal.

Sin embargo, en materia notarial, ambas naciones se mantienen conservadoras, debido a que no admiten aún la escritura matriz en soporte electrónico. Alemania alega que: “el soporte papel es la única forma de conseguir las finalidades del procedimiento de autenticación: lectura, información y consejo, identificación, control de capacidad legal y firma de las partes en un documento para ser conservado a largo plazo”²¹. En Argentina, por otra parte, persiste la contradicción de que si el instrumento electrónico puede alcanzar la categoría de documento público, lo que ha provocado una tardanza en la legislación al respecto.

Para el caso de España, en palabras de Enrique Brancós Nuñez: “Aquí se siguió un segundo principio básico: lo que realmente agiliza el tráfico no es si la matriz está en soporte papel o

17 *Vid.* Conclusiones del Tema II del 28 Congreso de UINL, ob. cit.

18 *Vid.* Artículos 36 y 37 del Decreto francés 2005-973; artículo 17 bis.8) de la Ley del Notariado Español, artículos 303-310 del Reglamento de la Ley Orgánica Notarial de Uruguay y artículo 76 del Decreto 1.422 de la República Bolivariana de Venezuela.

19 Ley (alemana) de Firma Electrónica, de 1997 y para Argentina Ley de firma digital, La Ley 25.506 de 14 de noviembre de 2001, modificada por la Ley 27.446 de 30 de mayo de 2018, los Decretos 2628 del 19 de diciembre de 2002 y sus modificatorios, 283 del 14 de febrero de 2003, 561 del 6 de abril de 2016, 1063 del 4 de octubre de 2016, 892 del primero de noviembre de 2017, 801 del 5 de septiembre de 2018 y 802 del 5 de septiembre de 2018 y el Decreto 182 de 11 de marzo de 2019.

20 *Vid.* Anexos 1 y 2.

21 *Vid.* Informe de Alemania con motivo del “XXVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado” celebrado en París en 2016. (Extraído de El documento notarial en soporte electrónico, por Enrique Brancós Nuñez, op. cit.).

en soporte electrónico sino la facilidad de desplazamiento de las copias. Por ello la reforma (...) dejó pendiente de desarrollo el soporte electrónico de la matriz y pasó a regular con todo detalle la copia electrónica tal como hoy la conocemos”²².

Resulta válido aclarar que estas copias solo podrán ser remitidas “...a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccionales, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio”²³, lo que posibilita mayor agilidad en el servicio.

IV. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

La nación cubana no ha alcanzado tan altos niveles de desarrollo como algunos de los países estudiados en el capítulo anterior (Francia, Italia, España, Uruguay y Venezuela) en lo que respecta a la circulación del instrumento público notarial en soporte electrónico, pues ha sido en la segunda mitad del año 2021 que se han dado los primeros pasos en cuanto a la firma digital y la copia electrónica en el campo del Derecho Notarial, aunque puede afirmarse que hace más de una década constituye el soporte electrónico la fuente principal empleada para la redacción de los documentos notariales, y poco a poco se ha ido ganando terreno en este campo al que le falta mucho por ofrecer todavía.

Hace ya un tiempo, a principios del año 2000, estuvo en práctica el sistema SISNOT (Sistema de Notarías) para la redacción y custodia digital de los documentos públicos notariales, pero al resultar engorroso unido a la poca atención que se le brindaba al mantenimiento del propio sistema y de las computadoras que lo establecían, fue cayendo en desuso hasta que dejó de utilizarse por completo. A pesar de ello, el Ministerio de Justicia (MINJUS) del país no ha cejado en el empeño de abogar por los adelantos informáticos. Es por ello que desde el año 2016, con la entrada en vigor de la Instrucción 1 de 6 de enero, complementada con el Anexo 6 del 5 de mayo del propio año, la Dirección de Notarías implementa las guías para el cumplimiento de las acciones de control y fiscalización de la actividad notarial, introduciendo, de manera excepcional, la variante de la supervisión de las matrices en soporte digital cuando por impedimento de índole material resultara imposible la inspección de manera convencional²⁴.

22 Enrique Brancós Nuñez, “El documento notarial en soporte electrónico”, en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2021/ N° 95, disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/8655-el-documento-notarial-en-soporte-electronico>, consultado el 5 de mayo de 2021, p. 1.

23 *Vid.* Artículo 17 bis apartado 3 de la Ley del Notariado de España, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1)/con), consultado el 30 de octubre de 2022.

24 Resulta válido reconocer que, a pesar de los avances experimentados en materia notarial, los mayores logros en cuanto a la informatización de la información se centran en los registros públicos del MINJUS. El Decreto Ley 335 “Del Sistema de

Afianzando lo antes expuesto, el 6 de marzo de 2017 la entonces Ministra del organismo María Esther Reus, dictó la Resolución 33 encaminada a establecer las normas metodológicas para la protección de los datos personales e información contenida en los archivos informáticos en los que se conserven los documentos notariales, prohibiéndose su extracción de la sede notarial, con independencia del soporte en el que se encontraran. La Indicación Metodológica Conjunta de 28 de diciembre de 2018 firmada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora de Notarías, y Simón Julio Chung Saiz, Director de Informática, ambos pertenecientes al MINJUS, especifica esas normas al regular la habilitación de una carpeta digital por el notario durante cada año natural que agrupe todos los documentos protocolizables autorizados por este; la creación además de una carpeta digital donde se guarden los documentos no protocolizables del año correspondiente; pudiendo agregarse otra carpeta con las notificaciones a los registros públicos, lo que a criterio de esta autora, puede representar una génesis de protocolo digital.

Lo cierto es que todas estas normativas permitieron que durante el año 2020 se utilizara la modalidad de supervisión de los documentos notariales en soporte digital, con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las formalidades y solemnidades legales establecidas para la autorización de escrituras y actas, tanto en el orden instrumental como material²⁵.

Todo lo anterior fue preparando el terreno para que el 6 de agosto de 2021 viera la luz el Decreto Ley 46 “Sobre las Micro, Pequeñas y Medianas empresas” (MIPYMES)²⁶, que en la Sección Quinta “Formalización de la Constitución”, refiere que su constitución se formaliza mediante escritura pública notarial por el socio único o todos los socios fundadores, y la escritura de referencia se presenta a inscripción en el Registro Mercantil en el plazo de hasta 30 días hábiles a partir de su otorgamiento²⁷, la particularidad del trámite radica en que la copia de la Escritura de Constitución se remite al Registro referido en soporte electrónico estampando la firma digital del notario autorizante, según lo establece la Sección Tercera “De los Trámites Notariales” de la Resolución 623 de 16 de agosto de 2021, dictada por Alejandro Gil Fernández, Ministro de Economía y Planificación, aunque resulta válido aclarar que los socios fundadores mantienen su derecho a recibir copia en soporte papel.

Actualmente la firma digital del notario se acredita a través de un contrato entre un representante institucional de la Empresa ACXETID²⁸ y los solicitantes, que han de ser personas con facultades suficientes para solicitar un certificado electrónico a la Autoridad de Certificación (en este caso los notarios), documento que solo podrá ser empleado para

Registros Públicos de la República de Cuba”, de 20 de noviembre de 2015, establece las bases fundamentales para avanzar en el proceso de integración e informatización de los registros, en estrecha alianza con otras empresas como el Grupo Empresarial de la Informática y las Comunicaciones (GEIC), la Empresa Cubana Desoft y otros 10 organismos estatales para integrar y simplificar los engorrosos trámites en los Registros Públicos.

25 *Vid.* Circular 6 de 29 de marzo de 2021, dictada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora de Notarías del MINJUS.

26 Publicado en la *Gaceta Oficial Ordinaria* número 94 de fecha 19 de agosto de 2021.

27 *Vid.* Artículos 33, 34 y 35 del citado Decreto Ley.

28 Empresa de Tecnologías de la Informática para la Defensa, encargada de la digitalización de los procesos en el MINJUS, que en un inicio se nombró XETID.

autenticar digitalmente la identidad del cliente ante terceros y firmar electrónicamente documentos digitales de forma que se garantice la integridad de los datos transmitidos y su procedencia, todo bajo el control del Departamento de Informática y Notarías del MINJUS.

Este escenario que presenta como protagonista a la copia del documento notarial en soporte electrónico, conllevó a que el actual Ministro de Justicia, Oscar Manuel Silvera Martínez dictara la Resolución 368 de 20 de septiembre de 2021²⁹, con el objetivo de modificar el artículo 134 de la Resolución 70 de 1992, en el sentido de incluir la posibilidad de expedirse copias digitales que se autorizan con la firma digital del notario que tiene a cargo el protocolo, lo que constituye el mayor paso de avance en la legislación notarial cubana hacia la tendencia foránea de la utilización del documento y sus copias en soporte electrónico.

Resulta válido agregar que dicha modificación ha resultado bastante parca a criterio de esta autora, limitándose a expresar que en la escritura existen fijados e inutilizados los sellos del timbre correspondientes ya sea en soporte papel o digital y la posibilidad de expedir copias digitales autorizadas con la firma digital del notario que tiene a su cargo el protocolo, sin definir el alcance que ha de tener la circulación en el tráfico jurídico de esta forma de copia, dígame si solo será válida para circular entre los funcionarios y organismos afines como otro notario, cualquier Registro Público, o algún órgano de la administración pública o jurisdiccional, o sencillamente tendrá el mismo alcance que la copia expedida en soporte papel a la que tiene acceso la población en general; ni se hace mención sobre cómo proceder en el caso de recepcionar una copia de un documento público notarial en soporte electrónico proveniente del extranjero.

Respecto al alcance que ha de tener la copia en soporte electrónico, la Resolución 493/2022, de 26 de septiembre, referida al procedimiento del divorcio por mutuo acuerdo³⁰, perfila un poco más la intención del legislador al exponer en el artículo 14 que el notario expide la copia literal de la escritura pública de divorcio en soporte papel o digital. Además la mencionada Resolución refuerza la comunicación vía digital entre organismos afines, al reflejar en su artículo 13 que una vez autorizada la escritura pública, el funcionario público *remite comunicación por vía y con firma digital a los registros que correspondan*³¹, sin embargo, la norma nada refiere sobre la recepción de un documento notarial proveniente del extranjero en soporte electrónico, como ya es práctica en el Derecho Comparado como quedó expresado anteriormente. Para ello debe crear una serie de mecanismos que propicien toda la cadena de legalización a la que se somete el documento notarial para surtir efectos en Cuba, de manera digital.

29 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* número 119, Edición Ordinaria, el 21 de octubre de 2021.

30 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* número 58, Extraordinaria, el 27 de septiembre de 2022.

31 *Vid.* Artículo 13 de la Resolución 493/2022

- Propuestas de perfeccionamiento

Partiendo de la realidad y el grado de desarrollo en el que se encuentra nuestro país hasta la fecha en materia de informatización de la actividad notarial, esta autora muy humildemente ofrece dos propuestas que pueden ayudar a perfeccionar aún más la actividad:

- Incluir en la Sección Décima, “De las copias”, de la Resolución 70 de 1992, Reglamento de las Notarías Estatales, el alcance que ha de tener esa copia del documento notarial expedida en soporte electrónico, en cuanto a la circulación, para no dejarlo a la interpretación de normas que sean expedidas con posterioridad.
- Incluir en la Sección Décima, “De las copias”, de la Resolución 70 de 1992, uno o varios artículos referidos a la forma en que ha de operar la recepción de la copia de documento notarial en soporte electrónico proveniente del extranjero. Para ello ha de reflejarse de manera digital todo lo relacionado con la cadena de legalizaciones pertinentes, hasta llegar al MINREX que certifique la firma digital del cónsul cubano en el país de procedencia. Posteriormente esa copia de documento público notarial en soporte electrónico debe ser enviada a los Departamentos de Informática y Notarías del MINJUS, el primero para asegurarse que esta no ha sido modificada ni adulterada y el segundo para que certifique su legalización a fin de que pueda circular en el tráfico jurídico.

V. CONCLUSIONES

1. La UINL permite que en la actualidad se autorice y circule en el tráfico jurídico el documento público notarial en soporte papel, como su forma tradicional, y en soporte electrónico, existiendo presencia de una coexistencia entre ambas, lo que se ha convertido en una tendencia en el Derecho Comparado, propiciándose incluso la creación de plataformas electrónicas de interconexión para la comunicación entre los notarios del notariado latino a nivel internacional.
2. Cuba, a pesar de no encontrarse tan desarrollada en lo referente al documento electrónico, ha demostrado avances al respecto, al permitir la inspección de las matrices de manera digital, la circulación de la copia de constitución de las MIPYMES al Registro Mercantil de manera digital con la firma del notario de la misma naturaleza, ratificándose en la reciente Resolución del divorcio notarial de mutuo acuerdo; sin embargo, la modificación de la Sección Décima “De las Copias” de la Resolución 70/92 no deja claro el alcance que ha de tener la copia en soporte electrónico, ni existe

normativa aun que se pronuncie respecto a la recepción en Cuba de un documento extranjero en soporte completamente electrónico.

3. Por ello, de forma muy modesta el presente artículo propone que en la Resolución 70/92 quede reflejado el alcance que han de tener la copia en soporte electrónico y la forma de recepcionar en Cuba este tipo de copia proveniente del extranjero.

REFERENCIAS

- Ahomed, R. “Revisión de literatura sobre las barreras a la transformación digital y su relación con el re- Brancós Nuñez, Enrique. “El documento notarial en soporte electrónico”, en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2021/ N° 95, consultado en 5 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/8655-el-documento-notarial-en-soporte-electronico>
- Calabrese, Valeria Virginia y Scotti, Sofia Teresa. “La aplicación del protocolo digital”, en *Revista del Notariado*, No. 935 (enero-marzo 2019), ISSN 2362-6186. pp. 46-65.
- Conclusiones del Tema II del 28 *Congreso Internacional del Notariado en Paris*, 2016, disponible en: <https://www.elnotariado.com/conclusiones-tema-ii-28-congreso-internacional-notariado-paris-5958.html>, consultado el 7 de mayo de 2021
- Estudillo, Martha: *Blog de Transformación Digital de Signaturit*, de 10 de agosto de 2022, consultado el 10 de noviembre de 2022, disponible en: blog-signaturit-com.cdn.ampproject.org
Ticket: Sistema de reservas online, disponible en: www.xetid.cu, consultado el 10 de noviembre de 2022.
- *Tratado de Medellín*, disponible en: <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-11/P.L.384-2021C%20%28COMJIB%29.pdf>, consultado el 10 de octubre de 2021.
- *I Encuentro de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB) y de los Países de Lengua Portuguesa (CMJPLOT)* celebrado en Tenerife, España, a principios de octubre de 2021, disponible en: <https://www.segib.org>, consultado el 17 de noviembre de 2021.

FUENTES LEGALES

- Código Civil francés, aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804, redacción vigente a primero de julio de 2013, disponible en: https://www.academia.edu/35741110/C%3%B3digo_civil_franc%3%A9s_Edic%3%B3n_biling%3%Be, consultado el 10 de julio de 2021.

– Código Civil Alemán (BürgerlichesGesetzbuch, BGB), en vigor desde el primero de enero de 1900, última modificación por la Ley de primero de octubre de 2013, disponible en: www.wipo.int, consultado el 3 de abril de 2021.

– Ley del Notariado de España, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1)/con), consultado el 30 de octubre de 2022.

– Ley Orgánica Notarial, Uruguay, Decreto Ley 1.421 de 31 de diciembre de 1878 y Reglamento de la Ley Notarial Uruguay, Acordada 7533 de 22 de octubre de 2004 y Acordada 7831 de 5 de febrero de 2015, disponibles en: <https://www.aeu.org.uy/Documentos/Ley-Organica-y-Reglamento-Notarial-uc996>, consultado el 30 de septiembre de 2021.

– Decreto 1.422, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria 6.156 de la República Bolivariana de Venezuela el 19 de noviembre de 2014.

– Ley de las Notarías Estatales, Ley N° 50 de 28 de noviembre de 1984, editada por el Ministerio de Justicia.

– Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, España, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23399-consolidado.pdf>, consultado el 18 de julio de 2021.

– Ley de firma digital, La Ley 25.506 de 14 de noviembre de 2001, Argentina, modificada por la Ley 27.446 de 30 de mayo de 2018, los Decretos 2628 del 19 de diciembre de 2002 y sus modificatorios, 283 del 14 de febrero de 2003, 561 del 6 de abril de 2016, 1063 del 4 de octubre de 2016, 892 del primero de noviembre de 2017, 801 del 5 de septiembre de 2018 y 802 del 5 de septiembre de 2018 y el Decreto 182 de 11 de marzo de 2019, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/320735/norma.htmDecreto182/19>, consultado el 28 de septiembre de 2021

– Decreto número 71-941 de 26 de noviembre de 1971, Francia, relativo a las escrituras redactadas por notarios, modificado por el Decreto 2005-973 de 10 de agosto de 2005, disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiB5tuS3sDzAhUrRDABHe9hC8QFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2FaffichTexte.do%3FcidTexte%3DJORFTEXT000000511476&usq=AOvVaw01MSUKaLb3G9j7VJ1Nn8SP>, consultado el 11 de julio de 2021.

– Decreto número 2020-1422 de 20 de noviembre de 2020, Francia, por el que se establece el poder notarial a distancia, disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJqMro3sDzAhUbRTABHXK9D4MQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fjorf%2Ffid%2FJORFTEXT000042544060&usq=AOvVaw3w2HAE7n6j09tLt1bpbUVW>, consultado el 11 de julio de 2021.

– Decreto Ley 335 “Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba”, de 20 de noviembre de 2015, que establece las bases fundamentales para avanzar en el proceso de integración e informatización de los registros.

- Decreto Ley 46, de 6 de agosto de 2021 “Sobre las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas”, promulgado en la *Gaceta Oficial Ordinaria* número 94 de 19 de agosto de 2021.
- Resolución No. 70 de 9 de junio de 1992 del Ministro de Justicia, Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales.
- Resolución 623 de 16 de agosto de 2021, dictada por Alejandro Gil Fernández, Ministro de Economía y Planificación
- Resolución 368 de 20 de septiembre de 2021, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* número 119, Edición Ordinaria, el 21 de octubre de 2021, que modifica el artículo 134 de la Resolución 70 de 1992
- Resolución 493/2022, de 26 de septiembre, referida al procedimiento del divorcio por mutuo acuerdo, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* número 58, Extraordinaria, el 27 de septiembre de 2022.
- Circular 6 de 29 de marzo de 2021, dictada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora de Notarías del MINJUS.

Recibido: 13/03/2024

Aprobado: 30/04/2024

ANEXOS

Anexo 1: Países analizados: Normas estudiadas al respecto

Países analizados	Forma electrónica de los instrumentos Normas estudiadas por países al respecto
Alemania	Requisitos de la firma electrónica, BGB, (artículo 126 a), aunque esta nación aun no regula los documentos notariales en soporte electrónico.
Francia	Código Civil francés, aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804, redacción vigente a primero de julio de 2013 (artículos 1316-3 y 1316-4) Decreto 2005-973 de 10 de agosto de 2005, que modifica el Decreto número 71-941 de 26 de noviembre de 1971, relativo a las escrituras redactadas por notarios. Este país admite la escritura íntegra en soporte electrónico..
Italia	Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010.
España	Ley del Notariado español de 28 de mayo de 1862, consolidada con las reformas del 30 de noviembre de 2006, artículo 17 bis 2.b).
Argentina	Ley de firma digital, La Ley 25.506 de 14 de noviembre de 2001, modificada por la Ley 27.446 de 30 de mayo de 2018, los Decretos 2628 del 19 de diciembre de 2002 y sus modificatorios, 283 del 14 de febrero de 2003, 561 del 6 de abril de 2016, 1063 del 4 de octubre de 2016, 892 del primero de noviembre de 2017, 801 del 5 de septiembre de 2018 y 802 del 5 de septiembre de 2018 y el Decreto 182 de 11 de marzo de 2019, aunque al igual que Alemania, no son admitidos los documentos notariales en soporte electrónico.
Uruguay	Reglamento de la Ley Orgánica Notarial, modificado al respecto por la Circular 6 de 5 de febrero de 2015, Acordada 7831.
Venezuela	Decreto 1.422, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, de la República Bolivariana de Venezuela de 19 de noviembre de 2014 (artículos 24, 25 y 33). Ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas, de 10 de febrero de 2001 (artículo 16).

Anexo 2: Variable de comparación: Forma electrónica de los instrumentos en el articulado de las normas

Países analizados	Forma electrónica de los instrumentos
Alemania	<p>§ 126a Elektronische Form</p> <p>(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung diesen seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen.</p>
Francia	<p>Artículo 1316-3: El escrito en soporte electrónico goza de tanta fuerza probatoria como el soporte papel.</p> <p>Artículo 1316-4: La firma necesaria para perfeccionar un acto jurídico identificará al que la hubiese estampado. Dicha firma expresará el consentimiento de las partes en relación con las obligaciones que dimanen del acto. Cuando sea estampada por un funcionario público, conferirá al acto carácter público. Cuando sea electrónica, deberá consistir en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantice su vinculación con el acto al que vaya unida. Salvo prueba en contrario, la fiabilidad de este procedimiento se presumirá cuando la firma electrónica hubiese sido creada, la identidad del firmante asegurado, y la integridad del acto garantizada, en las condiciones definidas en virtud de decreto adoptado en Conseil d'État.</p> <p>Artículo 16: El notario que redacta un documento electrónico utiliza un sistema de procesamiento y transmisión de información aprobado por el Consejo Superior de Notarios y garantiza la integridad y confidencialidad del contenido del documento.</p> <p>Los sistemas de comunicación de información que implementen los notarios deben ser interoperables con los de otros notarios y los organismos a los que deben transmitir los datos.</p> <p>Artículo 17: La escritura debe ser firmada por el notario mediante un proceso seguro de firma electrónica de acuerdo con los requisitos del decreto n° 2001-272 de 30 de marzo de 2001 adoptado para la aplicación del artículo 1316-4 del código civil y relativo a la firma electrónica.</p> <p>Esta firma se coloca por el notario tan pronto como se establece la escritura, si es necesario después de cumplir con los anexos a la escritura.</p> <p>Para su firma, las partes y testigos deben utilizar un proceso que permita colocar en la escritura notarial, visible en pantalla, la imagen de su firma manuscrita.</p> <p>Cuando la escritura debe contener una declaración manuscrita de quien contribuya a ella, el notario declara que la declaración ha sido fijada en cumplimiento de las condiciones previstas en el segundo párrafo del artículo 1108-1 del código civil.</p> <p>Artículo 20-1.- El notario en funciones podrá constituir un poder en formato electrónico, cuando una o más de las partes de esta escritura no se encuentren ante él.</p> <p>El intercambio de información necesaria para la constitución de la escritura y la recaudación, por parte del notario en funciones, del consentimiento de la parte o partes de la escritura que no se encuentran presentes se realizan mediante un sistema de tratamiento, comunicación y transmisión de información garantizando la identificación de las partes, la integridad y confidencialidad del contenido y aprobada por el Consejo Superior de Notarios (...)</p> <p>La escritura es perfecta cuando el notario en funciones le coloca su firma electrónica calificada.</p>
España	<p>Artículo 27 bis 2b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico (...) gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.</p>

Uruguay	<p>Artículo 297. Los documentos notariales electrónicos que autorice el Escribano en el ejercicio de su función notarial deberán extenderse en Soporte Notarial Electrónico y estar firmados con su firma electrónica avanzada (...)</p> <p>Artículo 298. El Soporte Notarial Electrónico, se ajustará a las características determinadas por la Suprema Corte de Justicia (...)</p> <p>Artículo 300. La Caja Notarial de Seguridad Social tiene la administración, generación y emisión del referido soporte electrónico (...)</p>
Venezuela	<p>Artículo 24. (...) El proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico, haciendo referencia a la firma electrónica de notarios y registradores en el siguiente precepto.</p> <p>Firma electrónica Artículo 25. La firma electrónica de los Registradores o Registradoras y Notarios Públicos o Notarias Públicas tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga.</p> <p>Digitalización de imágenes. Artículo 33. Las imágenes de los testimonios notariales y de los documentos que ingresen al Registro, serán digitalizadas y relacionadas tecnológicamente por el sistema. Estas imágenes serán incorporadas en la base de datos y podrán ser consultadas de manera simultánea con los asientos registrales y notariales relacionados.</p> <p>Ley sobre mensaje de datos... Validez y eficacia de la Firma Electrónica. Requisitos Artículo 16: La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos (...)</p>



Canto a la paz, óleo sobre lienzo 55 x 44 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*Cláusulas y prácticas abusivas en la ley del
contrato de seguro del Perú.
A doce años de su promulgación*

*Abusive Clauses and Practices in the Law Peru
Insurance Contract.
Twelve years after its promulgation*

Rolando J. Torres Gamero* <https://orcid.org/0000-0001-7312-1717>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2652>

- * Abogado por la UNMSM desde el año 1986, con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la misma Casa de Estudios, ejerció la docencia universitaria en las Facultades de Derecho de las Universidades Tecnológica del Perú, Garcilaso de la Vega y Alas Peruanas, presidió la Comisión de Estudio de Seguros del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2013-2016) la cual integró desde el año 1999 hasta 2017, Jefe del Departamento Legal de Royal & Sunalliance Seguros Fénix donde laboró desde el año 1985 hasta el 2002; expositor en el Diplomado de Seguros en IPAE desde 1999 hasta el 2009, profesor de las Escuelas de Seguros de la Asociación Peruana de Empresas Corredoras de Seguros (APECOSE) desde 1999 hasta 2021 y del Instituto Peruano de Seguros (IPS) desde 2009 a la fecha donde además ejerce el cargo de Director Académico desde Marzo de 2024.
Correo electrónico: rtorresgamero@gmail.com

Lex





Familia unida, óleo sobre lienzo 79 x 59 cm.

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

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

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

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar las figuras de las cláusulas y prácticas abusivas de seguros tanto en la doctrina como en la legislación nacional, considerando además que ya han transcurrido doce años de vigencia de la Ley N° 29946, Ley de Contrato de Seguros en el Perú que las regula en sus artículos 39° y 40°, apreciando que se ha hecho a la fecha para contrarrestarlas.

Palabras clave: *cláusulas abusivas, estipulaciones prohibidas, derecho de arrepentimiento.*

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the figures of abusive insurance clauses and practices both in doctrine and in national legislation, also considering that twelve years have already passed since Law No. 29946, Insurance Contract Law in Peru regulates them in its articles 39 and 40, appreciating what has been done to date to counteract them.

Keywords: *abusive clauses, prohibited stipulations, right of repentance.*

“La introducción de cláusulas abusivas es la excusa (no expuesta) para tanto desatino (las prácticas quedan subrogadas por normas objetivas). Y es prácticamente aquí, a esta altura, donde hace su aparición en escena la gran protagonista del derecho contractual de finales del siglo: la relación de equivalencia”

Rubén S. Stiglitz¹

I. INTRODUCCIÓN

Siendo el contrato de seguro reconocido en nuestra legislación como un contrato por adhesión, en el cual una de las partes impone a la otra las condiciones de contratación quedando a esta última la sola decisión de aceptar o rechazar la oferta es que el legislador nacional, siguiendo la tendencia mundial, las regula en las normas de protección al consumidor.

Al respecto debemos recordar el famoso discurso del 15 de marzo de 1962, cuando el Presidente de los Estados Unidos John F Kennedy proclamó las siguientes palabras: “Todos somos consumidores. Es el mayor grupo económico que se ve afectado y afecta a casi todas las decisiones económicas públicas y privadas...”.

Es así que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el año 1983 declara el 15 de marzo como el Día Mundial de los Derechos de los Consumidores conmemorando el discurso del Presidente Kennedy.

Y es que tanto los contratos por adhesión como los de Cláusulas Generales de Contratación están inmersos en la llamada asimetría informativa que reconoce la existencia de una desproporción en el conocimiento del proveedor con respecto al producto o servicio que ofrece a los consumidores dejando a estos últimos en una clara desigualdad con respecto al uso del bien o servicio contratado.

¹ Rubén S. Stiglitz, *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*, (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994).

En tal sentido, analizaremos la naturaleza de estos tipos de contratos, así como la forma como nuestro ordenamiento legal los regula tanto en la norma de protección al consumidor como en la propia Ley del Contrato de Seguro, así como las acciones que la Superintendencia de Banca y Seguros vienen tomando con respecto a las cláusulas y prácticas abusivas.

II. CONTRATOS POR ADHESIÓN

2.1. Aspectos introductorios

La producción en masa y el auge cada vez mayor de la libre competencia traen por consecuencia que los sujetos contratantes busquen reducir sus costos de negociación, haciendo que los contratos se celebren mediante actos rápidos y menos meditados.

La realidad antes descrita es la que sirve de fundamento para la contratación en masa que es la base de los contratos por adhesión. Pero, ¿qué es un contrato por adhesión? ¿Qué características tiene? ¿Existe autonomía privada en este tipo de contratación? ¿Cómo se protegen las partes que se adhieren y que restringen su capacidad de negociación? Esto será objeto del estudio que a continuación presentamos.

El destacado jurista José León Barandiarán señala que “por el contrato se ponen de acuerdo las partes sobre lo que es materia de la declaración de voluntad. Los inconvenientes de dar una definición respecto a una materia de tal comprensión como es el contrato, se notan al considerar las diversas manifestaciones que puede revestir tal acuerdo. Este ordinariamente supone una libre discusión entre las partes. Pero al lado de esta forma existe otra, que en ciertos aspectos se ha generalizado: una parte presenta las condiciones completas del contrato, para que la otra las acepte sin discusión, establecidas así *ne variatur*.”

Tales los contratos llamados de adhesión. Algunos autores han reputado que entonces no puede hablarse propiamente de contrato, sino de acto unilateral, puesto que no hay la libre concurrencia y discusión por las partes para la formación del contenido del contrato; una de ellas impone su voluntad a la otra, que sólo hace aceptar la propuesta total”².

Manuel De la Puente y Lavalle no comparte esta posición y dice:

“El contrato por adhesión puede jugar un rol propio, independiente del tráfico masivo de bienes y servicios, y vincular a personas que no se encuentran entre sí en una situación de dependencia económica u obligadas a satisfacer necesidades impostergables. Se presentan

2 José León Barandiarán, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, “Teoría General del Contrato”, Concordado con el Código Civil de 1984, WG Editor, (Lima, Perú: Primera Edición, agosto 1992), páginas 29 y 30.

innumerables casos en los que las partes, sin encontrarse en una situación de monopolio o poderío, solo está dispuesta a contratar en sus propios términos, por convenir a sus intereses, y en que la otra parte no tiene objeción en verse enfrentada a una alternativa ineludible de contratar o no contratar. No es raro, también, que personas no deseen verse envueltas en el lento juego de las tratativas, por no agradarles la negociación, y que prefieran una rápida decisión sobre el negocio que plantean”³.

2.2. El contrato por adhesión: concepto y características

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la cual un sujeto contratante elabora, de manera anticipada, las condiciones del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse o no al mismo, es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redactó el documento contractual.

Al respecto Manuel De la Puente y Lavalle nos indica sobre los elementos del contrato por adhesión:

“Dos elementos típicos del contrato por adhesión que lo distinguen del contrato paritario o discrecional son: El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de las estipulaciones no es una característica de los contratos por adhesión (como sí lo es de las cláusulas generales de contratación) de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta... Por otro lado, en ese contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si solo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente”⁴.

Así tenemos que los contratos por adhesión se caracterizan por:

- a. Limitar el contenido del contrato a lo dispuesto por la exclusiva voluntad de uno de los sujetos contratantes, lo que no debe confundirse con “las cláusulas generales de contratación” que como simples estipulaciones son reglas elaboradas por una de las partes de forma unilateral para ser incorporadas en futuras contrataciones.

³ Manuel de La Puente y Lavalle, “El Contrato en General”, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Volumen XI, Primera Parte, Tomo III, (Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1996, Tercera Edición, 1966), páginas 28 y 29.

⁴ Manuel de la Puente y Lavalle, obra citada, páginas 22 y 23.

- b. El sujeto quien recibe la oferta (materializada en el documento negocial prerredactado) queda sujeto a un derecho potestativo restringido, en tanto, el sujeto asumirá una situación de ventaja que le permitirá decidir si se adhiere o no al documento prerredactado, no obstante, solo podrá adherirse dentro de los términos de la oferta contractual.

El artículo 1390° del Código Civil de 1984 señala que: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

Al respecto el maestro Max Arias Schreiber Pezet quien integró la Comisión que elaboró el Proyecto del Código Civil de 1984, recuerda:

“Cuando preparamos el Anteproyecto de la Parte General, llegamos a la conclusión de que era ineludible legislar sobre esta materia. Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación contractual. Había en suma, que defender al consumidor”⁵.

2.3. Modalidades de contratos por adhesión: contratos libres por adhesión y contratos necesarios por adhesión

a) Contratos libres por adhesión

Es aquella modalidad en la que la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad realizada sin violencia ni intimidación alguna, en la medida en que pudo rechazarla o abstenerse a aceptar. En este caso el sujeto que se adhiere lo efectúa por propia decisión, siempre que esté adecuadamente informado de los pro y contras de la contratación que está construyendo. Un ejemplo de esta modalidad de contratación lo tenemos en la afiliación a las tarjetas de crédito o el adquirir una línea celular, en estos casos la decisión del sujeto adherido no es consecuencia de una imposición más aún cuando el uso de tarjetas de crédito o de una línea celular no importa cubrir un estado de imperiosa necesidad.

b) Contratos necesarios por adhesión

Se refieren a aquella modalidad en la que el sujeto (quien se adhiere al contrato) se encuentra en un estado de necesidad que solo puede satisfacer mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración del contrato.

Ejemplo de ellos los de suministro de luz, agua, etc.

⁵ Max Arias Schreiber Pezet, *Exegesis*, Tomo I, “Contratos: Parte General”, (Lima, Perú: Librería Studium Ediciones, Primera Edición, 1986), página 143.

2.4. El contrato por adhesión y la protección al consumidor

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 65° establece:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Siendo que, en los contratos por adhesión una de las partes tiene el dominio en la redacción de las estipulaciones, lo que implica que uno de los sujetos contratantes posee una mejor información que otra (asimetría informativa) que inclina la balanza a favor de esta, es que esta situación puede considerarse injusta debiendo, por tanto, protegerse a la parte débil o menos informada. Es así que el Estado busca proteger al consumidor a fin de que se le reconozca el derecho a ser informado de manera adecuada, mediante expresiones claras, veraces y suficientes para adoptar una decisión racional.

Es así que el Código De Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, promulgada el 01 de Setiembre de 2010 por el Presidente Constitucional de la República, Alan García Pérez, establece en su Título Preliminar, Artículo II Finalidad: “El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses”.

Debemos resaltar lo señalado por Juan Espinoza Espinoza con respecto a la norma citada en las llamadas relaciones de consumo cuando indica que: “son un tipo de relaciones jurídicas que presuponen dos situaciones jurídicas específicas, la del consumidor y la del proveedor. Dada la situación de asimetría (o insuficiencia) informativa del consumidor, la disciplina que trata esta materia, el Derecho del Consumidor, tiene como principio básico protegerlo, existiendo un favor respecto al mismo”⁶.

Añade este autor: “Por ello, estoy parcialmente de acuerdo con aquella doctrina que sostiene que la relación de consumo ha de comprender todas las situaciones en las cuales el consumidor debe ser protegido, valer decir, antes, durante y después de contratar.

2.5. Protección administrativa, legal y judicial

- a. La protección administrativa es aquella que brinda la Administración Pública sobre los contratos por adhesión, así tenemos que existen organismos que supervisan la adecuada contratación según las normas legales y el respeto a los derechos del consumidor. Por

⁶ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de los Consumidores*, (Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C., Tercera Edición, 2021) página 118.

otro lado, existen instituciones que han creado sus propios mecanismos de protección a los intereses del consumidor, así tenemos: al defensor del cliente financiero, al servicio al cliente de las empresas de telefonía celular, entre otras. En el caso de los seguros, la propia Ley 29946 en el Título I, Disposiciones Generales, Artículo I, cuarto párrafo señala: “En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571 y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley, siendo en este caso de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

- b. La protección legal se encuentra en el artículo 1398 del Código Civil que alude a la invalidez de algunas estipulaciones cuando estas establecen a favor de quien las redactó exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. De este modo resultan nulas las estipulaciones de algunas playas de estacionamiento (por no decir de todas) en las que se coloque la siguiente estipulación: “La playa no responde por los daños o robos que pueden sufrir los vehículos”, eso quiere decir entonces que ¿si un delincuente ingresa con permiso de los vigilantes de la playa entonces esta no responde? La respuesta es negativa y lo contrario sería absurdo.
- c. La protección judicial refiere al artículo 1401 del Código Civil por la que, en caso de duda, debe interpretarse la estipulación a favor del destinatario y en contra del estipulante, en tanto debe asumir esta la responsabilidad por su declaración defectuosa (teoría de la confianza y de la responsabilidad).

III. EL CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO POR ADHESIÓN

El Artículo III del Título I referido a las Disposiciones Generales de la Ley del Contrato de Seguro señala: “El contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las preredactadas”.

Al respecto el maestro argentino Rubén S. Stiglitz señala que la modalidad que adopta la formación del contrato de seguro lo identifica, típicamente, como contrato por adhesión. De allí que su tratamiento sea el que corresponde a una especie, prototípica por cierto, de las

que mejor lo expresan, de su género, el contrato con cláusulas predispuestas⁷. Y añade estas características:

- a. El contenido (modelo de póliza) es dispuesto anticipada y unilateralmente por el asegurador (predisponente).
- b. La técnica negocial de la predisposición contractual consiste en que el asegurable adhiera en bloque a las condiciones generales de póliza, o no contrate.
- c. El contrato lo celebra el asegurador (predisponente) con cada adherente individual (tomador o asegurado), pero sobre la base de condiciones generales uniformes por riesgo, aplicables a todos y cada uno de los futuros contratos que celebre.
- d. El contrato de seguro carece de una etapa de tratativas en punto al contenido de las condiciones generales. El asegurable no participa en la creación del esquema contractual.

Sobre esto último debemos precisar que la ley 29946 si contiene un supuesto referido a la posibilidad de que el contratante o asegurado pueda negociar con la aseguradora el contenido de algunas cláusulas prerredactadas, cierto es que para que este supuesto se dé dicho contratante o asegurado deberá contar con una capacidad patrimonial significativa que le permita negociar condiciones al mismo nivel que la aseguradora, hecho que se da con los llamados grandes riesgos.

IV. LAS LLAMADAS CLÁUSULAS ABUSIVAS O VEJATORIAS

El término “abusivo o abusiva”, en este contexto, señala Carlos Alberto Soto Coaguila, no está relacionado con la figura del abuso del derecho o el ejercicio abusivo de un derecho, sino referido a un criterio de “excesivo”⁸.

Continúa el autor citado indicando que: “Una cláusula es calificada de abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro. También se les conoce como cláusulas vejatorias porque agravan la posición de un contratante, en estos casos, del contratante que se adhiere al contrato predispuesto.

Rubén S. Stiglitz opinando al respecto señala: “Cabe añadir que al examinar las cláusulas abusivas debemos, como punto de partida, señalar que la lucha contra las mismas no debe ser

7 Rubén S. Stiglitz, “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, artículo incluido en la obra *Estudios Sobre El Contrato de Seguro*, (Lima, Perú: Universidad de Piura, Instituto Pacífico, Primera Edición, noviembre 2017), páginas 291 a la 316.

8 Carlos Alberto Soto Coaguila, *Transformación del Derecho de Contratos*, (Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, 2005), pag.112.

interpretada ni concebida como agresión a los contratos por adhesión. Debemos aceptar que estos son el resultado previsible, aceptable y bien acogido de la producción en masa o a tipos constantes o uniformes”⁹.

Continúa el Maestro Stiglitz indicando que, sobre las expresadas cláusulas, denominadas indistintamente cláusulas abusivas, leoninas, onerosas, gravosas, restrictivas, etcétera, se han intentado definiciones. Así se sostiene que posee carácter abusivo, toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero”¹⁰.

En nuestro país se interpretan los artículos 1398° y 1399° del Código Civil de 1984 bajo los cuales se busca erradicar cláusulas que favorezcan a quien ha redactado contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente así como ineficaces las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato.¹¹

Donde sí se desarrolla la materia es en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, la cual en su Título II referido a Contratos, Capítulo II, Cláusulas Abusivas, define las mismas en su artículo 49° y luego en el Título III, sobre Métodos Comerciales Abusivos, Capítulo I, Métodos Comerciales Coercitivos, las prácticas abusivas en el artículo 57°.

En la legislación comparada tenemos el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del año 2015 en cuyo artículo 988° señala: Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección (Sección 2°, Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas), se deben tener por no escritas:

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;
- b. Las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;
- c. Las que, por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles.

9 Rubén S. Stiglitz, *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994), página 47.

10 Rubén S. Stiglitz, obra citada, pág. 47.

11 CÓDIGO CIVIL PERUANO de 1984

Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Artículo 1399.- E los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Al respecto Rubén S. Stiglitz comenta que la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el Código al Título III que regula los contratos de consumo, concretamente el art. 1119° que establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor”¹².

V. LAS CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO¹³ (VER ANEXO 1)

Tanto el Artículo 39° (Cláusulas abusivas) como el Artículo 40° (Estipulaciones prohibidas) de la Ley 29946 enumeran todas aquellas estipulaciones que pueden conllevar a situaciones de perjuicio al asegurado en tanto él no haya influido en su contenido.

Cabe sí precisar que la norma conceptualiza las cláusulas abusivas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Revisando las estipulaciones que enumera este artículo 40° recordamos un Trabajo Académico desarrollado por los alumnos de una Universidad local en el curso de Derecho de Seguros a cargo de un destacado profesor universitario, el Dr. Luis Alberto Meza Carbajal que fuera luego publicado en las redes sociales en el mes de mayo de 2012 titulado “Cláusulas Ilegales en Pólizas de Seguro en el Perú”, en dicho trabajo se analizaron 1. Cláusulas en que los asegurados renuncian a la jurisdicción que les favorece; 2. Cláusulas que fijan plazos de prescripción menores a los legales; 3. Cláusulas que buscan dejar sin efecto el artículo 332 de la Ley N° 26702 (este artículo se refería al procedimiento de atención de siniestros, fue derogado por la Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro).

Con respecto al primer punto está considerada como estipulación prohibida el que la póliza indique que, por ejemplo, el riesgo asegurado está en Iquitos, el bien se aseguró en Iquitos, el siniestro ocurre en dicha localidad, la aseguradora rechaza la solicitud de cobertura y se exige que ante un “arbitraje o controversia judicial las partes se sometan a la jurisdicción de los juzgados de la ciudad de Lima sin reserva de ninguna clase”.

Con respecto a los plazos de prescripción, dicho Informe reconoce varias cláusulas que señalaban plazos por debajo del que señalaba el artículo 2001° del Código Civil, actualmente el

12 Rubén S. Stiglitz, artículo “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, obra citada, página 308.

13 LEY N° 29946 LEY DEL CONTRATO DE SEGURO -CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS (ver Anexo 1).

artículo 78° de la LCS establece diez años como plazo de prescripción para ejercer las acciones pertinentes desde que ocurrió el siniestro.

Por último, las cláusulas que establecían un procedimiento distinto de atención del siniestro a lo regulado en el artículo 332° de la Ley del Sistema de Seguros, actualmente el artículo 74° de la LCS desarrolla los supuestos que puedan darse para determinar cuando un siniestro queda consentido y establece los diversos plazos en caso de requerir un ajuste y los del pago de la indemnización.

Es más, el último párrafo del art. 40° de la LCS señala: “La Superintendencia identifica aquellas cláusulas abusivas de los contratos de seguros y emite normas de carácter general que prohíban su inclusión en futuros contratos. Asimismo, difunde en su portal institucional todas aquellas cláusulas abusivas identificadas”.

Desarrollando lo establecido en la Ley, la Resolución SBS N° 4143-2019, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros en su Título IV referido a la Determinación de Condiciones Contractuales, Capítulo III, Cláusulas Abusivas, artículo 19°, prácticamente resume lo establecido en la Ley en el punto 19.1¹⁴ y en el punto 19.2 señala que en el Anexo N° 1¹⁵ (ver Anexo 2) detallan ejemplos de cláusulas abusivas o estipulaciones prohibidas que no pueden ser incorporadas en el contrato de seguro.

De la misma forma en el Título V referido a Contratación con Usuarios, en el Capítulo III sobre Aspectos Aplicables durante la Vigencia del Contrato de Seguro, el artículo 30°¹⁶ referido a Prácticas Abusivas, detalla que en el Anexo N° 2¹⁷ (ver Anexo 3) del referido Reglamento las prácticas abusivas que se encuentran prohibidas.

Al respecto debemos indicar que, al recurrir a la página web de la SBS encontramos cuatro Informes de cláusulas abusivas identificadas de acuerdo a los siguientes riesgos:

1. Cláusulas Abusivas de los contratos de Microseguros, de fecha 31 de diciembre de 2019.
2. Cláusulas Abusivas de los contratos de seguros vehiculares de fecha 31 de diciembre de 2019.
3. Cláusulas Abusivas identificadas en la revisión posterior de los contratos de seguros de robo y asalto, de fecha 31 de mayo de 2020.

14 Artículo 19. Cláusulas abusivas o estipulaciones prohibidas 19.1 Las cláusulas abusivas o estipulaciones prohibidas son todas aquellas estipulaciones no negociadas por las partes que, contraviniendo las exigencias de la máxima buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del asegurado. Dichas cláusulas son nulas de pleno derecho, por lo que se las tiene por no convenidas. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido; recae en la empresa la prueba de la negociación previa de la cláusula.

15 Resolución SBS N° 4143-2019: ANEXO N° 1 EJEMPLOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS O ESTIPULACIONES PROHIBIDAS DE SER INCORPORADAS EN UN CONTRATO DE SEGURO (ver Anexo 2).

16 Artículo 30. Prácticas abusivas 30.1 Las prácticas abusivas son aquellas conductas que afectan el legítimo interés de los usuarios al tomar ventaja de las circunstancias particulares de la relación de consumo, imponiendo condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.

17 Resolución SBS N° 4143-2019: ANEXO N° 2 EJEMPLOS DE PRÁCTICAS ABUSIVAS EN EL SISTEMA DE SEGUROS (ver Anexo 3).

4. Cláusulas Abusivas identificadas en la revisión posterior de los contratos de seguros de incendio, de fecha 30 de junio de 2020.

Revisando estos informes debemos lamentar que, no obstante, el tiempo de vigencia de la LCS aún se encuentren cláusulas violatorias de los derechos de los asegurados, así como prácticas abusivas como el caso que relatamos inmediatamente del año 2022.

Cabe resaltar que el Reglamento de Sanciones del Sistema, Resolución SBS N° 2755-2018, establece como Infracción leve la indicada en el numeral 12) No mantener en sus páginas web una sección en la que indiquen las cláusulas abusivas identificadas por la Superintendencia y como una Infracción Grave lo indicado en el numeral 27) No cumplir con informar a los contratantes y/o asegurados, mediante los mecanismos directos de comunicación pactados durante la vigencia del contrato:

- Las cláusulas abusivas detectadas por la Superintendencia y/o la revocación del código de registro.

VI. DERECHO DE ARREPENTIMIENTO

El legislador reconoce esta figura como un derecho que tiene el tomador de un seguro en tanto lo adquirió sin haber sido plenamente informado de las características que reúne el producto contratado, siempre y cuando lo haya adquirido en lugares que no reúnen las condiciones que el artículo 41° de la LCS establece.

Es así que la oferta de seguros efectuada fuera de locales comerciales de las aseguradoras o de la ofrecida por corredores de seguros o por promotores de venta requerirá necesariamente de información suficientemente clara de este derecho a fin de que el potencial tomador sepa que puede arrepentirse del producto de seguros adquirido.

Al respecto el maestro Rubén S. Stiglitz al referirse al artículo en mención, “lo destaca como una carga de los obligados, el deber de información a cargo de quienes comercializan, o lo intenta, fuera de los locales comerciales, debiendo señalar con claridad y en caracteres ostensibles el derecho de arrepentimiento del tomador a quien se le fija un plazo de quince días para resolver el contrato sin expresión de causa debiendo el asegurador, en ese caso, reintegrar la prima recibida”¹⁸.

18 Rubén S. Stiglitz, “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, artículo incluido en la obra *Estudios Sobre el Contrato de Seguro*, Lima: Perú: Universidad de Piura, Instituto Pacífico, Primera Edición, noviembre 2017, Lima, página 316.

De distinta opinión es el jurista Walter Villa Zapata cuando al comentar el referido artículo señala que “el legislador no es consecuente con lo regulado en el artículo 40° puesto que hay un afán de retener o conservar el contrato, determinando el arrepentimiento en vez de su nulidad, pues indudablemente se trata de una cláusula abusiva y no una simple práctica de comercialización, que cae necesariamente dentro del Código del Consumidor conforme lo establece en su artículo 52”¹⁹.

Al respecto debo reconocer el espíritu de la norma de proteger a los potenciales tomadores, más aún cuando la cultura de seguros es tan baja en nuestro país que desde ya muchos años no supera el 2% del producto bruto interno de penetración del sistema, resultando para nuestra población aún muy complejo su conocimiento.

VII. UN CASO PARA CALIFICARLO COMO UNA PRÁCTICA ABUSIVA

Un vehículo asegurado sufre un siniestro el 24 de febrero de 2002 al hundirse sus llantas posteriores en el pavimento en una calle en el distrito de Surquillo.

Al solicitarse cobertura de manera inmediata interviene un asesor especialista de la aseguradora quien les señala que no están en condiciones de brindarle atención puesto que no contaban con la unidad de auxilio necesaria, por lo que les recomienda buscar una grúa particular.

Ante esto, el propio asegurado tuvo que contratar una grúa que los auxiliara y logre llevar la unidad vehicular a un taller donde se verifique los daños sufridos.

Al pedir la atención de la aseguradora para que inspeccionen la unidad vehicular reciben una carta de rechazo que señala que al no haber presentado denuncia policial y pasado dosaje etílico han incumplido con lo previsto en la Cláusula séptima de la póliza de seguros que establece que, en caso de siniestro, debe efectuar dichas diligencias.

El asegurado recurre a la Defensoría del Asegurado presentando un reclamo (Exp. N° 5248-2022) el mismo que se basa en lo previsto en la Cláusula Cuarta de la propia póliza²⁰ la misma

19 Walter Villa Zapata, *Comentarios en función del Contrato de Seguros N° 29946*, del Perú”, obra inédita.

20 PUNTO 4 – CONDICIONES GENERALES

¿Qué HACER EN CASO DE SINIESTRO?

OBLIGACIONES:

1. Mantente en el lugar de los hechos y comunícate inmediatamente con nosotros al 411-1111 a fin de enviarte a nuestro Asesor Especialista, para que pueda prestarte la asistencia. Recuerda que, si es que te encuentras en área territorial donde no podamos brindarte la atención de nuestro asesor, deberás realizar lo establecido en el numeral 2 siguiente: 2. Realiza la denuncia policial en la comisaría del sector donde se produjo el siniestro dentro de las 4 horas siguientes de producido, así deberás someter al dosaje etílico correspondiente.

que establece que, si el asegurado no es atendido por un asesor especialista deberá cumplir con lo señalado en el punto dos, el cual indica que se deberá presentar denuncia policial y pasar el dosaje etílico.

Como lo indicamos, el asesor especialista de la aseguradora sí llegó a atender al asegurado en el lugar del siniestro pero por las características del hecho no estaban en condiciones de apoyarlo, es decir, al haber asistido el asesor especialista se desprende de la sola interpretación de la cláusula cuarta que ya no era necesario efectuar la denuncia policial ni pasar el dosaje etílico.

En conclusión, la DEFASEG declaró fundado el reclamo (Resolución N° 209/22 del 18 de Octubre de 2022) por cuanto entre las cláusulas cuarta y séptima²¹ existe una “clara ambigüedad” que lleva a tener que aplicar tanto el Principio f) establecido en el artículo II de las Disposiciones Generales de la Ley del Contrato de Seguro que señala: “Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado”, como también, la Regla Interpretativa Tercera señalada en el artículo IV de las Disposiciones antes indicadas, que indica: “Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado”...

Es nuestro criterio considerar que, conforme la propia doctrina lo establece así como el espíritu que se le da a las normas de protección al consumidor, quien elabora las condiciones de contratación debe ser lo suficientemente claro y coherente en el texto para no causar dudas en la interpretación de dichas condiciones y por lo tanto no provocar situaciones de ventaja que llevarían a abusar de la parte que sólo tiene la opción de aceptar dichas condiciones y exponerse a que, en este caso, la aseguradora se vea en la posición de utilizar la cláusula que le es más favorable para rechazar la solicitud de cobertura de su asegurado.

Esto lo interpreto como una forma abusiva de adecuar las condiciones de contratación a sus intereses, lógicamente, en perjuicio de su contraparte en la relación contractual, es decir, su propio asegurado.

21 PUNTO 7 – CONDICIONES GENERALES

CARGAS Y OBLIGACIONES:

“Así mismo, en caso de siniestros, además de las cargas y obligaciones señaladas en el artículo 9° Inciso B de las Cláusulas Generales de Contratación, el asegurado deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

1) Modificando lo estipulado en el numeral 3 del inciso B del artículo 9° de las Condiciones Generales de Contratación, comunicar a la Compañía en el más breve plazo y denunciar el hecho ante las autoridades policiales de la jurisdicción en un plazo máximo de cuatro (4) horas.

En caso de accidente de tránsito, el conductor del vehículo asegurado deberá someterse oportunamente, dentro de un plazo de cuatro (4) horas de ocurrido el accidente de tránsito, al examen de alcoholemia y/o los exámenes toxicológicos que correspondan.

V. CONCLUSIONES

Finalmente, y conforme a lo desarrollado en el presente trabajo, debemos precisar lo siguiente:

1. En una futura reforma del Código Civil Peruano deberá señalarse taxativamente la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y los de cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.
2. Por las características propias de los contratos por adhesión, el contrato de seguro como tal se encuentra expuesto a contener cláusulas y prácticas abusivas.
3. Siendo el contrato de seguro un contrato por adhesión, es decir, que una de las partes impone a la otra las condiciones de contratación, la LCS reconoce que las partes puedan negociar algunas cláusulas cuyo contenido difieran sustancialmente con las pre redactadas.
4. La LCS no obstante reconocer e identificar las estipulaciones prohibidas y las prácticas abusivas no establece sanciones realmente significativas que eviten que el asegurador inserte las mismas en sus condicionados de póliza conforme la propia SBS ha identificado (caso relatado).
5. Considerando que el derecho de arrepentimiento se da ante situaciones de escasa o limitada información al potencial tomador debe precisarse que el plazo establecido sea de quince días hábiles, tiempo que podría entenderse suficiente para ejercerlo.

REFERENCIAS

- Arias Schreiber Pezet, Max. *EXGESIS*, Tomo I. “Contratos: Parte General”, Lima, Perú: Librería Studium Ediciones, Primera Edición, 1986.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. “El contrato en general”. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Volumen XI, Primera Parte, Tomo III. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Tercera Edición, 1996.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de los consumidores*. Lima, Perú: Instituto Pacífico, Tercera Edición, marzo 2021.
- León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV. “Teoría General del Contrato”, Concordado con el Código Civil de 1984. Lima, Perú: WG Editor, Primera Edición, agosto 1992.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, 2005.

- Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguros*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.
- Stiglitz, Rubén S., artículo “Cláusulas y Prácticas Abusivas”, incluido en la Obra *Estudios sobre el Contrato de Seguro*, Lima, Perú: Universidad de Piura, Instituto Pacífico, Primera Edición, noviembre 2017.
- Villa Zapata, Walter. *Comentarios en función del Contrato de Seguros N° 29946 del Perú*, obra inédita, ver en Anexo.

Recibido: 20/03/2024

Aprobado: 15/04/2024

ANEXOS

ANEXO N° 1 (cita 13)

LEY N° 29946 LEY DEL CONTRATO DE SEGURO CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

Artículo 39. Cláusulas abusivas

- I. Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido.
- II. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato por adhesión.
- III. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, además de la situación ventajosa que se genere para el asegurador en perjuicio del asegurado, la naturaleza de los bienes o servicios materia del contrato y de su celebración, así como el resto de cláusulas del contrato.
- IV. El carácter abusivo de una cláusula subsiste aun cuando el contratante y/o asegurado la haya aprobado específicamente por escrito.
- V. Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho por lo que se las tiene por no convenidas.
- VI. Cuando el juzgador declare la nulidad parcial del contrato puede integrarlo si es que el mismo puede subsistir sin ver comprometida su finalidad económico-jurídica.
- VII. Las cláusulas o prácticas abusivas no dejan de serlas por el hecho de que en la celebración del contrato de seguro haya participado un corredor de seguros.

Artículo 40. Estipulaciones prohibidas

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, con carácter enunciativo, las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

- a. Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que los favorezcan.
- b. Cláusulas que establezcan plazos de prescripción que no se adecúen a la normatividad vigente.

- c. Cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.
- d. Cláusulas que dispongan la pérdida de derechos del asegurado y/o beneficiario por incumplimiento de cargas que no guardan consistencia ni proporcionalidad con el siniestro cuya indemnización se solicita.
- e. Cláusulas que limitan los medios de prueba que puede utilizar el asegurado o que pretendan invertir la carga de la prueba en perjuicio del asegurado.
- f. Cláusulas que establecen la caducidad o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas excesivamente difíciles o imposibles de ser ejecutadas.
- g. Cláusulas que imponen la pérdida de derechos del asegurado en caso de violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que esta violación corresponda a un delito o constituya la causa del siniestro.
- h. Otras que establezca la Superintendencia en protección de los intereses de los asegurados.

La Superintendencia identifica aquellas cláusulas abusivas de los contratos de seguros y emite normas de carácter general que prohíban su inclusión en futuros contratos. Asimismo, difunde en su portal institucional todas aquellas cláusulas abusivas identificadas.

Artículo 41. Prácticas abusivas y derecho de arrepentimiento

1. En la oferta de seguros efectuada fuera de los locales comerciales de las empresas de seguros, o de quienes se encuentren autorizados a operar como corredores, o la oferta realizada a través de promotores de venta, se deberá entregar al potencial tomador información por escrito, suficientemente clara y con caracteres destacados, sobre su derecho de arrepentimiento. El tomador podrá resolver el contrato de seguro, sin expresión de causa, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que el tomador recibe la póliza o una nota de cobertura provisional. Si el tomador resuelve el contrato el asegurador le deberá devolver la prima recibida.
2. Están prohibidas las prácticas de comercialización de las que resulte:
 - a. Imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, salvo los seguros obligatorios.
 - b. Imponer la contratación de seguros sobre riesgos ajenos al contrato básico, por parte de empresas cuyo objeto social no sea la actividad aseguradora.
 - c. Predeterminar el nombre de empresas de seguro a través de contratos conexos, de

manera tal que se limite la libertad de elección del potencial asegurado.

- d. Desconocer o restringir el derecho del asegurado a contar con el asesoramiento en la contratación de seguros y/o servicios de gerencia de riesgos y/o siniestros de parte de un corredor de seguros autorizado.

La utilización de las indicadas prácticas de comercialización será pasible de sanción por parte de la Superintendencia.

La Superintendencia reglamentará el presente artículo.

Artículo 42. Proceso sumarísimo

Las pretensiones en materia de cláusulas y prácticas abusivas, en su caso, independientemente de su cuantía, se tramitarán bajo las reglas del Proceso Sumarísimo regulado por el Código Procesal Civil. En caso de arbitraje, se aplicarán las reglas correspondientes.

Artículo 43. Excepciones

No se aplica el artículo 39 a:

- a. La proporcionalidad entre la prima y el riesgo asegurado.
- b. Las condiciones generales, particulares o especiales negociadas individualmente, entendiéndose por tales aquellas en las que el asegurado participa o influye en su redacción.
- c. Las condiciones que determinen el objeto del contrato, con excepción de las exclusiones de cobertura.

ANEXO N° 2 (cita 15)

RESOL. SBS N° 4143-2019: ANEXO N° 1 EJEMPLOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS O ESTIPULACIONES PROHIBIDAS DE SER INCORPORADAS EN UN CONTRATO DE SEGURO

Los supuestos que se indican a continuación, a manera de ejemplo, no se adecuan a los criterios establecidos en la Ley de Seguro y en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros, y no pueden ser incorporados en los contratos de seguro que utilizan las empresas:

1. Las que contravengan la Ley de Seguro y el ordenamiento jurídico vigente.
2. Las que establecen la renuncia por parte de los asegurados y/o beneficiarios a la jurisdicción y/o leyes que les favorezcan.
3. Las que establezcan plazos de prescripción que no se adecúen a la normatividad vigente.
4. Las que en contra de lo dispuesto por la Superintendencia, prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.
5. Las que dispongan la pérdida de derechos del asegurado y/o beneficiario por incumplimiento de cargas que no guardan relación ni proporcionalidad con el siniestro cuya indemnización se solicita.

ANEXO N° 3 (cita 17)

RESOL. SBS N° 4143-2019: ANEXO N° 2 EJEMPLOS DE PRÁCTICAS ABUSIVAS EN EL SISTEMA DE SEGUROS

Los supuestos que se indican a continuación, a manera de ejemplo, no se adecuan a los criterios establecidos en la Ley de Contrato de Seguro y en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros, y no pueden ser aplicadas por las empresas:

1. Las que impongan directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, salvo los seguros obligatorios.
2. Las que impongan la contratación de seguros sobre riesgos ajenos al contrato básico, por parte de empresas cuyo objeto social no sea la actividad aseguradora.
3. Las que predeterminen el nombre de empresas de seguros a través de contratos conexos, de manera tal que se limite la libertad de elección del potencial asegurado de presentar una póliza de seguros emitida por una empresa de seguros distinta.
4. Las que desconozcan o restrinjan el derecho del asegurado a contar con el asesoramiento e intermediación en la contratación de seguros y/o servicios de gerencia de riesgos y/o siniestros de parte de un corredor de seguros autorizado.
5. Las que no orienten a los usuarios para el cumplimiento de obligaciones necesarias para mantener el seguro vigente, como las inspecciones de riesgo.
6. Las que varíen la información originalmente proporcionada y, las condiciones del seguro ofrecidas por la empresa antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del contratante.



Romance, óleo sobre lienzo 50 x 60 cm.

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

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

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

*Delitos de violencia de género en contra de la
humanidad de niños y adolescentes
dentro de su entorno familiar*

*Gender-Based Violence Crimes Against the
Humanity of Children and Adolescents
Within their Family Environment*

José Alejandro Villalta León* <https://orcid.org/0009-0006-8763-6563>
Bolívar Amadeo Villalta León** <https://orcid.org/0009-0003-1482-9629>
Lidia Narcisa Chávez Nuñez*** <https://orcid.org/0009-0000-9802-4323>
María Gracia Paredes Morales**** <https://orcid.org/0009-0007-6997-4750>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2653>

- * Docente de la Universidad Estatal de Milagro, Ecuador
Correo electrónico: jvillaltal2@unemi.edu.ec
- ** Fiscalía general del Estado. Universidad Mayor, Ecuador
Correo electrónico: villaltab@fiscalia.gob.ec
- *** Cuerpo de Bomberos Milagro. (Procurador judicial). Ecuador
Correo electrónico: lchavezn@unemi.edu.ec
- **** Universidad Estatal de Milagro, Ecuador.
Correo electrónico: mparedesm4@unemi.edu.ec

Lex





Protegiéndonos, óleo sobre lienzo 25 x 20 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La violencia de género en contra de los niños es un tema que preocupa, el objetivo de estudio fue, comprender la aplicación de las leyes en casos de violencia de género en el sistema penal ecuatoriano, mediante una revisión documental y bibliográfica, que permita una interpretación filosófica y jurídica del fenómeno de estudio. La metodología fue de revisiones documentales y revisiones bibliográficas, se empleó el método de la teoría fundamentada y la interpretación hermenéutica para así construir una postura emergente acorde al estudio. Se concluye que, la correcta aplicación de las leyes de los delitos de violencia de género y violaciones a niños y adolescentes, está sujeta a subjetivaciones e interpretaciones del fenómeno de parte de quienes administran justicia; además, el respeto a los intereses de niñas, niños y adolescente, es condicionado desde la identificación del acto como delito; también, es necesario fortalecer las competencias de los operadores de justicia desde su formación profesional y continua, para ello es menester la deconstrucción del currículo de grado y posgrado; se añade que, la violencia y violaciones nace de la formación en el hogar desde los llamados cuidados parentales, en el entorno familiar y en la escuela, por tanto, estas violaciones son construcciones individuales-familiares-sociales; se ratifica la postura de que, cualquier violación a la integridad de los niños atenta contra su dignidad como seres humanos. La Constitución ecuatoriana es coherente y garantista de los derechos de los niños y adolescentes, se reitera que la educación en valores, ética y moral es lo que necesita la sociedad ecuatoriana y esto lo logra implicando a los padres de familia en la formación de sus hijos desde una crítica dialogante.

Palabras clave: *Derechos humanos, dignidad humana, niñez y adolescencia, violencia de género, valores.*

ABSTRACT

Gender-based violence against children is a concerning issue. This study aims to understand the application of laws in cases of gender-based violence within the Ecuadorian penal system through a documentary and bibliographic review, allowing for a philosophical and legal interpretation of the phenomenon. The methodology involved documentary reviews and bibliographic reviews, employing grounded theory and hermeneutic interpretation to construct an emerging position consistent with the study. It is concluded that the proper application of laws regarding gender-based violence and violations against children and adolescents is subject to the subjective interpretations of those administering justice. Moreover, respect for the interests of children and adolescents is conditioned by identifying the act as a crime. Additionally, it is necessary to strengthen the competencies of justice operators through their professional and continuous education, requiring the deconstruction of undergraduate and postgraduate curricula. It is also noted that violence and violations originate from upbringing within the home, through so-called parental care, within the family environment, and at school. Therefore, these violations are individual, familial, and social constructions. The position is reaffirmed that any violation of children's integrity undermines their dignity as human beings. The Ecuadorian Constitution is consistent and guarantees the rights of children and adolescents. It is reiterated that education in values, ethics, and morals is what Ecuadorian society needs, and this is achieved by involving parents in forming their children through critical dialogue.

Keywords: *Human rights, human dignity, childhood and adolescence, gender-based violence, values.*

I. INTRODUCCIÓN

La violencia en contra de la niñez, es toda acción que incida sobre el bienestar físico y mental de los niños hasta la edad de los 18 años. Según Currie et al.¹, los datos de violencia infantil son altamente alarmantes, en este contexto, señalan que aproximadamente, 150 millones de niñas y 73 millones de niños menores de 18 años han sufrido violaciones sexuales u otras formas de violencia sexual con contacto físico en 2002; además, los informes que se logran obtener dan cuenta que el infanticidio, los castigos crueles y humillantes, el abandono y los abusos sexuales en contra de los niños existen desde los albores de la humanidad lo que permite colegir que la violencia contra los niños es una práctica solapada por la historia²; en el tiempo que nos ocupa, a nivel global, el 50% de niños de entre los 2 a 17 años, padecen algún tipo de violación cada año³, y, aproximadamente, 1000 millones de niños de ese grupo etario fueron víctimas de abusos sexuales⁴; en contextos particulares como España, en el primer trimestre de 2022 se incrementó en un 20 % los casos de violencia de género⁵.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), sostiene que nuestra región posee los índices de homicidios infantiles más altos del mundo; sin embargo, es preciso señalar que, la violencia en contra de los niños va más allá de los homicidios, está se abre en un abanico de violencia física, sexual, emocional, así como también, el abandono y la explotación laboral o

1 Candace Currie, Chris Roberts, Antony Morgan, Rebecca Smith, y Wolfgang Settertobulte. «Health Behaviour in School-aged Children.» *Health Policy for Children and Adolescents* 1, nº 4 (2005).

2 E. G. Krug, L. L. Dahlberg, J.A. Mercy, A. B. Zwi & R. Lozano, (2003). “Informe mundial sobre la violencia y la salud”. *Revista Do Instituto de Medicina Tropical de São Paulo*, 45(3), 130–130.
<https://doi.org/10.1590/S0036-46652003000300014>

3 Paulo Sergio Pinheiro, «INFORME MUNDIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS Y NIÑAS.». 1 de 1 de 2022. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/TyPh3C>.

4 OMS. Violencia contra los niños. 29 de 11 de 2022. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>

5 Itsaso Biota Piñeiro, Lluís Ballester Brage, y María Dosil-Santamaría. “La violencia sexual entre adolescentes aumenta: ¿qué está pasando?”. 15 de 12 de 2022. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/7pqXhF>

sexual de menores de 18 años, lo más alarmante es que estos delitos se cometen con mayor frecuencia dentro del contexto familiar e incluso en las relaciones de enamorados, noviazgos o “pareja” como en la actualidad se le ha dado en llamar a los romances entre adolescentes; por si fuera poco, se presentan los conatos de violencia de parte de los cuidadores, compañeros de estudios o trabajo; como guinda del pastel, se evidencia que la violencia también se genera de parte de extraños a los niños y adolescentes⁶.

En Ecuador, la violencia en contra de los niños y adolescentes es una hecho innegable, tan solo entre el 2009 y 2016, se presentaron en la ciudad de Cuenca 9441 denuncias que contienen los casos de violencia contra estos grupos etarios; en 2020, “Entre marzo y diciembre del 2020, en Ecuador se han reportado 79.946 llamadas al ECU 911 relacionadas con la violencia intrafamiliar”⁷; además, en el informe presentado por la Defensoría del Pueblo señala que en el 2023 se presentaron 52.051 casos de violencia sexual y tan solo el 4% casos recibieron sentencia⁸ (s/p); para terminar, según un informe del Ministerio de Salud del Ecuador, “hubo 3.725 atenciones de violencia sexual en adolescentes de 10 a 19 años en 2023”⁹ (s/p).

Según datos de UNICEF , “En todo el mundo, alrededor de 15 millones de mujeres adolescentes de 15 a 19 años han sido víctimas de relaciones sexuales forzadas en algún momento de sus vidas”, si este dato era alarmante, en 2023 se registró un incremento del 55.1% de agresiones sexuales en el mundo y algo que causa impotencia y estupor es que de estas agresiones sexuales, “el 50,3% son miembros de su propia familia”, otro dato que es preciso señalar es que el 91.5% de las agresiones sexuales son presenciales, el grooming en un 3,1%, sexting no consentido 2,2%, pornografía 1,3% y la explotación sexual un 1,9%¹⁰.

Uno de los países que más violaciones sexuales presenta es Filipinas, en ese país es habitual que los padres prostituyan a sus niños y adolescentes, los tipos de explotación sexual al que son sometidos los infantes va desde la ciber pornografías, hasta los encuentros en vivo con depredadores sexuales; también, uno de los países que más consume pornografía infantil es Australia, en ese país, en el año 2022 se produjo un incremento del 66% de contactos con los padres de los menores que los venden a través de las redes¹¹.

6 OPS. *Violencia contra las niñas y los niños*. 23 de 11 de 2020. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/hITgMr>. La violencia contra niñas, niños y adolescentes tiene severas consecuencias a nivel físico, psicológico y social. 10 de 12 de 2020. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/0i4HFz>

7 UNICEF. Es hora de romper el círculo de la violencia contra la niñez. 6 de 5 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/jkFF3P>

8 Defensoría del Pueblo. MÁS DE 52 MIL CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA), ENTRE ENERO DE 2018 Y JUNIO DE 2023, Y SOLO UN 4,15 % HAN RECIBIDO SENTENCIA. 27 de 12 de 2023. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/JE3hmg>

9 Belén Zapata. La sociedad está muy sexualizada, hay que enseñar derechos humanos, dicen expertas ante casos de violación a adolescentes en Ecuador. *EL UNIVERSO*. 23 de 5 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/pBjai8>

10 ANAR. 9 de 4 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/gG57N4>

11 Laura Bicker. El país que sufre un alarmante aumento de abusos sexuales a niños debido a la pandemia. *BBC NEWS*. 2 de 12 de 2022. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/DVboO8>

El Gobierno de México (2021) señala que las violaciones que se producen en ese país, son consecuencia en mayor porcentaje de la violencia ejercida por miembros de la propia familia o del entorno más cercano, estas violaciones se producen por coerción, amenazas o abuso de poder; mientras, en El Salvador que es un país en donde la delincuencia organizada está siendo controlada, se presentan “5,203 en 2022, lo que implica un incremento del 47% en el año más reciente”¹²(s/p).

En el contexto ecuatoriano, al igual que en el mundo, se evidencia que la violencia en contra de los niños se encuentra en sus hogares de manera habitual, seguido de las escuelas y sus comunidades, así, en las instituciones educativas, En 2024 y con corte hasta febrero, se han presentado 5.365 casos de violencia sexual¹³; además, el 50% de los infantes es maltratado física o psicológicamente y, como dato alarmante “Cada día 6 niñas entre 10 y 14 años de edad dan a luz. Estos nacimientos son producto de la violencia sexual”, y entre el 2019 al 2023, los homicidios aumentaron en un 700% y tan solo en 2023 hubo 770 homicidios contra niños, niñas y adolescentes¹⁴; para cerrar estos datos de horror y violencia, los daños subyacentes a la violencia de que son víctimas los niños y adolescentes, son muchas, entre ellas las de carácter psicológico¹⁵.

La condición humana requiere de libertad y esta solo es posible si el niño crece sin esos anclajes que lo condicionan a vivir en la oscuridad por las vejaciones que ha recibido en su inocente infancia, esta condición humana requiere de la atención de todos, es por esto que es preciso desarraigar la violencia de género de la sociedad¹⁶; una de las condiciones para que esto se produzca es la educación basada en el respeto por el otro y por el yo¹⁷, un respeto que deje de ser una utopía y se convierta en una ética primera como si de un imperativo de tratase¹⁸; además, esta ética tiene que estar cargada de otredad y compasión para constituir una nueva corriente en la persona humana que se está educando desde los hogares y hasta las instituciones educativas para alejarlos de los márgenes sombríos de la moral¹⁹.

En un reciente estudio, se determinó que una de las principales causas de la violencia de género que leuda en los hogares ecuatorianos, es la falta de educación en cuanto a los roles

12 Claudia Espinoza. 18,132 niñas, niños y adolescentes abusados sexualmente entre 2016 y 2022 en El Salvador. *La Prensa Gráfica*. 20 de 10 de 2023. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/nFWBXN>

13 El Universo. En Ecuador se han cometido más de 5.000 casos de violencia sexual dentro del sistema de educación. Redacción *El Universo*. 15 de 2 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/oEPGtC>

14 UNICEF. Es hora de romper el círculo de la violencia contra la niñez.

15 María Emilia Marcillo Moreira, y Amalia Daniela Oviedo Gutiérrez. «Niños, niñas y adolescentes expuestos a violencia familiar en la ciudad de.» *Polo del Conocimiento* 5, n° 48 (2020): 1219-1227.

16 Hannah Arendt. *La condición humana*. (Buenos Aires: Paidós, 2003).

17 Josep Esquirol. *El Respeto o La Mirada Atenta*. (Barcelona: Editorial Gedisa, 2006).

18 Teófilo Laymi. “La ética del deber de Kant para la sociedad actual (Tesis de doctorado).” Tesis doctoral. Universidad Iberoamericana, 2010.

19 Concepció Poch, y Anna Vicente. “La acogida y la compasión Acompañar al otro.” *En Los márgenes de la moral*, de Joan Carles Mélich Sangra y Ágnes Boixander, 151. (Barcelona: Graó, 2010).

de equidad de Género que se enseñan en los núcleos familiares, esto sin duda alguna pone en aviso a las instituciones educativas acerca de que es necesario rediseñar el currículo nacional en donde se haga inclusiva la educación y se la extrapole activamente hasta los hogares o se invite a los padres de familia a participar en eventos de formación y reeducación para que se rompa el ciclo estereotipado del pseudo machismo que tanto daño le hace a niños, niñas y adolescentes en Ecuador²⁰.

La violencia de género en contra de los niños y adolescentes es una realidad que duele, es por esta razón que se considera pertinente la realización del estudio documental y bibliográfico que dé cuenta de los datos que son presentados ante organismos de control y sanción; sin embargo, quedan en la oscuridad muchos más que por diversas razones no son denunciados. El objetivo del estudio fue comprender la aplicación de las leyes en casos de violencia de género en el sistema penal ecuatoriano, mediante una revisión documental y bibliográfica, que permita una interpretación filosófica y jurídica del fenómeno de estudio, con ello, se presenta una postura emergente, mediante la crítica dialogante que de luz a la realidad presente en los hogares sobre la violencia de género.

II. METODOLOGÍA

La violencia es parte de la naturaleza humana y obviarla es desnaturalizar al hombre, esta aseveración es irrefutable y no se puede excluir a la familia del acto violento²¹. Según Xun-Zi (310-220 a.C.) y Maquiavelo, el hombre es malo por naturaleza y en esa maldad está incluida la violencia intra familiar^{22, 23}, , en contra postura a estos autores, Rousseau señala que la violencia es el producto de un aprendizaje social y que el hombre en su esencia es bueno al nacer^{24, 25}. El entorno familiar es el nicho en donde más actos de violaciones a los derechos de los niños y adolescentes se producen, son los familiares quienes más violaciones causan a los infantes; a criterio de Strauss²⁶, los miembros de una familia son los que más comportamientos violentos

20 Lenin Byron Mendieta Toledo. *Equidad de género en la escuela y el hogar*. (Guayaquil, Guayas: Fundación Editorial Crisálidas, 2023).

21 Walter Beller Taboada. "La violencia en la mirada de filósofos, analistas y neurocientíficos." *Veredas* 32 (2017): 53-73.

22 Juan Manuel Forte Monge. *Maquiavelo*. (Madrid: Editorial Gredos, 2011).

23 Xun-zi, y Flora Botton Beja. "La naturaleza del hombre es mala." *Estudios Orientales*, 4, nº 2 (1969): 205-217.

24 Jean-Jacques Rousseau. *Contrato social*. (Madrid: Editorial Espasa-Calpe, 2009).

25 Adrián Ratto. "Rousseau. El hombre es bueno por naturaleza". *Contenidos Editoriales y audiovisuales*, 2015.

26 Levi Strauss. "Mofogénesis social y violencia familiar desde una perspectiva." En *Lecturas de Antropología Social y Cultu-*

tienen con los infantes, el autor afirma que lo más probable es que una persona sea violentada en su hogar por uno de sus familiares más cercanos, que por otra persona.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida por Naciones Unidas (1948), señala como preámbulo que, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y dentro de ese contexto argumentan que es un derecho inalienable de las personas vivir en un ambiente de libertad de palabra y creencias, es un derecho nacer bajo la premisa de la libertad e igualdad en dignidad y derechos, todo esto “...sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”, que tenemos derecho a la vida, libertad y seguridad; que nadie será sometido a la esclavitud, sea esta de cualquier índole; que todos somos iguales ante la ley y protección de esta; que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; derecho a “...derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;...”; a la “...libertad de opinión y de expresión;...”; que “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria...”²⁷.

La violencia de género, según Exposito²⁸, es definida como:

Todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o privada. (ONU, 1995).

Aunque, de forma generalizada se lo ha tergiversado como:

Todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada²⁹.

La Fiscalía General del Estado ecuatoriano, define la violencia de género como “Es aquella conducta agresiva efectuada de manera consciente e intencional para causar algún tipo de daño físico o emocional a la víctima”, sosteniendo que existe violencia física cuando alguien amenaza, golpea o empuja y esto lastima; violencia psicológica es cuando alguien grita, insulta o humilla; y, violencia sexual es cuando alguien impone u obliga a cualquier acto sexual³⁰.

ral, de Honorio M Velasco, UNED, (2010): 195-222.

27 Organización de Naciones Unidas. “Carta de la ONU”. 26 de 6 de 1945. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/Q4P8vE>

28 Francisca Exposito. “Violencia de género.” *Violencia de género. Mente y Cerebro*. s/d de s/m de 2011. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/MCBZmm>

29 ONU. “Violencia contra la mujer”. 8 de 3 de 2021. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/uc6sYJ>

30 Fiscalía General del estado. “Violencia de género”. s/d de s/m de s/a. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/cNvkCl>

Siguiendo estas declaratorias, el Estado ecuatoriano emitió en 2008 una Constitución garantista de los derechos emitidos por la ONU, así, en el artículo primero de la constitución reza que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia,…”; siendo más explícito en su artículo 66 argumenta, el derecho a la inviolabilidad y aseguramiento de una vida digna y a la integridad personal siendo esta psíquica, moral y sexual; una vida libre de violencia en el contexto público o privado; en donde se prohíba el maltrato o torturas; derechos a la igualdad formal sin discriminación y a la libertad para el desarrollo de la personalidad; el derecho a la libertad sobre la sexualidad, religión, política, salud y vida reproductiva, entre otras³¹.

El Código de la Niñez y Adolescencia, promueve desde la educación el respeto a los derechos de los niños, y estas leyes protegen a las personas desde su concepción hasta los dieciocho años, garantizando en el Art. 6.- su Igualdad y no discriminación:

Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares³².

En el artículo 39 de este documento, se establece en el numeral 8 que hay que “Denunciar las violaciones a esos derechos, de que tengan conocimiento”, siendo deber de las personas el proteger a los niños en casos de maltrato, tal como lo estipula el artículo 73 del Código de la Niñez y Adolescencia:

Es deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos; y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial³³.

Las violaciones a los derechos y dignidad de los niños y adolescentes van desde el plano físico, psicológico, simbólico, sexual y moral. En la película *Sonidos de libertad* se resume este compendio de violaciones a los derechos y dignidad de los niños y adolescentes, es una trama en donde se evidencia la violencia a la que son sometidos los infantes y adolescentes en nuestra región³⁴ (Caviezel, Sorvino y Camp 2023), de igual forma en la trama *Rambo V: Last Blood* protagonizada por Sylvester Stallone, se puede notar la violencia histórica que ejercía un padre con su hija quien a pesar de esto, cuando se hizo mayor de edad, acudió a buscarlo y encontró una red de trata de blancas sometiéndola a la prostitución y drogadicción³⁵.

31 Asamblea Nacional. “Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.” Constitución del Ecuador. 20 de Octubre de 2021. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/zvlse0>

32 Congreso Nacional. “Codigo de la Niñez y Adolescencia.” Codigo de la Niñez y Adolescencia. 31 de 5 de 2017. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/IDSkgb>

33 Congreso Nacional. “Codigo de la Niñez y Adolescencia.”

34 Alejandro Monteverde. “Sound of Freedom”. Interpretado por Jim Caviezel, Mira Sorvino y Bill Camp. (2023). <https://www.youtube.com/watch?v=H82uvLvszQ0&list=PLa7lqMzER13b7sAq4SlrkpIQpS0SRLcsQ>

35 Adrian Grünberg. “Rambo V”: Last Blood. Interpretado por Sylvester Stallone. (2019). https://www.youtube.com/watch?v=vDQMo32Uomw&list=PLcCjE9qYYFQikELojt9Y_dVzOdzTOAF9Y

El maltrato psicológico en la familia es muy habitual, en muchas familias se normaliza este tipo de violencia que atenta a la dignidad de la persona humana, Arruabarrena³⁶, sostiene que este tipo de maltrato es uno de los más destructivos en el niño y adolescente, este tipo de violencia constituye al infante y lo condiciona con bajos niveles de confianza en sí y amor propio (2011); Morales Carrero³⁷, argumenta que en tiempos de confinamiento debido a la llamada pandemia COVID19, se evidenciaron más casos de violencia psicológica, física y sexual a los infantes por miembros de su familia (2021). Por otro lado, el maltrato psicológico viene de muchos frentes, uno de ellos es el que ejercen los padres de familia al separarse como pareja, en este sentido, los padres (sea la madre o el padre), manipulan a sus hijos (Síndrome de Alienación Parental), siendo este una forma sutil pero devastadora para la inmadura psiquis de los infantes que no saben cómo responder a este tipo de manipulación que es violencia en toda la extensión de la palabra³⁸.

Vélez Hidalgo et al.,³⁹ manifiestan que el maltrato físico “está inmerso en hogares donde solo existe, violencia, abuso, maltrato físico y psicológico” (2022, p. 141). Bajo esta estela, Segura Echeverría⁴⁰, manifiesta que el caso de violación y maltrato físico que se presenta en los menores, suele venir, principalmente de sus familiares. Como se puede colegir, el maltrato físico está presente en el entorno familiar y es la familia la responsable de que esto continúe, la violencia física viene desde una colleja hasta flagelar con el látigo a los infantes, todo tipo de maltrato físico en los niños o adolescentes tiene repercusiones psicológicas que pueden conllevar a la toma de decisiones en las víctimas como son el huir de sus hogares e incluso el suicidio (2022). Tamayo Viera et al.⁴¹, señalan que en ese año a nivel nacional se produjeron 977 suicidios en las diferentes provincias del Ecuador, entre las circunstancias para la consumación de estos hechos se relacionan los problemas sentimentales y familiares (citado en Salgado, 2020). Jorge Oswaldo Tamayo Viera, Vicente Leonardo Pérez Yauli, Ibeth Aracelly Molina Arcos, y Edison Manuel Arroba Freire. «Caracterización del suicidio y su incidencia en la provincia de Tungurahua: estudio descriptivo y análisis estadístico.» Revista Científica UISRAEL 9, nº 1 (2020): 1-15.

36 María Ignacia Arruabarrena. “Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad.” Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad 20, nº 1 (2011): 25-44.

37 Jesús Alfredo Morales Carrero. “Maltrato infantil. Una mirada al interior de la familia en tiempos de confinamiento social.” *InterAmerican Journal of Medicine and Health* 4i, nº 177 (2021): 1-5.

38 Wilson Santos Apaza. “La implementación del síndrome de alienación parental (SAP) como maltrato psicológico en la desvinculación de parejas y divorcio en el código niña, niño y adolescentes ley N. 548” (Tesis de licenciatura La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2023).

39 Judith Vélez Hidalgo, Ana Peñafiel, y Tanya Tutiven Abad. «La familia como factor de riesgo o protección en el proceso de reinserción familiar de niños, niñas y adolescentes en casas de acogida.» *Prohominum* 4, nº 1 (2022).

40 Jorge Luis Segura Echeverría. Consecuencias de la violencia intrafamiliar en los grupos prioritarios: niños, niñas y adolescentes (Tesis de licenciatura, Machala: Repositorio Digital de la UTMACH, 2022).

41 Jorge Oswaldo Tamayo Viera, Vicente Leonardo Pérez Yauli, Ibeth Aracelly Molina Arcos, y Edison Manuel Arroba Freire. «Caracterización del suicidio y su incidencia en la provincia de Tungurahua: estudio descriptivo y análisis estadístico.» Revista Científica UISRAEL 9, nº 1 (2020): 1-15.

Interpretación

La interpretación del fenómeno es realizada desde la Teoría Fundamentada a fin de dar pie y fundamento a lo que dicen los autores, organismos internacionales y las leyes, así, se han construido tres redes rizomáticas que dialogan recursivamente entre sí, estas se muestran en las siguientes figuras:

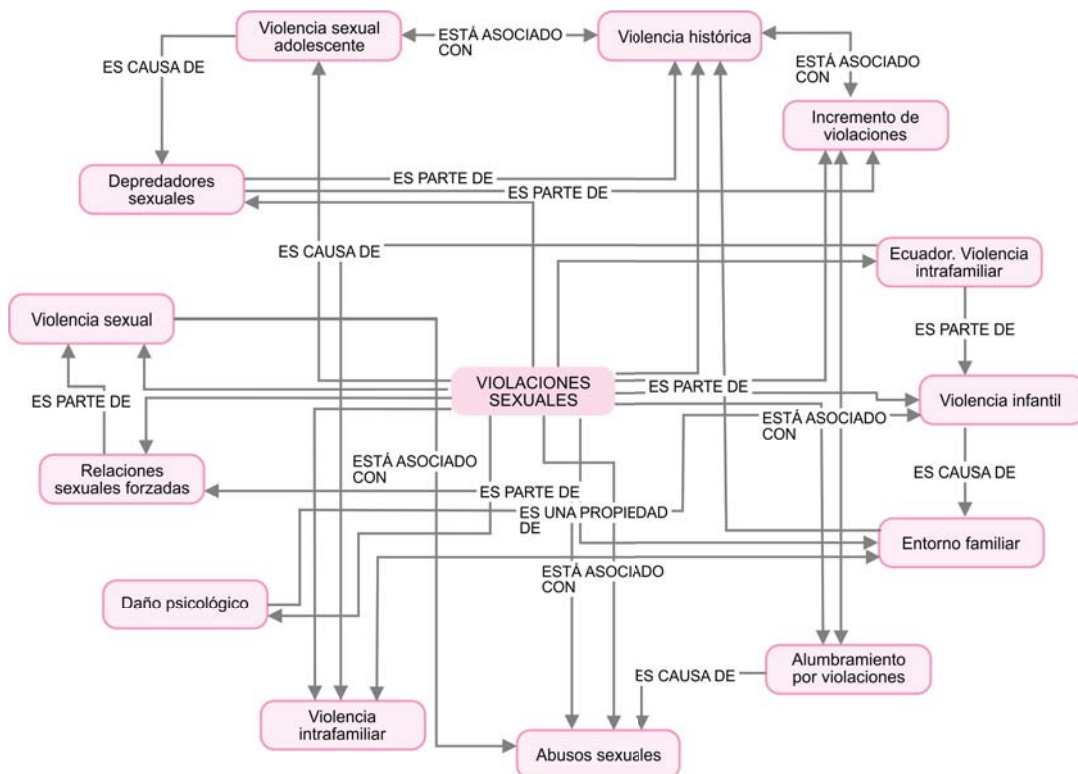


Figura 1. Red rizomática de violaciones sexuales
Nota. Red obtenida de los datos de la revisión documental.

Como se puede colegir, la violencia es histórica y existe desde que el hombre es hombre, per se, la violencia sexual es tan solo una de las muchas prácticas que se han ejercido en el mundo, esta es una práctica solapada por la historia⁴². En la Grecia Clásica se podía ver con naturalidad que los sabios tenían a los niños y adolescentes como sus discípulos y cuando estos les atraían sexualmente, lo que hacían era una “invitación” para que estos tuvieran relaciones sexuales con los maestros, sin embargo, esta no era considerada una violación ya que estaba naturalizada esta práctica⁴³.

42 E. G. krug, L. L. Dahlberg, J. A. Mercy, Zwi, A. B., & Lozano, R. (2003). “Informe mundial sobre la violencia y la salud”.

43 Fran Navarro. “La educación en la antigua Grecia. ¿Es verdad que había relaciones sexuales entre maestros y alumnos?”

Hoy en día, esto sería considerado como una violación por inducción o seducción a un menor. El Código Orgánico Integral Penal⁴⁴, establece en su artículo 171:

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. (p. 65).

La violencia infantil y adolescente son de las más controladas por los organismos encargados de aplicar las leyes, así, en el Código Orgánico Integral Penal⁴⁵, establece en su artículo 171, numeral 3 establece que una de las causales para ser considerada violación es que la persona sea menor de 14 años. Aunque las leyes están presentes, esto no ha menguado el índice de delitos sexuales a niños y adolescentes, así se evidencia que en el mundo uno de cada dos niños sufre alguna violación y 1000 millones de niños y adolescentes han sido violados⁴⁶, y, en Ecuador, solamente el 4% casos denunciados de violación recibieron sentencia⁴⁷.

Las relaciones sexuales forzadas o violaciones provocan daños físicos, psíquicos y morales en las víctimas, así, una de las consecuencias de las violaciones a las adolescentes son los embarazos y alumbramientos. Con relación a los daños psicológicos, estos perduran toda la vida y por más tratamientos con psicólogos que se realicen, las víctimas aprender a vivir con sus heridas pero no las olvidan, esto produce a su vez un daño moral en los niños y adolescentes, ya que pierden la confianza en sí y su amor propio; en cuanto a los embarazos y alumbramientos, en Ecuador se prevé que si la víctima de una violación decide abortar, puede hacerlo sin impedimento legal⁴⁸ (RTS 2022).

El entorno familiar es el nicho en donde acontecen una y otra vez situaciones de violencia en contra de los infantes y adolescentes⁴⁹. Mendieta Toledo⁵⁰, determina que los cuidados parentales son vitales para preservar la integridad física, moral y psíquica de los niños, para el autor, es en el núcleo del hogar en donde se debe enseñar valores a los niños para que estos puedan determinar lo que está bien o mal; así también, el hogar es el espacio en donde se cometen actos de violencia intrafamiliar de parte de los conyugues y los niños son testigos

15 de 3 de 2023. <https://acortar.link/a5Iz6n>

44 Asamblea Nacional. "Código Orgánico Integral Penal." Vers. digital. Código Orgánico Integral Penal. 4 de 1 de 2023. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/XHURWi>

45 Asamblea Nacional. "Código Orgánico Integral Penal."

46 Paulo Sergio Pinheiro. "Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas."

47 Defensoría del Pueblo. "más de 52 mil casos de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes (nna), entre enero de 2018 y junio de 2023, y solo un 4,15 % han recibido sentencia". 27 de 12 de 2023.

48 RTS. "Menores víctimas de violación ya no necesitan autorización de terceros para abortar". 6 de 7 de 2022. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/t5VHpi>

49 Levi Strauss. «Mofogénesis social y violencia familiar desde una perspectiva.».

50 Mendieta Toledo, Lenin Byron. *Equidad de género en la escuela y el hogar*.

y normalizan estas situaciones, per se, los infantes consideran normal las violaciones u otros actos de violencia en su contra.

Es un deber de los ciudadanos y la justicia del Ecuador, el defender a los niños y adolescentes, así, LA Constitución del Ecuador⁵¹, en el Capítulo tercero sobre los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en su Art. 35.- señala:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (p. 7).

Concomitantemente, el Art. 46.- tipifica en el numeral 4, la “Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones” (p. 9)⁵². También, en el Art. 81.- señala que “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes...” (p. 19)⁵³. Junto a este, el código Orgánico Integral Penal del Ecuador, establece en su Art. 158, la pena máxima para quienes realicen actos de violencia sexual en contra de la mujer o miembros del núcleo familiar, más aún, cuando estos se realicen en contra de la integridad sexual y reproductiva, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes⁵⁴.

Ecuador es un país en donde la violencia intrafamiliar no disminuye^{55, 56, 57}, una de las causas para que este fenómeno siga latente y haciendo mella en la sociedad ecuatoriana, es la escasa enseñanza en cuanto a la equidad de género en el hogar, el sistema heterónomo patriarcal está enraizado en las familias que consideran a la mujer como la hacedora de las tareas del hogar y al hombre como el proveedor de la familia, esto causa un efecto bumerang en cuanto a la violencia de género intrafamiliar y por ende la consecuencia más grave son las violaciones sexuales.

51 Asamblea Nacional. «Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.».

52 Asamblea Nacional. «Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.».

53 Asamblea Nacional. «Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.».

54 Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.».

55 UNICEF. *Es hora de romper el círculo de la violencia contra la niñez.*

56 Defensoría del Pueblo. Más de 52 mil casos de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes (nna), entre enero de 2018 y junio de 2023, y solo un 4,15 % han recibido sentencia. 27 de 12 de 2023

57 Belén Zapata. La sociedad está muy sexualizada, hay que enseñar derechos humanos', dicen expertas ante casos de violación a adolescentes en Ecuador. *El Universo*. 23 de 5 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024.

En cuanto a los depredadores sexuales⁵⁸, Ecuador tiene muchos casos de delitos contra niños y adolescentes cada año, de los cuales, muchos son por abuso sexual. Otra de las formas de abuso sexual a los niños y adolescentes se encuentran en las redes, es por esto por lo que se conmina a los padres de familia a tener cuidado con la hiperconexión y los teléfonos que se les da a los infantes sin el control parental, los depredadores sexuales se visten de ovejas y engañan a los más pequeños que caen en su fauces⁵⁹.

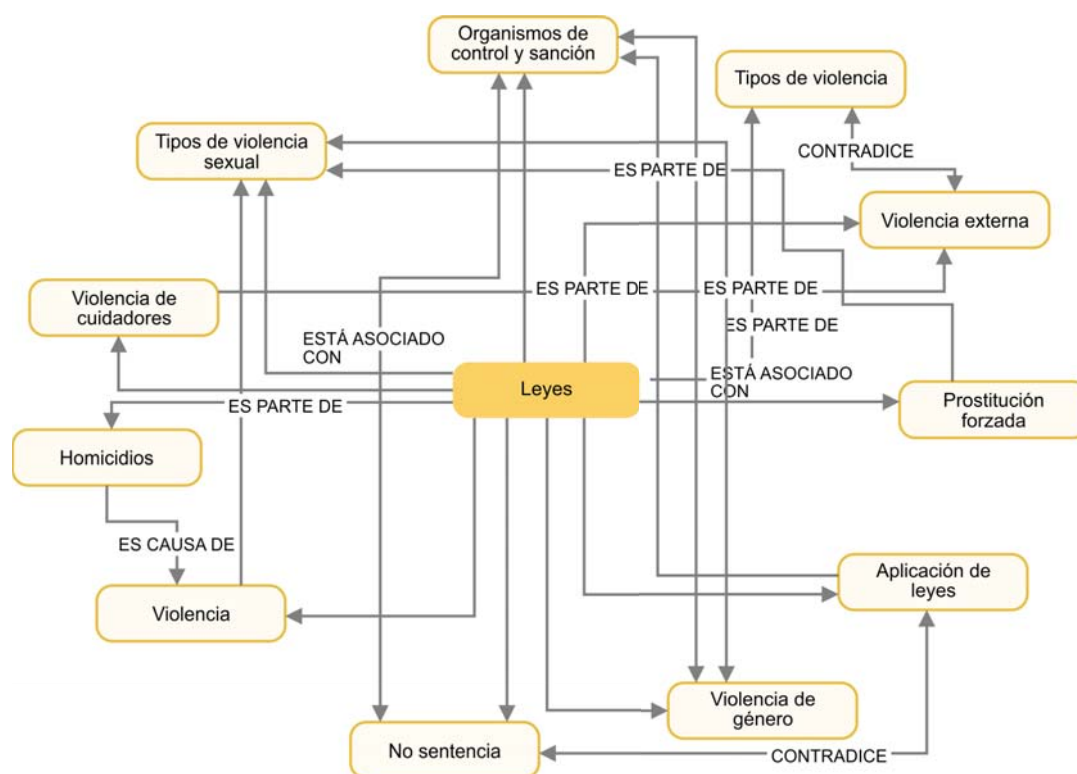


Figura 2. Leyes

Nota. Red obtenida de los datos de la revisión documental.

Las leyes en contra de la violencia sea esta de cualquier tipo, están tipificadas en la Constitución ecuatoriana; además, en el Código Orgánico Integral Penal, Código de la Niñez y Adolescencia *et al.*

58 Laura Bicker. "El país que sufre un alarmante aumento de abusos sexuales a niños debido a la pandemia". BBC NEWS. 2 de 12 de 2022.

59 Tassilo Hummel. "Francia debe frenar el uso de móviles y redes sociales entre niños y adolescentes": Expertos. 30 de 4 de 2024. Acceso el 5 de junio de 2024, <https://acortar.link/Q1XZk1>

La violencia de cuidadores habituales ejercida sobre niños y adolescentes es uno de los problemas más acuciantes para los padres de familia, los cuidadores habituales de los menores suelen ser los propios familiares^{60, 61, 62}, o personas externas⁶³. Con relación a los familiares que cuidan a los niños y adolescentes, el acto de violencia que se ejerce sobre los mismos es ocultado por los infantes debido a factores como la intimidación y la normalización del acto, esto por desconocimiento de las leyes que enuncian dentro del contexto legal, en el Art. 441.- del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador⁶⁴, señala en su numeral 4 que “Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar” son consideradas víctimas de violencia. Este artículo se articula con el literal b), numeral 3, del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador⁶⁵, la cual reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia, en especial a los niños y adolescentes, tomando las medidas oportunas contra la violencia y la explotación sexual.

La violencia externa que atenta en contra de la integridad sexual y reproductiva de los niños y adolescentes se contempla como delito en el artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal⁶⁶ y este a su vez se sustenta en los artículos 35, 44, 45, 46 en su numeral 4, 66 en sus literales a), y b), Art. 81 y 175 de la Constitución Del Ecuador⁶⁷. Todo esto dentro del plano legal; empero, existen códigos de ética que se encuentran presentes y resguardan la integridad física, psíquica y moral de los infantes y adolescentes, esta es la ética de la compasión, la ética primera y el imperativo categórico que sostienen la condición humana de los niños que se basa en el respeto a estos como seres humanos^{68, 69, 70, 71, 72}.

La trata de personas es una de las actividades más antiguas y lucrativas, la prostitución forzada es condenada como un delito grave que se comete contra grupos de personas según el Art. 89

60 María Ignacia Arruabarrena. “Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad.”. Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad 20, n° 1 (2011): 25-44.

61 María Emilia Marcellio Moreira, y Amalia Daniela Oviedo Gutiérrez. “Niños, niñas y adolescentes expuestos a violencia familiar en la ciudad de.”.

62 Jesús Alfredo Morales Carrero. “Maltrato infantil. Una mirada al interior de la familia en tiempos de confinamiento social.”.

63 Jesús Alfredo Morales Carrero. “Maltrato infantil. Una mirada al interior de la familia en tiempos de confinamiento social.”

64 Asamblea Nacional. “Código Orgánico Integral Penal.”.

65 Asamblea Nacional. «Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.».

66 Asamblea Nacional. “Código Orgánico Integral Penal.”.

67 Asamblea Nacional. “Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.”.

68 Hannah Arendt. *La condición humana*. (Buenos Aires: Paidós, 2003).

69 Esquirol, Josep. *El Respeto o La Mirada Atenta*. (Barcelona: Gedisa, 2006).

70 Walter Beller Taboada. “La violencia en la mirada de filósofos, analistas y neurocientíficos.”.

71 T. Laymi. “La ética del deber de Kant para la sociedad actual” (Tesis de doctorado).

72 Concepció Poch, y Anna Vicente. «La acogida y la compasión Acompañar al otro.» *Los márgenes sombríos de la moral. Una mirada ética a la educación*. Mélich Sangra, Joan Carles; Boixander, Agnes. (Barcelona: Ediciones Graó, 2010).

del Código Orgánico Integral Penal⁷³, esta actividad es considerada un delito de lesa humanidad; también, según el Artículo 101 del mismo documento legal, en sus numerales 1 y 2, la prostitución forzada es un delito muy grave a sancionar con penas de hasta 16 años. Dentro de lo humano, esta actividad rompe los esquemas de la alteridad y otredad, los principios del respeto y el amor que debe existir hacia el otro, más aún si se trata de niños o adolescentes a quienes se tiene la tarea moral de resguardar y cuidar en su integridad holística.

La Constitución en el Ecuador es garantista de los derechos humanos, en este contexto entran víctimas y victimarios, por este motivo, dentro del mismo cuerpo legal se establecen artículos para proteger a los niños y adolescentes quienes son considerados grupos vulnerables que requieren de la atención prioritaria de los organismos de control y sanción (como son el Código Orgánico Integral Penal y la Defensoría del Pueblo).

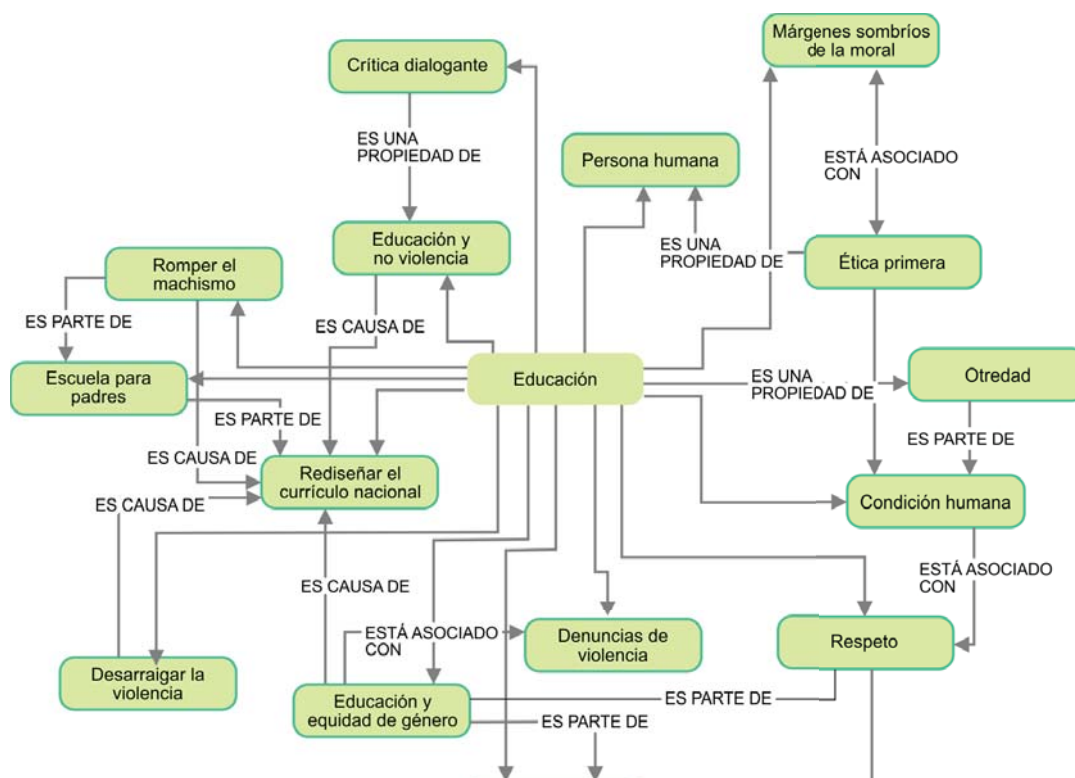


Figura 3. Educación
Nota. Red obtenida de los datos de la revisión documental.

73 Asamblea Nacional. “Código Orgánico Integral Penal.”.

Según Escohotado⁷⁴, la educación es la verdadera riqueza de una nación, sin educación un pueblo se sumerge en la barbarie y la moral es una utopía. Es por este motivo que se ha construido esta red rizomática en base a la literatura seleccionada, porque se considera que la educación es la clave para desarraigar la violencia en contra de los niños y adolescentes en el Ecuador, las penas están en los códigos penales, de la familia, de niñez y de la mujer; sin embargo, sin que exista una decolonización del sujeto que aprende y enseña, es muy difícil que se pueda erradicar la violencia y violaciones a la humanidad de los más pequeños.

Las denuncias por violaciones en el país son alarmantes⁷⁵, estas violaciones están presentes como está el cuidado de los niños y jóvenes del país. Todo esto que acontece se da por una educación en donde no se toma en cuenta la toma de conciencia de los niños con relación a su integridad, esto se logrará desde una educación integral de los niños y adolescentes en donde el Estado adopte las medidas necesarias para su cumplimiento en el marco de la protección integral de sus derechos, desde una salud holística de los infantes y adolescentes tal como rezan en los artículos 27, 32, 44 y 46 de la Constitución ecuatoriana⁷⁶.

La condición humana⁷⁷, nace del respeto por el otro, mismo que está estipulado en el artículo 27 de la Constitución ecuatoriana⁷⁸ “La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos...”, y en el artículo 347 del mismo cuerpo legal en su numeral 5 “Garantizar el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes, en todo el proceso educativo”. (p. 17, 168). Además, en la Ley Orgánica de Educación Intercultural⁷⁹, cita que el respeto es fundamental para la educación integral de los niños y adolescentes, que la educación se centrará en los valores como la ética, moral, respeto, tolerancia y otredad; así, si se enseña a los infantes y adolescentes sobre este tapiz, ellos conocerán sus derechos y se formarán con virtudes ciudadanas⁸⁰ y compasión por el otro⁸¹.

74 Antonio Escohotado. Entrevista de Maynor Tot. *Un país es rico cuando tiene educación* (20 de 6 de 2019). Acceso el 5 de junio de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=wB57kfzaSc>

75 UNICEF. Es hora de romper el círculo de la violencia contra la niñez.

76 Asamblea Nacional. “Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.”

77 Arendt, Hannah. *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós, 2003.

78 Asamblea Nacional. “Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.”

79 Asamblea Nacional del Ecuador. “Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.” Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural. Editado por Corporación de Estudios y Publicaciones. s/f de s/f de 2022. <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/09/Proyecto-Reglamento-Gral-LOEI-MINEDUC.pdf>

80 Victoria Camps. *Virtudes públicas*. (Madrid: Espasa Calpe, 2013).

81 Concepció Poch y Anna Vicente. “La acogida y la compasión Acompañar al otro.”

III. CONCLUSIONES

Dentro de las conclusiones se establece que la aplicación correcta de los delitos de violencia de género en el sistema penal ecuatoriano, leudan de una interpretación de los mismos, estos a su vez, son el producto de objetivaciones que por más que se repita que están apegadas al pleno cumplimiento de las leyes, éstas se encuentran subjetivadas a los requisitos previos personales y formativos de quienes imparten y administran justicia; además, la premisa del respeto a los intereses de niñas, niños y adolescente, está condicionada a la identificación del acto como delito lo cual es trabajo de fiscalía y antes de ella, de los organismos pertinentes como peritos en el fenómeno de estudio.

Para fortalecer las competencias de los operadores de justicia con el fin de que hagan un seguimiento al cumplimiento de las sanciones de los delitos sexuales en materia penal en nuestro país emitidas en las sentencias judiciales, es condición sine qua non que exista una buena formación profesional y continua de parte de los mismos y esta formación es atravesada por el currículo de grado y posgrado que tienen las universidades.

Como teoría, la violencia es histórica y existe desde que el hombre es hombre, per se, la violencia, abusos y violaciones sexuales son construcciones individuales-familiares-sociales, estas emergen de la formación y cuidados parentales que se les brinda a los niños, categóricamente se presenta la postura de que estos actos que atentan a la dignidad del ser humano, sea este niño, niña o adolescentes, leudan en los hogares desde la escasa educación de los derechos que brindan los padres a sus hijos; luego, en el entorno familiar y en los cuidadores habituales y posteriormente en las escuelas.

Con relación a la Constitución del país y a las leyes, se afirma que en Ecuador existe un entramado coherente y riguroso que vela y protege a los infantes y adolescentes; sin embargo, se reitera en el hecho de que más que leyes, es educación en valores lo que necesita la sociedad, se reafirma que un país es libre cuando tiene educación y que es rico cuando esta educación se sustenta en valores espirituales, éticos y morales, consideramos que la educación es la clave para desarraigar la violencia en el país; que la educación es la que permite dar voz a los sin voz, aquellas voces que se apagan en la garganta de los miles de infantes que son víctimas de este mal de la sociedad, se ahogan en las lágrimas de estos niños que son sometidos a callar por los mismos progenitores o familiares. Bajo esta sombras, emerge la esperanza de la otredad que trabaja en los salones de clase para dar cuenta de que la condición humana es dignidad y compasión y desde esta premisa se trabajan los currículos ocultos ya que en el diseño de currículo nacional no se contempla la enseñanza del levantar la voz ante los actos de violencia que se presentan en los hogares y fuera de estos en contra de los niños.

La condición humana nace del respeto por el otro, desde una ética primera en donde los más pequeños son los llamados a ser custodiados, es por esto por lo que la educación debe partir desde la equidad de género que se trabaja en los hogares para que los niños, niñas y adolescentes tengan sus roles sin discriminar si su género, sino que de forma cooperativa todos realicen la tarea de ser parte del hogar desde ese respeto. Refutamos la premisa del hombre malo por el contexto y naturaleza, planteamos la deconstrucción del sujeto desde la equidad de ser personas humanas que somos y estamos. Para cerrar el interjuego entre educación, condición humana y valores, es preciso conminar a los padres a trabajar talleres en donde se visualice el problema sin maquillajes y con sólidos fundamentos morales para que estos enseñen a sus hijos desde los valores.

Consideramos que debe existir una crítica dialogante en los espacios universitarios y de formación continua con relación al objeto de estudio, con esto se pueden presentar posturas que leuden del problema mismo bajo una cosmovisión multidimensional del fenómeno, estas posturas darán frutos en los espacios de la educación inicial ya que son los niños los que almacenan los aprendizajes que los convertirán en ciudadanos de bien en la sociedad, son los niños los que adquirirán las virtudes ciudadanas que luego se convertirán en profesionales y ciudadanos. Concluimos que la educación busca los intersticios más idóneos para que por allí fluya una sociedad comprometida en hacer de los niños y adolescentes, personas con amor por el otro desde el respeto, la dignidad y la compasión.

REFERENCIAS

- ANAR. 9 de 4 de 2024.
<https://www.anar.org/fundacion-anar-presenta-su-ultimo-estudio-agresion-sexual-en-ninas-y-adolescentes-segun-su-testimonio-evolucion-en-espana-2019-2023/>.
- Arendt, Hannah. *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós, 2003.
- Arruabarrena, María Ignacia. «Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad.» *Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad* 20, n° 1 (2011): 25-44.
- Asamblea Nacional. «Asamblea Nacional Constitución del Ecuador.» constitución del ecuador. 20 de Octubre de 2021.
https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Vers. digital. Código Orgánico Integral Penal. 4 de 1 de 2023.
https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2023/02/COIP_ene_2023.pdf.

- Asamblea Nacional del Ecuador. «Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.» Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural. Editado por Corporación de Estudios y Publicaciones. s/f de s/f de 2022.
<https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2022/09/Proyecto-Reglamento-Gral-LOEI-MINEDUC.pdf>.
- Balzer, Carmen. «El sentido del diálogo en Hans Georg Gadamer.» *Teología* Tomo XXXIX, nº 80 (2002): 93-111.
- Beller Taboada, Walter . «La violencia en la mirada de filósofos, analistas y neurocientíficos.» *Veredas* 32 (2017): 53-73.
- Bicker, Laura . *El país que sufre un alarmante aumento de abusos sexuales a niños debido a la pandemia*. BBC NEWS. 2 de 12 de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63799470>.
- Biota Piñeiro, Itsaso , Lluís Ballester Brage, y María Dosil-Santamaría. *La violencia sexual entre adolescentes aumenta: ¿qué está pasando?* 15 de 12 de 2022.
<https://theconversation.com/la-violencia-sexual-entre-adolescentes-aumenta-que-esta-pasando-195950>.
- Camps , Victoria. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa Calpe, 2013.
- *Sound of Freedom*. Dirigido por Alejandro Monteverde. Interpretado por Jim Caviezel, Mira Sorvino y Bill Camp. 2023.
- Congreso Nacional. «Codigo de la Niñez y Adolescencia.» Codigo de la Niñez y Adolescencia. 31 de 5 de 2017.
https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-09/Documento_C%C3%B3digo-Ni%C3%B1ez-Adolescencia.pdf.
- Currie, Candace, Chris Roberts , Antony Morgan, Rebecca Smith , y Wolfgang Settertobulte. «Health Behaviour in School-aged Children.» *Health Policy for Children and Adolescents* 1, nº 4 (2005).
- Defensoría del Pueblo. Más de 52 mil casos de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes (nna), entre enero de 2018 y junio de 2023, y solo un 4,15 % han recibido sentencia. 27 de 12 de 2023.
<https://www.dpe.gob.ec/mas-de-52-mil-casos-de-violencia-sexual-en-contra-de-ninos-ninas-y-adolescentes-nna-entre-enero-de-2018-y-junio-de-2023-y-solo-un-415-han-recibido-sentencia/>.
- El Universo. *En Ecuador se han cometido más de 5.000 casos de violencia sexual dentro del sistema de educación*. Redacción El Universo. 15 de 2 de 2024.
<https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/mas-de-21000-casos-de-violencia-sexual-ninos-ninas-adolescentes-ecuador-sistema-educativo-nota/>.
- *Más de 11.000 delitos contra niños y adolescentes se denuncian en Ecuador cada año, pero solo 460 casos terminarían en sentencia*. 2 de 6 de 2024.
<https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/ninos-adolescentes-ecuador-delitos-fiscalia-denuncias-sentencias-abuso-sexual-violacion-asesinato-violencia-fisica-nota/>.
- Escohotado, Antonio, entrevista de Maynor Tot. *Un país es rico cuando tiene educación* (20 de 6 de 2019).

- Espinoza, Claudia. *18,132 niñas, niños y adolescentes abusados sexualmente entre 2016 y 2022 en El Salvador*. La Prensa Gráfica. 20 de 10 de 2023.
<https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/18132-ninas-ninos-y-adolescentes-abusados-sexualmente-entre-2016-y-2022-en-El-Salvador-20231019-0085.html>.
- Esquirol, Josep. *El Respeto o La Mirada Atenta*. Barcelona: Gedisa, 2006.
- Exposito, Francisca. «Violencia de género.» *Violencia de género. Mente y Cerebro*. s/d de s/m de 2011. <https://www.uv.mx/cendhiu/files/2013/08/Articulo-Violencia-de-genero.pdf>.
Fiscalía General del estado. *Violencia de género*. s/d de s/m de s/a.
<https://www.fiscalia.gob.ec/violencia-de-genero/>.
- Forte Monge, Juan Manuel. *Maquiavelo*. Madrid: Gredos, 2011.
- Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Ediciones Sígueme, 1992.
- Gobierno de México. *Violencia sexual en niñas y adolescentes de 10 a 14 años*. 5 de 4 de 2021.
<https://www.gob.mx/conapo/documentos/violencia-sexual-en-ninas-y-adolescentes-de-10-a-14-anos>.
- Hummel, Tassilo. *Francia debe frenar el uso de móviles y redes sociales entre niños y adolescentes: expertos*. 30 de 4 de 2024.
https://es-us.noticias.yahoo.com/francia-frenar-uso-m%C3%B3viles-redes-151151894.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAGsHaMvHrWXq0j2b44cGVQAduuUfLsga56_aDG6OaQmZ6Xd6dY3Dlhu_0okewG1B2hTXGqI6cfxz-7BY55cz7ddu.
- Krug, E. G., Dahlberg, L. L., Mercy, J. A., Zwi, A. B., & Lozano, R. (2003). “Informe mundial sobre la violencia y la salud”. *Revista Do Instituto de Medicina Tropical de São Paulo*, 45(3), 130–130.
<https://doi.org/10.1590/S0036-46652003000300014>
- Kornblit, Ana Lía. *Metodologías Cualitativas en Ciencias Sociales. Modelos y Procedimientos de Análisis*. Buenos Aires, Buenos Aires: Biblos, 2007.
- Laymi, Teófilo. «La ética del deber de Kant para la sociedad actual (Tesis de doctorado).» Tesis doctoral. Universidad Iberoamericana, 2010.
- Levinas, Emmanuel. *Totalidad e infinito: ensayo sobre la exterioridad*. In *Totalidad e infinito: Ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2002.
- Malo, Miguel Concha. *Desafíos para los Derechos Humanos En el contexto de la Globalización*. Mexico: Conceptos Y fenómenos fundamentales de nuestro tiempo, 2012.
- Marcillo Moreira, María Emilia , y Amalia Daniela Oviedo Gutiérrez. «Niños, niñas y adolescentes expuestos a violencia familiar en la ciudad de.» *Polo del Conocimiento* 5, n° 48 (2020): 1219-1227.
- Mendieta Toledo, Lenin Byron. *Equidad de género en la escuela y el hogar*. Guayaquil, Guayas: Fundación Editorial Crisálidas, 2023.
- Morales Carrero, Jesús Alfredo . «Maltrato infantil. Una mirada al interior de la familia en tiempos de confinamiento social.» *InterAmerican Journal of Medicine and Health* 4i, n° 177 (2021): 1-5.

- Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de 12 de 1948.
<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/spanish>.
- Navarro , Fran. *La educación en la antigua Grecia. ¿Es verdad que había relaciones sexuales entre maestros y alumnos?* 15 de 3 de 2023.
<https://www.muyinteresante.com/historia/59889.html#:~:text=Las%20relaciones%20amorosas%20y%20sexuales%20formaban%20parte%20de,car%C3%A1cter%20er%C3%B3tico%20entre%20el%20mentor%20y%20su%20disc%C3%ADpulo>.
- OMS. *¿Cómo define la OMS la salud?* 19 de 6 de 1946.
<https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>.
- *Violencia contra los niños*. 29 de 11 de 2022.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>.
- ONU. *Violencia contra la mujer*. 8 de 3 de 2021.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women#:~:text=Las%20Naciones%20Unidas%20definen%20la%20violencia%20contra%20la, en%20la%20vida%20p%C3%BAblica%20como%20en%20la%20privada%C2%BB>.
- OPS. *Violencia contra las niñas y los niños*. 23 de 11 de 2020. <https://acortar.link/hITgMr>.
- Organización de Naciones Unidas. Carta de la ONU. 26 de 6 de 1945.
<https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/carta-de-la-onu#:~:text=La%20Carta%20de%20las%20Naciones, procesos%20de%20las%20Naciones%20Unidas>.
- Pinheiro, Paulo Sérgio. «Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas.» Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas. 1 de 1 de 2022. <https://acortar.link/TyPh3C>.
- Poch, Concepció, y Anna Vicente. «La acogida y la compasión Acompañar al otro.» En *Los márgenes de la moral*, de Joan Carles Mélich Sangra y Ágnes Boixander, 151. Barcelona: Graó, 2010.
- Ratto, Adrián. *Rousseau. El hombre es bueno por naturaleza*. Contenidos Editoriales y audiovisuales, 2015.
- Rousseau, Jean-Jacques . *Contrato social*. Madrid: Espasa-Calpe, 2009.
- RTS. *Menores víctimas de violación ya no necesitan autorización de terceros para abortar*. 6 de 7 de 2022.
<https://www.rts.com.ec/noticia/menores-victimas-de-violacion-ya-no-necesitan-autorizacion-de-terceros-para-abortar/>.
- Santos Apaza, Wilson . *La implementación del síndrome de alienación parental (SAP) como maltrato psicológico en la desvinculación de parejas y divorcio en el código niña, niño y adolescentes ley N. 548* (Tesis de Licenciatura). La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2023.
- Segura Echeverría , Jorge Luis. *Consecuencias de la violencia intrafamiliar en los grupos prioritarios: niños, niñas y adolescentes* (Tesis de Licenciatura). Machala: Repositorio Digital de la UTMACH, 2022.
- Sennett, Richard. *El Respeto*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2003.
- *Rambo V: Last Blood*. Dirigido por Adrian Grünberg. Interpretado por Sylvester Stallone. 2019.

- Strauss, Levi. «Mofogénesis social y violencia familiar desde una perspectiva.» En *Lecturas de Antropología Social y Cultural, de Honorio M Velasco*, 195-222. UNED, 2010.
- Tamayo Viera, Jorge Oswaldo , Vicente Leonardo Pérez Yauli, Ibeth Aracelly Molina Arcos, y Edison Manuel Arroba Freire. «Caracterización del suicidio y su incidencia en la provincia de Tungurahua: estudio descriptivo y análisis estadístico.» *Revista Científica UISRAEL* 9, nº 1 (2020): 1-15.
- UNICEF. *Es hora de romper el círculo de la violencia contra la niñez*. 6 de 5 de 2024.
<https://www.unicef.org/ecuador/comunicados-prensa/es-hora-de-romper-el-c%C3%ADrculo-de-la-violencia-contra-la-ni%C3%B1ez>.
- *La violencia contra niñas, niños y adolescentes tiene severas consecuencias a nivel físico, psicológico y social*. 10 de 12 de 2020.
<https://www.unicef.org/ecuador/comunicados-prensa/la-violencia-contra-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tiene-severas-consecuencias-nivel>.
- *Violencia, abuso sexual y homicidio contra millones de niños*. 1 de 11 de 2017.
<https://www.unicef.org/colombia/comunicados-prensa/violencia-abuso-sexual-y-homicidio-contra-millones-de-ninos>.
- Velez Hidalgo, Judith , Ana Peñafiel, y Tanya Tutiven Abad. «La familia como factor de riesgo o protección en el proceso de reinserción familiar de niños, niñas y adolescentes en casas de acogida.» *Prohominum* 4, nº 1 (2022).
- Walzer, Michael . *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona: Paidós Colección Estado y Sociedad, 1998.
- Xun-zi, y Flora Botton Beja. «La naturaleza del hombre es mala.» *Estudios Orientales* 4, nº 2 (1969): 205-217.
- Zapata, Belén. *‘La sociedad está muy sexualizada, hay que enseñar derechos humanos’, dicen expertas ante casos de violación a adolescentes en Ecuador*. El Universo. 23 de 5 de 2024.
<https://www.eluniverso.com/noticias/informes/la-sociedad-esta-muy-sexualizada-hay-que-ensenar-derechos-humanos-dicen-expertas-ante-casos-de-violacion-a-adolescentes-en-ecuador-nota/>.

Recibido: 20/04/2024

Aprobado: 30/05/2024



Ternura, óleo sobre lienzo 25 x 20 cm.

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

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

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

El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los mecanismos de protección democrática ¿una nueva simbiosis?
*The Inter-American System for the Protection of Human Rights and Democratic Protection Mechanisms, a New Symbiosis?**

Alfonsina Gómez* <https://orcid.org/0000-0002-4409-2555>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2654>

* Ponencia presentada en el XXIV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, La Plata, República Argentina, 7-9 de septiembre de 2023. Argentina.
Licenciada en Relaciones Internacionales, Magister en Integración y Cooperación Internacional, Docente de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Argentina.
Correo electrónico: alfonsina.gomez@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.



Esperanza, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.

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

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

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

RESUMEN

El objeto de este trabajo es brindar algunos elementos a partir de los cuales se permita comenzar a observar cómo en el ámbito americano, propiamente en el marco de la acción de los órganos de la Organización de Estados Americanos, el sistema de protección de la democracia, a través sus órganos e instrumentos, por un lado, y el sistema de protección de los derechos humanos, con el accionar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el otro, podrían dejar de concebirse como dos espacios de funcionamiento estancos y separados, y empezar a ser observados como dos sistemas que se interrelacionan y se complementan entre sí en su misión y función. La relación intenta ser observada frente a algunos casos o episodios de crisis democráticas en los estados miembros de la región americana.

Palabras clave: *Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mecanismos de protección democrática, democracia, derechos humanos.*

ABSTRACT

The purpose of this work is to provide some elements from which it is possible to begin to observe how in the American sphere, specifically within the framework of the action of the organs of the Organization of American States, the system of protection of democracy, through its organs and instruments, on the one hand, and the system for the protection of human rights, with the actions of the Inter-American Commission on Human Rights, on the other, they could no longer be conceived as two watertight and separate spaces of operation, and begin to be observed as two systems that interrelate and complement each other in their mission and function. The relationship attempts to be observed in the face of some cases or episodes of democratic crises in the member states of the American region.

Keywords: *Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights, democratic protection mechanisms, democracy, human rights.*

I. INTRODUCCIÓN

La región americana ha ido creando en el último siglo y medio un bagaje institucional muy rico que ha dado lugar a la creación de organizaciones regionales para la cooperación entre los estados en diversas materias. Esto no ha sido un rasgo distinto a como aconteció con la evolución de toda la comunidad internacional, hacia un conjunto de normas que componen hoy un derecho internacional institucionalizado y mucho más humanizado que en épocas anteriores, sin embargo, en el ámbito americano se ha dado con algunos matices particulares.

La evolución de la institucionalización en la región americana tuvo sus primeros indicios a finales del siglo diecinueve y durante la primera mitad del siglo veinte con la celebración de las distintas Conferencias Interamericanas. Fruto de estas conferencias han surgido lo que hoy propiamente conocemos como organizaciones regionales dotadas de órganos permanentes, los primeros acuerdos regionales, y las distintas normativas comunes que se desprenden de los mismos, las cuales aún hoy se plasman en el funcionamiento y actuación de las mismas.

Como resultado de este intenso trabajo en común entre los estados americanos desarrollado durante varias décadas, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en el año 1948 se adopta la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) con el objetivo de consolidar el proceso evolutivo de las conferencias y concretar finalmente la conformación de la organización internacional regional.

El tratado constitutivo de la OEA estipulaba en su artículo 106 la voluntad de creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), y establecía en su preámbulo, entre otras cuestiones, que los Estados americanos se comprometerían, a actuar en el marco de dicha organización bajo el compromiso de cooperar para consolidar en el sistema americano un ámbito de respeto por los derechos fundamentales de las personas bajo el paraguas de instituciones democráticas.¹

¹ Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

La creación de la CIDH se dio formalmente por resolución de la Quinta Reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en el año 1959. La posterior adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención) en el año 1969, en el marco de un plan de profundización de la misión hacia un sistema de protección, y su entrada en vigor en 1978, afianzarían el sistema interamericano de protección de los DDHH, creando la Corte Interamericana y consolidando las tareas de la CIDH a través de sus funciones principales, la posibilidad de elaboración de informes y dictar recomendaciones sobre la situación de los derechos humanos en los distintos países en que los mismos eran violados sistemáticamente, y la recepción de denuncias de particulares.

Por su parte, el sistema de protección de la democracia en la región comienza a conformarse casi tres décadas más tarde que el sistema de derechos humanos. Es así como toda una serie de instrumentos se fueron incorporando a la OEA, algunos en forma de Protocolos adicionales al tratado constitutivo, como el Protocolo de Washington de 1992, otros como la Carta Democrática Interamericana creada por una resolución de la Asamblea General en 2001.

A lo largo de las décadas de funcionamiento de la OEA, ambos sistemas, el de protección de los derechos humanos, por un lado, y el de protección democrática por el otro, fueron analizados y estudiados mayormente como ámbitos de trabajo y funcionamiento separados, considerados por la mayoría de los autores como instancias de accionar distintas, prescindiendo de una mirada que comience a dejar espacio a la posibilidad de poder reflexionar sobre la conexión entre ambos.

En este sentido, el objeto de análisis de este trabajo es brindar algunos elementos a partir de los cuales se permita comenzar a observar cómo en el ámbito americano, propiamente en el marco de la acción de los órganos de la OEA, el sistema de protección de la democracia, por un lado, y el sistema de protección de los derechos humanos, por el otro, podrían dejar de concebirse como dos espacios de funcionamiento estanco y separado, y empezar a ser observados como dos sistemas que se interrelacionan y se complementan entre sí en su misión y función.

II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA EN LA ETAPA DE LA GUERRA FRÍA

En una primera etapa de funcionamiento del sistema de protección de los DDHH en la región americana, etapa en donde no se habían concretado aún mecanismos de protección democrática en el marco de la OEA, el rol de la CIDH, como órgano autónomo y principal

de la misma, fue muy destacado y significativo. En este sentido, la elaboración de informes que describían la situación de los derechos humanos y la democracia en la región fueron clave. La idea era resaltar y contradecir la predominancia de regímenes autoritarios, y jugar un fuerte papel a favor de la visibilización y protección de los derechos humanos frente a los abusos que cometían las dictaduras durante esos años.

En este sentido, la adopción de la Convención y su entrada en vigor en 1978, le brinda mayores atribuciones a la CIDH que tendrá además las siguientes funciones específicas de acuerdo al artículo 41 incisos b, c y d de la misma, a saber:

“Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; ...preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones... solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos”²

En este sentido, durante las décadas de los años 60’ y los años 70’, los informes por país, se utilizaron muchas veces para denunciar las situaciones de violaciones graves de los derechos humanos en el marco de gobiernos de facto y autoritarismos en el poder, en los países de la región americana. Es así como se elaboran informes sobre la situación al respecto en Argentina, Cuba, República Dominicana, Haití, El Salvador, Honduras, Chile, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay³.

El caso de la visita de la CIDH a la Argentina en el año 1979, y el informe con las recomendaciones publicado al año siguiente, constituyen un ejemplo de cómo las funciones y acciones de la misma influían en la denuncia a nivel internacional de las graves violaciones a los derechos humanos por parte de la Dictadura en el gobierno argentino. A pesar de que el informe fue prohibido y ocultado en el país, y al cual solo se pudo acceder a copias desde la informalidad, el impacto internacional de denuncia que tuvo fue muy significativo para la consiguiente transición hacia un sistema democrático⁴.

Sin embargo, si enmarcamos esa labor tan significativa de la CIDH en el accionar general de la OEA con respecto a la promoción y protección de la democracia como sistema político en la práctica de los estados, el sistema multilateral tenía grandes fallas. En este sentido, su

2 Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 41, disponible en: [tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf](#)

3 M. E. Pignatta, “Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)”, Capítulo 3. (Tesis doctoral, FCPOLIT-UNR, Rosario, 2011).

4 M. E. Piganatta, M. E. (2011); “Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)” op.cit. C. Diaz, *Democracia y Derecho Internacional ¿Una nueva relación?*; Facultad de Derecho, UNR, (Rosario: Laborde Editor, 2020).

funcionamiento se enmarcaba en una lógica este-oeste, y en priorizar el alineamiento al bloque occidental, es decir, se cooperaba con el objetivo de evitar todos los intentos que puedan sucederse de alineamiento de algún estado miembro de la organización con el bloque oriental, es así como se observa que la lógica que prevalecía en la región era la de la guerra fría, y no la de una defensa democrática frente a los autoritarismos⁵.

III. LA TRANSICIÓN Y LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEMOCRÁTICA

La década de los años 80' y los primeros años de la década de los 90' fueron testigo de una transición democrática en la región americana. En este sentido, se dejaba atrás una etapa de golpes de Estados recurrentes, y largas y crueles dictaduras militares para la mayoría de los estados miembros de la OEA. De esta manera, una de las primeras reformas del sistema multilateral viene de la mano del Protocolo de Cartagena de Reforma a la Carta adoptado en el año 1985, el cual establece entre otras cuestiones, incorporar en el preámbulo de la misma la idea de que la democracia representativa constituía la condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región⁶.

El consenso a nivel de la mayoría de los estados miembros en brindarse mecanismos para la protección de este sistema político se alcanzó cuando comienzan a surgir nuevos tipos de crisis democráticas y la sensación imperante era la de no permitir el retroceso hacia el pasado autoritario. En este sentido, el primer instrumento singular fue la adopción del “Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano” y la Resolución 1080 en el año 1991. Seguidamente el Protocolo de Washington del año 1992⁷, también de reforma de la Carta, estableció la posibilidad de suspensión de un Estado miembro de sus derechos de participación en los órganos de la organización, si se consideraba que el orden democrático de algún estado miembro se pondría en riesgo. Finalmente, la Carta Democrática Interamericana, adoptada a través de una resolución de la Asamblea General en el año 2001, le

5 M. E. Pignatta, “La defensa de la democracia en la OEA. Nuevos instrumentos y debates”; *Cuaderno de Cátedra, Política Internacional Latinoamericana*; FCPOLIT-UNR, Rosario, (2008). M:E. Pignatta, “Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)” op.cit. C Diaz, *Democracia y Derecho Internacional ¿Una nueva relación?*, op. cit.

6 Protocolo de Cartagena de Indias de 1958, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_a-50_protocolo_de_cartagena_de_indias.htm

7 Protocolo de Washington de 1992, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_a-56_protocolo_de_washington.htm

brinda un marco más general al sistema desarrollando conceptos y mecanismos facultativos de acción para la protección democrática al Secretario General, al Concejo Permanente y a todos los Estados miembros.

La relación entre Democracia, los derechos humanos y las organizaciones internacionales y regionales ha sido ampliamente investigada y desarrollada a nivel internacional⁸. Específicamente a nivel regional, en el ámbito americano, numerosos autores han dado cuenta del desarrollo de cláusulas para la protección de la democracia en instrumentos normativos de las organizaciones regionales que permiten un marco de acción importante para alertar sobre su funcionamiento y preservar el mismo⁹.

Una nueva relación entre la democracia y el Derecho Internacional se puede pensar desde la región americana a partir de las cláusulas democráticas incorporadas a partir de la década de los años 90 hasta la primera década del siglo veintiuno, en los instrumentos no solo de la OEA sino también de otras organizaciones regionales como el Mercosur y la UNASUR. Más aún si se considera que la región americana es precursora en la proclamación de ciertos principios de compromiso y acción que pueden ser rastreados como antecedentes de esas cláusulas en las tesis de estadistas latinoamericanos de las primeras décadas del siglo XX, como la doctrina de la legalidad de 1907 postulada por el diplomático ecuatoriano Carlos Tobar¹⁰.

Sin embargo, surge la necesidad tal como lo plantea el Profesor Gatti, y que no se presenta como una tarea sencilla, la de llegar a acuerdos en torno a definir la democracia como sistema político, y establecer qué se entiende y que elementos la componen en este aspecto, labor que de acuerdo al autor continúa siendo una cuestión abierta, y se presenta como un debate difícil de sistematizar. En este sentido, la elaboración de un concepto de democracia o establecer concretamente que se entiende en la región americana cuando se habla de democracia sugiere relacionar a la misma con la evolución histórica de los regímenes políticos en los distintos estados nacionales, con su conformación y desarrollo posterior. En este sentido, es importante considerar distintas posturas de autores en la evolución doctrinaria o teórica del concepto en base a estos procesos¹¹.

8 A. Duxbury, *The Participation of the States in the International Organisations. The role of Humans Rights and Democracy*, (Cambridge University Press: The Edinburgh Building, Cambridge, UK 2011). J. Pevehouse, *Democracy from Above, Regional Organizations and Democratization*, (Cambridge University Press: The Edinburgh Building, Cambridge, UK, 2005).

9 Beatriz Ramacciotti, M. *Democracia y Derecho Internacional en las Américas 2010*. (Córdoba, Argentina: Editorial Lerner). Consultada el 20 de octubre de 2018. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/56>. M. E. Pignatta. (2011), "Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)", op. cit.; A. Priotti, y M Trucco, "La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana", Revista *Recor DIP*, Volumen 2, N°2 (2012). Disponible en: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2017/02/01ciosa.pdf>.

10 C. Diaz, "Las cláusulas democráticas en los Tratados internacionales. La experiencia en la crisis de la democracia paraguaya en 1996", (Tesis de Maestría FLACSO, Buenos Aires.); C. Diaz, 2020 "Democracia y Derecho Internacional ¿Una nueva relación?, op.cit..

11 M. E. Pignatta, "Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)", 2011, op.cit. ; C. Diaz, "Democracia y Derecho Internacional ¿Una

Por su parte el profesor Gatti establece que “existe una doxa de lo democrático asumida aunque no necesariamente problematizada” e incorpora algunos elementos “que delimitan los contornos del concepto”, a saber: la regla de la mayoría, la soberanía popular, la división de funciones, el sometimiento de los gobernantes al escrutinio público, la alternancia en el ejercicio del poder¹².

De acuerdo a Carlos Closa y otros (2016) los elementos que componen a un sistema democrático en general serían, a saber: elecciones competitivas entre múltiples partidos políticos, sufragio universal, protección de los derechos de las minorías y respeto de las libertades civiles, ausencia de actores tutelares no elegidos como militares, monarquías, o cuerpos religiosos, y existencia de reglas del juego niveladas entre el oficialismo y la oposición¹³.

De acuerdo a estas reflexiones ¿cuál es el concepto de la democracia que se quiere proteger en el sistema interamericano? ¿Qué dicen al respecto los textos de los instrumentos normativos sobre la protección democrática en el marco de la OEA? En este sentido, los mismos expresan la necesidad de proteger la democracia representativa¹⁴. Es así como en la carta de la OEA al anunciarse sus principios en el artículo 3 inciso d se expresa al respecto, a saber: “*La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.*”¹⁵

Por su parte, en la Carta Democrática Interamericana de la OEA puede encontrarse una definición con mayor nivel de precisión y desarrollo. Es así como el texto de la misma se expone en una definición sobre los elementos que componen la democracia, a saber: “*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*”¹⁶

De esta forma ¿qué rol jugarían los derechos humanos en la definición de democracia en la región americana? ¿Se presenta la democracia como una condición esencial para su garantía y

nueva relación?; op.cit.; F. Gatti, “La semántica democrática en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Relato presentado en el XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (La Plata, República Argentina: 7-9 de septiembre de 2023).

12 F. Gatti, “La semántica democrática en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, op.cit., página 3.

13 P. Castillo Ortiz, C. Closa Montero, C. y Palestini Céspedes, S, *Organizaciones Regionales y Mecanismos de Protección de la Democracia en América Latina, el Caribe y la Unión Europea*, (Hamburgo, Alemania: Fundación EU-LAC 2016), pág. 19.

14 M.E. Pignatta, “Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)”, op.cit. ; A. Gómez, “La acción de la OEA, UNASUR y MERCOSUR en los casos de crisis democrática de Paraguay (2012) y Brasil (2016)”, (Tesis de Maestría, Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario, UNR, Rosario, 2017).

15 Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

16 Carta Democrática Interamericana, artículo 3, disponible en: https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

respeto? Al respecto, el preámbulo de la Carta de la OEA establece, a saber: *“el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*¹⁷. En este sentido, de acuerdo al Profesor Gatti la democracia y los derechos humanos se condicionan y se sustancian mutuamente para su realización¹⁸.

IV. LAS CRISIS DEMOCRÁTICAS Y EL ACCIONAR DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA NUEVA SIMBIOSIS

En los últimos años, las crisis democráticas se siguen sucediendo en la región americana con consecuencias negativas para la protección y garantía de los derechos humanos, y como ya se hizo alusión más arriba, la OEA posee mecanismos de protección que pueden ser aplicados. Sin embargo, la aplicación de estos mecanismos muchas veces varía dependiendo del caso en cuestión. En este sentido, si se analiza la trama institucional de protección de la democracia y de los derechos humanos por parte de la OEA tomando los casos de crisis democráticas de la década pasada, por ejemplo, a saber: Paraguay (2012) Brasil (2016, 2017), Nicaragua (2016), Honduras (2017) y Venezuela (2017), se encuentran rasgos de tratamiento selectivo con respecto a los informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en esos países, insumos incorporados para el ámbito de las discusiones del Consejo Permanente donde fueron debatidos estos casos de crisis democráticas. Las diferencias se observan en los dispares grados de invocación de las atribuciones por parte del Secretario General para activar algunos mecanismos a pesar del dato efectivo proveído por la CIDH en todos los casos, sin desmerecer las diferencias con respecto a las situaciones particulares en cada caso, que ameritarían un estudio específico al respecto.

Por otro lado, la tarea de visibilización de la CIDH a través de comunicados de prensa sobre la situación en que se dieron los juicios políticos que destituyeron a los mandatarios en Paraguay (2012) y Brasil (2016), sin dejar de considerar las diferencias entre ambos casos, fue clave para traer a debate la necesidad de discusión sobre los estándares democráticos en el marco de los juicios políticos a presidentes en la región. En este sentido, es así como en el

17 Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

18 F. Gatti, “La semántica democrática en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, op.cit. página 3.

marco de sus atribuciones la CIDH solicitó a la Corte en el año 2017 que se pronuncie sobre “las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos”¹⁹.

La situación de crisis permanente en Venezuela y Nicaragua con sus propias características son sistemáticamente seguidas por informes de la CIDH y por múltiples resoluciones del Consejo Permanente de los años 2016 a la actualidad, que citan estos informes y focalizan en las recomendaciones que establecen los mismos, y que a raíz de este tratamiento conjunto se han adoptados medidas tendientes a revertir las condiciones de inestabilidad democrática de ambos países, con mayor o menor resultado²⁰.

Los informes de país de la CIDH considerados en el marco de las sesiones del Consejo Permanente de la OEA en tratamiento de la situación democrática y en resoluciones adoptadas al respecto sobre la situación de Estados miembros como Nicaragua (2016-2022), Venezuela (2016-2023), Bolivia (2019) y más recientemente con respecto a los casos de Perú (2022, 2023), Guatemala (2023) y Haití (2022, 2023) en las cuales se identificó la necesidad de reconocer situaciones de crisis democráticas, y en los cuáles los informes de la CIDH²¹ o solicitudes de medidas cautelares, son citados y considerados en las resoluciones adoptadas por el Consejo Permanente, se presentan como casos disparadores para pensar que ambos sistemas, por un lado, el sistema de mecanismos de protección de la democracia, y por otro lado, el de protección de los derechos humanos, si bien son independientes en su funcionamiento, pueden complementarse y cooperar entre sí.²²

19 La CIDH solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre este tema. La misma fue rechazada. Y también observado ese rechazo por parte de la CIDH, además de las observaciones de distintos estados miembros emitidas al respecto. Ver Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm

20 Ver Resoluciones del Consejo Permanente de la OEA, disponibles en: https://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/

21 CIDH, Informes por país, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/pais.asp>

22 Ver Resoluciones del Consejo Permanente de la OEA, disponibles en: https://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/

V. CONCLUSIONES

Los derechos humanos se protegen en un sistema político democrático, y este es el sistema legítimo para los países miembros de la OEA de acuerdo a la Carta Constitutiva de la organización. Resulta cada vez más relevante analizar la interdependencia entre la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. El respeto, la garantía, la protección y la promoción de los DDHH exigen de los Estados nacionales de la región americana el establecimiento de sistemas políticos democráticos estables, confiables, consolidados, con engranajes sólidos en cuanto a los componentes del mismo y su funcionamiento.

En este sentido es fundamental considerar en el marco de acción de la OEA por un lado, la labor tanto del sistema de protección de los DDHH, a través de las funciones de la CIDH como órgano autónomo y principal, así como también la utilización de las herramientas que brindan los mecanismos de protección democrática en la región, establecidos en protocolos de reforma a la carta y en resoluciones de la Asamblea General.

La interacción de ambos sistemas en el marco del tratamiento de las crisis democráticas que se identifican en los países es crucial para observar la relación que existe, por ejemplo en el marco de las discusiones, debates y resoluciones del Consejo Permanente. El abordaje y tratamiento de los distintos casos prácticos de crisis políticas de distintos Estados miembros en los últimos años da cuenta de la relación entre ambos sistemas, y en consecuencia de la simbiosis entre democracia y derechos humanos en la región americana.

En este sentido es de destacar la labor de la CIDH en la elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos y en la realización de visitas a los países de forma ininterrumpida, funciones que le fueron asignadas tanto por la Convención, como por la Carta de la OEA, y por su reglamento y modificaciones al mismo. Estos informes y sus respectivas recomendaciones fueron en la etapa de la guerra fría un faro en donde se reflejaba la necesidad de restaurar la democracia en un contexto de golpes de Estado recurrentes y largas dictaduras en las que se cometieron violaciones sistemáticas de los DDHH.

Con la transición democrática en la región, los Estados miembros de la OEA decidieron y se comprometieron a crear mecanismos de protección del sistema democrático a través de protocolos adicionales a la Carta y de resoluciones de la Asamblea General. Estos mecanismos fueron activados en numerosas crisis democráticas, las cuales siguen repitiéndose en muchos de los países miembros a lo largo de los últimos treinta años, y en casos recientes muy significativos.

El actual tratamiento de estas crisis democráticas en el marco del Consejo Permanente se nutre de la importante labor de la CIDH en su función de realizar informes sobre la situación de los DDHH en los países miembros de la OEA, esto complementa y visibiliza de alguna forma la tarea muchas veces dificultosa del Consejo Permanente sobre el tratamiento de la situación democrática en los países miembros de la OEA.

REFERENCIAS

- Canepa M. “Las cláusulas democráticas en los procesos de integración latinoamericanos”. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (2015) disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/08/Doctrina1674.pdf#viewer.action=download>
- Castillo Ortiz, P., Closa Montero, C. y Palestini Céspedes, S. *Organizaciones Regionales y Mecanismos de Protección de la Democracia en América Latina, el Caribe y la Unión Europea*. Hamburgo, Alemania: Fundación EU-LAC, 2016.
- Closa C. y Palestini S., (2016); “Defensa de la democracia o autodefensa: las organizaciones regionales y la protección de la democracia en América Latina y el Caribe”, *Pensamiento Propio* N° 44, (2016): pp. 145-146. Disponible en: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2017/02/010-closa.pdf>
- Diaz, C. “Las cláusulas democráticas en los Tratados internacionales. La experiencia en la crisis de la democracia paraguaya en 1996”- Tesis de Maestría FLACSO, Buenos Aires 2007.
- Diaz C. *Democracia y Derecho Internacional ¿Una nueva relación?*; Facultad de Derecho, UNR, Rosario: Laborde Editor, 2020.
- Duxbury, A. (2011); *The Participation of the States in the International Organisations. The role of Humans Rights and Democracy*. Cambridge University Press: The Edinburgh Building, Cambridge, UK.
- Gatti, F. *La semántica democrática en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Relato presentado en el XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Plata, República Argentina: 7-9 de septiembre de 2023.
- Gómez, A. “El principio democrático en el ámbito americano. La actual crisis política de Honduras”; Tesis de grado, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2009.
- Gómez, A. El principio democrático en el ámbito americano. Los avances desde la OEA. El caso de Honduras 2009. XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2014.
- Gómez, A. “La acción de la OEA, UNASUR y MERCOSUR en los casos de crisis democrática de Paraguay (2012) y Brasil (2016)”, Tesis de Maestría, Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario, UNR, Rosario, 2017.
- Hoffmann, R. A. “As Organizações Regionais E A Promoção E Proteção Da Democracia: reflexões a partir das práticas de intervenção democrática na América do Sul”, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Relações Internacionais. *Caderno CRH, Salvador*, v. 29, n. SPE 03(2015): p. 47-57. <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v29nspe3/0103-4979-ccrh-29-spe3-0047.pdf>
- Palestini, S. “Defender la democracia en América Latina... pero ¿qué democracia?”, 2017 disponible en: <https://es.weforum.org/agenda/2017/02/defender-la-democracia-en-america-latina-pero-que-democracia/>

- Patiño, M. H. y D' Alotto, A. “La defensa colectiva de la democracia en América”, en *Archivos del Presente*, n° 8, abril-mayo-junio, 1997.
- Perina, R. El Régimen Democrático Interamericano: el papel de la OEA. 2001. Disponible en: http://www.oas.org/sap/publications/2001/art/art_002_01_spa.pdf
- Pevehouse, J. *Democracy from Above, Regional Organizations and Democratization*. Cambridge University Press: The Edinburgh Building, Cambridge, UK, 2005. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511491078>
- Pignatta, M. E. “La defensa de la democracia en la OEA. Nuevos instrumentos y debates”. *Cuaderno de Cátedra; Política Internacional Latinoamericana*; FCPOLIT-UNR; Rosario, 2008.
- Pignatta, M. E. “Acerca de la defensa de la democracia en la OEA. Condicionantes históricos y evolución reciente”; FCPOLIT-UNR-CONICET; Rosario. IX Congreso Nacional y II Congreso Internacional sobre Democracia, 2010.
- Pignatta, M. E. “Multilateralismo y defensa de la democracia: el accionar de la Organización de Estados Americanos frente a crisis político-institucionales (1990-2009)”, Capítulo 3. Tesis doctoral, FCPOLIT-UNR, Rosario, 2011.
- Priotti, A. y Trucco, M. “La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana”, *Revista RecorDIP*, Volumen 2, N°2. (2012). Disponible en: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2017/02/010-closa.pdf>
- Ramacciotti, Beatriz M. *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina 2010. Consultada el 20 de octubre de 2018. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/56>
- Valenzuela, A. “Latin American Presidencies Interrupted” *Journal of Democracy*, Volumen 15, N°48 (2004). Disponible en: <http://www.journalofdemocracy.org/sites/default/files/Valenzuela-15-4.pdf> / <https://doi.org/10.1353/jod.2004.0075>

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 41, disponible en: [tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf](#)
- Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp
- La CIDH solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre este tema. La misma fue rechazada. Y también observado ese rechazo por parte de la CIDH, además de las observaciones de distintos estados miembros emitidas al respecto. Ver Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm

- CIDH, Informes por país, disponible en:
<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/pais.asp>
- Ver Resoluciones del Consejo Permanente de la OEA, disponibles en:
https://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/
- CIDH, Informes por país, disponible en:
<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/pais.asp>
- Ver Resoluciones del Consejo Permanente de la OEA, disponibles en:
https://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/
- Protocolo de Cartagena de Indias de 1958, disponible en:
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_a-50_protocolo_de_cartagena_de_indias.htm

Recibido: 15/04/2024

Aprobado: 30/05/2024



Misticismo maternal, óleo sobre lienzo 60 x 50 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

*El servicio de suministro de agua para
usos agrícolas en Cuba*

*The Water Supply Service for
Agricultural uses in Cuba*

Lianne Milagros Baquero Valiente* <https://orcid.org/0000-0003-2020-6383>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2655>

* Esp. en Derecho Civil y Familia con Mención en Actuación Notarial y Registral.
Lianne Milagros Baquero Valiente. Profesora Asistente de la Universidad de
Guantánamo. Cuba. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Departamento
de Derecho. Msc. Alexey Berenguer Sánchez. Prof. Auxiliar. Presidente del Capítulo
de Derecho Agrario de Guantánamo. Jefe de Asesoría jurídica de la Universidad de
Guantánamo. Cuba.
Correo electrónico: liannemilagros@nauta.cu

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.



Juntos siempre, óleo sobre lienzo 51 x 40 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

La presente investigación teórica y científica pretende proponer desde una perspectiva teórica, histórica y comparada los presupuestos teóricos y normativos del servicio de suministro de agua para usos agrícolas de manera que contribuyan al perfeccionamiento legal en el ordenamiento jurídico cubano para ello se argumenta en el orden teórico, histórico y comparado, la configuración del suministro de agua para usos agrícolas determinándose las insuficiencias existentes tanto en el orden normativo y práctico en Cuba en cuanto al suministro de agua para usos agrícolas y su conformación legal y contractual legislativa. Se formulan presupuestos teóricos jurídicos para el perfeccionamiento normativo del suministro de agua para usos agrícolas en la legislación cubana para su adecuada aplicación por los operadores del derecho en el sector agropecuario partiendo de las problemáticas científicas detectadas en el orden práctico y normativo. La investigación se estructura en dos epígrafes el primero inicia con un estudio del suministro de agua para los usos agrícolas en orden teórico, histórico, y comparado para determinar las tendencias actuales de los países foráneos en estos usos agrícolas del agua. El segundo capítulo titulado el suministro de agua para usos agrícolas en Cuba, expresa la normativa del suministro de agua para el sector agrícola, sus antecedentes históricos y legislativos hasta llegar a las deficiencias normativas y problemáticas prácticas de esta materia hasta arribar como resultado principal bases y propuestas legislativas de perfeccionamiento en los usos agrícolas del agua en la legislación cubana. Seguido de conclusiones, recomendaciones, y bibliografía consultada para la investigación científica.

Palabras clave: *Ley de aguas, aguas agrícolas, contrato de uso de aguas, riego agrícola, disponibilidad de las aguas, obligaciones contractuales.*

ABSTRACT

The present theoretical and scientific research aims to propose from a theoretical, historical and comparative perspective the theoretical and normative budgets of the water supply service for agricultural uses so that they contribute to legal improvement in the Cuban legal system, for this it is argued in the theoretical order, historical and comparative, the configuration of the water supply for agricultural uses, determining the existing insufficiencies both in the normative and practical order in Cuba regarding the supply of water for agricultural uses and its legal and legislative contractual conformation. Theoretical legal budgets are formulated for the regulatory improvement of the supply of water for agricultural uses in Cuban legislation for its adequate application by the operators of the law in the agricultural sector based on the scientific problems detected in the practical and regulatory order. The research is structured in two sections, the first begins with a study of the supply of water for agricultural uses in theoretical, historical, and comparative order to determine the current trends of foreign countries in these agricultural uses of water. The second chapter entitled the supply of water for agricultural uses in Cuba, expresses the regulations for the supply of water for the agricultural sector, its historical and legislative background until reaching the regulatory deficiencies and practical problems of this matter until arriving at the main result: bases and legislative proposals to improve the agricultural uses of water in Cuban legislation. Followed by conclusions, recommendations, and bibliography consulted for scientific research.

Keywords: *Water law, agricultural water, water use contract, agricultural irrigation, water availability, contractual obligations.*

I. INTRODUCCIÓN

El uso del agua para fines agrícolas es un tema central en cualquier debate sobre los recursos hídricos, la agricultura ocupa el 70% del agua que se extrae en el mundo, y las actividades agrícolas representan una proporción aún mayor del uso consuntivo del agua a nivel mundial, más de 330 millones de hectáreas cuentan con instalaciones de riego. La agricultura de regadío representa el 20% del total de la superficie cultivada y aporta el 40 % de la producción total de alimentos en todo el mundo. Se espera que la competencia por los recursos hídricos aumente en el futuro, poniendo especial presión sobre la agricultura y para tener un constante crecimiento económico, será necesario realizar cambios importantes en las asignaciones de agua en de este sector¹.

Debido al aumento de la población, urbanización, industrialización y el cambio climático, se precisa que una mejora de la eficiencia en el uso del agua vaya acompañada de una reasignación del agua en las regiones con estrés hídrico. En la mayoría de los casos, se prevé que esta reasignación provenga de la agricultura debido a su elevada participación en el consumo de agua. Al mismo tiempo, el agua para estos fines seguirá cumpliendo una función fundamental en la seguridad alimentaria mundial. Dado que la agricultura de riego es, en promedio, al menos dos veces más productiva por unidad de tierra.

La misma tiene un importante efecto de amortiguación contra el aumento de la variabilidad climática y permite una diversificación de los cultivos más segura, sin duda alguna el riego seguirá siendo clave para la seguridad alimentaria y nutricional en el mundo. Dada la gran

1 *El agua en la agricultura*, disponible en [www. agua para agricultura. www](http://www.agua para agricultura. www), consultado 5de abril 2020, p.3.

importancia de la agricultura de regadío necesita abastecer a todos los sectores poblacionales para mayor abastecimiento y garantizar de esta forma las producciones y satisfacer necesidades sociales en el papel que ésta desempeña para el desarrollo de los países.

Graziano Da Silva director general de la Organización de la Alimentación y Agricultura de las Naciones Unidas (UNFAO), aseveró que “es necesario realizar un uso sostenible del recurso hídrico en pro de garantizar un mayor acceso a los recursos y la satisfacción de las necesidades de la población”. De igual forma este espacio invitó a los países a generar prácticas del uso eficiente del recurso hídrico, con el fin de mitigar el cambio climático y sus consecuencias como las sequías, crisis alimentarias y socioeconómicas².

Con lugar fundamental Cuba al ser un país eminentemente agrícola y por ello se convoca desde la máxima dirección del gobierno a producir en este sector para gestionar las vías de obtención de alimentos. Así se reafirma la seguridad alimentaria como una de las estrategias para afrontar las crisis económicas y asegurar a la población a través de la gestión estatal en los diversos sectores. Requiriendo buscar soluciones a las problemáticas teóricas, prácticas y legislativas existentes en el suministro de agua para los usos agrícolas en el país.

Partiendo de las anteriores consideraciones es una necesidad tanto desde el punto de vista social, económico y legislativo, solucionar cualquier deficiencia que se presente en el sentido de la producción agrícola y sus regulaciones jurídicas para que todos los sectores y productores de esta índole pueden aprovechar y abastecerse al máximo del agua potable y facilitar así una adecuada aplicación de la norma jurídica por los operadores del derecho de este tipo.

En consecuencia, con los presupuestos enunciados precedentemente se identifica el siguiente problema científico: Insuficiente regulación jurídica del servicio de suministro de agua para los usos agrícolas en el ordenamiento jurídico cubano.

En virtud de ello se desarrolla la siguiente hipótesis: La formulación de presupuestos teóricos y normativos para el perfeccionamiento del suministro de agua para los usos agrícolas, favorecerá su apropiada regulación normativa y aplicación por los operadores del derecho en el sector agropecuario cubano.

Como objetivo general: Proponer desde una perspectiva teórica, jurídica y comparada presupuestos teóricos y normativos del suministro de agua para usos agrícolas de manera que contribuyan a su perfeccionamiento en el ordenamiento jurídico cubano y su aplicación práctica. Como objeto de estudio el servicio de suministro de agua y su campo de acción los usos agrícolas.

2 Diccionario, *La enciclopedia libre*, Vol. 2, disponible en www.encyclopedia.com, consultado 15 de octubre de 2020.

Para el desenvolvimiento exitoso de esta investigación científica se definieron los siguientes objetivos específicos:

- Argumentar en el orden teórico jurídico la configuración del suministro de agua en los usos agrícolas para el perfeccionamiento de su tratamiento en el ordenamiento jurídico cubano.
- Fundamentar las tendencias foráneas de la configuración legislativa del suministro de agua para usos agrícolas para que sirvan de base en la conformación de este servicio en el ordenamiento jurídico cubano.
- Determinar las deficiencias normativas existentes en Cuba en la configuración del suministro de agua para usos agrícolas para la ulterior propuesta de perfeccionamiento en su conformación legal.

En orden de garantizar que esta investigación y que los resultados obtenidos sean valiosos para una posible aplicación práctica se toman como soporte los siguientes métodos:

a) Generales de las Ciencias para la investigación teórica

- Análisis- síntesis - Inducción-deducción - Análisis de contenidos

b) De las Ciencias Jurídicas

- Teórico- jurídico - Exegético – Jurídico- Método de Derecho Comparado

Las técnicas empleadas son la revisión de documentos que incluye la consulta de libros, revistas y artículos, en soporte papel o en formato digital a fin de ilustrar la variedad de criterios existentes.

Esta investigación se estructura en dos epígrafes, el primero de ellos lleva por título Fundamentos teóricos, jurídicos y comparados del suministro de agua para usos agrícolas. El Epígrafe II El suministro de agua para usos agrícolas en Cuba enmarca la regulación jurídica de los usos agrícolas de las aguas en nuestro ordenamiento jurídico revelando las insuficiencias normativas y problemáticas prácticas en su regulación.

Los resultados científicos que se alcanzaron con la presente investigación se expresaron en:

- Argumentación en el orden teórico, jurídico y comparado, del suministro de agua para usos agrícolas
- Determinación de las deficiencias existentes en el orden normativo en Cuba en cuanto a la regulación del suministro de agua para usos agrícolas
- Propuesta de presupuestos teóricos y normativos que sirvan de base para el perfeccionamiento normativo del suministro de agua para usos agrícolas en el derecho cubano acorde a las tendencias de ordenación en el escenario foráneo y la conformación del citado servicio.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS, JURÍDICOS Y COMPARADOS DEL SUMINISTRO DE AGUA PARA USOS AGRÍCOLAS

Este epígrafe argumenta en el orden teórico y comparado la configuración del suministro de agua para usos agrícolas para que sirva de base al perfeccionamiento de su instrumentación jurídica en el ordenamiento jurídico cubano, utilizando los métodos, teórico –jurídico, exegético, de derecho comparado, análisis síntesis y análisis de contenido.

2.1 Configuración del suministro de agua para usos agrícolas

La agricultura por contrato es una relación jurídica de prestaciones recíprocas, donde una persona otorga al agricultor, los anticipos, insumos, y asistencia técnica necesaria, en la calidad y cantidad deseadas. Es un mecanismo transaccional que sirve de herramienta útil para el desarrollo rural que integra a los agricultores y mercados permitiendo mejorar los rendimientos en sus cultivos e ingresos. Los contratos agrícolas, sean verbales o escritos son usados por millones de pequeños y medianos agricultores en el mundo, y suelen organizarse en asociaciones cooperativas para mayor comercio en sus relaciones agrícolas.

En este sentido para el autor De Caravhalo:

Los contratos agrarios son acuerdos de voluntad, firmados según las partes con el objeto de proteger, modificar o extinguir derechos relacionados con la explotación de la propiedad agraria existiendo en estos contratos un interés del Estado en la conservación de la propiedad rural, al ser una de las mayores riquezas del desarrollo económico de un país, y por ello su uso está dirigido al interés colectivo (...)³

Alrededor de estas consideraciones afirma Zeledón como uno de los máximos exponentes del derecho agrario que:

El contrato agrario es la relación jurídica convencional que consiste en el acuerdo de voluntad común, destinado a seguir los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en la actividad agraria, con relación a cosas o servicios agrarios, más claro aún con relación a la actividad agraria o empresarial (...)⁴

Jiménez Vargas opina que:

Los contratos agrarios son una categoría jurídica convencional destinada a seguir los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en la actividad agraria, con relación a cosas y servicios agrarios, o para poner en práctica un momento del ciclo productivo, de la actividad agraria lo cual abarca desde el inicio hasta el final de la producción agraria en aras de obtener los frutos involucrando los medios que se utilizan en la producción (...)⁵

3 Adriana Vanderlei, “Los contratos agrarios atípicos no cumprimtoda função social do imóvel rural”, *Revista Acadêmica*, Brasil,(2021) :10.

4 Ricardo Zeledón , *Origen del Moderno Derecho Agrario*, 27.

5 Ricardo Zeledón , *Origen del Moderno Derecho Agrario*, 29.

También se considera que “es el acuerdo de voluntades con el fin de adquirir, modificar o extinguir derechos relacionados con la explotación de la propiedad rural o parte de ella”⁶.

La propiedad agraria o rural engloba los derechos dirigidos a los bienes actividades y servicios que comprenden el sector y la actividad agrícola ocupando un lugar importante en las relaciones contractuales agropecuarias con el propósito de su uso, disfrute y posesión de los bienes inherentes a esta para la implementación de la actividad agrícola.

En consideración con los criterios de estos autores y representantes del derecho agrario se concibe a los contratos agrarios como el acuerdo de voluntades de las partes por el cual se van a alcanzar derechos inherentes a la actividad agraria y la propiedad rural o agraria. Entre los contratos agropecuarios más empleados se encuentran los siguientes:

En torno a las características de estos contratos el autor Marques⁷ considera que “son bilaterales, onerosos, consensuales y no solemnes.” La bilateralidad se refiere al cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, interdependientes, de modo que exista la posición de acreedor y deudor entre ambas partes, la consensualidad, supone que por el simple consentimiento de las partes forma y perfecciona el contrato, la onerosidad consiste que están sujetos a precio y al cumplimiento de formalidades.

Estos contratos se consideran como otra de sus características que son:

Principales, formales o verbales en dependencia de las solemnidades, de ejecución inmediata en los que sus efectos se producen de manera inmediata a su perfeccionamiento y de tracto sucesivo como aquellos en los que al momento del vencimiento o al momento de la ejecución son aplazados en el tiempo (...) ⁸

Medina incluye:

La limitación siempre creciente de la autonomía privada en la determinación de las cláusulas de los contratos, la reducción de los contratos al número cerrado de los esquemas típicos disciplinados por las leyes, la superación de la libertad de la forma y la prescripción de la forma escritas, el reconocimiento de que debe prevalecer el trabajo frente al derecho de propiedad (...) ⁹

Para el autor Purciariello “la finalidad productiva común constituye un instrumento para la creación o ejercicio de la actividad agraria”¹⁰.

En virtud de esta caracterización en la contratación agraria se ve limitado el principio de

6 Cristina Ianny De campos , *Los contratos agrarios*, (Brasil, 2018), 10.

7 Vázquez y Asociados, *Contratos Agrarios y Arrendamientos Rústicos*,(Editorial Madrid, 2019), 12.

8 Colectivo de Autores, *Derecho de contratos, Teoría general del Contrato*, (La Habana: Editorial Félix Varela Tomo 1, 2003), 132.

9 José Medina , *Derecho Agrario*, (2018) , 48.

10 Osvaldo R Purciariello, *Tratamiento en el Iva de los Contratos agropecuarios*, N° 229,(Editorial Larroudé, Córdoba, 2016),12.

autonomía de las partes al imperar las voluntades de los grandes productores que de cierta manera explotan a los campesinos pobres que deben atenerse a sus intereses por tener el poder económico. Las formalidades no son exigibles lo cual limita el papel probatorio de la escritura pública ante las posibles violaciones e incumplimientos, el término está en dependencia del ciclo productivo y se limitan los contratos tipificados en las normas jurídicas. Respecto a las clasificaciones de estas figuras contractuales se han planteado las siguientes:¹¹

Los contratos típicos o nominados son los que se encuentran regulados en las disposiciones legales como el arrendamiento rural, trabajo rural, de prenda agraria, asociación, compraventa de bienes agrarios, arrendamiento, aparcería, usufructo y pastoreo. Estando tipificados en las normas legales y los atípicos los que carecen de denominación legal al no estar definidos en la ley. Estos provienen y se regulan socialmente sin infringir normas legales por la necesidad de las partes contratantes y las peculiaridades de cada situación, al ser resultados de ajustes no descritos por el legislador, y que pueden resultar de la inercia del legislador

Concuerda el autor Borges con estas clasificaciones la autonomía de la voluntad y de la libertad para realizar transacciones jurídicas, “el Estado no tiene facultades para limitar las relaciones de las personas, siempre que no contravengan la ley, las buenas costumbres y los principios generales del derecho y no tienen reconocimiento legal”¹².

En consideración con este autor De Campos designa que “son contratos no regulados en las disposiciones jurídicas”¹³.

El suministro de agua para usos agrícolas objeto de la investigación como modalidad reviste gran importancia y utilidad al ser la agricultura el sector que consume más agua:

Siendo globalmente alrededor del 69 por ciento de toda la extracción de agua, el consumo doméstico alcanza aproximadamente el 10 por ciento y la industria el 21 por ciento, el riego consume la mayor parte del agua que se extrae frecuentemente la mitad o más, como resultado de la evaporación, incorporación a los tejidos de las plantas y transpiración de los cultivos. La otra mitad recarga el agua subterránea, fluye superficialmente o se pierde como evaporación no productiva¹⁴.

En sus definiciones se denomina agua de riego, suministro de agua para la agricultura y comúnmente aguas agrícolas a aquellos recursos hídricos que se usan para cultivar productos de la tierra y mantener el ganado.

11 Natalino IRTI cit. por Rolando Pavo Acosta, *Los contratos agrarios: necesidad de su configuración jurídica y de su rescate para el Derecho Agrario en Cuba*, (Bayamo, Cuba: Ponencia en XII Jornada Nacional De Derecho Agrario, 2019), 14.

12 Fabricio Pinto Weiblen, Tarso Da Silva, Lutz Colelh, “Direito agrário e o tratamento dos contratos agrários atípicos”, Artículo académico, semestre (*Do Curso de Direito Diurno da Universidad Federal de Santa Maria*, 2020), 20.

13 *Agua y Cultivo*, disponible en www.html.uso-agricola-del-agua, consultado 4 de diciembre 2020.

14 Fabricio Pinto Weiblen, Tarso Scherer Da Silva, José Fernando Wayhs Techo, (*Direito agrário e o tratamento dos contratos agrários atípicos*, Curso de Direito Diurno da Universidad Federal de Santa Maria, 2020), 15.

Este servicio se configura como una de las variantes de los usos de las aguas. Al existir cuatro áreas principales de uso del agua en la agricultura: riego de cultivos, suministro de agua potable para el ganado, limpieza de edificios e implementos agrícolas, y suministro de agua potable. Las aguas agrícolas son llamadas así:

Porque solo se destinan para consumo agrícola y traen desechos como heces fecales desechos químicos y cosas aprovechables para las plantas, no para consumo humano. El Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA) presenta una visión panorámica del agua agrícola en el continente americano, en las Américas el riego agrícola se utiliza muy poco solo en el 13 % de la superficie cultivable, en virtud de los grandes desafíos que la producción de alimentos enfrentará en las próximas décadas, al incrementar las superficies irrigadas aumenta la productividad¹⁵.

En las prácticas agrícolas se consume un tercio de las reservas de agua. La agricultura influye tanto en la cantidad como en la calidad de agua disponible para otros usos. La aplicación de unas prácticas agrícolas correctas y de unas soluciones políticas que las refrenden permitirá obtener importantes mejoras en la eficiencia hídrica de la agricultura, lo que se traducirá en mayor disponibilidad de agua para otros usos, en particular medioambientales¹⁶.

Al ser aguas que solos se destinan para el empleo agrícola, la calidad es imprescindible para asegurar la eficiencia y efectividad de los cultivos requiriendo mayor énfasis y aseguramiento pues la baja calidad de estas afectaría grandemente al terreno agrícola incidiendo de manera negativa en la seguridad alimentaria y se requiere calidad para el regadío. Para el ingeniero Hernández “el agua de riego es un factor a considerar en la agricultura, tanto a campo abierto como dentro de los invernaderos, dependiendo del origen se puede apreciar cuales pueden ser sus posibles problemas de calidad”¹⁷.

En sus características como modalidad contractual Novoa plantea que el suministro es un contrato:

“Principal, consensual, bilateral, conmutativo, oneroso y de tracto sucesivo de modo que genera obligaciones para ambas partes del contrato y una de las partes se obliga al suministro o entrega de cosas genéricas en cantidad y tiempos determinados, o sin determinar y según pedidos, mediante precio estipulado o que pueda estipularse con independencia de las partes en este caso el agua. Está diseñado para que una parte otorgue a otros productos o servicios de forma continuada”¹⁸.

2.2 Elementos de la configuración del suministro de agua para usos agrícolas

Para la configuración de los contratos agropecuarios existen elementos esenciales a saber los sujetos, el objeto y la causa sin los cuales el contrato no tiene validez ni reconocimiento

15 Monografía Plus, disponible en www.característicasdelaguaagrícola.com, consultada 6 de mayo de 2021.

16 Felipe Torres, *La visión teórica de la seguridad alimentaria como componente de la seguridad nacional*, (2003), 23.

17 Fernando Hernández, *Fuentes de agua de riego y su calidad*, (Asistencia Técnica Agrícola, 2016), 15.

18 Mario Castillo Freyre, *Tratado de los contratos típicos*, (Fondo Editorial de la Pontificia, Perú, 2002), 30-32.

legal. En razón a estos postulados los sujetos van a ser las partes el propietario, poseedor, usufructuario y el que ejerce directamente la actividad agraria el primero de ellos llamado propietario o la persona que por tener poder suficiente puede disponer del bien productivo, o sea, que este sujeto además de tener la capacidad para contratar, debe tener libertad de disposición del bien y es a quien le compete la responsabilidad de hacer que el bien productivo cumpla su función económico social a través de la actividad agraria.

Respecto a sus elementos:

El sujeto que recibe el bien productivo, quien tiene a su cargo el ejercicio de la actividad agraria y que por tal razón es quien realmente hace que el bien cumpla su función económico-social. El objeto de los contratos agrarios está constituido por el conjunto de bienes que se utilizan para realizar el proceso productivo siendo la ejecución de la actividad agrícola y comprende la realización de algunas de las actividades agropecuarias principales o conexas o de profesionalización por tanto el objeto del contrato lo constituye la entrega de un producto agropecuario o la realización de una prestación en el contexto de la actividad agropecuaria o las actividades agrarias o agroindustriales(...)¹⁹

La causa de los contratos agrarios se ha considerado que es el elemento esencial funcional de los contratos agrarios, que los unifica por lo tanto es un rasgo fundamental que da fisonomía especial para el normal desenvolvimiento de la contratación a tenor de la finalidad contractual y las razones de la actividad agraria o motivo del acuerdo de voluntades(..)²⁰.

Jarque expresa que “la causa y la finalidad última es la funcionalidad de la propiedad sobre la tierra y de la empresa agraria”²¹.

De los Mozos refiere “especial atención al destino agrícola porque sirve de principal instrumento para el desarrollo de la capacidad productiva de la empresa agrícola”²².

Massart subraya que “el fundamento de la causa de los contratos agrarios, es la utilización de las energías naturales para llevar a cabo el cultivo de las plantas y la crianza de los animales y Zeledón afirma que “la identificación misma de un contrato como agrario reside en determinar si en su causa se encuentra la empresa agraria”²³.

Coincidiendo con Zeledón al encauzar la causa de los contratos agrarios en la empresa agraria como aquella dedicada a la actividad agraria que parte de la producción y comercialización agropecuaria siendo esta determinante para la determinación de un contrato de naturaleza agraria.

19 Antonio Carroza , *Teoría General e Institutos del Derecho Agrario*, 51.

20 José Medina, *Derecho Agrario*, 53.

21 Natalino IRTI cit. por Rolando Pavo Acosta , *Los contratos agrarios: necesidad de su configuración jurídica y de su rescate para el Derecho Agrario en Cuba*,(Ponencia en XII Jornada Nacional De Derecho Agrario, Bayamo, Granma, 2019), 14.

22 Fabricio Pinto Weiblen , Ta Da Silva Tarso , Colelh Lutz, “Direito agrário e o tratamento dos contratos agrários atípicos”, Artículo académico semestre (*Do Curso de Direito Diurno da Universidad Federal de Santa Maria*, 2020) ,12.

23 Bosch Llombart, *Desamparados: Temas de Derecho Agrario*,(Valencia, 1995), 82 - 83.

Duque y Ortiz además de estos elementos subrayan “como requisito adicional la presencia de los fines del Derecho Agrario y requieren la escritura pública”²⁴.

2.3 El suministro de agua para usos agrícolas desde la perspectiva comparada

Los diferentes países escogidos para determinar las tendencias actuales del derecho foráneo en cuanto a la regulación normativa de los usos agrícolas del agua fueron seleccionados en primer orden dado al área geográfica a la que pertenecen por ser países de América al igual que Cuba y, por su sistema de derecho romano francés y por el desarrollo alcanzado en la implementación de los elementos del suministro de agua para usos agrícolas y los nexos históricos y jurídicos de esos países con Cuba.

Entre estos países se encuentran: España, Perú, México, Argentina, Costa Rica, El Salvador, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En cuanto a los elementos o parámetros a tener en cuenta para realizar la comparación se emplearon los siguientes:

Regulación jurídica de los usos agrícolas del agua. Titulares del suministro. Derecho de uso y explotación de las aguas. Obligaciones y derechos de las partes. Disponibilidad del agua.

A tenor del estudio realizado en las legislaciones foráneas escogidas se puede considerar que existe uniformidad en la regulación autónoma de capítulos y secciones dedicadas a los usos de las aguas con sus elementos esenciales y denominaciones propias, particularmente en los usos agrícolas objeto de la investigación también se reconoce de manera unánime la disponibilidad del agua, derecho de uso de las aguas, finalidad y los usos indebidos del agua obligaciones de las partes y titulares del servicio.

Las diferencias se centran en las especificidades del servicio del suministro de agua para este uso, la individualización de los sujetos, que no se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos, transmisión de las aguas, obligaciones propias, suspensión del servicio, reconocimiento de la vigencia contractual y amplitud en el otorgamiento de los derechos a los titulares del servicio y las denominaciones para este tipo de servicio que se hacen en las distintas leyes.

Se concibe como legislación foránea más completa de la Ley de Aguas de México al incluir todos los aspectos a comparar. Estos criterios comparativos de la legislación foránea se toman en cuenta para determinar las peculiaridades y diferencias con la normativa cubana que se analizan en el próximo capítulo partiendo de las normativas cubanas.

24 Ricardo Zzeledón, *Derecho Agrario y derechos humanos*, (Curitiba, 2003),64.

III. EL SUMINISTRO DE AGUA PARA USOS AGRÍCOLAS EN CUBA

En el epígrafe se determinan las insuficiencias existentes tanto en el orden normativo y práctico en Cuba en cuanto al servicio de suministro de agua para usos agrícolas, para la ulterior propuesta de recomendaciones en pos de perfeccionamiento en la legislación cubana. Teniendo en cuenta las tendencias actuales del régimen jurídico de estos usos del agua en los países extranjeros en aras de la actualización de la legislación cubana, facilitando el actuar de los operadores jurídicos y de los sujetos económicos partes en dicha relación jurídica. Hasta emitir propuesta de recomendaciones, valiéndose de los métodos análisis-síntesis, inductivo-deductivo y exegético-jurídico.

3.1 El suministro de agua para usos agrícolas. insuficiencias en su configuración

Respecto al suministro de agua y sus usos la legislación cubana abarca diferentes normativas desde Ley de las aguas, normas cubanas en la materia y la proforma contractual contiene los elementos esenciales del contrato y sus cláusulas contractuales inherentes a:

Generales de las partes: Identificándose los sujetos: el suministrado y el suministrador, con todos sus datos al respecto. Objeto del contrato, que es el agua o tipo de agua y el precio de la misma. Obligaciones de las partes, del prestador y del usuario, entre estas obligaciones está brindar el servicio, cumplir con la calidad requerida, pagar el precio y brindar el servicio en el término estipulado. Lugar, plazos y condiciones del servicio, siendo el lugar de gran importancia que generalmente será en el domicilio del usuario. Precio, tarifas y formas de pago, respecto al precio se debe pagar en el tiempo acordado y con las tarifas de pago correspondientes. Penalidades para los casos en que existan incumplimientos. Eximentes de la responsabilidad. Reclamaciones y solución de conflictos, ante los incumplimientos contractuales Modificación, resolución del contrato y otras condiciones. Designación de los representantes. Legislación aplicable, acorde a la normativa legal de cada país. Anexos.

A partir del análisis de la proforma contractual este servicio se otorga mediante Contrato de Uso de las Aguas Terrestres y Vertimiento de Residuales elaborado por Aprovechamiento Hidráulico en proforma general para la prestación del servicio de aguas y no de manera específica para el sector al ser un contrato atípico que carece de regulación legal, pero con pautas y disposiciones al respecto.

Independientemente de estas cláusulas y elementos se considera que a la hora de conformar el contrato para brindar el servicio del suministro de agua para el uso agrícola se deben tener en cuenta parámetros y elementos propios de este servicio con sus tipicidades que calzan este tipo de uso del agua en la agricultura. Estos elementos deben estar enmarcados principalmente en

torno a los sujetos con derechos y obligaciones propias y al objeto con sus requisitos de calidad y disponibilidad del agua para los titulares del servicio.

3.2 Deficiencias legales y prácticas del suministro de agua para usos agrícolas en Cuba

En correspondencia con estas tendencias actuales del derecho foráneo, la Ley 124 De las Aguas Terrestres de Cuba publicada en la Gaceta Oficial No.51 en fecha 16 de noviembre de 2017, en su título VII De la utilización del patrimonio hidráulico en el capítulo V De los usos de las aguas terrestres en la sección segunda Orden de prioridades de los usos de las aguas terrestres en el artículo 46.1d) contempla el riego agrícola entendiéndose como tal el agua que se emplea para el regadío de los cultivos en las producciones.

Cumpliendo con la regulación jurídica de los usos agrícolas de las aguas y los asocia al igual que el derecho foráneo a los usos de las aguas terrestres, sin embargo, su regulación jurídica solamente dispone este parámetro sin establecer los titulares del servicio, los derechos y obligaciones de las partes, ni disponibilidad del agua ni ninguna otra disposición normativa en el sector agrícola.

A raíz de lo reconocido en la normativa cubana existen insuficiencias en cuanto a este particular pues no se destina un capítulo o acápite para regular los elementos usos agrícolas de las aguas en Cuba.

Siguiendo con las deficiencias de este suministro en el empleo de la entrevista como técnica se permite descartar las principales problemáticas prácticas relativas al contrato de suministro de agua para usos agrícolas desde el inicio de la relación contractual hasta su ejecución en relación a los elementos contractuales entre las cuales se manifiestan las siguientes:

En ocasiones el cliente no siembra las hectáreas determinadas y no utiliza la cantidad de agua solicitada. Se emplea el área demandada de agua con un índice de consumo para otro cultivo. No hay disponibilidad de agua a entregar. La fuente de abasto está deprimida. Fallos técnicos en la operación de los embalses. Incongruencias de información entre partes. Las producciones agrícolas por el índice de consumo del agua requieren en ocasiones un excedente como el caso de los granos: frijoles y arroz. Falta de paquete tecnológico. No entra en norma el cumplimiento del índice de consumo. No hay equiparamiento entre la producción y la cantidad del agua solicitada. El índice de consumo en ocasiones falta el recurso hídrico.

A raíz de lo expuesto anteriormente en la normativa cubana existen insuficiencias normativas en relación a este servicio de aguas para el sector agrícola y desde la práctica existen insuficiencias e incumplimientos. Estas cuestiones se deben solventar en la norma para que haya coherencia y uniformidad en la legislación cubana y resolver gradualmente las problemáticas prácticas existentes.

3.3 Presupuestos teóricos y normativos para la configuración del suministro de agua para usos agrícolas en cuba. propuestas de perfeccionamiento

Tomando como punto de partida los parámetros y tendencias actuales de la regulación del régimen jurídico de los usos agrícolas de las aguas en el derecho comparado se manifiesta que estos se pronuncian por la inclusión de capítulos o secciones de estos usos en sus leyes de aguas nacionales lo cual pudiera estar complementado en otras disposiciones normativas de la materia señalada como en reglamentos o decretos pero la generalidad tiende a partir de su regulación en la ley de aguas nacionales .

Estas tendencias están situadas principalmente hacia la disposición jurídica de acápites relacionados con la regulación jurídica del los usos agrícolas del agua y los elementos principales del suministro de agua vinculados disposiciones normativas de los usos del agua , entre los que se reconocen los elementos del suministro de agua para el sector agropecuario, respecto a las partes del contrato o sujetos como el suministrador y el suministrado, los derechos y obligaciones que estos sujetos deben cumplir, el objeto sobre el cual recae la relación contractual que va a ser agua y precio y la causa del contrato y sus requisitos fundamentales.

Como propuesta de perfeccionamiento de la normativa nacional en cuanto al suministro de las aguas para usos agrícolas siguiendo las pautas del derecho comparado se proponen presupuestos teóricos legislativos. Tomados a consideración para incluir en la Ley 124 De las Aguas Terrestres de Cuba un capítulo o sección destinada a los usos agrícolas en Cuba para complementar este tipo de prioridad de las aguas en los usos comunes de las aguas terrestres en Cuba.

Se reconozca la instrumentación de estas pautas actuales existentes en el plano internacional en relación a esta materia y también están dirigidos a la proforma contractual del citado servicio como elementos típicos del contrato. Estos presupuestos están en función de la importancia del agua para la vida, la necesidad de su protección y administración como recurso finito y enfrentamiento al cambio climático y las intensas y largas sequías.

Para ello se proponen las siguientes bases legislativas a tener en cuenta para la modificación de la Ley de Aguas de Cuba atendiendo a presupuestos teóricos normativos. En complementación a estas tendencias se plantean los siguientes presupuestos teóricos normativos a incluir en la Ley de Aguas De Cuba en el título VII De la utilización del patrimonio hidráulico en los usos de las aguas terrestres y en la proforma contractual para tipificar este contrato los siguientes:

- *Titulares del servicio de suministro*

La entidad suministradora se obliga a prestar de modo periódico el servicio de suministro de agua para usos agrícolas a los productores agrícolas usuarios del servicio en los términos y condiciones establecidos en las disposiciones legales al respecto.

- *Derechos de uso y explotación de las aguas para regadío de los usuarios*

Los productores agrícolas que sean titulares y poseedores de tierras agrícolas dispondrán del derecho de explotación, uso y aprovechamiento de las aguas otorgado en la presente ley

Los productores agrícolas tienen el derecho de recibir el agua con la calidad y cantidad requerida para el riego de sus tierras.

El agua que corre por cauces naturales y públicos es de aprovechamiento común

Los productores agrícolas tienen derecho a construir y utilizar estanques para reservas de excedente de agua para riego y acrecer el caudal del riego.

Se faculta la transmisión de los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de agua para uso agrícola.

- *Obligaciones de las partes*

- Obligaciones de la entidad suministradora
- Proveer el servicio de suministro de agua en los plazos acordados
- Entregar el agua con la calidad requerida
- Instalar los equipos para regadío en buen estado
- Entregar el agua con el volumen necesario para completar el ciclo vegetativo
- Cumplir con la estricta observancia de la ley
- Evitar la contaminación de las aguas para regadío
- Indemnizar al usuario cuando no reciba la cantidad requerida del agua
- Obligaciones del usuario
- El usuario está obligado a pagar el precio
- Emplear el agua en la finalidad en la que se otorgo y no en otra
- Emplear el agua en el cultivo en que se solicitó
- Respetar los programas de riego agrícola
- Mantener en buen estado los equipos de regadío agrícola

- *Disponibilidad del agua*

La disponibilidad del agua debe estar en función de las producciones agrícolas y en correspondencia con la cantidad de agua solicitada por los productores usuarios del servicio de suministro para uso agrícola de las aguas.

Los volúmenes de agua ahorrados por los productores agrícolas titulares del suministro no se reducirán siempre que exista disponibilidad.

- *Vigencia del servicio*

El servicio de suministro de agua va a estar vigente anualmente con la correspondiente prórroga del mismo.

Estos presupuestos normativos se proponen para calzar las deficiencias existentes en la legislación cubana centradas principalmente en la ley de las aguas y en la conformación de los elementos del contrato de suministro de agua para el uso agrícola entre las partes del servicio para su tipificación

IV. CONCLUSIONES

1. El suministro de agua para usos agrícolas se configura como uno de los usos de las aguas siendo una modalidad de los contratos agrarios que reconoce en el orden normativo sus elementos propios.

2. Del estudio en las legislaciones foráneas se encontraron puntos coincidentes, estableciendo como elemento común la inclusión de este tipo de servicio en el uso de las aguas, los derechos y obligaciones que se derivan de este y disposiciones propias que sirven de base para el perfeccionamiento de la normativa cubana.

3. Las deficiencias normativas existentes en Cuba en la configuración de suministro de agua para usos agrícolas se centran en la tipificación de los elementos de este servicio por lo que se requiere de su reconocimiento a partir de las necesarias propuestas referidas a la inclusión de estos para perfeccionar la normativa cubana y garantizar de esta manera mayor productividad agrícola del país.

REFERENCIAS

- *Agua y Cultivo*, disponible en [www.html.uso agrícola del agua](http://www.html.usoagricola.com), (consultado 4 de diciembre 2020).
- Carroza Antonio. *Teoría General e Institutos del Derecho Agrario*, (1997).
- Castillo Freyre Mario. *Tratado de los contratos típicos, Perú*, Fondo Editorial de la Pontificia, (2002).
- Colectivo de Autores. *Derecho de Contratos, Teoría general del Contrato*, Tomo 1, La Habana: Editorial Félix Varela, (2003).
- De Campos Cristina Ianny. *Los contratos agrarios*, Brasil, (2018).
- Diccionario, *La enciclopedia libre*, Vol. 2, disponible en [Www enciclopedia](http://Www.encyclopedia.com), (consultado 15 de octubre de 2020).
- *El agua en la agricultura*, disponible en [www. Agua para agricultura. Www](http://www.Agua para agricultura.Www), (consultado 5 de abril 2020).
- Hernández Fernando. *Fuentes de agua de riego y su calidad*, Asistencia Técnica Agrícola, (2016).
- Llombart Bosch. *Desamparados, Temas de Derecho Agrario*, Valencia, 1995.
- Medina José. *Derecho Agrario*, México: Editorial Haría De Zuleta, 2016.
- Monografía Plus, disponible en [www. características del agua agrícola](http://www.caracteristicasdelaguaagricola.com), consultada 6 de mayo de 2021.
- Pavo Acosta Rolando. *Los contratos agrarios: necesidad de su configuración jurídica y de su rescate para el Derecho Agrario en Cuba*: Ponencia en XII Jornada Nacional De Derecho Agrario, (2019).
- Pinto Weiblen Fabricio, Da Silva Tarso, Colelh Lutz, “Direito agrário e o tratamento dos contratos agrários atípicos”, Brasil: Universidad Federal de Santa María, (2020).
- Purciariello Osvaldo. *Tratamiento en el Iva de los Contratos agropecuarios*, Córdoba, N° 229, (2016).
- Torres Felipe. *La visión teórica de la seguridad alimentaria como componente de la seguridad nacional*, México: Instituto de Investigaciones Económicas, (2003).
- Vanderlei Adriana. “Los contratos agrários atípicos no cumprimento da função social do imóvel rural”, Brasil: *Revista Académica*, (2021).
- Vázquez y Asociados. *Contratos Agrarios y Arrendamientos Rústicos*, Editorial Madrid, (2019).
- Zeledón Ricardo. *Origen del Moderno Derecho Agrario*, (1992).

Recibido: 31/01/2024

Aprobado: 20/04/2024

*Retos en la digitalización empresarial de una
Microempresa peruana del sector de confección y
comercialización. Caso Creaciones Sava*

*Challenges in Business Digitalization in a
Peruvian Microenterprise in the Clothing and
Marketing Sector. Creaciones Sava Case*

Blanca Sánchez Laguna* <https://orcid.org/0009-0001-6339-7952>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2656>

* Gerente Administrativo y socia de la empresa Creaciones Sava SAC. Ing. Zootecnista de la Universidad Nacional Agraria La Molina. Perú.
Correo electrónico: blancasanchezlaguna@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.



Todas juntas, óleo sobre lienzo 100 x 50 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se realizó con el objetivo de explorar cómo es el proceso de transformación digital a nivel de empresa categoría MYPE; asimismo las barreras y desafíos que estas deben de enfrentar y sobre qué pilares empresas como Creaciones Sava deben de construir su transformación digital. El estudio tiene un enfoque cualitativo con un diseño de tipo fenomenológico, que permitió realizar una exploración con participación de expertos dentro del contexto de la transformación digital, utilizando herramientas como entrevistas en profundidad, artículos científicos y textos de especialidad. Esta exploración permitió describir y comprender los fenómenos que ocurren alrededor de la transformación digital. Se concluye que todas las empresas vigentes tienen que estar digitalizadas para lograr el absoluto control del negocio y poder mantenerse en el mercado. Para que esto funcione con éxito, todos los miembros de la empresa tienen que estar involucrados y se deben de tener claros los objetivos y puntos críticos dentro de la empresa. Asimismo, se concluye que es de suma importancia la digitalización de los procesos para mejorar la experiencia del cliente, al igual que la recolección de toda la información de la empresa que es significativamente relevante para poder tomar decisiones futuras. Por esto, las empresas deben utilizar tecnologías ágiles para su digitalización, siempre buscar o contratar profesionales para que su transformación sea exitosa y, por último, nunca dejar de educarse e informarse de las últimas innovaciones tecnológicas.

Palabras clave: *barrera, cultura, tecnología, dato, negocio.*

ABSTRACT

This research work was carried out with the objective of exploring what the digital transformation process is like at the MSE category company level; likewise, the barriers and challenges that they must face and on what pillars companies like Creaciones Sava must build their digital transformation. The study has a qualitative approach with a phenomenological design, which allowed for an exploration with the participation of experts within the context of digital transformation, using tools such as in-depth interviews, scientific articles and specialty texts. This exploration allowed to describe and understand the phenomena that occur around digital transformation. It is concluded that all current companies have to be digitalized to achieve absolute control of the business and be able to remain in the market. For this to work successfully, all members of the company have to be involved and the objectives and critical points within the company must be clear. Likewise, it is concluded that the digitalization of processes is of utmost importance to improve the customer experience, as is the collection of all company information that is significantly relevant to be able to make future decisions. For this reason, companies must use agile technologies for their digitalization, always look for or hire professionals so that their transformation is successful and, finally, never stop educating themselves and informing themselves about the latest technological innovations.

Keywords: *barrier, culture, technology, data, business.*

I. INTRODUCCIÓN

En la pandemia, las empresas debido a la cuarentena, de un momento a otro tuvieron que detenerse y enfrentarse a una realidad completamente diferente a la que estaban acostumbradas. Es así que muchas tuvieron que adaptarse y tomar la decisión de dar los primeros pasos para entrar en la era digital. Es el caso de Creaciones Sava; una microempresa dedicada a la confección y comercialización de uniformes, que tuvo que realizar trabajo remoto, así como sumergirse en la búsqueda de canales digitales de comunicación con sus clientes internos, es decir, trabajadores y proveedores; y también aprender a ir a la par con sus clientes externos, quienes de igual manera se vieron obligados a utilizar canales digitales para comunicarse con las empresas de bienes y servicios.

Al principio el cambio fue sumamente difícil, ya que la empresa tuvo que enfrentar sorpresivamente el proceso de digitalización que había pospuesto año tras año. Sin embargo, el Covid-19 causada por el SARS-CoV-2; un virus inesperado que obligó a todas las empresas a nivel mundial y sobre todo peruanas a tomar conciencia de la importancia de la transformación digital para poder sobrevivir a diferentes tipos de realidades. Con ello, se redujo el error en ciertos procesos, como disminuir el papeleo, digitalización de patrones, flexibilidad en el horario de comunicación con los clientes, etc.

El presente artículo plantea como reto la transformación digital en las empresas peruanas pese a las dificultades a las que se enfrentan, así como algunas recomendaciones a seguir para que se tenga éxito y que su transformación digital verdaderamente les entregue valor.

II. MÉTODO

Este es un estudio de enfoque cualitativo, porque se va a tratar de comprender la transformación digital en las empresas haciendo una exploración con expertos en el rubro (Hernández-Sampieri & Mendoza)¹.

El diseño es de tipo fenomenológico, ya que se está investigando la transformación digital desde la perspectiva de las empresas, tratando de describir y comprender las experiencias comunes y compartidas de la transformación digital (Hernández-Sampieri & Mendoza)².

Objetivo

El objetivo de este estudio es explorar cómo es el proceso de la transformación digital de las empresas, cuáles son las principales barreras y desafíos que enfrentan en el momento de la transformación digital y sobre qué pilares deben trabajar para lograr dicha transformación con éxito.

La información se obtendrá de la revisión de libros de especialidad y artículos científicos. Asimismo, se realizarán varias entrevistas a expertos.

Argumento

¿Qué es la transformación digital? Es un tipo de transformación a nivel empresarial, que incluye a los sistemas de información y trae consigo cambios económicos y tecnológicos en la organización y en la industria (Chanias et al.)³

Esto no significa que la transformación digital sea actualizar un software o realizar algún proyecto para mejorar un determinado proceso dentro de la empresa, sino que es un plan digital para que la empresa funcione en un sistema razonable (Andriole)⁴. Para que una empresa inicie el proceso de digitalización, debe utilizar nuevas tecnologías digitales, como las redes sociales, acceso móvil, análisis con ayuda de inteligencia artificial o dispositivos integrados para transformar los procesos de la empresa y así poder mejorar la experiencia del cliente, optimizando la racionalización de las operaciones y por ende el logro de la creación de nuevos

1 R. Hernández-Sampieri, y Mendoza, C. *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Interamericana Editores, 2018: pág. 390 y 548.

2 Idem.

3 S. Chanias, M. D. Myers, y T. Hess, "Digital Transformation Strategy Making in Pre-Digital Organizations: The Case of a Financial Services Provider". *Journal of Strategic Information Systems*, 28(1), (2019):17-33.

4 S. Andriole, "Five Myths About Digital Transformation". *MIT Sloan Management Review*, 58(3), (2017): 20-22.

modelos empresariales (Singh & Hess)⁵. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la transformación digital es un proceso de cambio que no está enfocado en la tecnología, sino que la tecnología es un medio para lograr los objetivos trazados (Westerman)⁶.

Martha Bustos⁷, Gerente General de la empresa Idea Multimedia SAC, afirma que definitivamente todas las empresas tienen que analizar todos sus procesos y ver cuáles de estos se pueden digitalizar y a qué nivel. Definitivamente después de la pandemia todas las empresas han tenido la necesidad y se han visto obligadas a digitalizar sus procesos y, por supuesto, esto les ha abierto el horizonte más allá de lo que podían imaginar, descubriendo un sin número de herramientas que les permita optimizar lo siguiente: tiempo y personal.

Todas las empresas que quieran trascender y no quedarse atrás tienen que digitalizarse, pues es la única manera de ser competitivas en una época disruptiva como la actual. Sin embargo, la transformación no es solo obtener nuevas tecnologías, también se necesita una visión estratégica y compromiso de los directores para replantear la cultura, procesos y tecnologías, que son los atributos de la empresa moderna. Obtener y poner en marcha una nueva tecnología es lo más sencillo, siendo más difícil adoptar los cambios en la cultura y en los procesos empresariales, de tal manera que esto puede obstaculizar la total transformación digital (Walker)⁸.

Westerman⁹ afirma que: “el problema de algunas empresas es que los líderes han dado más importancia al aspecto equivocado de la transformación digital. Se enfocan en lo digital cuando es la transformación lo que más les debería importar. Es decir, no se trata de tener una aplicación móvil, sino de crear una experiencia del usuario totalmente distinta. De igual forma, no se trata de implementar el análisis, sino de poder personalizar las experiencias directas. Es por esto que toda la charla acerca de la tecnología le quita interés al esfuerzo que implica cambiar la forma en que las empresas trabajan. Esto requiere un cambio cultural y en los procesos”.

Barreras a la Innovación

Las variables que necesitan ser modificadas para poder lograr la transformación digital son conocidas como barreras. Las barreras se caracterizan por obstaculizar la innovación (Borins)¹⁰,

5 A. Singh, A. y T. Hess, “How Chief Digital Officers Promote the Digital Transformation of their Companies”. *MIS Quarterly Executive*, 16(1), (2017):1-17

6 G. Westerman, “Your Company Doesn’t Need a Digital Strategy”. *MIT Sloan Management Review*, 59(3), (2018): 1-5.

7 M. Bustos 2023. Entrevista a Experto

8 M. Walker, “Revaluación de la transformación Digital”, *Harvard Business Review Analytic Services* (2018): 1-7.
<https://www.redhat.com/rhdc/managed-files/cm-harvard-business-review-digital-transformation-pulse-survey-f14828-201901-es.pdf?ref=scrumbank-news>

9 G. Westerman, “Your Company Doesn’t Need a Digital Strategy”, *MIT Sloan Management Review*, 59(3), (2018): 1-5.

10 S. Borins, “Innovation, Success and Failure in Public Management Research: Some Methodological Reflections”, *Public Management Review*, 3(1), (2001): 3-17.

e influyen retrasando la aceptación de la tecnología (Cenfetelli & Schwarz)¹¹. Entonces, se puede afirmar que las principales barreras dentro de las empresas para lograr una transformación digital y hacer cambios en sus modelos de negocio son la inercia y la resistencia (Vial)¹².

Harvard Business Review Analytic Services realizó una encuesta a 734 líderes empresariales, donde el 85% estaba de acuerdo que para lograr una transformación digital exitosa se debe tener una combinación de tecnología, procesos y cultura. Sin embargo, también se halló que el 55% tenía problemas con la cultura, el 43% con los procesos y menos del 30% con la tecnología (Walker)¹³.

Cultura

La cultura es muy importante en el ambiente empresarial, ya que define negocios e influye directamente en la capacidad de éxito de las empresas. Muchos ejecutivos tienen dificultad al tratar de cambiar o mejorar sus culturas organizacionales. En la encuesta previamente mencionada, los líderes empresariales coincidieron en que la cultura debe tener ciertas características para alcanzar el éxito en la transformación digital; por ejemplo, tener una cultura de colaboración, la cual incluye los trabajos colaborativos, proyectos en entornos grupales y la creación de equipos interfuncionales. Cabe mencionar que otra característica mencionada fue tener una cultura de adaptación, transparencia e integración (Walker)¹⁴.

La cultura empresarial es muy importante porque para hacer una transformación digital se tiene que tener la voluntad de realizar los cambios. Existen desafíos tan minúsculos, como simplemente que el dueño de la empresa no quiera que suban el software a la nube porque sus datos van a estar expuestos. A veces las personas tienen formas de pensar que son muy difíciles de cambiar y en una empresa pequeña o mediana si la cabeza no quiere cambiar se frustra todo. Todos tienen que estar dispuestos porque es un trabajo en equipo y el dueño o director, ósea el que toma la decisión final, tiene que estar dispuesto porque es el principal motivador de todo el equipo, pues se vienen cambios grandes que los va a sacar de su área de confort, tal como afirma Bustos¹⁵ en la entrevista.

La dificultad es que en realidad no existe una manera específica de cómo cambiar la cultura de una empresa. Lo más fácil es comprar tecnologías, cambiar un proceso tiene sus

11 R.T. Cenfetelli, y A. Schwarz, "Identifying and Testing the Inhibitors of Technology Usage Intentions", *Information Systems Research*, 22(4), (2011): 808-823.

12 G. Vial, "Understanding Digital Transformation: A Review and a Research Agenda", *Journal of Strategic Information Systems*, 28(2), (2019): 118-144.

13 M. Walker, "Revaluación de la transformación Digital", op.cit.

14 Idem.

15 M. Bustos, Entrevista a Expertos

complicaciones, pero lo más difícil es cambiar la cultura organizacional. Westerman¹⁶ opina que la transformación digital es una proyección a futuro poderosa de cómo se va a transformar la empresa. Esta proyección a futuro debe ser compartida y comunicada a los colaboradores. Cuando se empiezan a hacer los cambios, se debe crear e instaurar una cultura más colaborativa, impulsada por los datos. Los cambios culturales son paulatinos y van mejorando con la madurez digital. Se deben identificar los cambios culturales más importantes y partir de estos (Walker)¹⁷. Lo importante de este punto es ver cómo la cultura empresarial finalmente se convierte en una cultura adaptable, capaz de afrontar cualquier cambio, siendo esta la base para hacer que la empresa sea también adaptable.

Andrea Pereda¹⁸, Gerente Comercial de empresa Platería Joyería Pereda cuenta que al principio de la su transformación digital nadie la apoyaba, porque significaba una inversión de tiempo y de dinero. Tenían que hacer una contratación para implementar un proceso, por lo que el equipo al sentir que era trabajo extra se resistía al cambio, pero esto fue hasta que se dieron cuenta que les ahorraría tiempo y que mejoraría todo. Hoy todos están involucrados en la transformación digital de la empresa, evidenciado en que los mismos colaboradores dan ideas para poder digitalizar más procesos. Es así como la joyería se encuentra en proceso de alcanzar su madurez digital.

Para Jalileh Amer¹⁹, asesora de transformación digital para empresas, el usuario siempre es el que va a dar la solución al problema, porque ellos son los que conocen el día a día de la empresa y su proceso de inicio a fin, razón por la cual saben qué es lo que les genera problemas. Entonces, si se les involucra desde el inicio, al final la solución sale de ellos mismos; de lo contrario, si un asesor e impone una solución sin escucharlos, ellos van a poner resistencia al cambio.

Procesos

Básicamente cuando las empresas hablan de dificultades en los procesos, se refieren al tipo de tecnología que van a implementar. Amer²⁰ comenta que hoy en día se aplican mucho las tecnologías ágiles. Para el caso del desarrollo de proyectos, una de las metodologías ágiles más utilizadas es el SCRUM, herramienta que ayuda a gestionar proyectos y consiste en dividirlos en varios objetivos, por lo que ya no se establece un punto de inicio a largo plazo, sino que son proyectos a corto plazo que no deben durar más de siete semanas, de tal manera que a la finalización de cada proyecto se generan beneficios para el usuario. El desarrollo de un proyecto a corto plazo no es una inversión en un proyecto que va a durar 3 o 4 años y el cual

16 G. Westerman, "Your Company Doesn't Need a Digital Strategy", op.cit.

17 M. Walker, "Revaluación de la transformación Digital", op.cit

18 A. Pereda, Entrevista a Expertos

19 J. Amer, Entrevista a Expertos

20 Idem.

recién presentará beneficios al término de este periodo de tiempo, sino que al mes y medio ya se evidencian los avances y esa inversión se encuentra generando valor.

Los procesos están ligados a la velocidad de las tecnologías de información (TI), que causa un impedimento de responder rápidamente a los clientes. Existen métodos muy ágiles como DevOps (tecnología ágil que ayuda a la mejor comunicación de equipos de trabajo de desarrollo y operaciones) o *Extreme Programming XP* (metodología ágil que sirve para mejorar las relaciones entre los empleados y clientes), que pueden ser la solución a estos problemas y con el tiempo se pueden extender a todos los procesos de las empresas (Walker)²¹.

Si las empresas que se están digitalizando no optan por las metodologías ágiles, entonces siempre van a llegar tarde a la meta y nunca van a ser competentes. Empezar por la TI (tecnología de la información) es un buen comienzo para la transformación digital, principalmente si se realiza mediante las metodologías ágiles (Westerman)²².

Tecnología

Como menciona Pereda (2023)²³ en la entrevista realizada: cuando las empresas empiezan a transformarse digitalmente, su capacidad tecnológica es muy poca y se dan cuenta que tienen que hacer un desembolso alto de dinero para comenzar a digitalizarse. Sin embargo, en un principio no lo ven como una inversión, porque no magnifican el retorno que van a tener. Solo cuando lo implementan recién se dan cuenta de la buena inversión que han hecho.

La inercia cultural y de procesos que se ha descrito anteriormente, hacen que exista una brecha entre los objetivos tecnológicos para la transformación digital y su capacidad actual para realizarla. Pocas organizaciones tienen los recursos para realizar una transformación digital en todos los aspectos que se podrían implementar al mismo tiempo y más si se refiere a microempresas como Creaciones Sava. Es por esto que las organizaciones deben priorizar la inversión para comenzar la transformación digital en aquello que le parezca más importante. Podría ser en los procesos administrativos, en los procesos que están alrededor de la experiencia del cliente o en los procesos relacionados al modelo del negocio (Davenport & Spanyi)²⁴.

Bustos²⁵ en la entrevista afirma: que el equipo de trabajo tiene que revisar los procesos que se pueden digitalizar para proponer soluciones. Una empresa puede evaluar y determinar que una solución digital es muy costosa y, por lo tanto, preferir quedarse con lo no digital; sin embargo,

21 M. Walker, "Revaluación de la transformación Digital", op.cit.

22 G. Westerman, "Your Company Doesn't Need a Digital Strategy", op.cit.

23 A. Pereda: Entrevista a Experto

24 M. Davenport & A. Spanyi, "La Transformación Digital Debería Empezar con los Clientes". *Revista Harvard Deusto*, (2020): (54-57). La transformación digital debería empezar con los clientes (harvard-deusto.com)

25 M. Bustos: Entrevista a Expertos.

para eso existen las empresas consultoras, pues estas te ayudan a alcanzar soluciones a escala del tamaño del cliente, ya que a una empresa pequeña no se le puede dar soluciones costosas, sino que debe tener soluciones con herramientas mucho más sencillas que le resuelvan el problema y que finalmente estén digitalizadas.

En la encuesta que se mencionó anteriormente de Harvard Business Review Analytic Services, un poco menos del 75% de los empresarios encuestados dijeron que su transformación digital más importante era la de responder rápidamente al cliente (Walker)²⁶. Los clientes son lo más importante para la empresa, pues son los únicos que generan valor monetario: sin clientes no hay empresa. Por esto, las empresas deben cultivar una buena relación con sus clientes, brindarles toda la información, atraerlos, animarlos y motivarlos para así fidelizarlos e incentivarlos para lograr la recompra y recomendaciones. Actualmente, en esta era digital, gracias a la tecnología los consumidores están cada vez más informados, por lo que pueden verificar información y escoger una mejor propuesta, compartir sus experiencias y calificar a las marcas. Esta realidad le ha dado mucho poder al cliente, que antes no poseía, por lo que ahora las empresas han tenido que adaptarse al cambio de mando en la comercialización (Kotler & Keller)²⁷.

Es por este motivo que una transformación digital en la experiencia, relaciones y procesos alrededor del cliente debería ser más prioritaria que en la parte contable o de cualquier área administrativa. Si bien es cierto que las transformaciones digitales en la parte administrativa son importantes porque simplifican sus procesos internos, no tienen mayor impacto en los clientes y lo más atractivo es la mejora de la experiencia de estos. Si se quiere realizar una transformación digital dirigida al cliente, es necesario ponerse en el lugar del usuario y ver a la empresa de afuera hacia adentro como si fueras un cliente. Esta transformación se apalanca en la información obtenida del recorrido del cliente y en todos los procesos desarrollados para darle valor y mejorar su experiencia. Lo mencionado previamente es de suma importancia para el éxito de la transformación digital, ya que los procesos deben ser comprendidos antes de ser automatizados y el cliente tiene que sentir el valor entregado (Davenport & Spanyi)²⁸.

Cabe mencionar que para la transformación digital también es relevante la actualización eficiente de los sistemas, el desarrollo y entrega de nuevas aplicaciones y el control de costos operativos para poder invertir en innovación (Walker)²⁹. Asimismo, todos los sistemas tienen que tener mantenimiento, no hay ninguno que se pueda quedar en el servidor y dejarse en el olvido por cinco años, asevera Bustos³⁰.

26 M. Walker, "Revaluación de la transformación Digital", op.cit.

27 P. Kotler & K. Keller, *Dirección de marketing*. Decima cuarta edición. Pearson educación, 2012.

28 M. Davenport & A. Spanyi, "La Transformación Digital Debería Empezar con los Clientes", op.cit.

29 M. Walker, "Revaluación de la transformación Digital", op.cit.

30 M. Bustos: Entrevista a Expertos.

Pilares de la transformación digital

Todas las empresas que empiezan el viaje de la transformación digital tienen dudas sobre hacia dónde se deben dirigir, por dónde se debe empezar y qué es lo que deben hacer. Lo importante es que se entienda que la transformación digital no se trata de una sola cosa o acciones aisladas, sino que es un todo con muchas facetas diferentes y que depende de a qué industria pertenecen y el grado de madurez digital para utilizar cierto tipo de herramientas y tener ciertos indicadores (Furr et al.)³¹.

El ambiente disruptivo actual en el que se desarrollan los negocios; exige a las empresas que utilicen soluciones digitales ante los desafíos, buscando medidas creativas, innovadoras y disruptivas para resolverlos (Bauza)³².

Pereda³³ menciona lo siguiente: “Nosotras somos todistas, todo lo queremos hacer nosotras mismas, pero así no resulta. Es importante buscar a gente que tenga experiencia para que te apoye y simplifique el proceso”.

Bustos³⁴ advierte que la cabeza del departamento de desarrollo de tecnología de una empresa tiene que ser un experto en transformación digital, siendo ésta la única manera de que el proceso de digitalización pueda ser exitoso. Cabe mencionar que, si la empresa que no puede tener un área de desarrollo de tecnología por falta de presupuesto, debe utilizar a empresas que funcionan como partners, las cuales realizan toda la asesoría y desarrollo, pero no están en la nómina, sino que sólo las contratan cuando las necesitan o si tienen algún sistema al que se tiene que dar mantenimiento.

Para Amer³⁵ el error común es querer abarcar en un solo proyecto todos los problemas que puede tener la empresa. Es necesario analizar según la visión del negocio, cuáles son los objetivos como empresa, a dónde se tiene como meta llegar, priorizar los cambios que se quieren realizar, así como los procesos que se quieren mejorar. Es importante mencionar que se deben identificar cuáles son los procesos críticos y empezar por ellos, por lo que no se debe tratar de dar una solución global, sino parcial: atacar problema por problema e ir generando soluciones. Lo básico es construir la información, ya que si las empresas no construyen su data no tienen nada. El pilar principal es construir la data y una vez que ya la tienen se pueden comenzar a plantear opciones y dimensionar.

31 N. Furr et al, “Los cuatro pilares del éxito de las transformaciones digitales”. *Harvard Business Review* (2022). The 4 Pillars of Successful Digital Transformations (hbr.org).

32 A. Bauza. “Soluciones de la transformación digital frente a los retos de negocio”. *Forbes*. (2023). <https://www.forbes.com.mx/soluciones-de-la-transformacion-digital-frente-a-los-retos-de-negocio/>

33 A. Pereda: Entrevista a Experto.

34 M. Bustos: Entrevista a Experto.

35 J. Amer: Entrevista a Experto

A continuación, se describen cuatro pilares importantes que se deben tener en cuenta para la transformación digital de cualquier empresa. El orden no es necesariamente como se presenta, pues hay que entender que no todas las empresas son iguales y dependiendo de sus puntos críticos, cada una escogerá la acción con la que empezará su viaje de transformación digital.

Elevación del TI

Para Amer³⁶, empezar la transformación digital es comenzar a armar la estructura de datos importantes para la empresa. Una vez que la estructura de datos ya está armada, se empiezan a buscar herramientas que se adecuen a dicha estructura y a la necesidad de la empresa. Estas herramientas se pueden ir implementando de a pocos. Hoy en día se encuentran desde herramientas que son gratuitas hasta unas muy complejas y a un costo muy elevado. Sin embargo, es un error invertir mucho dinero en una herramienta e implementación de la misma, que se va a recuperar después de muchos años, cuando hay herramientas que te permiten hacer lo mismo e ir produciendo el retorno de ese dinero invertido de manera más rápida. Esto también depende del rubro del negocio; es decir, existen empresas que, por el sector económico en el que se encuentran, son de una envergadura mucho más grande, porque manejan un volumen de información enorme, ya que tienen una cartera de más de 1000 clientes. Por lo tanto, dichas empresas no van a trabajar con una herramienta gratuita. Digitalizar el ingreso de la data, el servicio al cliente y el manejo de inventarios ayuda a los trabajadores porque disminuye su carga laboral sin dejar de lado y manteniéndolos enfocados en las estrategias de la empresa y la productividad (Bauza)³⁷.

Muchas empresas comienzan con la transformación o implementación de la plataforma de TI y comunicaciones de su organización. Dicha plataforma concede herramientas a la empresa que le permite aumentar la eficiencia y satisfacción de los empleados, sin contar que la información obtenida sirve para analizar y tomar decisiones futuras (Furr et al.)³⁸.

Amer³⁹ recalca que siempre la transformación digital debe ser de menos a más y de manera paulatina. Sin embargo, a veces las empresas por querer digitalizarse rápidamente, invierten en herramientas inútiles para sus procesos. Es por esto que siempre se tiene que evaluar cuál es el objetivo a lograr y cuál herramienta es la mejor para hacerlo.

Pereda⁴⁰ comenta que en su empresa han desarrollado una página web en la que usan un sistema llamado Pluing, que consiste en ir sumando accesorios a la página web, como el terminal

36 Idem.

37 A. Bauza. "Soluciones de la transformación digital frente a los retos de negocio", op.cit.

38 N. Furr et al, "Los cuatro pilares del éxito de las transformaciones digitales", op. cit.

39 J. Amer: Entrevista a Experto.

40 A. Pereda: Entrevista a Experto

de ventas (POS), el registro de las ventas directas de la web y el registro de ventas de la tienda física; es decir, implementan cada vez más herramientas para poder tener todo el movimiento de las ventas desde la web. De esta manera, tienen el historial de datos de ventas del negocio por dinero, por artículo y por canal de venta, así como también el inventario de los productos. Toda esta información ya la están utilizando debido a la última implementación digital que han realizado, que se trata de la implementación de reportes en base a dicha información, los cuales son sumamente relevantes para la toma de decisiones.

Digitalización de las operaciones

Muy a menudo las empresas inician su viaje de transformación digital por este pilar. Básicamente se utiliza la tecnología digital para digitalizar los procesos de manera que se optimizan, racionalizan y se simplifican.

Su objetivo principal es el desarrollo empresarial. Muchas veces las empresas que ya habían empezado su proceso de transformación digital actualizan sus procesos con las nuevas metodologías ágiles para servir mejor al cliente. A medida que las empresas comienzan a rediseñar, abren puertas para seguir rediseñando otros procesos, lo cual también ocurre cuando las empresas recién comienzan la digitalización de algunos de sus procesos, pues se abre paso a la digitalización de más procesos hasta llegar a una madurez digital, que permite lograr una transformación integral (Furr et al.)⁴¹.

Muchas empresas no eran conscientes de la importancia de la transformación digital en los procesos hasta que ocurrió la pandemia. Como comenta Bustos⁴², su importancia radica en que optimiza procesos, presupuestos, tiempos y recursos en general. Implementar procesos digitales en los negocios de las empresas como en la gestión de la cadena de suministro o en la misma producción puede reducir costos y acortar los tiempos de entrega (Bauza)⁴³.

Pereda⁴⁴ menciona que en su empresa durante la pandemia tuvieron la urgencia de renovar su página web para poder vender, porque por motivo de la cuarentena estaban prohibidos de hacerlo en la tienda física y persistía la incertidumbre. A raíz de esto, se dieron cuenta de que siempre hay que actualizarse e innovar. Renovaron su antiguo sistema de gestión que no era útil y empezaron a simplificar los procesos más urgentes con sistemas pequeños. Esto fue muy positivo, puesto que dio pie a que en la actualidad busquen constantemente cómo pueden digitalizar más áreas de la empresa para simplificar procesos y así darle más herramienta al equipo.

41 N. Furr et al, “Los cuatro pilares del éxito de las transformaciones digitales”, op.cit.

42 M. Bustos: Entrevista a Experto

43 A. Bauza. “Soluciones de la transformación digital frente a los retos de negocio”, op.cit.

44 A. Pereda: Entrevista a Experto

Marketing Digital

En este pilar se utilizan herramientas digitales para vender en línea e interactuar con los clientes. De tal manera, es factible trabajar el awareness de tu marca, perfilar a los clientes y trabajar en ganar más clientes. Se pueden utilizar canales digitales, análisis predictivos e inteligencia artificial (IA) para acceder a clientes actuales y potenciales, identificar comportamientos críticos de estos, realizar campañas y configurar mercados digitales (Furr et al.)⁴⁵.

Según Pereda⁴⁶, lo mejor de utilizar marketing digital es que va dirigido directamente al sector deseado, no es muy caro y en plena campaña se pueden corregir errores. Por ejemplo, se puede hacer una publicidad en las redes sociales y dirigirla al cliente registrado en WhatsApp. De esta manera, se puede medir cuántas personas que vieron la publicidad responden escribiendo por el WhatsApp y, también, cuántas compras se concretaron; al igual que medir el mismo rendimiento ya no en personas, sino en dólares. Cualquier dato que sea una meta representa un indicador o KPI, hasta la cantidad de teléfonos grabados correctamente en el celular. Así, Pereda⁴⁷ tiene en el celular corporativo 10000 contactos, pero cuando se quiso subir la información en Google solo subían 3000 datos grabados. Esto se debe a que tenía números de contacto sin registrar, lo cual es contraproducente porque la información de los contactos les sirve para la publicidad en las redes sociales. Al mandar publicidad por WhatsApp se puede medir la reacción de los clientes para observar si valió o no la pena.

Nuevos emprendimientos

Cuando las organizaciones se encuentran en una etapa de madurez digital y tienen todas las herramientas disponibles, la automatización los invita a arriesgarse y hacer nuevas inversiones. Estas inversiones pueden ser nuevos productos dentro de su mismo rubro o pueden entrar a nuevos modelos de negocios. Esto normalmente se hace para ampliar el mercado y hacer crecer a la empresa. Bauza⁴⁸ menciona que las empresas pueden encontrar nuevas fuentes de ingresos ofreciendo nuevos modelos de negocio gracias a la digitalización. Estos pueden ser servicios de suscripción, publicidad en línea, productos, etc. De esta manera, la transformación digital de las empresas les permite vender productos y servicios en línea dándoles una valiosa alternativa de explorar y crecer en nuevos mercados.

45 N. Furr et al, “Los cuatro pilares del éxito de las transformaciones digitales”, op. cit.

46 A. Pereda: Entrevista a Experto

47 Idem.

48 A. Bauza. “Soluciones de la transformación digital frente a los retos de negocio”, op. cit.

III. CASOS DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Caso 1

Los mercaderistas son personas que trabajan yendo de supermercado en supermercado para acomodar los productos de ciertas marcas. Su responsabilidad es que la marca y sus productos siempre estén bien expuestos, que tengan las categorías de productos, que estén ordenadas y que en almacén haya productos para reponer. Los mercaderistas tienen que entregar reportes diarios en la mañana y en la tarde por cada supermercado, con respecto a si les están faltando productos de una categoría, si hay productos que están dañados, si la competencia tiene una promoción importante, etc.

En una empresa de mercaderistas tenían varios problemas:

- Todo el trabajo lo hacían con lápiz y papel.
- El personal no cumplía con los horarios de trabajo.
- Había errores de tipeo.
- La información recolectada se enviaba al supervisor y este tenía que armar un Excel con toda la información de 25 mercaderistas y mandársela al cliente. El informe le llegaba al cliente a las 10 pm.
- Existían muchas horas extras para la supervisión.

Les desarrollaron una solución que consta de un sistema para las personas que trabajan en la oficina y recaudan la información. También una aplicación móvil para los mercaderistas que estaban moviéndose de supermercado en supermercado y otra aplicación para el cliente, que le permite visualizar cómo están sus productos en los supermercados todos los días en tiempo real.

La solución funciona de la siguiente manera:

- La aplicación móvil de los mercaderistas tiene los horarios y las rutas eficientes de cada uno. Por geo localización ubica en dónde se encuentra el mercaderista, si cumple o no con la ruta y horario.
- El mercaderista toma la foto de las góndolas directamente del aplicativo y aprieta sólo botones en las opciones de un formulario para enviar su reporte. Automáticamente le llegaba al supervisor la información en tiempo real.
- Al supervisor le carga la información de manera directa en un Excel, de tal manera que solo revisaba la información y se la enviaba en tiempo real al cliente.
- El cliente recibía una notificación en su aplicativo y podía ver en tiempo real cómo estaba su mercadería en los supermercados.

Como resultado de esta solución el empresario tuvo control sobre su empresa y sobre sus trabajadores. Además, tiene la ventaja competitiva de entregar la información al cliente en tiempo real y, sobre todo, logró un impacto positivo sobre la vida de las supervisoras, pues dejaron de salir del trabajo a las diez de la noche y comenzaron a retirarse en su horario normal.

Caso 2

El área de responsabilidad social de una empresa de seguros había desarrollado unos cuentos impresos. El objetivo de estos cuentos era educar a los niños para que sean ciudadanos responsables y que sepan evitar siniestros de todo tipo como incendios o accidentes en general.

Lo que se buscaba era desarrollar la animación digital de esos cuentos y ponerlos en una aplicación de Smart tv. Sin embargo, los cuentos estaban diseñados página por página en ilustrator sin las escenas completas; es decir, se contaba solamente con la cara del personaje o de la cintura para arriba, mas no con el personaje completo que es lo que se necesita para realizar una animación y darle movimiento. Por esto, el principal desafío fue tomar el archivo gráfico y completar las escenas. Esto a parte de la producción y el desarrollo digital.

Se tuvo que hacer casting de voces, incluir música que la empresa proporcionó, etc; es decir, se utilizaron muchas herramientas. Finalmente, terminaron haciendo una producción animada de cada cuento, la cual se incluyó en una aplicación de Smart tv. Asimismo, también se desarrollaron juegos interactivos con los personajes de cada cuento.

Empezaron con cuatro cuentos y a la fecha hay 16 cuentos animados. Dicha aplicación terminó siendo en el año 2016 la más descargada y vista en los televisores LG en la categoría de niños y, por supuesto, el objetivo de la empresa de llegar a más personas se cumplió.

IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

- Todas las empresas no son iguales ni tienen la misma madures digital. Lo importante es dar el primer paso para empezar la transformación digital. Las empresas deben entender que esto es algo imperante, no es una posibilidad. Si la empresa quiere seguir en la competencia debe hacerlo, sino quedará atrás y desaparecerá.
- Empezar una transformación digitar requiere de mucho trabajo y esfuerzo. No sucede de forma inmediata, sino que es un proceso que se da a lo largo del tiempo. Sin embargo,

vale la pena el esfuerzo porque se toman las riendas del negocio y obtiene el absoluto control sobre él.

- Para tener éxito en la transformación digital todos los miembros de la empresa tienen que estar comprometidos, para lo cual es imprescindible que la cabeza de la empresa también lo esté. Al principio puede existir un poco de resistencia por parte de los colaboradores, pero esto cambia cuando se dan cuenta que dicha transformación les facilita el trabajo.
- Antes de tomar la decisión de con qué procesos se va a iniciar la transformación digital, se debe analizar cuáles son los puntos críticos dentro de la empresa, cómo es el funcionamiento de esta y cuáles son los objetivos que se quieren alcanzar.
- El aspecto más importante dentro de la empresa son los procesos que están alrededor de los clientes para mejorar su experiencia de compra y otorgarles valor. Por esto, se concluye que estos son los primeros procesos que se deben digitalizar, de manera que no solo los clientes estarán más contentos, sino también los trabajadores que verán agilizada su labor. Tener contentos a los clientes internos hace que estos hagan sentir contentos a los clientes externos.
- Para digitalizar procesos se tiene que implementar una tecnología ágil y fácil de utilizar. La transformación debe ir de menos a más y debe ser de proceso en proceso para que se vea reflejado el resultado a corto plazo.
- La información o data dentro de la empresa es muy importante, por lo que es imprescindible su recolección y almacenamiento. Esta información ayuda a tomar decisiones futuras, de manera que la empresa tenga dirección y sentido, porque la base de datos de sus operaciones queda registrada para siempre y se pueden utilizar para proyectar alguna situación o nuevo negocio.
- Siempre buscar profesionales que ayuden con la digitalización de los procesos y tener en cuenta que esto es una inversión y no un gasto. No es bueno ser todista, para eso están los profesionales y es la única manera de no desperdiciar esfuerzos.
- Siempre hay que mantenerse informado y educarse para no parar la innovación dentro de la empresa. Además, siempre hay algo que digitalizar para poder optimizar procesos, presupuestos, tiempos y recursos.

V. RECOMENDACIONES

Creaciones Sava es una microempresa dedicada a la confección y comercialización de uniformes, su mayor debilidad es que no está digitalizada y no maneja sus redes sociales. Su principal punto crítico es que no registra ninguna información sobre su negocio, como las compras, las ventas detalladas, pagos de mano de obra, etc.

Dentro de la atención al cliente en el momento de la venta, Creaciones Sava tiene tres puntos débiles:

- La cobranza se hace manual, es decir, se escriben a mano los productos y se saca la cuenta con una calculadora, lo cual trae como consecuencia la formación de colas de espera largas para pagar y poder retirarse de la tienda.
- La emisión de facturas y boletas no se hacen junto con la venta, lo cual recarga el trabajo a fin de mes.
- No cuenta con una implementación de compra remota y delivery.

Por lo que se recomienda:

- Comenzar a juntar toda su información con tecnología digital, es decir, datos de clientes, productos y operaciones para comenzar a formar una base de datos.
- Lo ideal sería implementar una página web para realizar e-commerce, registrar las ventas y manejar los inventarios, pero como la empresa se encuentra a dos meses de la campaña de ventas más intensa del año, se recomienda que ataquen sus puntos críticos:
- Tomar el servicio de venta por POS con generación de facturas.
- Implementar un proceso digital para la venta remota, que puede ser por el uso de catálogo de WhatsApp Business o utilizando herramientas de Google.
- Para el delivery, tomar el servicio de Courier con tarifa plana.
- Planear la implementación de su página web para la campaña del 2025.

REFERENCIAS

- Ahomed, R. “Revisión de literatura sobre las barreras a la transformación digital y su relación con el rendimiento financiero”. *Interfases*, 13 (013-2020): 31-38.
- Álvares, H. “¿Qué es la transformación digital en las empresas?” 2018. USMP Digital. ¿Qué es la Transformación Digital en las Empresas? (linkedin.com)
- Andriole, S. “Five Myths About Digital Transformation”. *MIT Sloan Management Review*, 58(3), (2017): 20-22.
- Bauza, A. “Soluciones de la transformación digital frente a los retos de negocio”. *Forbes*. (2023). <https://www.forbes.com.mx/soluciones-de-la-transformacion-digital-frente-a-los-retos-de-negocio/>
- Borins, S. “Innovation, Success and Failure in Public Management Research: Some Methodological Reflections”. *Public Management Review*, 3(1), (2001): 3-17. <https://doi.org/10.1080/14616670010009423>
- Cenfetelli, R. T. y Schwarz, A. “Identifying and Testing the Inhibitors of Technology Usage Intentions”. *Information Systems Research*, 22(4), (2011): 808-823. <https://doi.org/10.1287/isre.1100.0295>.
- Chanas, S., Myers, M. D., y Hess, T. “Digital Transformation Strategy Making in Pre-Digital Organizations: The Case of a Financial Services Provider”. *Journal of Strategic Information Systems*, 28(1), (2019):17-33.
- Davenport, M. & Spanyi, A. (2020). “La Transformación Digital Debería Empezar con los Clientes”. *Revista Harvard Deusto*, (2020): (54-57). La transformación digital debería empezar con los clientes (harvard-deusto.com)
- Furr, N. et al. “Los cuatro pilares del éxito de las transformaciones digitales”. *Harvard Business Review* (2022). The 4 Pillars of Successful Digital Transformations (hbr.org)
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. Metodología de la investigación. McGraw-Hill Interamericana Editores, 2018: Pag 390 y 548. <https://doi.org/10.26439/interfases2020.n013.5026>
- Kotler, P. y Keller, K. *Dirección de marketing*. Decima cuarta edición. Pearson educación, 2012.
- Singh, A. y Hess, T. “How Chief Digital Officers Promote the Digital Transformation of their Companies”. *MIS Quarterly Executive*, 16(1), (2017):1-17.
- Tesouro de la UNESCO (2023). Palabra clave. Barrera. <https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/search?clang=es&q=barrera&vocabs=>
- Tesouro de la UNESCO (2023). Palabra clave. Cultura. <https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/search?clang=es&q=cultura&vocabs=>
- Tesouro de la UNESCO (2023). Palabra clave. Dato. <https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/search?clang=es&q=dato&vocabs=>

- Tesouro de la UNESCO (2023). Palabra clave. Negocio.
<https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/search?clang=es&q=negocio&vocabs=>
- Tesouro de la UNESCO (2023). Palabra clave. Tecnología.
<https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/search?clang=es&q=tecnologia&vocabs=>
- Vial, G. Understanding Digital Transformation: A Review and a Research Agenda. *Journal of Strategic Information Systems*, 28(2), (2019): 118-144. Understanding digital transformation: A review and a research agenda (sciencedirectassets.com).
- Walker, M. Revaluación de la transformación Digital. *Harvard Business Review Analytic Services* 2018. <https://www.redhat.com/rhdc/managed-files/cm-harvard-business-review-digital-transformation-pulse-survey-f14828-201901-es.pdf?ref=scrumbank-news> (redhat.com).
- Westerman, G. “Your Company Doesn’t Need a Digital Strategy”. *MIT Sloan Management Review*, 59(3), (2018): 1-5.

Recibido: 04/04/2024

Aprobado: 10/05/2024