

AÑO 4, NÚMERO 6, ENERO-JUNIO 2020

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

6

Centro de Investigaciones
Jurídicas / UACJ

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Juan Ignacio Camargo Nassar

Rector

Daniel Constandse Cortez

Secretario General

Antonio de la Mora Covarrubias

Director General de Servicios Académicos

Jesús Meza Vega

Director General de Comunicación Universitaria

Alonso Morales Muñoz

Director del Instituto de Ciencias Sociales
y Administración

**Revista Especializada en Investigación
Jurídica**

EDITORES RESPONSABLES

Javier Ignacio Camargo Nassar

Wendolyne Nava González

COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR

Diego Barría Traverso

(Universidad de Santiago de Chile)

Rubén Omar Carrizo

(Universidad Nacional de Catamarca, Argentina)

Sergio Díaz Rendón

(Universidad Autónoma de Coahuila)

Rosángela Murcio

(Universidad Nacional Autónoma de México)

COMITÉ EDITORIAL

José Antonio Estévez

(Universidad de Barcelona)

Jaime Fernando Cárdenas Gracia

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Salvador Martí

(Universidad de Girona)

Jorge Alberto González Galván

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Fernando Barrientos

(Universidad Autónoma de Guanajuato)

Ilka Treminio Sánchez

(Directora de Flacso, Costa Rica)

Ares Nahim Mejía Alcántara

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Manuel Bermúdez Tapia

(Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)

Gisselle de la Cruz Hermida

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Hugo Manuel Camarillo Hinojoza

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Gerardo González Rentería

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Abraham Martínez Montoya

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Carlos Alberto Martínez Beltrán

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 4 · Número 6 · Enero-junio 2020

Es una publicación semestral arbitrada por pares y editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y Heroico Colegio Militar (zona El Chamizal) s/n, CP 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, ext. 3656. **Página web:** <http://reij.uacj.mx>; **correo electrónico:** reij@uacj.mx. Editores responsables: Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar y Dra. Wendolyne Nava González. Reserva de uso exclusivo No. 04-2017-040309333500-203, ISSN 2448-8739, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 4, NÚMERO 6 · ENERO- JUNIO 2020

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

EDITORIAL

La responsabilidad penal de las personas morales

JAVIER IGNACIO CAMARGO
NASSAR,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
CIUDAD JUÁREZ (UACJ);
ORCID: 0000-0002-2846-
7193
6

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Locus standi como mecanismo de acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: análisis a la luz de la tutela judicial efectiva

KIMBERLY GIBELY TRIVIÑO
RODRÍGUEZ,
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL
ECUADOR (UCE);
ORCID: 0000-0001-5012-
4704
23

La Reforma Energética de 2013

JUAN MANUEL SALDAÑA
PÉREZ,
MAGISTRADO PRESIDENTE
DE LA SALA ESPECIALIZADA
EN MATERIA DE COMERCIO
EXTERIOR DEL TRIBUNAL
FEDERAL DE JUSTICIA
ADMINISTRATIVA (TFJA);
ORCID: 0000-0003-0345-
2072
46

Utilitarismo y derechos humanos: ¿un binomio irreductiblemente separable?

ALEXIS AGUILAR
DOMÍNGUEZ,
INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE CHIAPAS
(UNACH);
ORCID: 0000-0003-2393-
3527
61

Paridad de género de los derechos políticos en México

CARLOS MUÑIZ DÍAZ,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DEL ESTADO DE MÉXICO
(UAEM);
ORCID: 0000-0003-4695-
6385

GISEL PÉREZ BECERRIL,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DEL ESTADO DE MÉXICO
(UAEM)

89

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

La subjetividad jurídica de los animales según la jurisprudencia argentina

ADRIANA NORMA
MARTÍNEZ,
UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES (UBA);
ORCID: 0000-0001-8962-
2743

ADRIANA MARGARITA
PORCELLI,
UNIVERSIDAD DE BUENOS
AIRES (UBA);
ORCID: 0000-0002-5192-
5893

115

Análisis constitucional de la cuestión previa ante la vulneración de derechos fundamentales en sede administrativa

JORGE ISAAC TORRES
MANRIQUE,
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTA MARÍA (UCSM)
ORCID: 0000-0001-5202-
3886

145

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

MERINO, M., HERNÁNDEZ, J., & AVILÉS, E. (COORDS.) (2018). *TRANSPARENCIA, RENDICIÓN DE CUENTAS Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN. EL MUNICIPIO EN LA ENCRUCIJADA.*

MÉXICO: CONACYT/
CIDE/AYUNTAMIENTO
CONSTITUCIONAL DE
MOCORITO, SINALOA/
UNIVERSIDAD DE
OCCIDENTE, 296 PP.
ALMA ROSA ARMENDÁRIZ
SIGALA,
COMISIONADA DEL
INSTITUTO CHIHUAHUENSE
PARA LA TRANSPARENCIA Y
ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA (ICHITAIP);
ORCID: 0000-0002-0194-
4762
166

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

AMPARO EN REVISIÓN
1049/2017 EMITIDO POR
LA PRIMERA SALA DE
LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN
(SCJN)

XÓCHITHL GUADALUPE
RANGEL ROMERO,
FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE SAN LUIS
POTOSÍ (UASLP);
ORCID: 0000-0002-0543-
2852
171

ESTUDIO LEGISLATIVO

REFLEXIONES SOBRE EL
TIPO PENAL DENOMINADO
SEXTING

JAIME ERNESTO GARCÍA
VILLEGAS,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE CHIHUAHUA (UACH);
ORCID: 0000-0001-8832-
1543
OTHONIEL ACOSTA MUÑOZ,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE CHIHUAHUA (UACH);
ORCID: 0000-0003-2009-
6321
175

EDITORIAL

LA RESPONSABILIDAD

PENAL DE LAS PERSONAS MORALES

JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR¹

A. Introducción

En este trabajo voy a tratar de analizar el tema de la responsabilidad penal de las personas morales de derecho privado, en el marco de las sociedades mercantiles, sociedades y asociaciones civiles, y las demás personas morales reguladas por distintas legislaciones, a las que adelante me refiero simplemente como una sociedad o una empresa, sin incluir a las personas morales de derecho público.

Dije tratar, porque debo aclarar que no soy conocedor del derecho penal y, en general, del sistema penal actual; sin embargo, con el apoyo de la persona a la que me refiero al final de este artículo, trataré de ser lo más explícito posible para que lo puedan comprender quienes, como yo, carecen de ese conocimiento.

Aun cuando en este trabajo me veo obligado a analizar aspectos de carácter penal, la intención es conocer la forma en cómo se regula la responsabilidad penal para las personas morales y las consecuencias que resultan cuando estas se ven involucradas en la comisión de un delito, independientemente de la sanción aplicable a la persona física que lo cometió.

Debemos considerar, en principio, que las personas morales, que son creadas a partir de una ficción legal, como un sujeto de imputación de consecuencias jurídi-

¹ Maestro de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (UACJ). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Notario Público en Ciudad Juárez, Chihuahua, México.

cas, no tienen por sí mismas la posibilidad de realizar actos materiales que conlleven a la comisión de un delito, pues carecen de autonomía propia para actuar, y es por medio de las personas físicas que las dirigen (sus representantes, directores, administradores o gerentes), a través de quienes realizan los actos materiales encaminados al cumplimiento de su objeto social, que debe ser intrínsecamente lícito.

Son ellos, a quienes la persona moral encomendó su representación o la facultad de actuar en su nombre, los que realizan los actos materiales que pueden ser considerados como delitos en nombre de la persona moral; en consecuencia, debemos, por una parte, sancionar la actuación de esas personas en lo individual, pero no podemos pasar por alto la necesidad de regular y, en consecuencia, sancionar la responsabilidad en la que incurren las personas morales, pues, de otra manera, en nombre de esa sociedad, se seguirían realizando conductas sancionadas como delitos.

Por mucho tiempo, se ha discutido acerca de la posibilidad de imputar responsabilidad penal a una persona moral por la comisión de un delito; sin embargo, los cambios sociales han generado la necesidad de implementar nuevos esquemas jurídicos que posibiliten la imputación de delitos no solo a los individuos dotados de voluntad propia para actuar, como las personas físicas, por lo que, como vere-

mos a continuación, la legislación federal y estatal ahora reconocen la posibilidad de sancionar a los entes colectivos por la comisión de un delito, con independencia de las personas que lo conforman o lo cometen.

B. Marco legal. Legislación federal

Podemos iniciar este estudio con el contenido del artículo 11 del Código Penal Federal, que nos permite comprender el propósito de este trabajo. El artículo en cuestión dice en relación con el tema que nos ocupa lo siguiente:

Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Debemos preguntarnos qué clase de delitos pueden ser realizados por una sociedad para enfocar el objeto de este estudio. Como una referencia, podemos citar el

contenido del artículo 11 bis. del Código Penal Federal, que establece dieciséis hipótesis para imputar a las personas jurídicas que hayan intervenido en la comisión de una conducta considerada como delito contemplado en el propio código y veintidós para supuestos contenidos en distintas leyes de carácter federal.

Este código, como sabemos, sanciona la comisión de delitos del orden federal, pero adicionalmente debemos considerar los contenidos en las legislaciones de los estados, que contemplan delitos del orden local. En ambos casos, el trámite del procedimiento o proceso penal se sigue conforme a las reglas establecidas por el Código Nacional de Procedimientos Penales y la pena o consecuencia, como se denomina en algunas legislaciones, se aplica de acuerdo con las normas del código sustantivo que corresponde a cada Estado.

Solo con el fin de ilustrar al lector sobre los delitos contenidos en el artículo 11 bis. del Código Penal Federal por los que puede ser sancionada una persona jurídica, citaré algunos de ellos para evitar que este artículo resulte demasiado extenso:

- a) De los contenidos en el mismo Código Penal Federal: contra la salud. Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho. Comercialización habitual de objetos robados. Robo de vehículos. Fraude. Operaciones con recursos de procedencia ilícita. Contra el ambiente. En materia de derechos de autor.
- b) De los delitos establecidos en ordenamientos distintos: acopio y tráfico de armas. Tráfico de personas. Tráfico de órganos. Contrabando y su equiparable. Defraudación fiscal y su equiparable. De la Ley de la Propiedad Industrial. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 111 Bis; 112;

112 Bis; 112 Ter; 112 *Quater*; 112 *Quintus*; 113 Bis y 113 Bis 3. Y en los demás casos expresamente previstos en la legislación aplicable.

El mismo artículo 11 bis. *in fine* establece que, para los efectos del artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se estará a los siguientes “límites de punibilidad” para las consecuencias aplicables a las personas jurídicas:

- a) Suspensión de actividades, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- b) Clausura de locales y establecimientos, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión, por un plazo de entre seis meses a diez años.
- d) Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos relacionados con la adquisición, arrendamiento, obras y servicios del sector público, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, por un plazo de entre seis meses a seis años.

El propósito de esta disposición es establecer un parámetro para la aplicación de las consecuencias jurídicas a las personas morales en aquellos casos en los que sea posible establecer un plazo de duración de tales consecuencias. Esta regla, desde luego, no es aplicable a los supuestos como la disolución, en donde la consecuencia es definitiva.

Por su parte, el texto del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, contenido dentro del Título X, relativo a los Procedimientos Especiales, Capítulo Segundo, que comprende el Procedimiento para Personas Jurídicas, establece lo siguiente:

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma
Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

...

Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo

go dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas.

Llama la atención el contenido del último párrafo citado, porque de su lectura se desprende que dentro de la legislación local debe existir un “catálogo” de delitos cometidos por personas jurídicas por los que pueden ser sancionadas. Sin embargo, dentro de la legislación local no encuentro la existencia de tal catálogo, como sucede en el caso del Código Penal Federal que en el artículo 11 bis. establece la posibilidad de imponer alguna consecuencia jurídica a las personas jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los delitos que textualmente enumera. Debemos suponer que este es el catálogo a que se refiere el artículo 421 citado con anterioridad para el caso de los delitos del orden federal, pero no encuentro una respuesta para el supuesto de los delitos considerados del orden común.

¿Será acaso que no existe sanción para las personas jurídicas por la comisión de un delito del orden local? Ante la imposibilidad de sostener una afirmación de esta naturaleza, debemos convenir que ante la falta de ese “catálogo” en las legislaciones locales, existe la posibilidad de sancionar a las personas morales por la comisión de cualquiera de los delitos que sancionan los códigos penales de los estados en general.

De la lectura del contenido del artículo antes transcrito, podemos observar que las personas jurídicas serán penalmente res-

ponsables de la comisión de un delito bajo dos condiciones:

- a) Que el delito sea cometido en forma indistinta:
 - En su nombre
 - Por su cuenta
 - En su beneficio o
 - A través de los medios que ellas proporcionen

Como podemos observar, los dos primeros supuestos parten del hecho de que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de la sociedad, en tanto que el tercero refiere un elemento importante, que consiste en el beneficio que la sociedad reciba por la comisión del delito. Finalmente, el último de los enunciados establece la posibilidad de imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando el delito sea cometido a través de los medios que ella proporcione, independientemente de que obtenga o no un beneficio.

En relación con este artículo, no debe pasar inadvertido para el lector que, aparentemente, esta disposición no limita la imputación de responsabilidad penal al ente colectivo solo por aquellos delitos que se cometan por los representantes legales del mismo; sin embargo, el contenido de este artículo debe ser interpretado a la luz del artículo 11 del Código Penal antes transcrito, que es al que corresponde determinar cuáles conductas son consideradas como

delitos y que se refiere expresamente al hecho de que el delito sea cometido por algún miembro o representante de una persona jurídica, de donde resulta que el delito debe ser cometido necesariamente por un miembro o representante de la sociedad y que no generan responsabilidad a la sociedad los actos realizados por personas ajenas a la misma, incluyendo empleados o dependientes.

- b) La segunda condición para imputar penalmente a una persona jurídica, según el artículo que comentamos, implica que “se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización”.

Esta disposición, me parece, se basa en la necesidad de que las personas morales cuenten con sistemas de control, revisión, investigación interna y autorregulación dentro de su organización, encaminados a evitar que se cometa en su nombre algún delito. No se trata necesariamente de un estricto manual o procedimiento de revisión y control de su organización, sino de un método elemental basado en la prudencia con la que todos debemos conducirnos en nuestras actividades, de tal manera que la comisión del delito no resulte de la propia imprudencia o falta de atención y cuidado de la sociedad en su operación.

Otra visión implica que la sociedad debe contar con un *criminal compliance pro-*

gram, que implica un protocolo de actuación que debe seguirse dentro de la empresa para cumplir con la ley y evitar la comisión de delitos en su nombre, y será ese programa el que no se habría observado debidamente para imputar responsabilidad penal a la empresa, pero entonces deberíamos de establecer si todas las empresas están obligadas a contar con este programa, como es el caso específico de la Ley del Mercado de Valores, por lo que se refiere a las sociedades anónimas promotoras de inversiones bursátiles.

El propio Código Penal Federal reconoce en el artículo 11 bis. la existencia de ese programa y establece la posibilidad de atenuar las penas a las sociedades que cuenten con un oficial o persona (comité de cumplimiento) encargados de vigilar el cumplimiento del programa. Así lo establece el citado artículo:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho

que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico.

De la lectura de este artículo, se desprende que, para que, en su caso, las sanciones sean atenuadas, se requiere cumplir dos requisitos:

- a) La existencia de un programa de políticas internas para el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y la prevención de la comisión de delitos, y
- b) La existencia de un órgano de control (oficial de cumplimiento) permanente encargado de verificar la observancia del programa o políticas internas para la prevención de los delitos.

El mismo código dentro del capítulo de las penas y medidas de seguridad en general, contempla en el artículo 24 diversas hipótesis, entre las que encuentro las que, a mi juicio, pueden imponerse a las personas morales, armonizando el contenido de este artículo con lo que dispone el 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

- Sanción pecuniaria
- Suspensión o privación de derechos
- Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito
- Vigilancia de la autoridad
- Suspensión o disolución de sociedades

- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Finalmente, el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, *a pesar de ser un código adjetivo*, distingue entre las personas jurídicas con personalidad jurídica propia y las que carecen de ella (sociedades de hecho), y establece respecto de las primeras las consecuencias jurídicas (penas) que se les pueden imponer por la comisión de un delito del orden federal:

Artículo 422. A las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones:

- I. Sanción pecuniaria o multa;
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;
- III. Publicación de la sentencia;
- IV. Disolución, o
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

B1. Legislación local

Dentro de la legislación del estado de Chihuahua, encontramos el artículo 26 del Código Penal que dice en relación con el tema que nos ocupa lo siguiente:

Para los efectos de este Código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando

un miembro o representante de una persona jurídica cometa algún delito con los medios que para delinquir, la misma persona jurídica le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre y bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Juzgador impondrá en la sentencia las consecuencias jurídicas accesorias previstas en el artículo 64 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos.

A diferencia del Código Penal Federal, el Código Penal del Estado de Chihuahua se refiere expresamente al caso de que el delito sea cometido *por un miembro* de la sociedad (suponemos un socio o accionista, porque son los únicos miembros de la sociedad) o por su representante legal, dejando de lado la posibilidad de sancionar a la sociedad por un delito cometido por personas ajenas a la misma o de recurrir a principios de interpretación de las normas, lo cual parece más apropiado.

En nuestra legislación penal sustantiva, como antes dije, no se enumeran de manera expresa los delitos por los que puede ser sancionada una persona jurídica, como ocurre en el orden federal, por lo que debemos considerar que, en general, una persona moral puede ser sancionada por la comisión de cualquiera de las conduc-

tas que la legislación penal local considera como delito.

Podemos citar como ejemplo para el desarrollo de este trabajo, el caso de la venta de un inmueble por el administrador en nombre de una sociedad, a sabiendas de que no es de su propiedad o la venta del mismo inmueble a dos personas distintas. Tales conductas están tipificadas como fraude, de acuerdo con el artículo 224 del Código Penal del Estado de Chihuahua en los siguientes términos:

Artículo 224. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:
I. Por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente.

...

III. Venda a dos personas una misma cosa, sea mueble o inmueble, y reciba el precio de la primera, de la segunda enajenación o de ambas, o parte de él, o cualquier otro lucro, con perjuicio del primero o del segundo comprador;

El artículo 223, a su vez, establece las penas que deben imponerse a las personas físicas que incurren en la comisión de ese delito, que dependiendo del valor de lo defraudado puede alcanzar una pena de

prisión de hasta doce años. ¿Y cuál es la consecuencia para la persona moral por la comisión de ese delito en su nombre?

Esto es lo que tratamos de analizar: establecer cuáles son las consecuencias que, en el caso señalado, pueden resultar para la persona moral, cuyo representante cometió en su nombre tal ilícito al margen de las sanciones que deben imponerse al propio administrador.

La instauración de una causa penal y la imposición de tales sanciones, desde luego, son independientes de las acciones civiles que los afectados puedan ejercer en cada caso concreto.

El artículo 31 del mismo ordenamiento legal establece “las consecuencias legales accesorias aplicables a las personas jurídicas que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 26 de este Código” (transcrito anteriormente), en donde enumera las siguientes:



Estas consecuencias se consideran *accesorias*, en razón de que la persona física que cometió el delito debe ser sancionada en los términos que el propio código es-

tablece, pero *adicionalmente* a la persona moral se le deben imponer las que señala el numeral apuntado.

El artículo 26 transcrito considera tres supuestos para sancionar a las personas jurídicas, de manera indistinta, a partir de que el delito se cometa por un miembro o representante (supongo que se trata de algún socio o accionista, porque son los únicos “miembros” de la sociedad que no son representantes), a través de medios que, para delinquir, la misma persona jurídica le proporcione:

- Que resulte cometido en su nombre
- Bajo su amparo o
- En beneficio de ella

Vale la pena reflexionar acerca de la expresión que contiene este artículo, según la cual el delito será sancionado cuando se cometa “a través de medios que, para delinquir, la misma persona jurídica le proporcione”, porque resulta que esta clase de delitos solamente serán sancionados cuando la sociedad le proporcione al miembro o representante los medios para delinquir. No alcanzo a comprender en qué casos la sociedad puede proporcionar a una persona los medios para delinquir si, como acordamos, esta carece de voluntad propia y su objeto social debe ser necesariamente lícito, pues de otra manera sería sujeta a la sanción que establece el

artículo tercero de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En los supuestos apuntados, el código impone a la sociedad consecuencias jurídicas que considera “accesorias”, señaladas en el artículo 31, independientemente de las que se impongan a la persona física que materialmente cometió el delito.

Por su parte, el artículo 64 del mismo Código Penal especifica en qué consisten cada una de las medidas apuntadas de la siguiente manera:

Artículo 64. Definición y duración Las consecuencias legales que se podrán imponer a las personas jurídicas son las siguientes:

I. Suspensión. Consiste en la cesación de la actividad de la persona jurídica durante el tiempo que determine la autoridad judicial, la cual no podrá exceder de dos años.

II. Disolución. Consiste en la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona jurídica, además de la imposibilidad de constituir una nueva sociedad con el mismo objeto social e integrantes.

III. Prohibición de realizar determinados negocios u operaciones. Se refiere exclusivamente a los que determine la autoridad judicial, que deberán tener relación directa con el delito cometido, y podrá ser hasta por cinco años.

IV. Remoción. Consiste en la sustitución de los administradores por uno designa-

do por la autoridad judicial, durante un período máximo de tres años.

V. Intervención. Consiste en la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona jurídica, hasta por tres años.

C. Una breve referencia al procedimiento penal

Veremos en términos muy elementales el procedimiento penal, tomando algunos extractos de las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El procedimiento se compone de tres etapas o fases:

A	Etapa de investigación
B	Etapa intermedia
C	Etapa de juicio

a) Etapa de investigación

La investigación, según el artículo 213 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño. Comprende dos fases: investigación inicial e investigación complementaria.

Investigación inicial

- Se inicia con la presentación de la denuncia o querrela
- Comprende la audiencia inicial ante el juez de Control para formular la imputación al acusado y la resolución sobre si se le vincula o no a proceso

Investigación complementaria

- Se inicia a partir de que se resuelve al acusado sobre la vinculación a proceso y se agota una vez que haya concluido el plazo para la investigación complementaria (de dos a seis meses)

a1. Investigación inicial

Comienza con la presentación de la denuncia o querrela por parte del ofendido, a partir de la cual el Ministerio Público debe realizar todas las investigaciones tendientes a determinar la probable comisión de un delito. Se desarrolla en términos muy generales en los siguientes pasos:

1. En el caso de que el Ministerio Público considere procedente ejercer alguna acción penal en contra del acusado, si este no se encuentra detenido, solicitará al juez de Control que lo cite a la audiencia inicial en la que se le harán saber los hechos que se le imputan, sus derechos y si es su deseo declarar sobre los mismos.

También interroga al acusado sobre si desea que en ese momento se resuelva su situación jurídica, en cuyo caso procede a hacerlo de inmediato, o bien, si desea acogerse al término constitucional de 72 o

144 horas, con el objeto de rendir pruebas que el juez tome en consideración antes de resolver acerca de la vinculación o no a proceso.

En relación con las personas jurídicas, el Código Nacional de Procedimientos Penales dice:

Artículo 423. En la audiencia inicial se darán a conocer, en su caso, al representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor, los cargos que se formulen en contra de su representado, para que dicho representante o su Defensor manifiesten lo que a su derecho convenga.

El representante de la persona jurídica, asistido por el defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes...

En ningún caso el representante de la persona jurídica que tenga el carácter de imputado podrá representarla.

2. Transcurrido el plazo que el imputado hubiera solicitado, se le cita para la reanudación de la misma audiencia en la que se resolverá sobre su vinculación a proceso, si de las pruebas podemos suponer la comisión de un delito y la probabilidad de que la persona imputada lo haya cometido, o la no vinculación en caso contrario.

En esta audiencia, el juez dicta las medidas cautelares, que pueden consistir, entre muchas otras, en la prisión preventiva del acusado, la presentación periódica ante el juez o autoridad distinta o la presentación de una garantía económica.

a2. Investigación complementaria

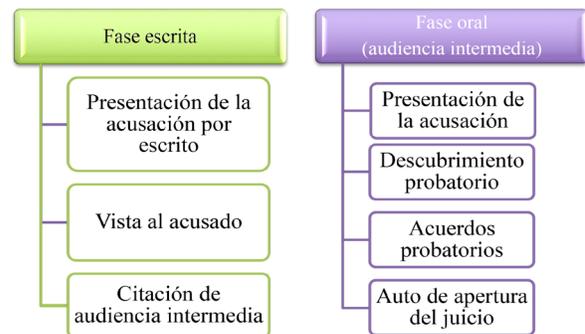
En el mismo auto a que se refiere el apartado anterior, el juez de Control señalará el término de duración de la investigación complementaria (de dos a seis meses, según la pena máxima establecida para el delito que se le imputa).

En esta fase, el Ministerio Público continuará recabando las pruebas necesarias para sustentar su acusación. Una vez vencido el plazo, la investigación se considera cerrada y el Ministerio Público debe determinar si solicita el sobreseimiento de la

causa, la suspensión del proceso o si formula la acusación al acusado, con lo cual se inicia la etapa intermedia.

b) Etapa intermedia

Se realiza ante el juez de Control y se compone de dos fases: una escrita y otra oral.



b1. La fase escrita se inicia con el escrito de acusación que formula el Ministerio Público una vez concluida la investigación complementaria, si estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal en contra del imputado.

El juez de Control, en el mismo auto en que tenga por presentada la acusación del Ministerio Público, da vista al defensor y señala la fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia.

b2. La fase oral dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

En esta audiencia oral, se realizan los siguientes actos procesales:

- **Presentación de la acusación:** al inicio de la audiencia, el Ministerio Público presenta una exposición resumida de su acusación, seguida de las exposiciones de la víctima u ofendido y del defensor.
- **Descubrimiento probatorio:** consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio.
- **Acuerdos probatorios:** son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, para aceptar como probado(s) alguno(s) de los hechos o sus circunstancias.
- **Auto de apertura del juicio:** antes de finalizar la audiencia, el juez de Control dictará el auto de apertura del juicio en el que debe indicar, entre otros, el tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia del juicio, los acuerdos probatorios y los medios de pruebas que fueron aceptados, así como las medidas cautelares impuestas al acusado.

Remisión: el juez de Control hará llegar al tribunal de enjuiciamiento competente el auto de apertura y pondrá a su disposición los registros, así como al acusado, para llevar a cabo la audiencia del juicio.

c) Etapa de juicio

Corresponde a una audiencia oral ante un tribunal de enjuiciamiento, distinto de los anteriores, en la que se desahogan los siguientes actos procesales:

1.1	1.2	1.3	1.4
Alegatos de apertura	Desahogo de pruebas	Alegatos de clausura	Sentencia

1.1 Alegatos de apertura: una vez abierta la audiencia, se concede la palabra al Ministerio Público, al asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere, y al defensor del imputado, en ese orden, para que expresen sus alegatos de apertura, los cuales comprenden la presentación de la “Teoría del caso”, las disposiciones legales que fundan la acusación o la defensa y la expresión de las pruebas que se van a desahogar para acreditar los hechos. La “Teoría del caso” es la versión de cada una de las partes acerca de la manera en como sucedieron los hechos objeto del debate, ya sea para inculpar al imputado o exonerarlo de alguna responsabilidad, según corresponda.

1.2 Desahogo de pruebas: a continuación, se procede al desahogo de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, el ofendido y, posteriormente, las de la defensa.

1.3 Alegatos de clausura: una vez concluido el desahogo de pruebas, se concede la palabra al Ministerio Público, al asesor

jurídico de la víctima u ofendido del delito y al defensor, para que expongan sus alegatos de clausura. Acto seguido, se otorgará al Ministerio Público y al defensor la posibilidad de replicar y duplicar. Los alegatos de clausura son un argumento en el que cada una de las partes hace un razonamiento jurídico acerca de los motivos por los que la sentencia debe ser condenatoria o absolutoria, según sea el caso.

1.4 Sentencia: posteriormente, el tribunal de enjuiciamiento ordenará un receso para deliberar, a fin de emitir el fallo correspondiente. Una vez concluida la deliberación, se comunica el sentido del fallo respectivo.

Individualización de la pena: en el caso de que la sentencia sea condenatoria, debe celebrarse una audiencia para la individualización de la pena en la que el tribunal procederá a manifestarse con respecto a la sanción que se debe imponer al sentenciado y sobre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido.

d) Consecuencias

Para finalizar, veremos cuáles son las consecuencias jurídicas (penas) que se pueden imponer a las personas jurídicas por la comisión o participación en la comisión de un delito del orden local o federal:

d1. Legislación local

Ya vimos que el Código Penal del Estado de Chihuahua dispone que

cuando un miembro o representante de una persona jurídica cometa algún delito con los medios que para delinquir, la misma persona jurídica le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre y bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Juzgador impondrá en la sentencia, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en el artículo 64 del mismo Código, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos cometidos.

Esto significa que en el caso que hemos citado como ejemplo, además de las penas que se impongan a la persona física (el administrador de la sociedad) que cometió alguno de los delitos señalados en el artículo 224 del Código Penal, a la sociedad se le impondrán las penas que establece el artículo 31 del mismo código, que son las siguientes: I. Suspensión; II. Disolución; III. Prohibición de realizar determinadas operaciones; IV. Remoción; y V. Intervención.

Estas penas deben ser impuestas de acuerdo con lo que dispone el artículo 64 del mismo ordenamiento legal antes transcrito,² que establece su definición y duración.

² *Infra*, pág. 10.

En el caso particular, la autoridad puede imponer a la persona moral:

1. La cesación de sus actividades por un plazo no mayor a dos años.
2. La disolución de la sociedad, además de la imposibilidad de constituir una nueva sociedad con el mismo objeto social e integrantes.
3. La prohibición de realizar determinados negocios u operaciones que deberán tener relación directa con el delito cometido hasta por cinco años.
4. La sustitución de los administradores por uno designado por la autoridad judicial durante un periodo máximo de tres años.
5. Intervención para la vigilancia de las funciones que llevan a cabo los órganos de representación de la persona jurídica hasta por tres años.

d2. Legislación federal

Dentro de las penas y medidas de seguridad que se pueden imponer a una sociedad por la comisión de un delito en materia federal, encontramos las que contempla el artículo 24 del Código Penal Federal, que ya antes mencionamos, y que son las siguientes:

- Sanción pecuniaria
- Suspensión o privación de derechos
- Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito

- Vigilancia de la autoridad
- Suspensión o disolución de sociedades
- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Recordemos que el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece las consecuencias jurídicas (penas) que se pueden imponer a una persona moral por la comisión de un delito del orden federal:

- I. Sanción pecuniaria o multa;
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;
- III. Publicación de la sentencia;
- IV. Disolución, o
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

Estas sanciones deben ser impuestas atendiendo los “límites de punibilidad” que establece el artículo 11 bis. *in fine* del Código Penal Federal y la posibilidad de atenuar dichas sanciones cuando la sociedad contaba con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para dar seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva.³

Para la individualización de las penas, el artículo 410 del Código Nacional de Proce-

³ *Infra*, págs. 3 y 6.

dimientos Penales por lo que se refiere a las personas jurídicas establece lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

Finalmente, el artículo 422 ya citado establece que, para la individualización de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, debe tomarse en consideración el grado de culpabilidad, de conformidad con lo siguiente:

a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma. b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo. c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral. d) El puesto que ocupaban en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito; e) El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones le-

gales y reglamentarias, y f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad, la imposición de la pena.

Para imponer como pena la disolución, dice el artículo citado, deberá ponderarse, además, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional; evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública, o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.

La misma legislación establece que

no se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan y que en este supuesto la sanción se trasladará a la sociedad resultante atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica responsable del delito.

La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extingue por la “disolución aparente, cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

Con esto doy por terminado este breve trabajo que espero sirva de base para tener una noción de las consecuencias que pueden resultar para una persona jurídica

que se vea involucrada en la comisión de un delito.

Solo me resta agradecer al maestro José Alberto Vázquez Quintero⁴ por su valiosa colaboración en la redacción de este trabajo.

4 Profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en la UACJ. Fue magistrado y presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.

LOCUS STANDI

COMO MECANISMO DE ACCESO A LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

KIMBERLY GIBELY TRIVIÑO RODRÍGUEZ ¹

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2019
Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2019

SUMARIO: i. Introducción. ii. Metodología. iii. Resultados y discusión. iv. Conclusiones. v. Referencias.

Resumen

En la presente investigación se hace un análisis crítico sobre cómo afecta el mecanismo de *locus standi* en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, al ser la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien recepta las peticiones y priva, de esta forma, al peticionario del acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo, los niveles de investigación a considerarse son el exploratorio, que permitirá familiarizarse con el problema de la investigación; descriptivo, que ayudará a detallar los elementos y características del problema; y explicativo, que se utilizará para la explicación del problema y el planteamiento de una solución. Finalmente, la autora pretende demostrar la necesidad de incorporar el *ius standi* como mecanismo de acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en virtud del problema jurídico y demostrar cómo su aceptación cambiará la forma de

¹ Abogada de la Universidad Central del Ecuador, kimberlygibely@hotmail.com.

acceso a la justicia de las personas propendiendo a la tutela efectiva de los derechos humanos.

Palabras clave: acceso a la justicia, *locus standi*, *ius standi*, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tutela judicial efectiva.

Locus standi, a mechanism that violates access to justice, and effective judicial protection in the Inter-American Human Rights System

Abstract

This study consists of a critical analysis of how the figure of *locus standi* for accessing the Inter-American System for the Protection of Human Rights affects the right to effective judicial protection since the Inter-American Commission on Human Rights is in charge of receiving the corresponding petitions, thus depriving petitioners from having direct access to justice. The levels of research applied in this study were exploratory, which will help us to become familiar with the research problem; descriptive, which will help to detail the elements and characteristics of the problem; and explanatory, in the sense that it describes the problem and proposes a solution. Finally, in virtue of the juridical problem presented herein, the author intends demonstrating the need to incor-

porate the figure of *ius standi* as a mechanism for accessing the Inter-American Humans Rights System, and to show how accepting it will change the way in which people access the justice system—in alignment with the human rights to effective judicial protection.

Keywords: access to justice, *locus standi*, *ius standi*, Inter-American Human Rights System, effective judicial protection.

1. Introducción

Locus standi, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituye un trabajo de investigación que responde a la pregunta: el mecanismo de *locus standi* en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ¿vulnera el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva?

En el presente estudio, se realiza un análisis jurídico-doctrinal acerca del mecanismo de acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; además, se determinan las falencias del *locus standi* para la capacidad jurídico-procesal de los peticionarios y sus repercusiones en lo que la doctrina denomina “igualdad de armas” entre el Estado y el peticionario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se pretende aportar información que posibilite determinar si el actual procedimiento para tramitar las peticiones, viola el derecho a la tutela judicial efecti-

LOCUS STANDI

COMO MECANISMO DE ACCESO A LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

va de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La información para el desarrollo de este trabajo, se reunió mediante el acopio, estudio y revisión de las fuentes bibliográficas de jurisprudencia que han tratado el tema del *locus standi* como un mecanismo para el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las normas e instrumentos internacionales que, para el estudio particular del derecho al acceso a la justicia en derechos humanos, es necesario considerar.

En el presente informe final de investigación, se lleva a cabo un análisis en forma profunda acerca del *locus standi* y el acceso a la justicia en el marco de la tutela judicial efectiva, y, en especial, la influencia de este mecanismo para la protección de los derechos humanos en instancias judiciales internacionales, por lo que la recolección de datos, a través de la revisión de jurisprudencia, se centró en constatar la motivación de los informes de fondo emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando esta decide no llevar un caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Metodología

Para el desarrollo de la investigación, se utilizó el método cualitativo, apoyándose en la técnica de análisis de casos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El diseño de la investigación, se sustentó en un proceso de acción-intervención por cuanto esta se desarrolló en el ámbito jurídico, eminentemente social, por lo que requirió de una relación directa entre la investigadora y el problema investigado, permitiendo desarrollar capacidades para la indagación, exploración, distinción, organización, explicación e implicación del caso concreto y el problema jurídico abordado.

III. Resultados y discusión

Este trabajo en relación con la tutela judicial efectiva, pretende determinar la naturaleza de este derecho de carácter complejo, cuyo elemento de acceso a la justicia será primordial para entenderlo dentro del panorama del derecho internacional de los derechos humanos y, específicamente, del individuo como peticionario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH).

Para empezar, es preciso mencionar que el derecho a la tutela judicial efectiva es considerado como de difícil definición, porque tiene inmersos otros derechos que lo componen, así como por el enfoque procesal y garantista que posee. Este derecho tiene por finalidad el acceso a la jurisdicción o administración de justicia; también procura la debida diligencia por parte del juez durante el proceso, con el fin de obtener una sentencia debidamente motivada y la efectividad de la sentencia por medio de su ejecución.

Así, autores como Aguirre (2010) conciben el derecho a la tutela judicial efectiva como el de “acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada —que se dirige a través de una demanda—, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión”. De igual manera, juristas coinciden en que es

Aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.

Es decir, podría considerarse que la tutela judicial efectiva es el “derecho a los derechos”, ya que es el mecanismo para hacerlos efectivos y materializarlos, a través de un recurso ante instancias judiciales. Reviste importancia este derecho, al ser el encargado de asegurar el cumplimiento de la norma por medio del derecho de acción.

Hay que recalcar que la tutela judicial efectiva no se caracteriza por el acceso a la justicia simplemente, sino que hace alusión a un acceso sin obstáculos o restricciones procesales; en otras palabras, dentro del marco de la tutela judicial efectiva las formalidades o requisitos procesales deberán interpretarse en el sentido más favorable, de modo que no se obstaculice la resolución sobre el fondo de la pretensión.

Se ha considerado por la doctrina que este es un derecho de carácter jurisdiccional, es decir, que debe ser velado por jueces y tribunales de justicia; por consiguiente, “la tutela judicial efectiva será aquel derecho fundamental de la persona

a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales [...] es por ello que este solo es aplicable dentro del proceso judicial” (Obando, 2011).

3.1 Componentes del derecho a la tutela judicial efectiva

Como se ha mencionado, el derecho a la tutela judicial efectiva es complejo y, por ende, comprende otros derechos que permiten su ejercicio efectivo, que son:

1. Libre acceso a los jueces y tribunales de justicia
2. El derecho a obtener un fallo de estos, quienes deben resolver las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado [...] más aún el juez está obligado a dictar el fallo correspondiente, sin que le sea permitido excusarse o inhibirse de manera injustificada; y,
3. El derecho a que el fallo se cumpla, de tal modo que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello por el daño sufrido (García, 2009).

Es decir, el contenido básico de la tutela judicial efectiva abarca un complejo de derechos: de acceso a la justicia, al debido proceso, a una resolución motivada en de-

recho, así como a la efectividad de las resoluciones.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia del caso signado n.º 1112-15-EP, señaló que se pueden identificar tres fases que componen el derecho a la tutela judicial efectiva: 1) El acceso al órgano jurisdiccional; 2) La tramitación conforme al debido proceso para obtener una resolución motivada (actitud diligente del juez); y 3) La adecuada ejecución de la sentencia dentro del marco jurídico aplicable.

Por esta razón, el derecho a la tutela judicial efectiva es complejo, debido a que abarca otros derechos que garantizan un acceso a la administración de justicia, para que su pretensión sea resuelta conforme a derecho y que este fallo sea cumplido.

Por lo tanto, la tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental, el cual permite que los derechos sean materializados en el plano real y que, además, reconoce la importancia de la exigibilidad y ejecutividad de los derechos plasmados en la ley e instrumentos internacionales, sin el cual fueran solo declaraciones o meras expectativas. Recogiendo las palabras de García (2009): “Alcanzar la justicia en las relaciones entre personas y sociedades constituye un anhelo ligado a la dignidad humana”.

3.2 *Peticiones individuales en el SIDH*

Ahora bien, una vez explicado lo que es la tutela judicial efectiva y su importancia es necesario hacer una breve alusión de cómo funciona el sistema de peticiones individuales en el SIDH y cómo este influye en el momento de acceder al órgano jurisdiccional interamericano con una petición individual.

El mecanismo de acceso al SIDH, se encuentra establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), cuyo artículo 61 numeral 1 determina: “1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

En este sentido, la CADH faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) para recibir peticiones y ser quien decida su admisión con base en ciertos parámetros establecidos en el Reglamento de la CIDH, como se detallará más adelante en la Figura 1.

De igual manera, el artículo 25 numeral 1 del actual Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en su última reforma de 2009 señala:

1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y

continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.

Es decir, hay un *locus standi* que permite al peticionario actuar durante el proceso contencioso, a excepción de la presentación de la demanda, la cual será conocida por la Corte IDH por decisión de la CIDH, una vez agotado su procedimiento previo.

De acuerdo con los diferentes planteamientos de la doctrina, se concluye que el *locus standi* es la figura procesal que permite a la persona actuar durante todo el proceso judicial, a excepción del inicio de este, es decir, en la presentación de la demanda. De lo expuesto, se colige que el individuo posee un *locus standi* en los procesos ante la Corte IDH, entendido como “la capacidad para comparecer en el proceso sin iniciar la acción”.

Frente a este tema, el jurista Nikken (2001) menciona: “La Comisión tiene la llave de la Corte, pero la Comisión está jurídicamente facultada, según el Pacto de San José, para usar esa llave fijando ella misma sus criterios” (Cançado, 2003, p. 30).

En la Figura 2, se detalla el procedimiento de las peticiones individuales en la CIDH, antes de ser remitidas como casos ante la Corte IDH:

Figura 1. Procedimiento previo ante la CIDH

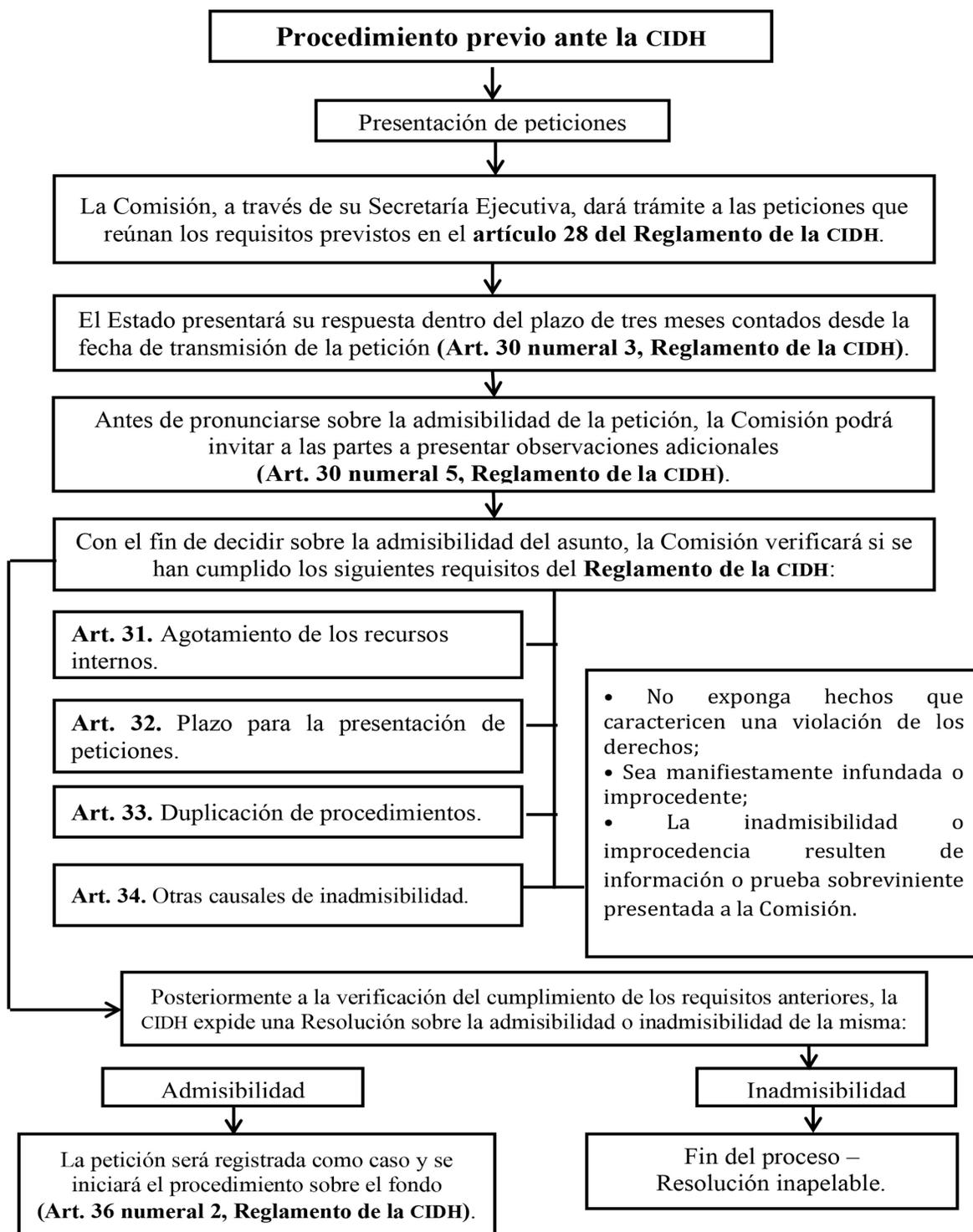
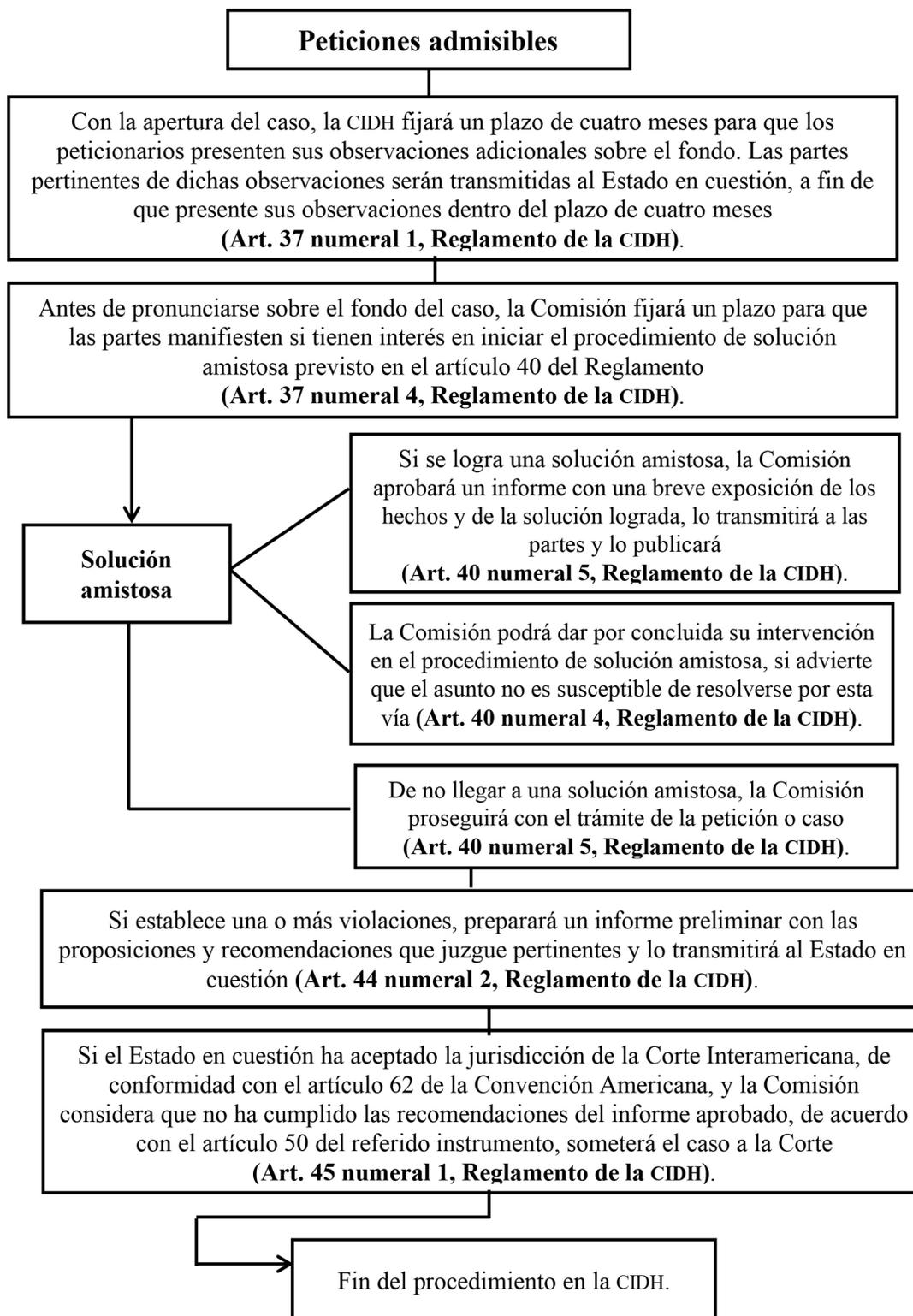


Figura 2. Peticiones admisibles



Fuente: elaboración propia.

De la Figura 2, se colige que las peticiones individuales siguen un proceso previo ante la CIDH antes de que sean remitidas como casos a la Corte IDH. Esta fase preliminar que está en manos de la CIDH, es la mejor forma de entender el *locus standi*, que —como se definió anteriormente— consiste en la participación durante todo el proceso, excepto en la presentación de la demanda.

Cabe mencionar que la etapa previa tramitada por la CIDH, puede concluir de varias formas, ya que la petición presentada puede ser inadmitida, archivada o admitida, y resuelta mediante solución amistosa o el envío del caso a la Corte IDH.

3.3 *Locus standi* y vulneración de derechos

A continuación, se desarrollará un análisis acerca de algunos de los derechos del peticionario del SIDH, que son vulnerados con el mecanismo de acceso *locus standi*; entre ellos, se encuentran el derecho de acción, de igualdad de armas y de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

3.3.1 *Derecho de acción*

La acción es definida por Couture (1981) como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”.²

En otras palabras, el derecho de acción no tiene una naturaleza puramente procesal, pues se trata de un derecho estrechamente vinculado al ser de un sujeto de derechos;³ por esta razón, este derecho forma parte del catálogo de derechos civiles y políticos.

En este orden de ideas, partiendo del presupuesto de que el ser humano es sujeto de derecho internacional y, por tanto, con capacidad jurídica para hacer valer sus derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, el *locus standi* disminuye su subjetividad jurídica al despojarle al individuo del derecho de petición y arrojárselo a un ente externo que represente sus intereses, haciendo suya la acción ante el órgano jurisdiccional. Esto constituye no solo una vulneración al derecho de acción, sino un desconocimiento de la persona como sujeto pleno de derechos en el ámbito internacional.

En virtud de lo expuesto, el *locus standi* merma la capacidad de la persona de presentar peticiones individuales por violación de sus derechos reconocidos en la CADH directamente ante la Corte IDH, facultad conferida a la CIDH, que determina la existencia o no de violación de derechos y ejerce la acción ante la Corte IDH.

El derecho de petición individual es la piedra angular de los derechos humanos; así también no hay cómo negar que la pro-

2 Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma), 1981, pág. 57.

3 Juan Monroy, *Introducción al proceso civil* (Bogotá: Editorial Temis), 1996, pág. 208.

tección jurisdiccional es, efectivamente, la forma más evolucionada de salvaguarda de los derechos humanos y la que mejor atiende los imperativos del derecho y de la justicia.⁴ Por tanto, el derecho de acción o acceso a la justicia es fundamental para materializar y hacer valer los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, por lo que de esta manera se comprende el aforismo tradicional de “no hay derecho sin acción”.

Cabe recalcar que la petición está íntimamente ligada a la titularidad del derecho exigido; por tanto, el derecho de acción le corresponde al peticionario o víctima como únicos titulares. En este sentido, “la participación autónoma puede considerarse como una consecuencia necesaria o deseable de la titularidad de los derechos”.⁵

Dada la situación actual de la víctima y el peticionario, se ha hecho necesario el

análisis de cuán garantista de derechos es el Sistema Interamericano al vulnerar el principal, como es el de acción, dado que esto supone una limitación para el peticionario. Krsticevic (2003) en esta misma línea afirma que “El no garantizar la participación independiente a las víctimas y sus representantes equivale a silenciarles su voz, particularmente cuando la decisión de la Comisión ha sido no remitir el caso a la Corte”.⁶

3.3.2 Igualdad de armas para activar el aparato judicial

En el SIDH existe “desigualdad de armas” en el momento de acceder a la Corte IDH, pues la CADH establece diferentes parámetros para que los individuos y los Estados lleguen con una petición al órgano jurisdiccional.

Este principio denominado también por la doctrina como de “igualdad procesal”, consiste en la garantía de igualdad para el acceso a la justicia, así como en identidad de oportunidades para presentar peticiones y pruebas; Calamandrei (1973) afirma que “las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones”.⁷

La CADH faculta al Estado y a la CIDH para presentar un caso ante la Corte IDH, y excluye de esta posibilidad a la persona pe-

4 Antônio Cançado, Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección*, relator Antônio Cançado (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2001, pág. 22.

5 Viviana Krsticevic, El papel de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Trámite en los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del seminario, noviembre de 1999)*, tomo 1 (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2003, pág. 418.

6 Viviana Krsticevic, *op. cit.*, pág. 419.

7 Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América), 1973, pág. 418.

tionaria o víctima; el artículo 61 de la CADH determina: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. Sin duda, esto constituye un trato desigual entre el Estado y el peticionario, violentando lo que la doctrina denomina “igualdad de armas” para activar el aparato judicial.

En relación con la negación de este derecho procesal para los peticionarios, Acosta (2005) destaca que:

Según la Convención la persona no puede decidir de forma independiente a la opinión de la CIDH si desea que su caso sea judicializado o no, lo que implica el desconocimiento en un principio integrante del debido proceso: el derecho a ser escuchado en la toma de decisiones respecto de una causa judicial propia.⁸

Esta afectación acontece, a pesar de que el artículo 24 de la CADH señala: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.⁹ Así también, el artículo 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes

de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley [...]”.¹⁰

Es preciso hacer un análisis de la distinción que se hace entre el Estado y la víctima no solo desde el punto de vista de vulneración de garantías procesales, sino también desde la perspectiva de ambos en calidad de sujetos de derecho internacional, merecedores de la subjetividad jurídica que les faculta acceder a tribunales de justicia internacional para hacer valer, por sí mismos y en iguales condiciones, sus derechos. Al respecto, coincide Acosta (2005):

Haber radicado la potestad de acceso a la Corte en cabeza de la Comisión no deja de ser contrario a los principios de tutela del ser humano, pues desconoce la doble configuración de la subjetividad jurídica del individuo, es decir, el verle no sólo como sujeto de derechos sino, y ante todo, como titular de la posibilidad de reivindicarlos. Esto sin profundizar en la afrenta al debido proceso y la igualdad.¹¹

En virtud de todo lo expuesto, se colige que la “igualdad de armas” para activar el órgano jurisdiccional no ha sido consi-

8 Paola Andrea Acosta Alvarado, La persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tesis de pregrado (Universidad Externado de Colombia), 2005, pág. 42.

9 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969 (entrada en vigor: 18 de julio de 1978), art. 24.

10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976), art. 14.

11 Paola Andrea Acosta Alvarado, *op. cit.*, pág. 43.

derada por el SIDH; la vigencia de un mecanismo de acceso (*locus standi*) desigual impone restricciones al momento de judicializar un caso y menoscaba la subjetividad jurídica de la persona, condicionando sus derechos a la actuación de un tercero.

3.3.3 Derecho de tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva comprende ciertos derechos. Uno de ellos es el acceso a la justicia, el cual corresponde a ser garantizado dentro del proceso judicial.¹² El derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en el artículo 18 dispone:

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales.¹³

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de este derecho existen complicaciones en el momento en el que la persona acude a instancias judiciales internacionales para hacer valer sus derechos, pues no basta la declaración de los mismos sin la capaci-

dad para exigirlos; dicho de otra manera, aun cuando se le acepta como titular de derechos reivindicables, no se le otorga la potestad para obtener una tutela judicial efectiva.

Con lo anteriormente expuesto, se concreta que el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el acceso de las personas a la administración de justicia, para que sea un tribunal quien decida en derecho sobre la admisión de la demanda y sus pretensiones. Por tanto, el *locus standi* como mecanismo de acceso a la Corte IDH restringe este derecho al limitar la participación de la víctima en la presentación de la demanda que deberá ser decidida por la CIDH.

Cabe mencionar lo que Montero (2014) destaca de una sentencia del Tribunal Constitucional de España, que en su parte pertinente expresa: “La posibilidad de plantear una cuestión jurídica a los jueces y tribunales no puede hacerse depender de controles administrativos o de autorizaciones de otros poderes”.¹⁴

En este orden de ideas, al ser la tutela judicial efectiva un derecho a ser garantizado por órganos jurisdiccionales, resulta inconcebible que en el SIDH la CIDH sea quien recepte las peticiones y decida sobre su admisibilidad, dado su carácter no judicial, ya que “La Comisión tiene carácter administrativo. Cumple una función de

12 Víctor Obando, *op. cit.*, pág. 166.

13 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 18.

14 Juan Montero, Acción y tutela judicial, en Juan Montero, Juan Gómez y Silvia Barona (eds.), *Derecho jurisdiccional* (Valencia: Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 200-211.

policía administrativa en materia de protección de los derechos humanos, ya que no es un tribunal, no tiene funciones jurisdiccionales y sus resoluciones no tiene la autonomía de cosa juzgada”.¹⁵

Respecto al tema, en la obra *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Jesús González (2001) realiza un aporte importante: cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y las sentencias STC 197/1987 y TC 26/1983, en las que se determina que el derecho a la tutela judicial tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial y que, por lo tanto, son *los jueces y tribunales quienes han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación*. Sin embargo, el mismo Tribunal en la sentencia STC 197/1998 ha destacado que este derecho puede resultar vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales, pero solo “*en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte el acceso a los Tribunales*”.¹⁶

3.4 Acceso a la justicia

Llegado a este punto es preciso profundizar en el análisis del primero de los elementos de la tutela judicial efectiva: el acceso a la justicia, por ser de gran re-

levancia en el estudio de la tutela judicial efectiva en el SIDH. El derecho de acción o de petición individual reviste un significado importante para el ejercicio de los derechos: es considerado el más dinámico, ya que es el que mejor refleja la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos en comparación con otras soluciones propias del derecho internacional público.¹⁷

La importancia de este derecho radica en que

[...] el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad.¹⁸

A saber, la misma CIDH (2007) en su informe sobre el Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas destaca: “el sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el *acceso a recursos judiciales* idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos”.¹⁹

15 Bohdan T. Halajczuk y María Moya Domínguez, *Derecho internacional público* (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera), 1999, pág. 519.

16 Jesús González, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid: Civitas Ediciones, S. L.), 2001, pág. 56; énfasis añadido.

17 Antônio Cançado, *Las cláusulas pétreas... op. cit.*, págs. 29-30.

18 Eduardo Couture, *op. cit.*, pág. 59.

19 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 20 de enero de 2007, núm. 10 (<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>); énfasis añadido.

En este sentido, el acceso a la justicia tiene como puente la petición por medio de la cual se ejerce este derecho; además, constituye una atribución de la personalidad jurídica y el medio para la materialización de los derechos; en otras palabras, el acceso a la justicia es el resultado de la capacidad jurídica de la persona.

Es menester considerar que, para que exista acceso a la justicia, es fundamental que en un primer momento se otorgue la posibilidad de que las partes concurren al proceso en igualdad de oportunidades; dicho de otra manera, el acceso a la justicia no se agota con el ejercicio de la acción, es decir, con la presentación de la demanda; este derecho se efectiviza cuando las partes poseen igualdad de oportunidades para iniciar la acción y comparecer en el proceso.

Por ello, se entiende que el acceso a la justicia como parte de la tutela judicial efectiva consiste en el mecanismo para hacer efectivos y llevar al plano material los derechos mediante los recursos interpuestos ante instancias judiciales; este derecho no solo consta de una parte formal; es decir, el plantear pretensiones ante una jurisdicción también abarca el acceso material que consiste en recibir una sentencia justa, dictada y motivada en derecho.

En virtud de lo manifestado, resulta necesaria la transición del *locus standi* hacia el *ius standi* para el individuo; es preciso considerar la incorporación del *ius standi* para las peticiones individuales del SIDH,

ya que “la corriente universal es que el individuo es sujeto internacional y por tanto es necesario que su acceso a las Cortes de Derechos Humanos sea rápido y sin mayores complicaciones procesales”.²⁰

El *ius standi* es la capacidad para iniciar la acción y comparecer durante el proceso; desde la óptica del SIDH, se define como: “El derecho de acceso directo de los individuos a la Corte, para llevar un caso concreto directamente ante ella”.²¹

El *ius standi*, como mecanismo de acceso a la justicia, es el más visionario en cuanto a protección de derechos, así como en el reconocimiento de la capacidad jurídico-procesal de la persona.

De igual manera, la Corte IDH ha expresado en varias ocasiones su inclinación hacia el reconocimiento del *ius standi* como el mecanismo que más favorece la protección de los derechos de los peticionarios, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, el exjuez Antônio Cançado (2004) manifiesta en uno de sus votos razonados lo siguiente:

Intentar impedir el *jus standi* de los individuos ante la jurisdicción internacional en el presente dominio de protección es

20 Jorge Rhenán, Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del seminario, noviembre de 1999), tomo 1* (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2003, pág. 639.

21 Antônio Cançado, Las cláusulas pétreas... *op. cit.*, pág. 37.

un artificialismo inconvincente, preso a dogmas del pasado, incapaz de entender que la afirmación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de la persona humana atienden a una verdadera necesidad del propio ordenamiento jurídico internacional.²²

Por todo lo expuesto, se colige la importancia de la incorporación del *ius standi* para el individuo en pro del derecho humano a la tutela judicial efectiva, así como para destacar el papel principal de la persona en el plano internacional a partir del reconocimiento de los derechos humanos.

3.5 Análisis de peticiones individuales en el SIDH

Para culminar, es menester exponer el caso de *María da Penha vs. Brasil* (2001), el cual, con el pensar de varios juristas, debió llegar a la Corte IDH pero culminó con el Informe de Fondo de la CIDH; se hace alusión a este caso, con el fin de demostrar la vulneración a la tutela judicial efectiva en casos que no obtuvieron un “acceso a la justicia” ante la Corte IDH.

El tema de *María da Penha*, es emblemático para las organizaciones que protegen los derechos de las mujeres, debido a la violencia intrafamiliar soportada por la víctima; y, por otro lado, por la tolerancia

del Estado ante estos hechos, así como por el retardo injustificado de justicia.

Respecto al caso, la CIDH recibe una petición el 20 de agosto de 1998 presentada por la víctima, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil, por sus siglas en inglés) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem); en ella, se denuncia la tolerancia del Estado brasileño por no haber adoptado por más de quince años medidas efectivas para procesar y penar al agresor, a pesar de las continuas denuncias presentadas. Cabe recalcar que el Estado nunca dio contestación a los comunicados de la CIDH.

Dentro del análisis realizado por la CIDH en su Informe de Fondo, se determina la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la justicia, garantías judiciales, protección judicial, igualdad ante la ley, así como el artículo 27 de la Convención de Belém do Pará.

A pesar de las conclusiones realizadas en el Informe de Fondo y de la desinteresada actuación del Estado brasileño para reparar a la víctima dentro de su jurisdicción interna, la CIDH se limita a emitir un Informe de Fondo de fecha 13 de marzo de 2001, con el que concluye el caso, informe que no fue cumplido por el Estado, tal como se señala en su parte final:

22 Corte IDH, Sentencia de 08 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), caso *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, 08 de julio de 2004, Voto razonado de Antônio Cançado, párr. 31.

62. El 13 de marzo de 2001 la Comisión remitió este Informe al Estado Brasi-

leño de acuerdo con el artículo 51 de la Convención, concediendo el plazo de un mes a contar de su envío para que fuesen cumplidas las recomendaciones arriba indicadas. Vencido este plazo, *la Comisión no ha recibido respuesta alguna del Estado a este respecto*. Igualmente dicho informe fue enviado reglamentariamente a los peticionarios.

63. En virtud de las consideraciones anteriores y de conformidad con los artículos 51(3) de la Convención Americana y 48 de su Reglamento, la Comisión decide reiterar las conclusiones y recomendaciones de los párrafos 1 y 2, haciendo público este informe e incluyéndolo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. La Comisión, en cumplimiento de su mandato, continuará evaluando las medidas tomadas por el Estado brasileño con relación a las recomendaciones mencionadas, hasta que hayan sido cumplidas.²³

El caso de *María da Penha vs. Brasil* (2001) explica cómo un caso que debió llegar a la Corte IDH, termina en la CIDH sin ninguna señal de justicia o tutela judicial efectiva en el plano interno o a nivel internacional.

Este no es un caso aislado: en la revisión de los Informes de Fondo de la CIDH, se

han encontrado casos como los de *Gilberto Jiménez Hernández vs. México* (2016) y *Cuesta Caputi vs. Ecuador* (2008), que, a pesar del incumplimiento de las recomendaciones realizadas por la CIDH, culminaron con Informes de Fondo que establecen la violación de derechos humanos sin ninguna garantía de reparación para las víctimas.

En el caso *Gilberto Jiménez Hernández vs. México* (2016), mediante Informe de Admisibilidad y Fondo n.º 51/16, de fecha 16 de noviembre de 2016, se estableció la violación del derecho a la vida, principio de igualdad y no discriminación (Arts. 4, 1.1 y 2 CADH), derecho a las garantías judiciales y protección judicial (Arts. 8 y 15 CADH); por ello, la CIDH recomendó al Estado mexicano reparar adecuadamente las violaciones de derechos humanos, realizar una investigación de manera imparcial dentro de un tiempo razonable para esclarecer los hechos, disponer las medidas administrativas o penales para los funcionarios que denegaron justicia y adoptar medidas de no repetición. En el análisis de cumplimiento de las recomendaciones dentro del Informe, la CIDH repara:

219. En ese sentido, la Comisión observa que el informe de fondo 73/15 fue notificado al Estado el 25 de noviembre de 2015. Asimismo, notificó el informe de fondo 34/16 el 11 de agosto de 2016. *A casi un año desde la transmisión del informe de*

²³ CIDH, Informe de Fondo de 16 de abril de 2001 (Informe de Fondo n.º 54/01), caso *María da Penha vs. Brasil*, 16 de abril de 2001, párrs. 62-63 (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>); énfasis añadido.

*fondo 73/15, el Estado no ha adoptado ninguna medida concreta para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la CIDH.*²⁴

De igual manera, en el caso *Cuesta Caputi vs. Ecuador* (2008), mediante Informe de Fondo n.º 36/08, de fecha 18 de julio de 2008, la CIDH estableció la violación del derecho a la libertad de pensamiento (Art. 13 CADH), derecho a las garantías judiciales (Art. 8 CADH) y derecho a la protección judicial (Art. 25 CADH); por ello, recomendó al Estado ecuatoriano que reconozca públicamente su responsabilidad internacional, que realice una investigación completa, imparcial y efectiva sobre los hechos y otorgue una reparación adecuada al señor Cuesta Caputi. En este Informe de Fondo, la CIDH manifiesta:

116. Durante su 127º período ordinario de sesiones, la CIDH decidió, por mayoría absoluta de los miembros y en concordancia al artículo 44(1) in fine de su Reglamento, no someter el presente caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...).²⁵

²⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo de 16 de noviembre de 2016 (Informe de Admisibilidad y Fondo n.º 51/16), caso *Gilberto Jiménez Hernández vs. México*, 16 de noviembre de 2016, párr. 219 (<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/MX-PU11564ES.pdf>); énfasis añadido.

²⁵ CIDH, Informe de Fondo de 18 de julio de 2008 (Informe de Fondo n.º 36/08), caso *Cuesta Caputi vs. Ecuador*, 18 de julio de 2008, párrs. 126-127 (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Ecuador12487.sp.htm>).

La CIDH adoptó esta decisión, a pesar de haber declarado la violación de derechos reconocidos en la CADH y de que el Estado ecuatoriano no dio muestras de cumplimiento de ninguna de las recomendaciones. En las conclusiones de su Informe, la CIDH señala:

126. Han transcurrido más de 7 años desde el atentado sufrido por Rafael Cuesta Caputi, sin que el Estado haya logrado demostrar que hubiera realizado una investigación diligente para determinar el origen de las amenazas, ni que hubiera llevado a cabo otras diligencias tendientes a identificar y sancionar a los responsables. El 17 de febrero de 2000 fue abierta la excitativa fiscal, y las últimas diligencias datan del 4 de abril de 2000. El 25 de diciembre de 2000, el juez de la causa dictó un auto de sobreseimiento provisional del proceso, confirmado el 7 de marzo de 2006.

127. Por las anteriores consideraciones, la CIDH estima que *el Estado ecuatoriano no ha dado cumplimiento a las recomendaciones establecidas por esta Comisión* en el Informe 77/06 y reitera las violaciones mencionadas en dicho informe.²⁶

Estos ejemplos demuestran cómo ciertos casos pueden verse impedidos de llegar a la Corte IDH, aun cuando existen violaciones de derechos humanos que no han sido

²⁶ CIDH, *op. cit.*, párr. 126.

debidamente reparadas por los Estados, a pesar de la existencia de un Informe de Fondo de la CIDH que establezca responsabilidades para el Estado.

En este sentido, resulta reprochable para el SIDH que casos de violaciones de derechos protegidos por la CADH se vean impedidos de trascender ante un órgano jurisdiccional y, de esta manera, alcanzar una solución jurídica a sus pretensiones dentro del marco de una tutela judicial efectiva. En los casos señalados, las víctimas no recibieron justicia por parte de sus Estados a nivel interno ni tampoco en el SIDH.

Por ende, la tutela judicial efectiva es un derecho que le permite a la persona el libre acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos, el cual comporta un valor fundamental en la materialización de los mismos, ya que permite llevarlos a un plano real, esto es, a través de una petición a un órgano judicial. La persona, como sujeto de derecho internacional, está facultada a activar la jurisdicción de tribunales internacionales que conozcan sobre sus pretensiones; el mecanismo más cercano para hacer esto posible en el SIDH, es el *ius standi*.

Por todo lo expuesto es necesario que el SIDH reconozca el rol de la persona como sujeto de derechos dentro del régimen internacional, ya que el fin último de los derechos humanos es su protección; por ello, la CIDH y la Corte IDH deben admitir que, con base en el principio *pro persona*, se considere el acceso directo del individuo

desde el inicio del proceso contencioso ante la Corte IDH.

Es precisa una solución a la problemática planteada, a través de la eventual incorporación del *ius standi* en el SIDH; el mecanismo de la solución amistosa estaría a cargo de la Corte IDH, que sería una forma de terminar el proceso contencioso. De igual manera, las medidas cautelares desaparecerían y, por otro lado, prevalecerían las medidas provisionales de la Corte IDH, las cuales serían resueltas por la posible Sala de Admisiones de la permanente Corte IDH. Cabe recalcar que ante una eventual incorporación del *ius standi*, la Corte IDH no podría continuar reuniéndose por periodos de sesiones, sino de manera permanente.

La alternativa que permite materializar el derecho a la tutela judicial efectiva en el SIDH, es que los Estados suscriptores de la CADH propongan una enmienda a los artículos 41 literal f), 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57, 58, 61 y 62; amparados en los artículos 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el 25 de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos referentes a la tutela judicial efectiva; para que sea aprobada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

iv. Conclusiones

1. El surgimiento de los derechos humanos significó un giro en la percepción

del derecho internacional público, así como de sus sujetos. Desde un inicio, se había considerado al derecho internacional como una rama eminentemente interestatal, que regulaba las relaciones entre los Estados; sin embargo, a partir de las grandes violaciones a los derechos acaecidas durante las guerras mundiales nació la necesidad de garantizar los derechos que son intrínsecos e inalienables de la condición humana. Así se reconocen los derechos humanos, con el fin de evitar más atropellos en contra de la persona, a quien se le dota de personalidad jurídica internacional para exigirlos.

2. La personalidad jurídica internacional es la capacidad para participar en determinadas relaciones de responsabilidad internacional; esta es una condición *sine qua non* de los sujetos de derecho. Así, la personalidad internacional conlleva algunos elementos que la constituyen, tales como el derecho a celebrar tratados internacionales, derecho a establecer relaciones internacionales, derecho a participar en los procedimientos de solución de las diferencias internacionales, derecho a participar en las relaciones de responsabilidad internacional y gozar de privilegios e inmunidades. El individuo no ejerce todas estas facultades en la comunidad internacional; sin embargo, existe un consenso para considerar

que la capacidad jurídica de los sujetos varía dependiendo de la condición jurídica de cada uno; y por ende, no se puede desconocer la personalidad jurídica internacional de la persona.

3. La subjetividad jurídica como un atributo de la personalidad consiste en la capacidad para intervenir como individuo activo o pasivo dentro de un proceso judicial para exigir derechos. La persona como sujeto de derecho internacional posee subjetividad jurídica; por tanto, tiene la capacidad jurídica para comparecer en defensa de sus propios derechos sin intermediación de otro individuo. Por lo tanto, el *ius standi* es el mecanismo que más se ajusta a los plenos derechos procesales de la persona, mientras que el *locus standi* constituye un límite a dicha subjetividad.
4. La jurisprudencia de la Corte IDH²⁷ ha demostrado que el *ius standi* del individuo no es solo una teoría y que tiene una connotación práctica, ya que en al-

27 Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Excepciones Preliminares; caso Cayara vs. Perú, Sentencia de 03 de febrero de 1993, Excepciones Preliminares; caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Voto Razonado del juez A. A. Cançado Trindade; caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C n.º 98, Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade; caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Serie C n.º 114, Voto Razonado de A. A. Cançado Trindade; caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 08 de julio de 2004, Serie C n.º 110, Voto Razonado de A. A. Cançado Trindade.

- gunas de sus sentencias hace referencia a la capacidad de la persona para defender sus derechos frente al Estado, así como al papel que desempeña el individuo dentro del SIDH. Además de ser reiterativa respecto a la ineludible importancia del derecho de petición individual como mecanismo para hacer efectivos los derechos consagrados en la CADH.
5. La participación de la víctima y peticionario en el SIDH, desde sus inicios, ha sido restringida; sin embargo, mediante la reforma a los reglamentos de la Corte IDH, se ha logrado darle mayor protagonismo a la persona en el proceso contencioso, pasando desde participar exclusivamente en la etapa de reparaciones hasta otorgarle con el Reglamento del año 2000 un *locus standi*; es decir, intervención en todo el proceso, excepto en la fase de presentación de la demanda, fase reservada a la CIDH y los Estados. Por ende, el próximo paso, desde una concepción progresista, es el *ius standi* del individuo.
 6. El *ius standi* es la figura procesal más cercana a la garantía de los derechos humanos; consiste en la participación del legitimario a lo largo de todo el proceso contencioso, así como también en la presentación de la demanda; es decir, concede plena capacidad al titular del derecho para participar en pro de sus intereses y derechos reconocidos.
 7. El *ius standi* dentro del régimen internacional no es una teoría ajena a la realidad, pues la Corte Centroamericana de Justicia fue pionera al reconocer a la persona como verdadera parte procesal, con capacidad para someter directamente a la Corte las controversias suscitadas por los acuerdos del Sistema de la Integración Centroamericana. Así también, el SEDH, a partir del Protocolo 11 a la Convención Europea, introdujo importantes reformas, tales como la fusión de la Comisión y del Tribunal en un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual las demandas son presentadas directamente por los peticionarios.
 8. El SIDH ha inspirado el funcionamiento de sus órganos en el SEDH; sin embargo, no ha podido superar el mecanismo de acceso implementado en un inicio en Europa; a pesar de que el *locus standi* es una figura superada en Europa, el continente americano continúa sin dar vuelta a la página. Esto se debe al importante peso político y económico que tendría para el continente la reforma de la CADH con un mecanismo como el *ius standi*.
 9. La tutela judicial efectiva es un derecho reconocido en instrumentos internacionales que poco se materializa en el ámbito de los tribunales internacionales de justicia. Se habla del recurso judicial efectivo que deben prestar los

Estados a sus ciudadanos, pero poco se ha tratado el tema del acceso a la justicia internacional desde una perspectiva de la tutela judicial efectiva. Específicamente en el SIDH, este es un derecho no trabajado; pues la tutela judicial efectiva se refiere al acceso a instancias jurisdiccionales, pero en el continente americano la persona acude a un primer filtro no judicial que decidirá sobre sus derechos; este procedimiento de *locus standi* vulnera el acceso a la justicia, uno de los componentes de la tutela judicial efectiva.

10. El derecho de petición individual es el instrumento para llevar al plano real los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, debido a que materializa los derechos, ya que es la vía más efectiva para exigirlos. Se puede identificar en el SIDH que el derecho de petición individual es admisible solo en fase de la CIDH, mas no en la etapa judicial, lo que limita su ejercicio, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

v. Referencias

- Acosta Alvarado, P. A. (2005). La persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesis de pregrado. Universidad Externado de Colombia.
- Aguirre Guzmán, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Revista de Derecho Foro*, 14, 5-43 (<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>).
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cançado, A. (2001). Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección*, relator Antônio Cançado. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos), 3-64.
- (2003). Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos

- humanos. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del seminario, noviembre de 1999), tomo I*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos), 5-70.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2001, 16 de abril). Informe de Fondo de 16 de abril de 2001 (Informe de Fondo n.º 54/01). Caso María da Penha vs. Brasil. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>
- (2007, 20 de enero). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>
- (2008, 18 de julio). Informe de Fondo de 18 de julio de 2008 (Informe de Fondo n.º 36/08). Caso Cuesta Caputi vs. Ecuador. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Ecuador12487.sp.htm>
- (2016, 16 de noviembre). Informe de Admisibilidad y Fondo de 16 de noviembre de 2016 (Informe de Admisibilidad y Fondo n.º 51/16). Caso Gilberto Jiménez Hernández vs. México. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/MXPU11564ES.pdf>
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (1969, 22 de noviembre). Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.
- Corte Constitucional ecuatoriana (2016, 13 de enero). Sentencia. Juicio n.º 1112-15-EP, 6-8.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004, 8 de julio de 2004). Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Voto Razonado de Antônio Cançado.
- Couture, E. (1981). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- García, J. (2009). *Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la administración de justicia en Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Ediciones Rodín.
- González, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.
- Halajczuk, B., & Moya, M. (1999). *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Krsticevic, V. (2003). El papel de las ONG en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Trámite en los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los*

- Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del seminario, noviembre de 1999), tomo I.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 407-426.
- Martel Chang, R. A. (2002). Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas auto-satisfactivas en el proceso civil. Tesis de maestría. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual-data/Tesis/Human/Martel_C_R/titulo1.pdf
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Editorial Temis, S. A.
- Montero, J. (2014). Acción y tutela judicial. En J. Montero, J. Gómez, & S. Barona, *Derecho jurisdiccional* (pp. 204-224). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nikken, P. (2001). Observaciones sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en vísperas de la Asamblea General de la OEA. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1, 13-44. Recuperado de <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1404/revista-iidh30-31.pdf>
- Obando, V. (2011). El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. En G. Priori, *Proceso y Constitución* (pp. 143-180). Lima: ARA Editores.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966, 16 de diciembre). Entra en vigor: 23 de marzo de 1976.
- Reglamento de la Corte IDH (2009, 24 de noviembre).
- Rhenán, J. (2003). Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del seminario, noviembre de 1999), tomo I.* San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 631-640.

Fecha de recepción: 28 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 18 de junio de 2019

SUMARIO: i. Introducción. ii. Antecedentes. iii. Tratado del hoyo de la “dona occidental” de 2000 y Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012. iv. La Reforma Constitucional de 2013. v. Conclusiones. vi. Referencias.

Resumen

En este trabajo se analiza la controversia entre México y Estados Unidos acerca de la delimitación de la plataforma continental de la “dona occidental” o “triángulo submarino” en el golfo de México, que motivó la firma del Tratado sobre la Plataforma Continental de 2000 y el Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012, donde se pactaron las reglas y su explotación conjunta, factor que contribuyó a llevar a cabo la reforma de los artículos 27 y 28 de la Constitución, a efectos de permitir la participación de inversionistas privados en el área del petróleo. Además, se estudian los diversos modelos contractuales, que puede pactar el Estado mexicano con particulares y empresas productivas para la exploración y extracción del petróleo.

Palabras clave: reforma energética, plataforma continental, utilidad compartida, producción compartida, explotación conjunta, “hoyos de dona”.

¹ Magistrado presidente de la Primera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1 del Conacyt; correo: juansaldanaperez@yahoo.com.mx

The Energetic Reform of 2013

Abstract

This paper analyzes the dispute between Mexico and the United States regarding the delimitation of the continental shelf of the “western donut” or “submarine triangle” in the Gulf of Mexico, which led to the signing of the Treaty on the Continental Shelf of 2000 and the Agreement on the Transboundary Hydrocarbon Resources of 2012, which established the rules for the joint exploitation by both countries and contributed to Mexico’s Energetic Reform (Articles 27 and 28 of the Constitution), which allows the participation of private investors in hydrocarbons exploration and extraction activities. In addition, this paper analyzes different kind of contracts signed by the Mexican government, which can be agreed by the Mexican State with national and foreign individuals, and in association with the State Productive Company (Pemex) for exploration and extraction of hydrocarbons.

Keywords: Energetic Reform, continental shelf, shared utility, shared production, joint exploitation, “donut holes”.

I. Introducción

Con la Reforma Energética del 20 de diciembre de 2013, se abrió la puerta a la inversión privada en el sector de los hidrocarburos; área que anteriormente estaba reservada exclusivamente para el Estado

mexicano, motivo por el cual, sin duda, es la más importante desde la expropiación petrolera.

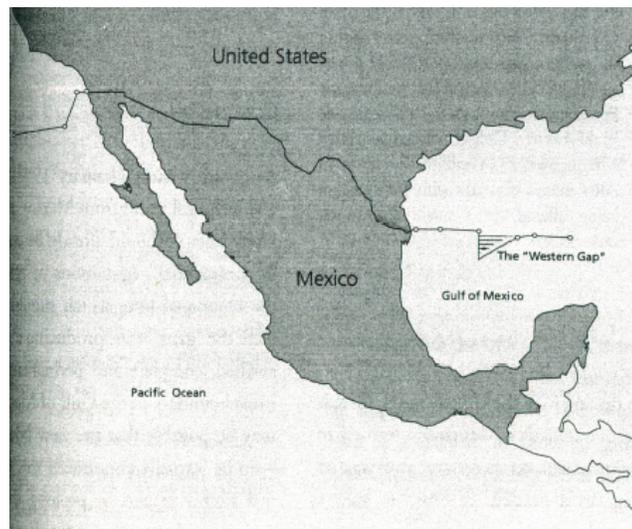
La mayoría de los estudios sobre el tema, se han realizado en el contexto de las denominadas “reformas estructurales del Estado mexicano”, sin considerar los antecedentes jurídicos internacionales que también influyeron para su realización, particularmente la controversia entre México y Estados Unidos sobre la delimitación fronteriza y la explotación de la plataforma continental que se extiende más allá de doscientas millas marinas en el golfo de México, que culminó con el Tratado sobre la Plataforma Continental de 2000 y el Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012, en donde ambos países acordaron la explotación conjunta de las grandes riquezas petroleras que guarda el hoyo de la “dona occidental”, ubicado frente a las costas de Tamaulipas y Texas, con lo que, entre otras cosas, se evitó la explotación unilateral de dicha zona por parte de las grandes compañías petroleras norteamericanas.

II. Antecedentes

El Tratado sobre Límites Marítimos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América de 1978 (Tratado so-

bre la Zona Económica Especial [ZEE] de 1978), estableció la frontera marítima en el golfo de México.²

Poco tiempo después se descubrió un área triangular situada entre las dos líneas fronterizas, más allá de las doscientas millas marinas de ambas naciones. Si en el golfo de México se hacen dos mediciones de doscientas millas mar adentro, una *a partir de las costas de México y la otra iniciando en las costas de Estados Unidos*, se descubre una zona triangular relativamente pequeña (aproximadamente veinticinco mil millas cuadradas) ubicada entre las dos líneas fronterizas, conocida como “hoyos de dona” o “triángulo submarino”, área que no se negoció en el Tratado sobre la ZEE de 1978.³



Fuente: Vargas, Jorge, Maritime Boundaries in the Gulf of Mexico. A Legal and Diplomatic Saga Involving Mineral Riches and Undefined “Gaps”, *Voices of Mexico*, UNAM, No. 43, April-June, 1998, p. 57.

- 2 Treaty on Maritime Boundaries between The United Mexican States and The United States of America, TIAS; 2143 UNTS 405, firmado en la Ciudad de México el 4 de mayo de 1978, vigente a partir del 13 de noviembre de 1997.
- 3 La llamada “dona occidental” tiene una superficie aproximada de 17 000 km² y la porción al oriente comprende alrededor de 20 000 km². Esta última es contigua también a la ZEE de Cuba. Barbosa, Fabio, *El petróleo en los Hoyos de Dona y otras áreas desconocidas del golfo de México*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2003, pág. 17.

El 30 de junio de 1980 el Comité de Relaciones Exteriores del Senado estadounidense celebró una audiencia para examinar el Tratado sobre la ZEE de 1978. Entre los participantes, el geólogo Hollis Hedberg, profesor de la Universidad de Princeton, sostuvo que dicho Tratado dejaba a México un importante sector del centro del golfo de México con un enorme potencial para la extracción de hidrocarburos y otros minerales.

Por lo anterior, el Senado estadounidense encomendó a la agencia científica gubernamental The United States Geological Survey, una evaluación acerca de los recursos minerales del golfo de México, que abarcó toda la región fronteriza, los “hoyos de dona” (espacios más allá de las doscientas millas) y regiones de aguas profundas mexicanas en el golfo, al sur del paralelo 23, a la altura de las costas de Veracruz, sin autorización del gobierno mexicano. Como resultado de este estudio, el gobierno estadounidense congeló la ratificación del Tratado de la ZEE de 1978, durante diecinueve años.⁴

Posteriormente, después de nueve años de trabajo de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (de 1973 a 1982), se creó la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” (Convemar), firmada el 10 de diciembre de 1982⁵ por ciento diecinueve países

pertenecientes a todas las regiones del mundo, con litoral, sin litoral o en situación geográfica desventajosa, por lo que se le denomina la Carta Magna de los Océanos y se le considera uno de los tratados multilaterales más importantes de la historia desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas.

Los artículos 76 y 77.1 de la Convemar definen el término plataforma continental, indican las áreas que comprende y sus límites, y establecen que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre esta, a efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales.

Conforme a lo previsto en el artículo 76 de la Convemar, existen dos formas de determinar la extensión de la plataforma continental del Estado ribereño:

- i) Cuando el borde exterior del margen continental se sitúe antes del límite de las doscientas millas marinas, la plataforma continental se podrá extender hasta las doscientas millas marinas, y
- ii) Cuando el borde exterior del margen continental se ubique más allá de las doscientas millas marinas, la plataforma continental se extenderá hasta donde llegue el borde exterior del margen continental.

Los estudios científicos de aquellos años no revelaban que el borde exterior del margen continental en el golfo de México,

⁴ *Ibidem*, págs. 19-21.

⁵ DOF del 1 de junio de 1983.

tanto del lado mexicano como del estadounidense, se ubicaba más allá del límite de las doscientas millas marinas, por lo que se consideraba que la plataforma continental de ambos países se extendía hasta las doscientas millas marinas.

Por lo anterior, ambas naciones consideraron que el “triángulo submarino” se situaba más allá de sus respectivas plataformas continentales y, en consecuencia, ninguna de las dos tenía derechos de soberanía sobre el mismo.

Los dos países adoptaron posturas opuestas respecto a la situación legal de los “hoyos de dona”. México declaró que la zona submarina triangular más allá del límite de las doscientas millas marinas, no se debería considerar como plataforma continental, ya que es parte de los fondos marinos internacionales, por lo que su subsuelo está fuera de la jurisdicción nacional (la “Zona”), y por lo tanto, es Patrimonio Común de la Humanidad, que debe estar bajo la vigilancia y administración de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (la “Autoridad”).⁶ Ningún Estado o persona puede reivindicarse, apropiarse, adquirir o ejercer soberanía o derechos sobre parte de la “Zona” o de los minerales allí existentes.

Por su parte, Estados Unidos sostuvo que los “hoyos de dona” estaban situados en un

área internacional sujeta a los principios que regulan la “alta mar”, en donde todos los Estados, ribereños o sin litoral, tienen el derecho o libertad de navegación, sobrevuelo, construcción de islas artificiales, pesca e investigación científica, por lo que cualquier persona o corporación puede apropiarse de los recursos localizados en el “triángulo submarino”, tales como peces, petróleo, gas o nódulos polimetálicos.⁷

Fue hasta 1991 que el gobierno mexicano obtuvo evidencias científicas con base en estudios especializados, para demostrar que el borde exterior del margen continental del lado mexicano, se extiende más allá de las doscientas millas marinas, por lo que los “hoyos de dona” no son parte de los fondos submarinos internacionales, sino que geológicamente forman parte de la plataforma continental de México; en consecuencia, se tiene el derecho a ejercer su soberanía sobre el “triángulo submarino”, con propósitos de exploración y explotación de los recursos minerales.⁸

Conforme al artículo 83 de la Convemar, la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, se efectuará por acuerdo entre ellos, a fin de llegar a una solución equitativa sobre la base del derecho internacional conforme a los instru-

6 La “Autoridad” es la organización por conducto de la cual los Estados partes organizan y controlan las actividades de la “Zona”. Artículos 136, 137, 140 y 157 de la Convemar.

7 Vargas, Jorge, Oil and Natural Gas. A Legal Dispute Brewing in the Gulf of Mexico (Part Two), *Voices of Mexico*, No. 37, UNAM, October-December, 1996, pág. 66.

8 *Ibidem*, pág. 69.

mentos previstos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entre los que se encuentran los tratados internacionales. Al respecto, se plantearon diversas formas de delimitación de la plataforma continental en el golfo de México, entre las que destacan:

- a) La “equidistancia”, que consiste en medir la distancia de una costa a otra y dividir en dos partes iguales la cifra que resulte; lo cual resulta inequitativo si al extraer recursos (petróleo) de un lado, se sustraen los del otro (efecto popote), y
- b) Los acuerdos de explotación conjunta mediante los contratos de utilidad compartida y de producción compartida.

Después de diecinueve años, el 23 de octubre de 1997 el Senado estadounidense aprobó el Tratado de la ZEE de 1978. Al poco tiempo, la Administración Clinton expresó su intención de iniciar negociaciones con México para delimitar la plataforma continental en el polígono occidental. Este mismo año, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado norteamericano formuló un reporte apoyando el inicio de las negociaciones con base en los siguientes razonamientos:

La delimitación del polígono occidental se ha vuelto cada vez más importante para Estados Unidos..., *el Departamento del Interior está recibiendo ofertas para la*

*exploración en esta área... exhorta al Ejecutivo para comenzar negociaciones sobre el polígono occidental a la brevedad,...*⁹ (énfasis añadido).

III. Tratado del hoyo de la “dona occidental” de 2000 y Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012

En diciembre de 1997, el gobierno mexicano informó que se habían iniciado las negociaciones con Estados Unidos para delimitar la “dona occidental”, aunque las presiones del gobierno norteamericano habían comenzado desde 1991 con las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Por su parte, el gobierno estadounidense informó que había devuelto las ofertas en las licitaciones para la explotación de la “dona occidental” por parte de las grandes empresas petroleras norteamericanas y que había cancelado otra subasta anunciada para 1998. Lo que demuestra que con tratado o sin tratado, las grandes compañías petroleras estadounidenses continuaban avanzando en aguas profundas hacia la frontera con México.¹⁰

En junio de 2000, ambos países firmaron el Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la Delimitación de la Plataforma Continen-

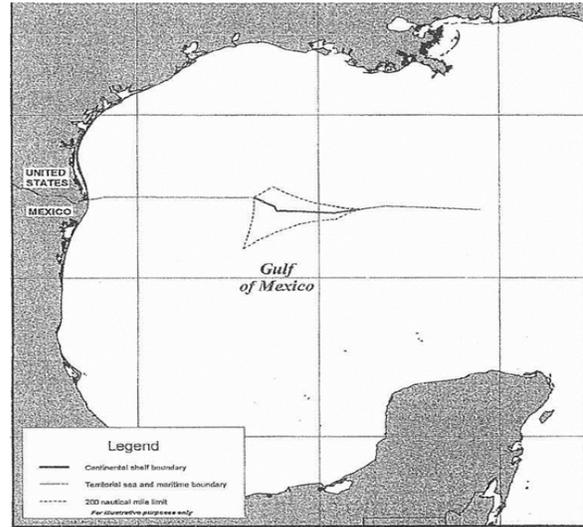
9 Senate Executive Report 105-4, 105th Congress, 1st Session, paragraphs 5-6, October 22nd, 1997.

10 Vargas, Jorge, *op. cit.*, pág. 66.

tal en la Región Occidental del Golfo de México Más Allá de las Doscientas Millas Náuticas (Tratado de la Plataforma Continental de 2000), en donde se alcanzaron, entre otros, los siguientes acuerdos:¹¹

- a) Un periodo de gracia de diez años (prorrogables) posteriores a la entrada en vigor del Tratado, lapso en el cual las partes no autorizarán ni permitirán la perforación o la explotación petrolera o de gas natural en la plataforma continental del “triángulo submarino”, a efectos de que las partes busquen llegar a un acuerdo para su eficiente y equitativa explotación.
- b) Concluido el periodo de diez años, cualquier parte podrá otorgar licencias, concesiones o poner a disposición regiones del área para la exploración y explotación de petróleo o de gas natural.

Límite de la plataforma continental entre México y Estados Unidos
"Polígono Occidental" en el Golfo de México



Fuente: Message from The President of The United States of America transmitting the Treaty with Mexico on Delimitation of Continental Shelf, Treaty Doc. 106-39, U. S. Senate, 106th Congress, 2nd Session, July 27th, 2000, p. 6.

En otras palabras, en el Tratado de la Plataforma Continental de 2000, además de establecerse el límite de las plataformas continentales de México y Estados Unidos, ambas naciones se comprometieron a no explotar durante diez años el petróleo o gas natural de la “dona occidental”, lapso en el que buscarían negociar su explotación conjunta. Si transcurrido el término de los diez años no hubieran alcanzado un acuerdo de explotación conjunta o convenido una prórroga, cualquiera de las partes quedaba en libertad de explotarla por su cuenta.

El 22 de junio de 2010 extendieron el plazo de diez años para llegar a una negociación sobre la explotación conjunta de la “dona

11 DOF del 22 de marzo de 2001.

occidental”, por tres años adicionales, contados a partir del 17 de enero de 2011, periodo que venció el 17 de enero de 2014.¹²

Posteriormente, el 20 de febrero de 2012, se celebró el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América relativo a los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos en el Golfo de México (Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012), que establece:¹³

Artículo 1

El presente Acuerdo se aplicará a la cooperación entre las Partes respecto de la *Exploración y explotación conjunta de las estructuras geológicas de Hidrocarburos y Yacimientos* que se extienden a través de la Línea de Delimitación, cuya totalidad esté situada más allá de 9 millas náuticas del litoral (énfasis añadido).

iv. La Reforma Constitucional de 2013

Al finalizar 2012, México concluía el octavo año consecutivo de disminución sostenida en la producción de crudo, pasando la producción promedio diaria de su pico

de 3.4 millones de barriles en 2004 a 2.5 millones de barriles en 2012.

En este año, México contaba con reservas probadas equivalentes a diez años de producción y los hidrocarburos de fácil acceso se estaban agotando, por lo que era urgente invertir mucho más en exploración en zonas de mayor complejidad para revertir la declinación, tanto en producción como en reservas, lo cual demandaba capacidades financieras, técnicas y operativas fuera del alcance de Petróleos Mexicanos (Pemex).¹⁴

En su proceso de apertura comercial, México ha emprendido diversas reformas estructurales; una de las más trascendentes es la del sector energético, promovida durante el gobierno del expresidente Felipe Calderón, a efecto de impulsar la exploración y extracción de petróleo y de gas para obtener mayores recursos.

Por lo anterior, se reformaron diversas leyes sobre la materia, que conforme a su exposición de motivos, entre otros objetivos, buscaron: “Permitir a la empresa aprovechar de manera más eficiente el apoyo de terceros, dándole oportunidad de diseñar mecanismos de colaboración que logren reducir costos de operación y que propicien el mejor desempeño posible de las empresas participantes”.¹⁵

12 Department of State, Agreement between The United States of America and Mexico Extending the Treaty of June 9, 2000, Treaties and Other International Acts Series 10-622.1; disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/188468.pdf>

13 DOF del 18 de julio de 2014. “Yacimiento transfronterizo” es aquel que se extiende a través de la línea de delimitación, cuya totalidad se localice más allá de nueve millas náuticas de la costa, explotable total o parcialmente desde ambos lados de la línea de delimitación. Artículos 1 y 2 del Acuerdo de 2012.

14 Flores Quiroga, Aldo, *Reforma Energética: hidrocarburos*, México, 1.ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2018, págs. 20 y 23.

15 Lázaro Sánchez, Iván, *Los contratos petroleros. Un nuevo paradigma constitucional en México*, México,

Al no modificarse la Constitución, dicho paquete de reformas legales no tuvo éxito y ocasionó conflictos de constitucionalidad que provocaron desconfianza en los inversionistas extranjeros. Posteriormente, el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): “México: políticas para un desarrollo incluyente”, recomendó, entre otras, las siguientes acciones: “La competencia y el combate a los monopolios públicos y privados. Continuar la reforma al marco de inversiones del sector petrolero y gas para permitir mayores niveles de inversión privada”.¹⁶

Así, la disminución en la producción de crudo, las fuertes inversiones para la exploración y explotación en zonas de mayor complejidad, las recomendaciones y la explotación conjunta de México y Estados Unidos del hoyo de la “dona occidental”, sentaron las bases para la denominada “Reforma Constitucional en Materia Energética”,¹⁷ con el objeto de permitir la participación de la inversión privada (nacional o extranjera) en la exploración y explotación de los hidrocarburos y convertir a los monopolios estatales, Pemex y la Comisión Federal de Electricidad (CFE), en Empresas Productivas del Estado.

El artículo 27 de la Constitución mantiene el dominio imprescriptible e inaliena-

ble del Estado mexicano sobre los hidrocarburos, y aunque no hace mención de los recursos transfronterizos, siendo que en la fecha de su discusión y aprobación ya estaba ratificado el Tratado de 2012, sí facilita la operación de este, porque reconoce el deseo del Estado mexicano de explotar los recursos de la manera más eficiente y segura, conforme a las mejores prácticas y principios establecidos en dicho Tratado, y permite la explotación conjunta de los recursos petroleros mediante el otorgamiento de contratos a particulares por parte del Ejecutivo federal.¹⁸

Además, prohíbe expresamente otorgar “concesiones”, es decir, modelos de contratación mediante los cuales el Estado otorga un permiso a una o varias compañías privadas para la exploración, desarrollo y producción de petróleo o gas en un área geográfica durante un periodo, a cambio del pago en efectivo del impuesto sobre la renta (ISR) de las empresas y un impuesto especial sobre la producción de petróleo (Royaltie), que captura la renta petrolera en caso de tener éxito. La compañía asume el riesgo del fracaso, pero es propietaria del petróleo en caso de éxito, además de los activos del proyecto. Las empresas internacionales petroleras prefieren este esquema, porque les permite registrar en su balance de reservas el petróleo encontrado, lo cual se toma como un parámetro

Instituto Universitario Puebla/Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 184.

16 *Ibidem*, págs. 190-191.

17 DOF del 20 de diciembre de 2013.

18 García Sánchez, Guillermo J., *El derecho sobre recursos transfronterizos y la reforma energética*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 46-47.

clave para su valuación en los mercados financieros.¹⁹

Los artículos 27 párrafo sexto de la Constitución, así como el 6 y 18 de la Ley de Hidrocarburos, permiten la participación de particulares (nacionales y extranjeros) en la exploración y extracción de hidrocarburos mediante:²⁰

1. “Asignaciones” a Empresas Productivas del Estado (Pemex y CFE), o
2. “Contratos” celebrados por el Estado mexicano con Empresas Productivas del Estado (CFE y Pemex) o particulares (nacionales o extranjeras), en particular, a través de:
 - a) Contrato de servicios,
 - b) Contrato de licencia,
 - c) Contrato de utilidad compartida, y
 - d) Contrato de producción compartida.

De manera excepcional, el Ejecutivo federal, por conducto de la Secretaría de Energía, podrá otorgar y modificar a cualquier Empresa Productiva del Estado, asignaciones para realizar la exploración y extracción de hidrocarburos, siempre que sea el mecanismo más adecuado para los intereses del Estado en términos de producción y abasto, y que el asignatario cuente con

los recursos financieros, técnicos y de ejecución necesarios.²¹

Antes de la Reforma Energética, Pemex operaba con contratos de servicios en los que el gobierno pagaba a los contratistas sin importar si encontraban o no petróleo, por lo que estos no corrían ningún riesgo en la inversión. El contrato de servicios es un acuerdo entre un contratista y el gobierno, que cubre un servicio técnico definido, el cual debe prestarse en un tiempo determinado o completarse en un plazo específico; la inversión del contratista está limitada al valor de los equipos, herramienta y personal necesario para prestar el servicio. El pago está normalmente basado en tarifas diarias, por hora o en un monto fijo por entrega (llave en mano). Los riesgos del contratista se limitan a sobrecostos no recuperables, pérdidas derivadas del incumplimiento del contrato o disputas contractuales. El contratista solo recibe un pago en efectivo, que puede ser con base en los trabajos realizados o el volumen de la producción, ya que esta pertenece al Estado.²²

En este contrato se otorga a la compañía privada un área específica para la exploración y explotación, y El Estado determina si quiere un porcentaje de lo que se encuentre y se explote, o un pago de derechos e impuestos por la explotación de

19 Feliz, Raúl Aníbal, Utilidad compartida *versus* concesiones, Periódico *El Economista*, sección Opinión, México, 14 de agosto de 2013.

20 DOF del 11 de agosto de 2014.

21 Artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos.

22 Lázaro Sánchez, Iván, *op. cit.*, págs. 167-168.

ese territorio más algún tipo de reparto de utilidad.²³

Algunos expertos consideran que el modelo contractual de licencias es la mejor opción, pues le permite al Estado cobrar, con mayor certeza desde el inicio de la producción, una regalía progresiva, a partir de un mínimo de veinte a treinta por ciento del valor de la producción.²⁴

Los contratos de utilidad compartida son una variante de la familia de los contratos de producción compartida. La diferencia entre uno y otro está en el momento en el que la propiedad sobre los hidrocarburos pasa a manos privadas. En el caso de los contratos de producción compartida, la propiedad del petróleo se transfiere una vez que este ha sido extraído; jamás cuando se encuentra en el subsuelo.

En un contrato de producción compartida, se le paga a la empresa con petróleo, mientras que en el de utilidad compartida, todo el crudo lo recibe el Estado, quien lo vende y le da a la compañía una parte de la utilidad, de acuerdo con lo que se haya estipulado en el contrato. Esta diferencia no es sutil, “puesto que entregar el petróleo en especie sin duda no te da el mismo

margen de control sobre los activos que da un contrato de utilidad compartida”.²⁵

En un contrato de utilidad compartida, el Estado pacta con la Empresa Productiva del Estado (Pemex) o las compañías privadas, los costos y riesgos para cada parte, conforme a lo previsto en las leyes sobre la materia. Se establece que en el supuesto de no encontrar crudo, la Empresa Productiva del Estado o la compañía privada asumen todo el costo de la inversión.

Actualmente se asignan contratos sobre reservas ya localizadas, por lo que el riesgo es menor. En el caso de encontrar crudo, se realiza el cálculo del costo de recuperación que será dividido entre el Estado y la Empresa Productiva del Estado o la compañía privada, y una vez vendido el petróleo, se reparte lo que se conoce como “renta petrolera” (ganancia). El porcentaje de ganancia o utilidad que obtienen la Empresa Productiva del Estado o la compañía privada, puede alcanzar entre 40 % y 60 % del total. Actualmente, la renta petrolera es de aproximadamente 90 dólares por barril; la extracción, de 10 dólares; y la venta, de 100 dólares.²⁶

En el esquema de utilidad compartida, la Empresa Productiva del Estado (Pemex) o la compañía privada asumen el riesgo

23 López, Alejandra, Niega gobierno acuerdo secreto, periódico *Reforma*, sección Negocios, México, 2 de noviembre de 2013.

24 Lajous, Adrián, Los contratos de utilidad compartida, *La Jornada*, sección Opinión, México, 22 de septiembre de 2013.

25 Notimex, SHCP: con utilidad compartida, Pemex tendrá inversiones, periódico *El Universal*, sección Cartera, México, 13 de agosto de 2013; y Redacción Red Política, ¿Qué establecen los contratos de utilidad compartida?, periódico *El Universal*, sección Red Política, subsección Nación, México, 19 de agosto de 2013.

26 Redacción Red Política, *op. cit.*

de tener un fracaso, además de pagar el gasto de la inversión, pero si tienen éxito, los primeros años de la producción se utilizarán para reembolsar el gasto de dicha inversión, que posteriormente tendrá una participación en las utilidades. El resto de la utilidad es para el Estado como pago por la “renta petrolera”. Además, el Estado también recibe el pago del ISR de la compañía. A diferencia de una concesión, estos contratos suponen una mayor participación del Estado en la gestión del proyecto, lo cual no le gusta a las empresas.²⁷

En un contrato de producción compartida, una vez que se extrae el petróleo, se entrega a la compañía privada un porcentaje del petróleo extraído (barriles producidos), acordado previamente, y cada uno comercializa sus hidrocarburos.²⁸

En los contratos de utilidad y de producción compartida, el principal problema que enfrenta el Estado es la determinación de los costos de producción y operación, los cuales tienden a dispararse por diversas razones: mala administración, gastos recuperables excesivos y difíciles de justificar, errores técnicos, sesgos al subestimar la complejidad del proyecto o simple manipulación. La asimetría de información entre el Estado y su empresa petrolera o las compañías contratistas, nacionales y extranjeras, es enorme y la capacidad del Estado para auditar costos

es limitada. En la medida en que estos aumentan, la utilidad a compartir disminuye y, por lo tanto, también los ingresos del Estado, por lo que la carga fiscal depende del control de los costos del proyecto en cuestión.²⁹

v. Conclusiones

Con el propósito de llegar a una negociación acerca del conflicto de la delimitación y explotación de la plataforma continental que se extiende más allá de las doscientas millas marinas en el golfo de México, Estados Unidos y México suscribieron el Tratado sobre la Plataforma Continental de 2000, en donde se comprometieron a establecer las reglas acerca de la explotación conjunta del hoyo de la “dona occidental”, en un término de diez años, cuya prórroga concluyó el 17 de enero de 2014.

Mediante el Acuerdo sobre Yacimientos Transfronterizos de 2012 ambos países sentaron las bases para la explotación conjunta de las riquezas que guarda el hoyo de la “dona occidental”, que implica la participación de la inversión privada en la exploración y explotación del petróleo.

La disminución en la producción de crudo, la necesidad de fuertes inversiones para exploración y explotación en zonas de mayor complejidad, las recomendaciones de la OCDE y el compromiso de explotación conjunta entre México y Estados

27 Feliz, Raúl Aníbal, *op. cit.*

28 López, Alejandra, *op. cit.*

29 Lajous, Adrián, *op. cit.*

Unidos del hoyo de la “dona occidental”, sentaron las bases para la denominada Reforma Constitucional en Materia Energética, con el objeto de permitir la participación de la inversión privada en la exploración y explotación de los hidrocarburos, mediante contratos de servicios, de licencia, de utilidad compartida y de producción compartida, entre otros.

vi. Referencias

Libros y revistas

- Barbosa, F. (2003). *El petróleo en los Hoyos de Dona y otras áreas desconocidas del golfo de México*. México: Porrúa/Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM.
- Bindemann, K. (1999). *Production-sharing Agreements: An Economic Analysis*. Oxford: The Oxford Institute for Energy Studies.
- Comisión Nacional de Hidrocarburos (s./f.). Clasificación de los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos. Estadísticas de rentabilidad e incertidumbre. *Documento Técnico de Trabajo 3*. México.
- Damrosch, L., Henkin, L., Murphy, S. D., & Smit, H. (1991). *International Law: Cases and Materials*. Minnesota: West Publishing Company.
- Equipo de Contenido de Presidencia de la República (2013). Reforma Energética: contratos de utilidad compartida. *Blog de Presidencia de la República*. México. Recuperado el 14 de agosto de 2013, de <http://goo.gl/dmUSmj>
- Feliz, R. A. (2013, 14 de agosto). Utilidad compartida *versus* concesiones. Periódico *El Economista*, sección Opinión. México.
- Flores Quiroga, A. (2018). *Reforma Energética* (1.ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Forbes Staff (2013, 6 de noviembre). Reforma energética va por contratos de producción compartida. *Forbes México*, sección Economía y Finanzas. México.
- García Moreno, V. C., & Hernández Ochoa, C. Aspectos jurídicos de endeudamiento externo y la renegociación reciente de México. *Estudios en homenaje a la doctora Yolanda Frías*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- García Sánchez, G. J. (2018). *El derecho sobre recursos transfronterizos y la Reforma Energética*. México: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Gómez-Robledo Verduzco, A. (1992). *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*. México: UNAM.
- Johnston, D. (1994). *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. Tulsa, OK: PennWell Books.
- Junseog, Y. Merits and Demerits of the Different Types of Petroleum Contracts. Recuperado de <http://goo.gl/ISmq7e>
- Lajous, A. (2013, 22 de septiembre). Los contratos de utilidad compartida. *La Jornada*, sección Opinión. México.
- Lázaro Sánchez, I. (2019). *Los contratos petroleros: un nuevo paradigma constitucional en*

- México. México: Instituto Universitario Puebla/Tirant Lo Blanch.
- López, A. (2013, 2 de noviembre). Niega gobierno acuerdo secreto. Periódico *Reforma*, sección Negocios. México.
- Notimex (2013, 13 de agosto). SHCP: con utilidad compartida, Pemex tendrá inversiones. Periódico *El Universal*, sección Cartera. México.
- Redacción AN (2013, 13 de agosto). ¿Qué es un “contrato de utilidad compartida”, propuesto por EPN? *Aristegui Noticias*. México.
- Redacción Red Política (2013, 19 de agosto). ¿Qué establecen los contratos de utilidad compartida? Periódico *El Universal*, sección Red Política, subsección Nación. México.
- Rodríguez, A. (2013, 29 de noviembre). Producción compartida de petróleo: una estimación de los ingresos públicos adicionales hasta 2018. *Observatorio Económico*. México: BBVA Research.
- Rodríguez, I. (2013, 10 de noviembre). Contratos de producción compartida con Pemex atraerán más capitales. *La Jornada*, sección Economía. México.
- Saldaña Pérez, J. M. (2009). *Tratados en México y Agreements en los Estados Unidos. El comercio exterior y la gestión aduanal en el siglo XXI*. Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de México, A. C./Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.
- Seara Vázquez, M. (1984). *Derecho internacional público*. México: Porrúa.
- Sepúlveda, C. (1976). *Derecho internacional público*. México: Porrúa.
- Sohn, L. B., & Gustafson, K. (1999). *The Law of the Sea*. Minnesota: West Nutshell.
- Vargas, J. (1982, 28 de febrero). Inmensas riquezas bajo soberanía mexicana. Un informe confidencial del U. S. Geological Survey. Periódico *UnoMásUno*. México.
- (1996). Oil and Natural Gas. A Legal Dispute Brewing in the Gulf of Mexico (Part Two). *Voices of Mexico*, 37, October-December. UNAM.
- (1998). Maritime Boundaries in the Gulf of Mexico. A Legal and Diplomatic Saga Involving Mineral Riches and Undefined “Gaps”. *Voices of Mexico*, 43, April-June. UNAM.
- Leyes y tratados internacionales*
- Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental del 29 de abril de 1958. Decreto de Promulgación publicado en el DOF el 16 de diciembre de 1966.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Publicada en el DOF el 1 de junio de 1983.
- Decreto por el que se Adiciona el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer una Zona Económica Exclusiva Situada Fuera del Mar Territorial. Publicado en el DOF el 6 de febrero de 1976.

- Decreto por el que se Aprueba el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América Relativo a los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos en el Golfo de México. Publicado en el DOF el 22 de mayo de 2012.
- Decreto por el que se Expide la Ley de Hidrocarburos y se Reforman Diversas Disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera; y Ley de Asociaciones Público Privadas. Publicado en el DOF el 11 de agosto de 2014.
- Decreto de Promulgación del Tratado para Resolver las Diferencias Fronterizas Pendientes y para Mantener a los Ríos Bravo y Colorado como la Frontera Internacional entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Publicado en el DOF el 12 de julio de 1972.
- Decreto Promulgatorio del Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la Delimitación de la Plataforma Continental en la Región Occidental del Golfo de México Más Allá de las 200 Millas Náuticas. Publicado en el DOF el 22 de marzo de 2001.
- Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Energía. Publicado en el DOF el 20 de diciembre de 2013.
- Department of State. Agreement between the United States of America and Mexico Extending the Treaty of June 9th, 2000. Treaties and Other International Acts Series 10-622.1. Retrieved from <http://www.state.gov/documents/organization/188468.pdf>
- Fishery Conservation and Management Act of 1976. U.S.C. 1801.
- Ley Federal del Mar. Publicado en el DOF el 8 de enero de 1986.
- Message from the President of The United States of America Transmitting the Treaty with Mexico on Delimitation of Continental Shelf. Treaty Doc. 106-39, U. S. Senate, 106th Congress, 2nd Session, July 27th, 2000.
- Senate Executive Report 105-4, 105th Congress, 1st Session, October 22nd, 1997.
- Treaty on Maritime Boundaries between The United Mexican States and The United States of America, TIAS; 2143 UNTS 405.

UTILITARISMO

Y DERECHOS HUMANOS: ¿UN BINOMIO IRREDUCTIBLEMENTE SEPARABLE?

ALEXIS AGUILAR DOMÍNGUEZ¹

Fecha de recepción: 2 de enero de 2019

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2019

SUMARIO: I. Nota metodológica. II. Introducción. III. Las bases del utilitarismo. IV. El utilitarismo: una corriente muy versátil y algunas de sus objeciones. V. Aclarando la universalidad y absolutismo de los derechos humanos (ningún derecho es absoluto). VI. ¿Es posible conciliar la idea del utilitarismo con los derechos humanos? VII. la propuesta de John Stuart Mill respecto a la justicia y los derechos. VIII. El utilitarismo como medio para solucionar los conflictos normativos a nivel constitucional. IX. Conclusiones de un no escéptico a la conciliación del utilitarismo y los derechos humanos. X. Bibliografía.

Resumen

En este trabajo se parte de la idea de que los derechos humanos son incompatibles con el utilitarismo, dado que es imposible aplicarles el fundamento utilitarista. El objetivo radica en demostrar que los derechos humanos y el utilitarismo no se encuentran reducidos a un binomio indefectiblemente separable, como puede vislumbrarse *prima facie*. Para lograr lo anterior, se estudia si la postura utilitarista es realmente divergente con la teoría y la aplicación práctica de los derechos humanos. En consecuencia, se explora en qué condiciones es

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Jefe del Departamento de Apoyo a la Comisión Intersecretarial para la Adquisición de Terrenos y Bienes en el Estado de Chiapas. Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Internacional Privado graduado con Mención Honorífica. Licenciado en Derecho por la UNACH.

posible desplazar un derecho humano en favor de otro; asimismo, se considera si los defensores de los derechos humanos toman en cuenta la felicidad o el bienestar de las personas al elegir un derecho sobre otro. Para esto, es necesario examinar el fundamento para resolver los erróneamente llamados conflictos normativos, los cuales surgen en el nivel jerárquico de los derechos fundamentales. Al final, se expone una conclusión profunda que no solo se reduce a enunciar la posibilidad de conciliar el utilitarismo con los derechos humanos, sino que es mucho más expansiva, toda vez que no solo resulta útil sino imposible dejar de aplicarla; así, el permitir decidir con bases utilitarias en materia de conflictos entre los derechos humanos lleva como resultado que sea posible asociarlos con la doctrina ética de marras.

Palabras clave: derechos humanos, utilitarismo, conflictos, ponderación, felicidad.

Utilitarianism and human rights: an irreducible separable binomial?

Abstract

This work is based on the idea that human rights are incompatible with utilitarianism since it is impossible to apply them to the utilitarian basis. The objective is to demonstrate that human rights and utilitarianism are not reduced to an unfailingly separable binomial as can be seen at first sight. To achieve the above, it is studied if the utilitarian position is really divergent with the theory and the practical application of human rights. In consequence, it is explored in what conditions it is possible to displace a human right in favor of another; it is also considered if the defenders of the human rights take into account the happiness or well-being of people when choosing one right instead of another. For this it is necessary to examine the basis to resolve the erroneous-

ly called normative conflicts which arise at the hierarchical level of fundamental rights. At the end a profound conclusion not only stated the possibility of reconciling utilitarianism with human rights, but it is much more expansive, since it is not only useful but impossible to stop applying it; thus, allowing to decide with utilitarian bases regarding conflicts between human rights results in the possibility of associating them with the ethical doctrine already enunciated.

Keywords: human rights, utilitarianism, conflicts, weighing, happiness.

I. Nota metodológica

La investigación es de corte cualitativo, toda vez que, a partir de cierta información obtenida a través de la técnica bibliográfica documental, se generan datos necesarios para lograr las conclusiones; es decir, en el presente trabajo se realizó un enfoque que privilegia la comprensión y la interpretación de la información obtenida, para llegar a la conclusión de si es posible o no conciliar la Teoría utilitarista con los derechos humanos (DD. HH.).

El método a utilizar dentro de la presente investigación es deductivo, debido a que el análisis de una premisa general basada en que es imposible asociar la corriente utilitarista con los DD. HH. y a través de la metodología empleada, permitirá llegar a un postulado particular dentro de la investigación, que es establecer que dicha

disonancia es tan solo aparente y que no únicamente es posible sino que tiene una relevancia práctica.

Es pertinente aclarar que, para lograr la consecución del presente artículo, nos situamos en el contexto paradigmático de algunos autores como Laporta y González Amuchastegui (2004), quienes enuncian que los DD. HH. son absolutos. Así, partiendo de este enfoque teórico es posible realizar el estudio correspondiente, para enunciar si se puede conciliar la postura utilitarista con la visión paradigmática que acabamos de mencionar respecto a los DD. HH.

Por lo que primeramente para lograr lo anterior, es necesario sentar las bases del utilitarismo y plantear algunas objeciones a dicha corriente ética, así como también abordar la supuesta universalidad y absolutismo de los DD. HH. A partir de este punto seremos capaces de abordar el estudio correspondiente, que comprende si es posible conciliar los DD. HH. con la postura utilitarista. Por último, se abordará que el utilitarismo es utilizado para resolver los llamados conflictos normativos a nivel constitucional.

II. Introducción

“Exceptio probat regulam in casibus non exceptis”.

Es conocido que los DD. HH. gozan de ciertas características. Entre estas, se encuen-

tran las de universalidad e inalienabilidad; incluso algunos autores han tenido los arrojados al sostener que son absolutos;² la propuesta del utilitarismo es muy simple: maximizar la felicidad general y procurar que los placeres (en la especie que nos interesa, los derechos, también se traduce en placeres, felicidad y bienestar) sean disfrutados por todas las personas, si es posible; si no, al menos por el mayor número de estas.

Es incontrovertible y lógico asentir al leer o escuchar algunas manifestaciones, como que se deben asegurar los derechos de las personas; que nadie será objeto de cálculos utilitaristas sin freno; que ninguna minoría sufra el detrimento del goce de sus derechos en beneficio de una mayoría. Realizar lo anterior conllevaría a ir en contra del principio de universalidad e igualdad de los derechos, el cual se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo primero de nuestro pacto federal.

Dicho lo anterior, se expresaría que el utilitarismo y los DD. HH. son disímbolos

2 Existe una teoría en donde se conciben los derechos como absolutos, entre otras características. De este estándar podemos tomar a González Amuchástegui, quien menciona que los DD. HH. son absolutos. Con tal afirmación, se quiere dar a entender que se vence en todos los casos en los que se enfrenta con otras pretensiones. El autor que tomamos como ejemplo menciona su idea acerca de los derechos que “no pueden ser desplazados en ninguna circunstancia y por ninguna otra consideración moral”. Cfr. González Amuchástegui, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía: una teoría de los derechos humanos*, España, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 356.

y que cada uno se orienta en direcciones contrarias; de esto cabe siempre aplicar la duda metódica de René Descartes, por lo que cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿puede conciliarse la corriente del utilitarismo con los DD. HH.?

Prima facie, la respuesta sin mayor análisis sería negativa y la razón es porque los DD. HH. deben ser aplicados para todas las personas, a diferencia del resultado que devendría si se empleara la corriente utilitarista, toda vez que los DD. HH. se aplicarían a través de cálculos cuantitativos.

Así, ¿podría alguien con tendencia utilitarista mantenerse fiel a sus principios y, a la vez, respetar los DD. HH.?, ¿en un Estado garantista recurrimos a poner en la balanza ciertos derechos elevados a DD. HH.?, ¿es correcto ponderar/considerar un/unos derecho/s sobre otro/s? Las interrogantes anteriores serán resueltas a lo largo del presente artículo y se visualizarán en las conclusiones.

III. Las bases del utilitarismo

El utilitarismo aparece en los siglos XVIII con Jeremy Bentham (1748-1832) y XIX con John Stuart Mill (1806-1873), pero el propio Bentham reconocía que el principio básico de su filosofía provenía de los ilustrados Claude-Adrien Helvétius³ y César Beccaria

3 Claude-Adrien Helvétius fue un filósofo, filántropo y recaudador de impuestos ilustrado suizo-francés. El tratado de Helvétius, *De l'esprit* (1758), influyó en Cesare Beccaria, y a través de este, los utilitaristas ingleses. La definición de Helvétius de bienestar so-

(1988).⁴ El término utilitarismo se debe a que Bentham denominó utilidad a la propiedad de cualquier objeto de producir beneficio, ventaja, placer o utilidad. En este sentido, la utilidad es considerada como el valor supremo y norma de conducta a los que está sometido cualquier otro deber, norma o valor.⁵

No se debería pecar de ingenuos y obviamente si se presta atención a las bases del utilitarismo, esta es una especie de la teoría ética denominada consecuencialista. Como ya indicamos, el utilitarismo es una teoría ética que fue propuesta por Jeremy Bentham, quien enunció el principio de numeración de la felicidad: “Rule: In case of collision and contest, happiness of each party being equal, prefer the happiness of the greater to that of the lesser number”.⁶

cial como la “mayor felicidad del mayor número” anticipó el “principio de mayor felicidad” de Jeremy Bentham del utilitarismo clásico. Karl Marx, incluso, afirmó que Bentham “...simplemente reprodujo de manera aburrida lo que Helvétius y otros franceses habían dicho con ingenio e ingenio en el siglo XVIII”. Cfr. Karl Marx, *Capital* (trad.: Ben Fowkes), England, Penguin Classics, 1976, pág. 758.

4 Beccaria dotó de gran importancia a la búsqueda de la felicidad de la colectividad y que la legislación debería ser el medio para lograr dicho objetivo como aspecto fundamental. Beccaria dijo: “La felicidad dividida entre el mayor número deberá ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre”. Cfr. Beccaria, César, *De los delitos y las penas* (trad.: Juan Antonio de las Casas), Madrid, Editorial Alianza, 1988, pág. 26.

5 Cfr. *Ibidem*, pág. 8.

6 Traducción personal: “Regla: En caso de colisión y disputa, la felicidad de cada parte siendo igual, prefiera la felicidad de la mayor a la de la menor”. Véase: Bentham, J., *The Philosophy of Economic Science/ The Psychology of Economic Man*, London, The Royal Economic Society by George Allen & Unwin Ltd., págs. 91-92.

Bentham define la felicidad de la siguiente manera:

In so far as the sum of the pleasures of all kinds, experienced by the person in question, during the length of time in question, is regarded, as considerable, -the sum of the pains of all kinds experienced by him during that same length of time, being, moreover laid out of the account, -the state which in that respect he is regarded as being in, is termed as state of happiness.⁷

Como podemos apreciar en el principio de numeración de la felicidad, Bentham concibió que esta era imposible de ser realizable para todos, porque la felicidad de cada individuo puede entrar en conflicto con la de otros, por lo que la felicidad de uno de ellos podrá lograr una disminución en la felicidad de otro. En consecuencia, la dificultad de garantizar la felicidad de todos lleva a Bentham a reflexionar como objetivo universal la consecución no de la mayor felicidad de todos, sino del mayor número.

7 Traducción personal: “En la medida en que la suma de los placeres de todo tipo, experimentados por la persona en cuestión, durante el tiempo en cuestión, es considerable —la suma de los dolores de todo tipo experimentados por él durante esa misma duración de tiempo, además de estar expuesto en la cuenta— el estado en el que se considera que se encuentra al respecto, se denomina estado de felicidad”. Véase: Bentham, Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. VIII, Scotland/London, Simpkin, Marshall & Co., 1843, pág. 82.

La propuesta del utilitarismo ha sido caricaturizada de esta manera: “maximizar la felicidad general”, procurar que los placeres sean disfrutados por todas las personas si es posible, y si lo anterior es imposible, al menos tratar de que sea compartido por el mayor número de individuos. Esta corriente afirma que se debe procurar la felicidad para el mayor número de personas. En otras palabras, parte de la idea de que la felicidad del mayor número es la que debe imperar, y si en ello se perjudica a algún/os individuo/s, puede ser aceptable en aras de propiciar un beneficio mayor para un número mayor de personas, sin importar que sea en detrimento de otra/s.

El utilitarismo es una corriente ética que encaja entre las teorías del placer y la felicidad. Las teorías cognitivistas mencionan qué tan buena es una propiedad o cualidad y, por tanto, la oración “X es bueno” es descriptiva, la cual será verdadera o falsa, según X sea realmente bueno o no.⁸

Sin entrar en mayores disquisiciones sobre qué es la ética —toda vez que no es el propósito de este *paper*—, se considera en este trabajo a la ética como una rama de la filosofía que se encarga de delimitar los actos virtuosos o deshonorosos enmarcados dentro del ámbito espacial y temporal de una cultura; por lo que lo éticamente “bueno” o “malo” desde esta corriente éti-

ca, es decir, la utilitarista, será la conducta que consiga mayores beneficios con menores perjuicios; dicho de otro modo, la felicidad general (*general happiness*). En síntesis, desde la óptica de esta teoría, un juicio moral versa o trata acerca de la felicidad, y una acción es buena o mala en la medida en que conduzca a la prosperidad o desventura de la colectividad.

Desde la óptica de esta teoría, aquellas acciones que tiendan a incrementar el bienestar serán llamadas buenas, y aquellas que tendieran a incrementar la desdicha, malas; en consecuencia, emitiremos un juicio moral sobre lo bueno y lo malo de una acción que desembocará en felicidad o desventura. Lo anterior ya lo ha manifestado con anterioridad y certeza Andrea Valcarce:

[...]al comparar las cualidades morales de las acciones[...]somos guiados por nuestro sentido moral de la virtud a juzgar así; [...] de tal modo que una acción es la mejor, cuando procura la mayor felicidad para el mayor número; y la peor, cuando, de la misma manera, ocasiona sufrimiento.⁹

La felicidad es entendida como un mayor bienestar o satisfacción de las necesidades. Afirmar en este sentido que “X es

8 Varó Peral, Àngels, Algunas teorías éticas occidentales, pág. 3 (<https://www.nodo50.org/filosofem/IMG/pdf/etica4c.pdf>); fecha de consulta: 12 de mayo de 2018.

9 Valcarce, Andrea, El utilitarismo y la Teoría moral de Adam Smith, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XIII, núm. 10, pág. 271 (<https://goo.gl/m8hnJS>); fecha de consulta: 1 de febrero de 2019.

bueno” equivale a decir que “X produce bienestar”. El fundamento de justificación de esta teoría para decir que todas las personas “deben hacer X” o expresar juicios de valor como “que algo es bueno o malo”, depende del bienestar.

Al hilo de lo manifestado en los párrafos que preceden, para los utilitaristas no hay juicios de valor de bueno o malo respecto a las conductas o las reglas o normas; un deber o un valor; lo bueno o malo dependerá del cálculo de las consecuencias en términos de beneficios y perjuicios para los placeres, bienes o intereses en juego.

iv. El utilitarismo: una corriente muy versátil y algunas de sus objeciones

Podemos reducir el utilitarismo de John Stuart Mill como aquella teoría filosófica tendiente a procurar la mayor felicidad posible a los seres humanos, evitándoles pena o dolor. La búsqueda de la felicidad común viene, entonces, a constituirse en la piedra angular de esta corriente filosófica. El utilitarismo puede ser aplicado en diferentes campos del conocimiento, como el económico y del derecho.

El utilitarismo parte de una visión egoísta en la que el hombre siempre actúa movido por sus propios intereses, que se manifiestan en la búsqueda del placer y en evitar el dolor. alguna de las objeciones que se le reprochan al utilitarismo, es que las personas carecen de importancia en lo individual y que solo tienen un valor

respecto a la contribución que hagan para poder brindar felicidad a todos los miembros de la sociedad en conjunto.

La crítica anterior que se le hace al utilitarismo consideramos que radica en que los individuos son concebidos de tal manera que se tiende a cosificar a las personas para que sean utilizadas para un fin. En consecuencia, fungen como un medio para lograr el fin de la felicidad de la sociedad en conjunto; ya no se ve al individuo como un fin en sí mismo, como lo enunció Kant¹⁰ en su segundo imperativo categórico, sino como un medio para la satisfacción en mayor proporción.

El utilitarismo antes mencionado entra en la clasificación de las posturas utilitaristas; en específico, es un utilitarismo positivo, que se refiere a la potenciación de lo bueno, de la felicidad. También es posible desde la lógica y argumentando *a contrario sensu* deducir que existe un utilitarismo negativo, el cual básicamente tiende a tratar de reducir lo malo, lo negativo, por lo que, en consecuencia, se transformará en mayor bienestar y felicidad. De lo anterior claramente estamos violando el concepto de dignidad humana de las personas.

Otro dardo en contra del utilitarismo consiste en que existen demasiadas posturas utilitaristas; lo anterior es cierto, pero

¹⁰ Afirma Kant que el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa, por lo que se vulnera la dignidad del hombre si es utilizado como un medio, pues el hombre es un fin en sí mismo.

podemos hacer mención de dos posturas utilitaristas importantes que nos servirán para desarrollar el presente estudio: el utilitarismo de actos y el utilitarismo de reglas, que tienen que ver con aquello que posee la capacidad para producir felicidad:

1. El utilitarismo de actos básicamente se centra en juzgar las consecuencias del acto o comportamiento.
2. El utilitarismo de reglas es la teoría para la cual lo correcto o incorrecto de una acción, debe ser sopesado por la bondad o maldad de las consecuencias de una ley. Siendo a una ley o norma, por consiguiente, a la que cada uno debe adecuar sus acciones en tales circunstancias, y esta será buena si de su observancia y aplicación deviene un mayor bienestar general.

v. Aclarando la universalidad y absolutismo de los derechos humanos (ningún derecho es absoluto)

¿Qué pretende la afirmación respecto a que los DD. HH. son universales y absolutos? Tales características mencionadas anteriormente son necesarias en la medida en que los DD. HH., de manera preventiva, deben proteger a los seres humanos en todas las ocasiones, al menos en una concepción *a priori*.

Es por esto que una motivación para que esta clase de derechos sea en general, es

para evitar que se apliquen medidas utilitaristas, es decir, evitar que una minoría sufra para que una mayoría salga beneficiada. Si algo tiene la capacidad de estar en medio del gobierno o de las sociedades sacrificando derechos a expensas de grupos minoritarios para el beneficio de la colectividad, estos deben ser los DD. HH.

Lo anterior así lo afirma González Amuchastegui (2004): “La característica común a todos los derechos humanos es que son concebidos como límites infranqueables incluso para las mayorías”.¹¹

Es por eso que se indica que los DD. HH. son “[...] inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna”.¹²

Existen algunas críticas referentes a la universalidad,¹³ que ya han sido plantea-

11 González Amuchastegui, Jesús, *op. cit.*, pág. 355.

12 Cfr. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>; fecha de consulta: 1 de febrero de 2019.

13 El autor Jesús González Amuchástegui las ha resumido de la siguiente manera:

a) No respeta la pluralidad moral y cultural existente en el planeta, supone una actitud incompatible con la tolerancia preconizada por la propia ética liberal, y refleja una tentación imperialista muy presente en el Occidente; b) La segunda gran crítica que se dirige al universalismo tiene dos objetivos: la noción de individuo como agente moral racional y la creencia en la posibilidad de construir mediante la razón y el diálogo con los demás individuos-agentes morales racionales un código moral *ex novo* válido para todos los potenciales participantes en ese diálogo, es decir, la humanidad entera; c) Descansa en una concepción individualista que olvida la di-

das con anterioridad, pero en esta ocasión obviaremos detenernos a analizar cada una de ellas, toda vez que no son parte del presente trabajo; pero con su mención queremos dejar en claro que no somos los primeros y mucho menos los últimos que formulan y formularán esta cuestión, dejando en claro que la finalidad es tratar de superar dicha problemática y tratar de entender el porqué de esa categorización a los DD. HH.

Cuando hablamos de los DD. HH. como universales, se está haciendo referencia a que “[...]por un lado, constituyen un paradigma moral válido en todo el mundo, y por otro, reconocen a todos los seres humanos su condición de sujetos de esos sistemas normativos de validez universal”.¹⁴ La anterior afirmación significa que tajantemente consta una sola moral legítima para todos, que es fruto de la razón (es descubierta por la razón) e insta que todos los seres humanos son titulares de tales derechos.

Por un derecho absoluto como característica que distingue a los DD. HH., entendemos aquel que jamás puede ser negado. Es difícil argumentar que un derecho es

absoluto si los beneficios que imparte pueden ser disfrutados en grados; *verbigratia*, la libertad es un ejemplo clásico de un derecho que permite aumentos y disminuciones relativos en su posesión y ejercicio.

El análisis se torna problemático al saber que la mayoría de los derechos, desde el punto de vista como prerrogativas o concesiones, se ejercen o disfrutan en grados. Por lo tanto, se hace imposible afirmar que todos los DD. HH. son absolutos. Sin embargo, se puede sugerir que, al menos, un derecho o unos cuantos deberían ser absolutos, o al menos deberían serlo, y este es el derecho a la vida, ya que ningún otro derecho humano puede ser relevante si la vida puede ser tomada a discreción por cualquier individuo.

Iñigo Álvarez (2014) está de acuerdo con la afirmación que se realizó anteriormente, pero la resume de una manera lacónica y magistral: “[...]lo cual no deja de ser discutible, pues el término ‘absoluto’ no indica una propiedad gradual y, en consecuencia, es difícil que algo sea ‘un poco absoluto’[...]”.¹⁵

Existen algunas posturas que tratan de defender el carácter de absoluto y relativo al mismo tiempo, pero lo anterior rompe con uno de los principios de la lógica formal, como el principio de la no contradic-

mención colectiva, los vínculos comunitarios en la noción de individuo, y en consecuencia no otorga relevancia al tercer elemento de la trilogía revolucionaria de 1789 —la fraternidad—, y niega la existencia de derechos de carácter colectivo. Para ver más de este tema, se puede consultar el artículo de González Amuchastegui, Jesús, ¿Son los derechos humanos universales?

14 González Amuchastegui, Jesús, *op. cit.*, nota 3, pág. 346.

15 Álvarez Gálvez, Iñigo, Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles, *Revista de Humanidades de Valparaíso*, año 2, núm. 4, 2014, pág. 66 (<https://goo.gl/k1dxtj>); fecha de consulta: 1 de febrero de 2019.

ción, el cual afirma que una proposición y su negación no pueden ser —ambas— verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido.¹⁶

Santamaría González (2016) menciona que los DD. HH. pueden defender, a la vez, su carácter absoluto y relativo, pero en el sentido de que son relativos en relación con la interdependencia, la interrelacionalidad que existe entre un derecho humano y otro;¹⁷ consideramos que lo anterior es un artificio para escapar de la verdadera naturaleza de la relatividad, porque todo lo que sea relativo no puede ser absoluto, es decir, que carezca de condicionantes o circunstancias que puedan alterar su esencia, por lo que los DD. HH. serían absolutos si realmente pudieran prevalecer en cualquier situación, pero sabemos que existen condiciones que apremian que estos sean prescindibles.

En conclusión, los DD. HH. carecen del absolutismo que se les atribuye, toda vez que desde ciertas condiciones o circunstancias son vencidos o no respetados, por lo que lo mejor sería llamarlos derechos con características prioritarias o relevantes.

16 Audi, Robert, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, England, 2nd Ed., Cambridge University Press, 1999, pág. 737.

17 Lo anterior lo ejemplifica Isabel Santamaría: “[...]El ejercicio de un derecho facilita el ejercicio de los demás. El derecho a la educación garantiza la libertad de pensamiento. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás, si se niega el derecho a la educación está afectando a la libertad de pensamiento”. Cfr. Santamaría González, Isabel, *Agentes de la escala básica*, España, Rodio Ediciones, 2016, pág. 13.

vi. ¿Es posible conciliar la idea del utilitarismo con los derechos humanos?

[...], ni tenéis en cuenta que os es más conveniente que un hombre muera por el pueblo, y no que toda la nación perezca.

Juan 11:50.

Partiendo del punto de apoyo de que los DD. HH. se encuentran basados en nuestros sentimientos y profundas creencias de que son buenos, cabe recordar también que estos sentimientos no han surgido en el vacío,¹⁸ sino que se han adquirido a través del tiempo y de conquistas sociales, pues, como muestra la historia, las violaciones a los DD. HH. tienen consecuencias horribles.

A partir de la censura y otro tipo de restricciones que se implementan en una sociedad, de estas actividades es más probable que se susciten cambios indispensables en las comunidades que las practican, con la finalidad de abolirlas y evitarlas.

Jeremy Bentham, padre y creador del utilitarismo, parte del rechazo de la idea de concebir a los DD. HH. como naturales, por lo que criticó dicha idea y calificó como un sinsentido la afirmación de que existen derechos previos al Estado; para Bentham, los derechos —en caso de existir— son un producto social que se justifica desde el principio de la utilidad.

18 Uno de los temas que siempre ha estado presente, y que consideramos no debería ser de mayor trascendencia, es el de los fundamentos de los DD. HH.

Los primeros utilitaristas como Bentham¹⁹ y Mill estaban interesados en grandes reformas sociales que formularon cuando se opusieron a la esclavitud, cuando defendieron los derechos de las mujeres, trabajadores y homosexuales, así como cuando abogaron por la educación universal, la libertad de prensa y del comercio.

Como economistas y filósofos, su gran aportación fue desarrollar un método para reflexionar sobre cómo querían que fuese la sociedad sin apelar a principios sagrados como la tradición o el mandato religioso, que simplemente se aceptan y encierran ya una respuesta inamovible e innegociable.

En este tenor, cabe formular si los beneficios que puede otorgar la tortura son insignificantes en comparación con el sufrimiento que inflige y el daño a la sociedad. Debido a la falibilidad de la naturaleza humana y la naturaleza especial de los DD. HH., las reducciones de estos causan un peligro inaceptable para la colectividad.

Por ejemplo, permitir que el gobierno realice una lotería para las donaciones forzadas de órganos presentaría un peligro inaceptable de abuso, ya que la autoridad podría inmolar a cualquier persona falsificando los resultados de tal lotería.

19 Fue este el punto de partida desde el que Bentham llevaría a cabo una permanente y activa crítica de los usos y costumbres de su tiempo, de sus instituciones, abogando por la discriminación de la homosexualidad, la extensión del sufragio universal, las reformas de las administraciones públicas, del sistema de prisiones o del bienestar de los animales.

Son tales los abusos cometidos en el pasado, así como asesinatos sin sentido patrocinados por el gobierno por un supuesto bien público los que causan una aversión subconsciente.

¿Por qué es deleznable actualmente la institución de la esclavitud? Plantearnos esta pregunta actualmente en sociedades occidentales parece ser bastante superfluo y perogrullesco, debido a que cualquier persona podría responder llana y simplemente que la libertad es un derecho humano fundamental y aceptado; un logro en el progreso moral de las comunidades. La profesora Guisán (2000) diría: “las consideraciones de bienestar general no pueden sobrepasar el valor de los ‘derechos’ de los individuos”.²⁰

Para Bentham y Mill, desde la óptica de la utilidad, la esclavitud no es buena o mala porque Dios lo diga, es mala porque vivimos peor con ella que sin ella; claro que es innegable que la mayoría puede lograr vivir mejor a costa o en perjuicio de otro, pero su mayor felicidad no compensa la desgracia de los esclavos. Para este primer utilitarismo, la felicidad y desgracia de cada uno sería medible y bastaría sumarlas para decidir qué situación es mejor.

El utilitarismo negativo, como ya se menciona, tiende a tratar de reducir lo negativo y, en consecuencia, se transformará en mayor bienestar y felicidad. Fijémonos

20 Guisán, E., *Más allá de la democracia*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 106.

que si se acepta este utilitarismo todos estaremos de acuerdo en qué es mejor y qué es peor, puesto que todos realizaremos el mismo cálculo.

Desde el argumento planteado en el párrafo anterior, se opone la posibilidad de que haciendo las sumas, la mayor utilidad agregada ocurriera en la sociedad esclavista, pero los utilitaristas responderían que no somos hormigas y valoramos la libertad, y que, por tanto, la suma forzosamente de la infelicidad ha de ser peor en la comunidad esclavista; por lo tanto, tener miedo de este criterio equivaldría a no tener confianza en nuestra propia naturaleza.

Consideramos que ese presupuesto que planteaban Bentham y Mill, parece no ser moral o de principios, sino antropológico. Guisán (2000) comenta que: “Somos ‘por naturaleza’ seres tendentes a la libertad y que llevamos mal las desigualdades y es por ello por lo que la libertad y la igualdad relativa se convierten en bienes irrenunciables”.²¹ Además, “es siempre la referencia al bienestar humano privado y colectivo lo que es ‘trump’ sobre otro tipo de consideraciones, incluidos los derechos y los privilegios”.²²

Como sabemos, la deontología es la teoría ética normativa en la cual existen ciertas acciones que se deben realizar, y

otras que no se deben llevar a cabo, más allá de las consecuencias positivas o negativas que puedan traer. Si nos fijamos en la deontología kantiana, consideramos que esta concibe a un ser humano equiparable a un robot; a manera de ejemplo, para el filósofo de Königsberg el deber de decir siempre la verdad o de no mentir, es una ley moral inviolable, pero digamos que un ladrón irrumpe en un domicilio y pregunta: “¿dónde está tu madre?”, ¿acaso le responderían con la alta posibilidad de que la lastime y, en el peor de los extremos, la asesine?, ¿es incorrecto mentir para salvaguardar su vida?

Si nos mantenemos en la postura radical mencionada en el párrafo anterior de que hay que hacer lo que se ordena o es debidamente correcto hacer sin importar las consecuencias, entonces lo correcto sería decirle al ladrón donde está la madre sin importar que puedan arrebatarse la vida. Como podemos apreciar, de ser así también nos estaríamos convirtiendo en un adorador de un imperativo moral a ultranza, pero en la actualidad las éticas deontológicas se han humanizado y vuelto más sensibles.

Las posturas modernas logran conciliar la infracción de un deber si con esta acción se logra obtener una consecuencia favorable de dicha acción. En el ejemplo que se exteriorizó en los párrafos anteriores y del cual seguimos en esa línea argumentativa, si es posible salvar una vida hu-

21 Citado por Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, La utilidad de los derechos humanos, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 17, núm. 2, 2010, pág. 120.

22 *Idem*.

mana infringiendo el postulado de decir siempre la verdad, un ético deontológico puede reconocer una ponderación de los resultados de la acción. No obstante, en estos casos, se toman en cuenta las consecuencias de la acción y no el valor propio de la acción, por lo que queda suspendida la deontología.

De lo anterior podemos mencionar que la deontología queda suspendida y volvemos a un utilitarismo de actos; como ya es conocido, el *act utilitarianism* asevera que el acto de una persona es moralmente correcto si, y solo, produce los mejores resultados posibles en esa situación específica.

En algunos pasajes, la profesora Guisán (2000) parece acoger un enfoque, el cual creemos que es deontológico, ya que la filósofa menciona:

Cuando está claro que unos bienes son superiores a otros en lo que a la producción del goce profundo y solidario se refiere, las consideraciones cuantitativas son irrelevantes. Una sola persona feliz en su libertad es preferible a un millón de seres felices en su esclavitud o su servidumbre.²³

En los tiempos en que la esclavitud era legal y aceptada por gran parte de la población, la lucha contra ella no podía apelar a esos sentimientos morales, por lo menos, no solo a ellos. Había gente a quien

le repugnaba la idea de la esclavitud y a otros les agradaba. Una disputa sobre la esclavitud fundada en preferencias morales no tiene, en estos términos, buenas maneras de establecer un terreno común en el cual dirimir las diferencias y llegar a algún tipo de acuerdo.

Tanto los detractores como los defensores defendían sus ideas apelando a principios; en el mundo occidental, unos y otros encontraban en la religión y en la Biblia principios absolutos de los cuales deducir su postura. Los beneficios utilitarios que se aplican a los DD. HH. coinciden con las razones principales por las que se han desarrollado los sentimientos hacia los mismos; a diferencia de la confianza en los sentimientos, el utilitarismo coloca a los DD. HH. en una base lógica sólida.

El razonamiento utilitario excluye las creencias tradicionales y las diferencias culturales, las cuales en lugar de resolver los dilemas los agravan, ya que el utilitarismo se basa en el positivismo, es decir, en lo que se observa o puede observarse a través de los sentidos. La intuición para los DD. HH. es frágil y muchas sociedades carecen de intuición; incluso, en Estados Unidos hoy en día existe el homicidio, patrocinado por el gobierno, de ciertas personas “indeseables” indefensas, es decir, la pena de muerte se considera aceptable.

Además, las instituciones erróneas pueden crear derechos ficticios, como el de los padres a golpear a sus hijos o, en el

23 *Idem.*

pasado, la institución de la esclavitud, que otorgaba el derecho de los dueños de esclavos a sus propiedades legalmente adquiridas, esclavos.²⁴ Por lo tanto, el utilitarismo protege y realza los DD. HH., que son instrumentos útiles y legítimos, a fin de exigir la modificación o eliminación de instituciones y prácticas que los contradicen o lesionan.

Algunos autores mencionan que el utilitarismo de reglas sirve para conciliar la corriente utilitarista con la Teoría de los derechos humanos, por lo que podemos usar la siguiente conceptualización del utilitarismo de reglas:

In the rule utilitarianism the attention is focused on the consequences of following the rules, in other words the question is which rule ought to be followed in order to get as much benefit as possible and on

24 Para Bentham y Mill, desde la óptica de la utilidad, la esclavitud no es buena o mala porque Dios lo diga, es mala porque vivimos peor con ella. Claro está que es innegable que unos cuantos viven mejor a costa o en perjuicio de otro, pero su mayor felicidad no compensa la desgracia de los esclavos. Según este primer utilitarismo, la felicidad y desgracia de cada uno sería medible y bastaría sumarlas para decidir qué situación es mejor. Nos debemos percatar que si se acepta este utilitarismo estaremos de acuerdo en qué es mejor y qué es peor, puesto que todos haremos las mismas cuentas utilitarias. A este argumento se opondrá la posibilidad de que, haciendo las sumas, la mayor utilidad agregada ocurriera en la sociedad esclavista. Los utilitaristas responden que no somos hormigas y valoramos la libertad, y que, por tanto, la suma forzosamente ha de dar como peor a la sociedad esclavista. Por tanto, tener miedo de este criterio equivaldría a no tener confianza en nuestra propia naturaleza.

which grounds the rules to be followed are chosen.²⁵

El sustento de que se pueden conciliar los DD. HH. con el utilitarismo, se debe a que es conocido que estos fungen como valores morales y que la sociedad debe respetarlos de manera sucesiva, pero no solo eso: para que cobren plena eficacia, a la vez necesitan estar positivizados dentro del marco legal. De esta manera, al crear una conciencia de que los DD. HH. son parte del derecho, la felicidad en general es progresiva.

Retomando lo anterior, los DD. HH. solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas positivizadas, lo que lleva inherentemente a que sean aptos de ser garantizados bajo la tutela judicial por parte del Estado, quien no debe reconocerlos, sino protegerlos y garantizar su efectividad. De esta manera, la mayor felicidad de todos se alcanza gracias al respeto de los derechos de todos y cada uno de nosotros.

Así, estamos argumentando acerca de los derechos desde la guardia del principio de utilidad, partiendo de la premisa de que si existen positivizados, en conclusión, habrá una mayor felicidad.

25 Traducción personal: "En el utilitarismo de reglas, la atención se centra en las consecuencias de seguir las reglas; en otras palabras, la pregunta es qué regla se debe seguir para obtener el mayor beneficio posible y por qué motivo se eligen las reglas a seguir".

También partimos de la premisa de que los derechos generan felicidad, pero no solo eso: es un requisito *sine qua non* que sean respetados para que se genere tal consecuencia. A la par de lo esgrimido, queremos hacer la salvedad de que estamos conscientes de que pueden existir casos de excepción.

Así, podemos argumentar y fundamentar la compatibilidad de los DD. HH. y el utilitarismo en dos propuestas:

1. Los DD. HH. resguardan bienes que mayoritariamente son preferidos a los demás u otros bienes hasta el punto de que, en caso de colisión entre ellos, lo mejor es respetar los DD. HH., lo cual causará más dicha que realizar lo contrario. Se trata de una hipótesis empírica, que viene a fundamentar la obligación moral de respetar los DD. HH. en la probabilidad de conseguir así la mayor utilidad.²⁶
2. Un segundo desarrollo del argumento utilitarista en defensa de los DD. HH. arguye que estos protegen bienes tan preferibles a los demás, por lo que en

²⁶ Existen críticas a tal desarrollo: hay un autor que ante tal postura tiene un problema, la cual desarrolla de la siguiente manera: "El problema de esta fundamentación es que no justifica la idea aceptada de derechos humanos, según la cual son una noción moral (y en su caso también jurídica) y no la proyección de un evento probable. No es propio de la idea de derechos humanos someter su existencia y respeto a la posibilidad, por improbable que resulte, de que pasarlos por alto produzca globalmente (computando los intereses del titular del derecho igual que los demás) mayor utilidad que respetarlos".

caso de conflicto causa necesariamente más felicidad o bienestar respetar los derechos que perseguir los bienes enfrentados a ellos.

La crítica a esta postura puede devenir en que si lo bueno o malo (lo bueno traducido como felicidad y lo malo, como desdicha) depende de la consecuencia que produzca una norma (derechos), los estamos reduciendo a instrumentos aptos para que se reproduzca lo bueno; y peor aún, si las consecuencias son mejores a costa de que las reglas sean desobedecidas, entonces así debe ser: deben pasar por inadvertidas.

¿Qué podemos extraer de las anteriores manifestaciones? Puede concluirse lo siguiente:

1. La regla dejaría de existir como tal, toda vez que estas deben transmitir seguridad, es decir, saber en qué casos van a ser aplicadas y los casos de excepción, pero la seguridad que otorgan sería un supuesto diletante; pero al obrar de esa manera, la regla dejaría de existir como tal, pues como menciona Iñigo Álvarez (2009) "[...]nos estaríamos guiando por la utilidad de cada comportamiento y no por la utilidad de la clase de comportamiento estipulada en la regla".²⁷ Así, al permitirse los casos de excepción a la regla, entonces el utilitarismo

²⁷ Álvarez Gálvez, Iñigo, *Utilitarismo y derechos humanos: la propuesta de John S. Mill*, Madrid, csic/Plaza y Valdés, 2009, págs. 98 y 99.

de reglas queda subordinado al utilitarismo de actos, pudiendo colegirse que el utilísimo de regla es una especie del utilitarismo de acto.

2. Entonces la crítica principal hacia el utilitarismo de reglas consiste en que sea una postura consistente y coherente. La objeción más común es que si se hace una excepción a la regla, porque exista un caso que tenga como mejor consecuencia el quebrantamiento de dicha regla, entonces la regla está mal formulada y hay que reformularla.

Estamos conscientes de que siempre se puede encontrar otra excepción, hasta tratar de acabar centrándonos en todos los actos, lo cual considero es poco plausible, ya que al ser seres imperfectos es una tarea titánica y casi imposible tratar de prever todos los supuestos de hechos de la excepción a las reglas; pero si evadimos una regla por sus casos de excepción, acabamos transformándonos en utilitaristas de actos.

Como se mencionó al inicio, una regla que contenga excepciones no la hace menos perfecta, sino que estas la amplían y la perfeccionan. También se está consciente de que el hecho de inobservar la regla (en algunas ocasiones), produce una disminución de la felicidad que debe tomarse en consideración, pero no se está pidiendo un cálculo exacto, sino una búsqueda pru-

dente, sensata y razonable de la felicidad en general.²⁸

Es una realidad indiscutible que muchas veces es mejor incumplir una regla que seguirla, puesto que realizar lo contrario nos volvería un adorador o fanático de la misma, siendo más que plausible y necesario optar por el utilitarismo de actos, pues lo que debemos valorar son las consecuencias de la acción.

Así, se considera plantear y responder las siguientes interrogantes que pueden surgir:

1. Entonces, ¿qué finalidad tiene una regla que no debe ser seguida? Una regla ha sido creada para que la actuación de las personas no contradiga lo que se estipula; que existan excepciones a la misma no la vuelve imperfecta o inválida.
2. ¿Cuál es el fundamento que permite la excepción a la regla? La respuesta creemos que ya la resolvió la profesora Guisán (2000) al mencionar que:

Cuando está claro que unos bienes son superiores a otros en lo que a la producción del goce profundo y solidario se refiere, las consideraciones cuantitativas son irrelevantes. Una sola persona feliz en su libertad es preferible a un millón

28 Álvarez Gálvez, Íñigo, La desviación de J. S. Mill: el puesto de las emociones en el utilitarismo, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 17, núm. 2, 2010, pág. 162 (<https://goo.gl/e8tCVD>); fecha de consulta: 1 de febrero de 2019.

de seres felices en su esclavitud o su servidumbre;

como podemos apreciar, la respuesta está basada en supuestos morales, en la justicia, apartando a un lado la utilidad.

VII. La propuesta de John Stuart Mill respecto a la justicia y los derechos

Mencionamos al principio del presente trabajo que el problema que nos ocupa es dilucidar la posibilidad de reconciliar la doctrina utilitarista con los DD. HH. Presentar una teoría moral —que no de justificación a la justicia— sería menos que inservible; el punto de inflexión es que, al parecer, en la corriente utilitarista la justicia no tiene cabida, porque el utilitarismo tiene en la mira a la utilidad general, y la justicia se desliga de esta utilidad general.²⁹

Es correcto afirmar que la utilidad general se desliga de la justicia, porque sabemos que esta no va asociada a la arbitrariedad y actúa de manera equitativa, tratando por igual a todos los ciudadanos con independencia de su raza, sexo, condición sexual, origen... vale decir que todos somos iguales ante la ley, al menos así lo menciona el artículo primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.³⁰

²⁹ Álvarez Gálvez, Íñigo, *op. cit.*, nota 6, pág. 317.

³⁰ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspender-

John Stuart Mill entiende que la justicia proviene de lo justo. ¿Qué es lo justo?, lo que debe estar de conformidad con la ley; Mill concluye que la idea de la observancia de la ley tiene que ver con el núcleo de concepto de justicia. Acorde con lo anterior, de la mano con la justicia va enlazado un sentido del deber. La justicia es aquello que es correcto hacer e incorrecto no hacer, pero no únicamente esto, sino que también lleva implicado un derecho correlativo por otra persona que puede exigir como su derecho moral.³¹

John Stuart Mill nos menciona que el concepto de justicia no tiene nada que ver con la conveniencia general (entendida como aquello que tenga la propiedad para ser útil, conveniente o provechoso para la generalidad); aunque llega a haber una relación con la conveniencia general, debido a lo moral que lleva consigo implícito el concepto de justicia.

Nos menciona que el sentimiento de justicia tiene que ver con el deseo de castigar a alguien, porque ha hecho daño a otro; este sentimiento de castigar a otro, si bien es cierto no es moral, se reviste de esta característica debido a la simpatía social, que es la capacidad que tenemos las personas de sentirnos ofendidas por el daño hecho a otras, aunque no lo hayan sentido en carne propia, pero no cualquier daño que puedan ocasionar será considerado

se, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

³¹ *Cfr. Ibidem*, pág. 319.

como una afrenta, pues debe ser del tipo que la sociedad tiene interés en reprimir.

Dice Mill: “Tener un derecho, por tanto, es entiendo, tener algo en cuya posesión la sociedad debe defenderme. Si el objetante continúa preguntando por qué debe, no puedo darle otra razón que la utilidad general”;³² en consecuencia, cada individuo debe respetar y hacer valer los derechos, porque al hacerlo de esa forma es como se alcanza la felicidad general, de manera tal que los derechos no entran en conflicto con la consecución de la felicidad general, sino que son parte de ella.³³

Mill se pronuncia respecto a la justicia de la siguiente manera, por lo que me permito citar textualmente el pensamiento del autor:

To recapitulate the idea of justice supposes two things; a rule of conduct, and a sentiment which sanctions the rule. The first must be supposed common to all mankind and intended for their good. The other (the sentiment) is a desire that punishment may be suffered by those who infringe the rule. There is involved, in addition, the conception of some definite person who suffers by the infringement;

32 Cfr. *Ibidem*, pág. 321.

33 Álvarez Gálvez, Íñigo, La desviación de J. S. Mill: el puesto de las emociones en el utilitarismo, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 17, núm. 2, 2010, pág. 162 (<http://www.usc.es/revistas/index.php/telos/article/download/768/750>); fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018.

whose rights (to use the expression appropriated to the case) are violated by it.³⁴

La justicia tiene que ver con la obligación de hacer algo, que crea el derecho de otra persona a exigir que ese hacer por parte de nosotros sea realizado; es decir, se le exige a la sociedad que ese derecho debe ser respetado o protegido.

Las reglas o los derechos son útiles, porque ayudan a alcanzar la felicidad o el mayor bienestar general, o dicho de otra manera, puesto que lo que se procura es alcanzar la felicidad general, se elaboran determinadas reglas que nos ayudan a decidir y comportarnos.

Poseer un derecho por el cual las personas deben defenderlo por razón de una utilidad general, se traduce o se interpreta en que aquel va a desencadenar una felicidad general.³⁵ ¿Por qué va a desencadenar

34 Traducción personal: “La idea de justicia supone dos cosas: una regla de conducta y un sentimiento que sanciona la regla. El primero debe suponerse común a toda la humanidad, y destinado a su bien. El otro (el sentimiento) es un deseo de que los que infringen la regla puedan sufrir un castigo. Se trata, además, de la concepción de alguna persona definida que sufre por la infracción, cuyos derechos (para usar la expresión apropiada para el caso) son violados por ella”. Cfr. Mill, John Stuart, *Utilitarianism and the 1868 Speech on Capital Punishment*, 2nd Ed., Hackett Publishing Company, Inc., pág. 53.

35 John Rawls en su obra *Teoría de la justicia* del año 1972 menciona que son los bienes que se pueden suponer deseables para todo ser humano racional, sean cuales sean los deseos más particulares de tal ser humano. Son los bienes que resultan útiles, sea cual sea el plan de vida racional mantenido por una determinada persona concreta. Como podemos apreciar, John Rawls es un utilitarista contemporáneo del siglo xx. La única diferencia de Rawls con los utilitaristas anteriores, es que

una felicidad general? La respuesta es sencilla si encontramos el hilo conductor de todo lo expuesto: si el sentimiento de simpatía por otros está tan bien desarrollado, entonces la felicidad del individuo singular depende del bienestar de los otros.

Así también lo ha expresado Esperanza Guisán (2000)³⁶ —filósofa utilitarista contemporánea—:

Concebido así el ser humano no sólo como un ser que se interesa por los demás, sino con capacidad de gozar ayudando a los demás a que se desarrollen libremente, las cautelas individualistas de la concepción predominante parecen carecer de sentido.

Lo que han tratado de enunciar Mill y Guisán (2000), es que hay intereses individuales cuya importancia es tal que su satisfacción es prioritaria para incrementar el bienestar; por ello, el interés en preservarlos mediante una regla de conducta general de aplicación simple ha de prevalecer necesariamente sobre cualesquiera otros en un razonamiento utilitarista y justifica

defenderlos como derechos, prescindiendo del cálculo de utilidad inmediato.

Podemos resumir lo anterior de la siguiente manera:

1. Poseer un derecho es tener algo cuya posesión debe garantizar la sociedad.
2. Si cualquier objetante me pregunta por qué lo debe defender la comunidad, se debe responder que es debido a la utilidad general.
3. Si la respuesta a la pregunta: ¿por qué debe defender mis derechos?, no parece indicar con intensidad suficiente la fuerza de la obligación ni explicar la energía peculiar del sentimiento, es porque en la composición de este último entra no solo un elemento racional, sino también uno animal: la sed de la represalia; y la intensidad de esta, lo mismo que la justificación moral, se derivan de la clase de utilidad extraordinariamente importante e impresionante a que se refieren.
4. El sentimiento de simpatía por otros está tan bien desarrollado que la felicidad del individuo depende del bienestar de los otros.
5. La justicia que propone John Stuart Mill nos lleva a aceptar el utilitarismo que defiende y se asocia con los derechos.
6. El interés que entrañan los derechos es el de la seguridad, que ante los sentimientos de cada uno es el más importante de todos los seres humanos.

no prioriza la felicidad general como una meta o *goal*, sino que los bienes básicos o primarios y los derechos humanos *per item*, permiten a cada uno de los individuos alcanzar la felicidad —cada quien concibe la felicidad desde su punto de vista; dicho de otra manera, sin importar subrepticamente el concepto de felicidad que cada quien posea.

³⁶ Esperanza Guisán Seijas fue una *filósofa, catedrática universitaria y ensayista española*, reconocida por haber sido la introductora del *utilitarismo* contemporáneo en *España* y difusora de una ética informada por la justicia, la felicidad y el bienestar.

7. Sabemos —diríamos— que siguiendo esas reglas, es como se alcanza la felicidad general.

Apoyándonos en Massini Correas, sostenemos que es imposible pensar en los derechos sin admitir un necesario deber jurídico de otro/s sujeto/s jurídico/s, por lo que el hecho de que si este o estos sujetos deudores son a veces difícilmente determinables³⁷ no argumenta absolutamente nada en contra de esta afirmación. Sin esta correlatividad, los intereses que buscan protección pueden pasarse sin ellos, ya que no habrá otra persona por cuya responsabilidad pueda quedar obligado.³⁸

Lo anterior lo podemos reafirmar y conjugar con la Teoría de los derechos subjetivos, pues sería de una ignorancia enciclopédica no concebirlos así, pues se afirma, sin mayor vacilación, que los derechos no deben ser reconocidos, sino únicamente tutelados; que deben existir las garantías para que estos sean protegidos. En este sentido, y como consecuencia lógica de lo anteriormente manifestado, los DD. HH. deben y pueden ser concebidos como subjetivos, que son tradicionalmente pasibles de ser tutelados por vía judicial.

De manera sumaria podemos advertir que los DD. HH. son una clase de derechos subjetivos. Este argumento lo vamos a concatenar con la positivización de los DD. HH., para que se conviertan en fundamentales, pues si estamos partiendo de que los DD. HH. son una clase de derechos subjetivos, sería un absurdo no mencionar que están vinculados al derecho positivo.

Ser titular de un derecho supone la existencia de una facultad para ejercerlo; ya se han pronunciado diversos autores de enorme relevancia respecto a lo que se entiende por derecho subjetivo. Podemos mencionar a Ferrajoli (2001), quien expresa lo siguiente: “Cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.³⁹ El profesor Rolando Tamayo y Salmorán se ha pronunciado manifestando que:

[...] el derecho subjetivo contiene la autorización conferida al derechohabiente — al titular del derecho (o a quien actúe en su nombre)—, de dirigirse al órgano de aplicación (i.e. el tribunal) requiriendo, mediante la interposición de una demanda o acción, la ejecución de su derecho...⁴⁰

37 Claro, como sabemos, los derechos subjetivos son indeterminados y se oponen a toda persona, a diferencia de los derechos reales.

38 Massini Correas, Carlos, *Filosofía del derecho*. Tomo I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2005, pág. 103.

39 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 19.

40 Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, 1.ª reimpresión, UNAM, pág. 65.

Lo anterior refuerza nuestra postura inicial de alejarnos de la fundamentación naturalista de los DD. HH. y fortalecer nuestra postura con el fundamento historicista y positivista de los mismos.

viii. El utilitarismo como medio para solucionar los conflictos normativos a nivel constitucional

Seguir o acatar las reglas va encaminado a una utilidad, por lo que se piensa que es provechoso seguirlas, aunque nunca harán falta cuestiones en las que se planteen un problema particular en relación con un aparente conflicto de normas, las cuales reconocen derechos, y en esos casos, estos derechos parecerían ser contradictorios o incompatibles. Como afirma Íñigo Álvarez:

Por otro lado, estas reglas que son los derechos pueden tener, como todas, determinadas excepciones. Puesto que están pensadas con el fin de promover la felicidad general, la constatación en un caso dado de una disminución grave de la tal felicidad general puede hacer que se deje de lado la regla. O dicho de otro modo, puesto que lo que se pretende es conseguir la felicidad general, se elaboran determinadas reglas que nos ayudan a decidir y comportarnos (sabemos, diríamos, que siguiendo esas reglas es como se alcanza la felicidad general); pero, a la vez, puesto que lo que pretendemos

es conseguir la felicidad general, cuando comprobamos que siguiendo tales reglas lo que se consigue es disminuirla gravemente, el mismo fin nos indica que debemos dejar de lado las tales reglas.⁴¹

Podemos enunciar algunos ejemplos donde existe un aparente conflicto de los DD. HH.:

1. En el caso del aborto: el derecho a la vida del niño; y el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad de la madre.
2. En el consumo de drogas: el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y la privacidad del drogadicto; y el derecho a la salud pública y seguridad de la población.
3. En la pornografía: el derecho a la libertad de expresión y privacidad frente al derecho a la moral pública, la defensa de la familia y la sana educación de los niños y jóvenes.
4. En los noticieros: el derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor y la intimidad.
5. En la clonación de seres humanos: el derecho a la reproducción frente al derecho a la dignidad y la vida del embrión.

Y la cuenta o enumeración de una aparente colisión o conflicto de DD. HH. podría seguir. ¿Cómo solucionar este dile-

⁴¹ Álvarez Gálvez, Íñigo, *op. cit.*

ma? Un utilitarista del acto realizaría un cálculo de beneficios y perjuicios del principio que subyace tras los actos, es decir, ponderaría los beneficios y perjuicios de seguir o no una regla u otra; un utilitarista de reglas debe aplicarlas sin importar las consecuencias, pues para él es benéfico emplearlas sin tomar en cuenta las consecuencias de su aplicación, pero el utilitarismo de reglas debe concebir que los DD. HH. no están estructurados como una norma habitual y no siguen la lógica de todo o nada, por lo que al estar ante una aparente colisión de DD. HH. debe, al finalizar, ponderar con base en un utilitarismo de actos, si beneficia más seguir una regla u otra. ¿Cuáles DD. HH. brindarán más beneficio o felicidad?; o también acercándolo al pensamiento de Robert Alexy (2008): “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

¿Por qué un derecho no debe ser satisfecho y otro sí? No estamos, entonces, reduciendo la ponderación del jurista alemán a un cálculo utilitarista. La respuesta es obvia y afirmativa. Claramente es benéfico aplicar el utilitarismo y resulta imposible no aplicar consciente o inconscientemente cierto grado y tipo de utilitarismo en la ponderación de los DD. HH.

El utilitarista de reglas se basa en que al respetar los derechos, se genera una mayor felicidad, pero muchas veces seguir la

regla general conlleva más infelicidad que felicidad, por lo que concurren casos de excepción; entonces, al ponderar los DD. HH., vemos que se aplica un utilitarismo de actos y no de reglas, puesto que el utilitarista valora las consecuencias que se generan en la aplicación de un derecho o de otro.

¿Qué hace un defensor de los DD. HH. ante una “colisión” de estos? En este punto me gustaría hacer mención de que los DD. HH. no pueden cumplirse siempre o hacerse valer; esa característica de que siempre tienen que ser cumplidos, puede verse opacada cuando un derecho humano tenga que dejar de ser aplicado para que otro se respete.

Mantener la postura contraria a lo anteriormente manifestado, sería un amor exacerbado por las reglas; así lo comenta Smart: “(...) afirmar que hay reglas que deben ser obedecidas aun en los casos en los que es evidente que no es la vía para producir la máxima felicidad es caer en la adoración a la regla”.⁴² Como plantea John Stuart Mill acerca de que el respeto a los derechos, es un deber de justicia, pero en determinados casos lo justo es no respetarlos.

También existen otras situaciones independientes a una “colisión” de DD. HH., como casos en los que los derechos pueden ser inobservados debido a extremas situaciones que demandan un mayor bienestar

⁴² Citado por Álvarez Gálvez, Íñigo, *Utilitarismo y derechos humanos: la propuesta de John S. Mill*, Madrid, Plaza y Valdés, 2009, pág. 98.

general. Así, incluso, lo establece el artículo 29 constitucional.⁴³

Es obvio que al contar con derechos también existen límites para ellos, lo que nos lleva a considerar que nuestros derechos pueden llegar a ser desplazados por otros. De la idea esbozada anteriormente, se puede perfilar el caso de una “colisión” de derechos del mismo rango y, a la vez, la consecuencia inevitable de ponderarlos.

Como sabemos, la incorporación de los DD. HH. en nuestro ordenamiento jurídico los ha positivizado, es decir, les ha dado legalidad,⁴⁴ convirtiéndolos así en derechos fundamentales, pero de su positivización no se sigue que hayan perdido su estructura lógica de principios, pues estos están enunciados de diversa forma que las normas o reglas.

Los DD. HH. incluidos en nuestra Constitución y en otras, están redactados como

43 “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los estados unidos mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de estado, los departamentos administrativos y la procuraduría general de la república y con aprobación del congreso de la unión, y, en los recesos de este, de la comisión permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo...”.

44 Todo ello puso en jaque al positivismo jurídico tradicional, que consideraba al derecho como tal en tanto y en cuanto este fuera formalmente válido y eficazmente vigente conforme a los principios de validez y eficacia, los cuales fueron en gran parte establecidos por Hans Kelsen. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, pág. 142.

principios; en la actualidad se concibe que los sistemas jurídicos están formados no únicamente por reglas, sino también por principios capaces de dirigir la acción como un derecho directamente aplicable.

Robert Alexy (2008) manifiesta puntualmente que los principios son: “(...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y realidades existentes”.⁴⁵ Una característica de los principios es que pueden cumplirse en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino de las jurídicas. El mejor ejemplo de los principios son los derechos fundamentales incluidos en nuestra Constitución Política.

Lo anterior básicamente cae en el supuesto a considerar cuando un derecho es apartado por otras consideraciones, que tendrán que estar fundamentadas o sustentadas sobre la base de las consecuencias que se producirán, es decir, qué consecuencias puede llevar si se respeta tal derecho en cuestión. Podríamos decir que alguien que defienda los DD. HH., va a negar la libertad de expresión a quien colabore con personas cuyos actos resulten flagrantemente en contra de los derechos de otras; en este caso podríamos mencionar a aquel que colaborara con el régimen nazi.

45 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 67.

Es obvio que en el caso anterior, mantener una postura de respetar el derecho anterior o ciertos derechos conlleva a todo lo contrario que busca el utilitarismo, es decir, acarrea una mayor infelicidad. En este caso, el principio de la utilidad opera de dos maneras; el mismo principio que nos obliga a respetar los derechos por el beneficio de todos y una mayor felicidad, lleva consigo mismo también que no respetemos ese derecho, para así evitar una gran infelicidad y, al mismo instante, se produzca mucha felicidad.

Lo inconveniente de este tipo de utilitarismo es la medición que se hace respecto a la felicidad en grados que se pretende buscar; asimismo, no sabemos qué criterios se utilizaron para poder valorar y llegar a tal medición. La objeción más importante es que el derecho quedaría en un segundo plano, puesto que solo se respetaría mientras genera una mayor felicidad, es decir, seguiría la suerte de lo principal porque serían accesorios. Lo que caracterizaría al derecho, entonces, sería la utilidad y no el derecho *per se*.

Igualmente, este tipo de utilitarismo parece no reconocer el carácter primario de los DD. HH., porque no los coloca como ejes motores en sí, sino que los derechos resultan ser una consecuencia de la aplicación del principio de utilidad. Ahora, respondiendo la pregunta del apartado VI intitulado: ¿Es posible conciliar la idea del

utilitarismo con los derechos humanos?, la respuesta es afirmativa.

Si bien los DD. HH. ya se encuentran positivizados en una norma siguen desempeñándose con la mecánica de los principios. Desde el punto de vista del defensor de los DD. HH., al decir que un derecho no puede ser violado significa que se le concede un determinado peso; lo mismo que al decir que tiene límites significa que se le reduce dicho peso. Eso es lo que hace también el utilitarista: conceder un peso determinado al derecho para realizar el cálculo.

Esto es lo que nos indica a la postre si en una determinada situación debe prevalecer un derecho o no; es lo que nos indica el peso que debemos asignarle, y quizá no sea descabellado pensar que el defensor de los derechos no puede escapar de estas consideraciones.

Me gustaría hacer una distinción entre las reglas o normas y así también una pequeña distinción entre estas y los principios. Se dice que estos últimos se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que se destacan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.⁴⁶

Se ha intentado realizar una distinción entre cinco variables distintas entre reglas y principios:

46 Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, 2.^a ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pág. 111.

- a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- b) Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales y, más que dirigirse a los comportamientos, se dirigen a las actitudes.
- c) La tercera vía señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.
- d) Se distinguen los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- e) En una quinta aproximación, se indica que los principios no admiten la interpretación literal; tienen un carácter orientador respecto a las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios; y los conflictos entre principios, se resuelven con la técnica de la ponderación.⁴⁷

De lo anterior, podemos llegar a decir que, respecto a los DD. HH. (que en su estructura funcionan como principios), no se puede llegar a una única respuesta correcta en la solución de resultados jurídicos

⁴⁷ *Idem.*

complicados en la cual haya una aparente colisión de derechos.

Con los principios no se aplica la regla que caracteriza a las reglas, es decir, no tienen un carácter concluyente de todo o nada. Aunado al hecho de que no funcionan con la subsunción de los hechos a la norma, por lo consiguiente tendrá que resolverse por la ponderación; ponderar es básicamente pesar un principio como si se pudiera colocar en el plato de una balanza.

Algunas personas sostienen que el utilitarismo es contrario a los DD. HH., porque son universales y absolutos, pero es sabido que en muchas ocasiones son inaplicados porque existe una ponderación entre ellos. Lo anterior no significa que uno sea vencido o derrotado, puesto que, como ya sabemos, los DD. HH. tienen la estructura de los principios y no de las reglas. Así, ponderar un derecho es una cuestión de grados; cuál debe prevalecer en esa situación y cuál no, no hace inválido ese derecho humano. Así, los DD. HH. no quedan sacrificados o desplazados.

La Ley de Ponderación de Robert Alexy (2008) reza de la siguiente manera: “Cuan- to mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se puede observar, Alexy usa la palabra satisfacción, que es un sentimiento de bienestar o placer que se tiene cuando se ha colmado un deseo o cubierto

una necesidad. La Ley de Ponderación se puede definir en tres momentos:

1. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción de uno de los principios.
2. Se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. Debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no afectación del otro.⁴⁸

Ya lo mencionó Dworkin (2012) al afirmar que los principios tienen una dimensión de peso e importancia, debido a que cuando los principios se enfrentan quien debe resolver el conflicto tiene que calcular el contrapeso relativo de cada uno.⁴⁹ Lo encantador de este planteamiento, es que desde el punto de vista de John Stuart Mill no se encuentra tan alejado de lo que se puede defender desde una teoría de los derechos y, en particular, de los DD. HH.

Se ha visto que es posible también desde una teoría de los derechos en donde se parta de la premisa de que estos tienen un carácter absoluto de los DD. HH., lo cual

es en realidad relativo a las situaciones.⁵⁰ También, desde este punto de vista, la defensa de los derechos se apoya en último extremo en su bondad, y, en fin, también cabe afirmar que las limitaciones y las aboliciones de ciertos derechos, se sostienen en función de las consecuencias.

ix. Conclusiones de un no escéptico a la conciliación del utilitarismo y los derechos humanos

Esta investigación conlleva a afirmar que aplicar el utilitarismo a los DD. HH. no solo es útil, sino que resulta imposible dejar de hacerlo en los “conflictos” suscitados entre los DD. HH.

1. El utilitarismo permite decidir en materia de conflictos jurídicos, razón por la cual sí es posible asociar esta doctrina ética con los DD. HH.
2. Es posible asociar el utilitarismo y los DD. HH., incluso a partir de la Teoría de los derechos en donde se parta de la premisa de que estos tienen un carácter absoluto, pero haciendo la aclaración de que en realidad es relativo a las situaciones.
3. Los DD. HH. son aplicados con base en un utilitarismo de actos y no de reglas, toda vez que su estructura no tiene la

⁴⁸ Cfr. Bernal Pulido, Carlos, Estructura y límites de la ponderación, España, Doxa, 1989, págs. 8 y 9 (<http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD49949854.pdf>); fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018.

⁴⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012, pág. 77.

⁵⁰ Cfr. Álvarez Gálvez, Íñigo, Una fundamentación utilitarista de los derechos humanos: J. S. Mill, pág. 6 (<http://www.uv.es/cefd/15/alvarezgalvez.pdf>); fecha de consulta: 27 de diciembre de 2018.

- forma como una norma habitual, es decir, no sigue la lógica de todo o nada, por lo que al estar ante una aparente colisión de DD. HH., debe, al finalizar, ponderar con base en un utilitarismo de actos y no de reglas.
4. Los beneficios utilitarios que se aplican a los DD. HH. coinciden con las razones principales por las que se han desarrollado los sentimientos hacia ellos.
 5. Los filósofos utilitaristas justifican proteger los DD. HH. por la utilidad que reportan.
 6. Mill y otros filósofos —entre ellos, Guisán (2000)— postulan en sus obras una interpretación del cálculo utilitario que es razonable, el cual se amolda armónica y teleológicamente a los DD. HH.
 7. En relación con los conflictos suscitados entre los DD. HH., no se puede llegar a una única respuesta correcta en la solución de resultados jurídicos en la cual haya una colisión de los mismos, por lo que en algunas ocasiones va a prevalecer uno sobre otro, pero jamás desaparecerán.
 8. El utilitarismo busca maximizar la felicidad y los derechos son reglas que apuntan a la maximización de la felicidad.
 9. Como ya mencionó John Rawls (1972) en su obra *Teoría de la justicia*, los bienes básicos/primarios son equivalentes a los DD. HH. que conocemos hoy en día.
 10. El presente estudio que se ha abordado seguramente es un resumen demasiado simplificado de la fundamentación utilitarista articulada junto con los DD. HH., pero de lo contrario sería una tarea titánica, ya que son posibles otros desarrollos, combinaciones y matices.
 11. Los llamados conflictos entre los derechos fundamentales solo pueden ser aparentes y deben tener un nombre, pero realmente es inexistente un conflicto entre ellos.

x. **Bibliografía**

- Audi, R. (1999). *The Cambridge Dictionary of Philosophy* (2.^a Ed.). England: Cambridge University Press.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Gálvez, Íñigo (2009). *Utilitarismo y derechos humanos: la propuesta de John S. Mill*, Madrid: CSIC/Plaza y Valdés.
- Aristóteles (2010). *Ética nicomaquea* (22.^a ed.). México: Porrúa.
- Beccaria, C. (1988). *De los delitos y de las penas* (trad.: Juan Antonio de las Casas). Madrid: Editorial Alianza.
- Bentham, J. *The Philosophy of Economic Science - The Psychology of Economic Man*. London: The Royal Economic Society by George Allen & Unwin Ltd.
- Bernal Pulido, C. (1989). *Estructura y límites de la ponderación*. España: Doxa.

- Cárdenas Gracia, J. (2007). *La argumentación como derecho* (2.^a ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cortina, A. (2010). *Justicia cordial*. España: Trotta.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- González Amuchastegui, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía: una teoría de los derechos humanos*. España: Tirant Lo Blanch.
- Guisán, E. (2000). *Más allá de la democracia*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1974). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Marx, K. (1976). *Capital* (trad.: Ben Fowkes). England: Penguin Classics.
- Massini Correas, C. (2005). *Filosofía del derecho*. Tomo 1. *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Buenos Aires: Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot.
- Rodríguez-Toubes Muñoz, J. (2010). La utilidad de los derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 17(2).
- Tamayo y Salmorán, R. *El derecho y la ciencia del derecho: introducción a la ciencia jurídica* (1.^a reimp.). México: UNAM.
- Valparaíso, 4, año 2. Recuperado de <https://goo.gl/k1dxtj>.
- . Una fundamentación utilitarista de los derechos humanos: J. S. Mill, p. 6. Recuperado de <http://www.uv.es/cefd/15/alvarezgalvez.pdf>
- Kant, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Recuperado de http://pmlb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf
- Moreno Doña, A. Una mirada crítica a la ética pragmática de Richard Rorty desde la propuesta ética de Humberto Maturana. *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, 34. Recuperado de <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/moreno34.pdf>
- Pérez Triviño, J. L. (2004). La noción rawlsiana de autorrespeto. *Diritto e Questioni Pubbliche*, 4. Recuperado de http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/studi_J_Perez-Trivino.pdf
- Valcarce, A. El utilitarismo y la Teoría moral de Adam Smith. *Revista Empresa y Humanismo*, 13(1/10), 271. Recuperado de <https://goo.gl/m8hnJS>
- Varó Peral, Á. Algunas teorías éticas occidentales. *Asignatura: Ética 4t ESO*. Recuperado de <https://www.nodo50.org/filosofem/IMG/pdf/etica4c.pdf>

Cibergrafía

- Álvarez Gálvez, Í. (2014). Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles. *Revista de Humanidades de*

PARIDAD DE GÉNERO

DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN MÉXICO

CARLOS MUÑOZ DÍAZ¹
GISEL PÉREZ BECERRIL²

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptualizando la paridad de género. III. Partidos políticos. IV. Antecedentes. V. Ámbito legislativo de la paridad. VI. Democracia paritaria. VII. Cuotas de género. VIII. Reformas a las cuotas de género. IX. Derechos políticos. X. Relación de la paridad de género con los derechos político-electorales. XI. La paridad de género de los derechos políticos en México. XII. Paridad de género horizontal y vertical en el Congreso de la Unión. XIII. Paridad de género en el Congreso de México 2018-2021. XIV. Conclusiones. XV. Bibliografía.

Resumen

En México, la paridad de género se puede entender como el derecho universal del sexo femenino y masculino para disfrutar y gozar de sus derechos, así como de oportunidades en cualquier ámbito sin importar el género; es el equilibrio de igualdad entre hombres y mujeres. Los partidos políticos y las autoridades electorales son los responsables de garantizar este derecho, logrando su implementación; luego, entonces, es necesario efectuar medidas en la legislación para hacer eficiente la paridad de género y cumplirla en materia electoral. En el presente trabajo, se expone cómo está relacionada la paridad de género con los derechos políticos y su importancia; basándonos en la Teoría del caos, al considerar que existe un marco jurídico que regula la paridad de género en

1 Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UAEM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I del Conacyt.

2 Estudiante de la Facultad de Derecho de la UAEM.

materia política, en nuestro artículo se pretende explicar cuáles han sido los resultados y el desarrollo respondiendo las siguientes preguntas: ¿cuál es la eficiencia de la paridad de género en los derechos políticos de nuestro país?, ¿qué medidas se deben implementar en la legislación con el fin de tener una verdadera paridad de derechos políticos entre hombres y mujeres?, ¿cuáles son los recursos con los que cuenta el país para convertir la paridad de género en una realidad? Abordamos los mecanismos de protección de la paridad de género, partiendo desde los primeros movimientos feministas ocurridos en 1910, para conocer cómo surgen los derechos políticos de las mujeres y el principio de paridad de género; se estudia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y Ley General de Partidos Políticos, realizando un análisis de la incorporación de este principio a la legislación mexicana a lo largo del periodo 1910-2018; se analizan las causas que provocan la no protección de la paridad de género, a través de los factores que la vulneran, como la desigualdad, el machismo y el empoderamiento del hombre dentro de los partidos políticos.

Palabras clave: paridad de género, derechos políticos, democracia paritaria, cuotas, México.

Abstract

In Mexico gender parity can be understood as the universal right of female and male sex to enjoy their rights as well as opportunities in any area regardless of gender; is the balance of equality between men and women. Political parties and electoral authorities are responsible for ensuring this right achieving its implementation; then it is necessary to make measures in the legislation for the efficient gender parity and to fulfill it in electoral matter. In this paper is showed how gender parity with political

rights and its importance is related; based on the Chaos Theory when we consider that there is a legal framework that regulates gender parity in political matter our article aims to explain what have been the results and the development answering the following questions: What is the efficiency of gender parity in political rights in our country? What measures should be implemented in the legislation in order to have a true parity of political rights between men and women? What are the resources that the country has to make gender parity a reality? We approach the mechanisms for the protection of gender parity, starting from the first feminist movements that occurred in 1910, to know how women's political rights and gender parity principle arise; that is studied in the Political Constitution of the United Mexican States, General Law of Electoral Institutions and Procedures, and General Law of Political Parties, conducting an analysis of the incorporation of this principle to Mexican legislation over the period from 1910 to 2018; we analyze the causes that cause the non-protection of gender parity through the factors that infringe it as inequality, machismo and the empowerment of man within political parties.

Keywords: gender parity, political rights, parity democracy, quotas, Mexico.

1. Introducción

Frente a las nuevas generaciones cabe preguntarse: ¿qué tanto ha evolucionado la participación de las mujeres en la vida política?, o, ¿qué tan efectiva ha sido la paridad de género para asegurar la participación de las mujeres en la política?, interrogantes verdaderamente importantes cuando la historia de nuestro país demuestra una desigualdad entre géneros, así como la necesidad de seguir promoviendo una democracia paritaria y estrategias eficientes dentro de las legislaciones, para lograr que los cargos de elección pública estén integrados de forma paritaria.

En este texto se presenta un panorama general, así como conceptos y datos en torno a la paridad de género y las medidas que se han tomado para la participación de las mujeres mexicanas en la vida política y cómo está el debate del tema en nuestro país. En el presente artículo se hace un recorrido histórico sobre la evolución de los derechos político-electorales de las mujeres y cómo estos han podido llegar a la legislación que rige a México para enfrentar los retos de desigualdad que existen en el ejercicio del poder, así como la creación de instituciones electorales y reformas constitucionales para hacer de la participación política de las mujeres un hecho. Las mujeres no solían tener importancia en la política; no se tomaban en cuenta; eran consideradas incapaces para

tomar decisiones; eran catalogadas como el sexo débil; los hombres eran los encargados de tomar decisiones, tenían inferioridad, así como dominación y control sobre las mujeres. Fue hasta el siglo XIX que el sexo femenino comenzó a realizar movimientos de lucha en la búsqueda del reconocimiento al sufragio, reconocimiento a las mujeres, una mejor vida económica, mejores condiciones laborales, conseguir una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, lo cual fue una travesía larga y constante a través de los años para dar el reconocimiento merecido al género.

Un gran logro para las mujeres fue la creación de las cuotas de género, para fomentar su participación en la vida social y política de México, así como la aplicación de los principios de paridad en el registro de candidaturas de los partidos políticos, por lo que el desarrollo de los derechos político-electorales de las mujeres cada vez es mayor y ahora es más común ver a mujeres compitiendo por cargos de elección popular.

Con la premisa de que la paridad entre los géneros no se agota en la definición de porcentajes equitativos de representación, sino que pasa necesariamente por el reconocimiento de garantizar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en todos aquellos espacios políticos de toma de decisiones estratégicas para nuestro país, ello implica asumir que la paridad debe darse no solo en las urnas, sino tam-

bién en la conformación de los distintos órganos internos en los que se organiza y define el quehacer legislativo, tanto de la Cámara de Diputados como la de Senadores, además de la dirección de los grupos parlamentarios, el quehacer del Pleno y la dirección de las Comisiones Ordinarias (Medina, 2014, pp. 16-17).

Cabe destacar que uno de los puntos más relevantes para el presente análisis, es la responsabilidad que tienen todas las mujeres y hombres con la protección de los derechos político-electorales y el hacerlos cumplir siempre apegados a la ley, respetando a todo individuo. En el siguiente artículo, se cita a varios autores que complementan el análisis de los conceptos fundamentales para la comprensión del tema.

II. Conceptualizando la paridad de género

La paridad de género ha sido creada para que tanto mujeres como hombres puedan tener una sociedad democrática a través de la participación ciudadana, con instituciones que integren el enfoque de género en la política; los cupos se deben distribuir en términos iguales entre los géneros o, al menos, con mínimas diferencias.

La paridad es un principio constitucional que tiene como finalidad la igualdad sustantiva entre los sexos, que adopta nuestro país como parte de los compromisos internacionales que ha adquirido con el objeto de que los derechos político-electorales de las y los ciudadanos se ejerzan

en condiciones de igualdad. La paridad es una medida permanente para lograr la inclusión de las mujeres en los espacios de decisión pública.³

El reconocimiento a los derechos de igualdad política para las mujeres fue un nuevo despertar, una manera diferente de reconocer al sexo femenino. El proceso ha sido lento pero constante, no se ha retrocedido; las mujeres ahora tienen la libertad de participar en las elecciones, de votar y ser votadas.

Pero ¿qué es paridad? Es igualdad, así de claro y contundente. No es una medida de acción afirmativa de carácter temporal ni es una medida compensatoria. La paridad es un principio constitucional que tiene como finalidad la igualdad sustantiva entre los sexos, que adopta nuestro país como parte de los compromisos internacionales que ha adquirido con el objeto de que los derechos político-electorales de las y los ciudadanos se ejerzan en condiciones de igualdad. La paridad es una medida permanente para lograr la inclusión de las mujeres en los espacios de decisión pública (Bonifaz, 2016, p. 1).

Por lo tanto, podemos interpretar la paridad de género como el pleno y universal derecho del sexo femenino y masculino

para disfrutar y realizar el uso de sus derechos y oportunidades en cualquier ámbito sin importar el género; es el equilibrio de igualdad entre mujeres y hombres.

Para Ramiro Solorio (2014), el concepto de paridad es un concepto de avanzada y no va dirigido a que se cubra una cuota mayor de cargos políticos a favor de las mujeres, sino de reconocer y respetar de manera efectiva, y en un sentido amplio, la igualdad entre mujeres y hombres. En este orden de ideas, al aumento cuantitativo de las mujeres en los espacios políticos debe seguir un cambio cualitativo en los modos de hacer política, construyendo una nueva cultura política, lo que significa generar desde los partidos políticos, acciones de igualdad de trato que permitan su participación (p. 29).

III. Partidos políticos

Son entidades de interés público que tienen como finalidad promover la participación de los ciudadanos en la vida democrática y contribuir a la integración de la representación nacional. Los individuos que los conforman comparten intereses, visiones de la realidad, principios, valores, proyectos y objetivos comunes, y parten de una forma u otra para alcanzar el control del gobierno o parte de él, para así llevar a la práctica dichos objetivos (Fraga, & Ribas, 2015, p. 87).

3 Véase: Bonifaz Alfonso, Leticia (2016), El principio de paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos, Suprema Corte de Justicia de la Nación (https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdh/documentos/2016-12/PRINCIPIO%20DE%20PARIDAD.pdf); fecha de consulta: 30 de septiembre de 2018.

Para Francisco José de Andrea (2002), las características esenciales de un partido político son:

- Es una organización durable, por lo que quedan excluidos los clanes, facciones o camarillas que desaparecen con su patrón o protector;
- Es una organización estructuralmente completa. Esta característica diferencia a los partidos de los grupos parlamentarios que no tienen un esquema de jerarquías, funciones y competencias claramente establecido;
- Una voluntad deliberada de ejercer directamente el poder, de manera exclusiva o compartida, a nivel local o nacional, en el sistema político vigente o en otro distinto. De esta manera, se distinguen los partidos de los grupos de presión que solo buscan influir en el poder;
- Una voluntad de buscar el apoyo popular, lo que excluye a los clubes políticos (p. 64);

y, por último, nosotros añadiríamos que debe haber una independencia orgánica y funcional de los partidos respecto del propio Estado.

El cumplimiento del principio de paridad de género, se debe realizar al interior de cada partido político, haciéndose una distribución proporcional e igualitaria para los cargos entre ambos sexos.

iv. Antecedentes

El papel de las mujeres a lo largo de la historia ha sufrido distintos cambios, debido a que se ha destacado su participación en la política, por lo que es importante conocer los antecedentes de esta lucha para su comprensión.

Las razones para excluir a las mujeres de la ciudadanía, se presentaban en conjuntos de oposiciones binarias que las posicionaban en términos de lo concreto, lo emocional y lo natural (por tanto, no susceptibles de la abstracción) y a los hombres en términos de la razón y la política (por tanto, operantes totalmente en la esfera de la abstracción)... (Wallach, 2012, p. 37).

Las mujeres no tenían los mismos derechos políticos y civiles que los hombres. Hoy en día nuestro país vive un cambio social en donde se intenta dar a las mujeres un trato igualitario ante los varones; sin embargo, esto no fue siempre así, ya que tuvieron que existir movimientos y luchas sociales para poder conseguir el reconocimiento de sus derechos.

Las manifestaciones femeninas fueron de gran influencia en nuestro país y estas situaciones hacían que se sumaran cada vez más mujeres a la lucha por la igualdad y sus derechos.

En 1910 comienzan los primeros movimientos de mujeres en los cuales distintas asociaciones feministas inconformes protestaron por el fraude de las elecciones y

demandaron su participación política en el país, lo cual fue llevado a cabo con el nombre de “Club Femenil Antirreeleccionista Hijas de Cuauhtémoc”, al mando de la periodista Dolores Jiménez.

Más tarde, en 1916, el entonces gobernador de Yucatán, Salvador Alvarado, tomó la iniciativa de realizar el Primer Congreso Feminista. Cabe destacar que en estos acuerdos realizados en dicho congreso, se otorgó el voto ciudadano a las mujeres, logrando así la igualdad jurídica del género femenino para votar y ser elegidas en puestos públicos de elección popular, pero aún había mucho camino que recorrer para hacer esto triunfal, ya que, para ese año, solo estaba regulado en Yucatán.

Por otro lado, en 1917 sucedió un acontecimiento importante: en la Ciudad de México Hermila Galindo lanza su candidatura para diputada por el distrito v, pero no se le otorgó; Galindo envió un escrito al Congreso Constituyente Originario para solicitar los derechos políticos de las mujeres, el cual no fue tomado en cuenta, ya que se planteó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, dejar fuera a las mujeres, negándoles la posibilidad de votar y ser votadas.

En 1923 se convocó al Primer Congreso Nacional Feminista, con la intención de conseguir igualdad para que las mujeres pudieran contender en cargos administrativos y por el reconocimiento de sus derechos políticos.

Para el año de 1924, San Luis Potosí fue el segundo estado de la república en reconocer los derechos políticos de las mujeres, quienes tuvieron la oportunidad de participar en las elecciones municipales y estatales, con el entonces gobernador Aurelio Manríquez; sin embargo, la ley fue derogada en 1926 con la entrada del gobernador Rafael Nieto.

A su vez, en el año de 1925 Chiapas se convirtió en el tercer estado en hacer valer los derechos de igualdad política de las mujeres. En los próximos años surgen más organizaciones de mujeres luchando para que su derecho a votar y a ser votadas fuera reconocido en la República Mexicana, pero es hasta 1937 en donde Lázaro Cárdenas propone la iniciativa para reformar el artículo 34 constitucional ante la Cámara de Senadores, con el fin de que las mujeres obtuvieran su ciudadanía.

En 1946 se presentó la primera iniciativa de reforma al artículo 115 constitucional, donde se proponía que a las mujeres se les permitiera el voto libre en las elecciones y se les reconociera. Esta iniciativa fue impulsada por el presidente de la república, Miguel Alemán Valdés, y meses después se adicionó al artículo 115 constitucional la participación de las mujeres en las elecciones municipales, con el derecho a votar y ser elegidas, proporcionándoles el mismo derecho que a los hombres. En 1953 ganan el derecho de ser candidatas en las

elecciones nacionales y votar, obteniendo así el sufragio universal.

Aquí vemos algo triunfal para las mujeres. Por su parte, Margarita Dalton (2014) comentó:

A finales de 1953, terminó la lucha de la mujer por el voto, pero en realidad empezó otra lucha de mayor sutileza que se alarga aún hasta el siglo XXI. Porque si bien las mujeres han sido electas a diputadas locales y federales, a senadoras y a presidentas municipales, su participación en estos espacios no ha garantizado la igualdad de derechos y menos aún un cambio radical en la ideología dominante (p. 41).

En el año de 1959, Macrina Rabadán se convierte en la primera diputada propietaria de la oposición, en la XLIV Legislatura, por el Partido Popular Socialista.

Para el año de 1967 llegan las primeras mujeres a la senaduría de la república, Alicia Arellano y María Lavalle; más tarde, en 1979, Griselda Álvarez Ponce de León fue electa en Colima, convirtiéndose en la primera gobernadora de un estado de la República Mexicana. Fue hasta el año de 1982 cuando una mujer, Rosario Ibarra de Piedra, fue postulada como candidata a la presidencia de México.

En marzo de 1993 surgió el reconocimiento legal de la cuota de género y se aprobó la propuesta de varias diputadas,

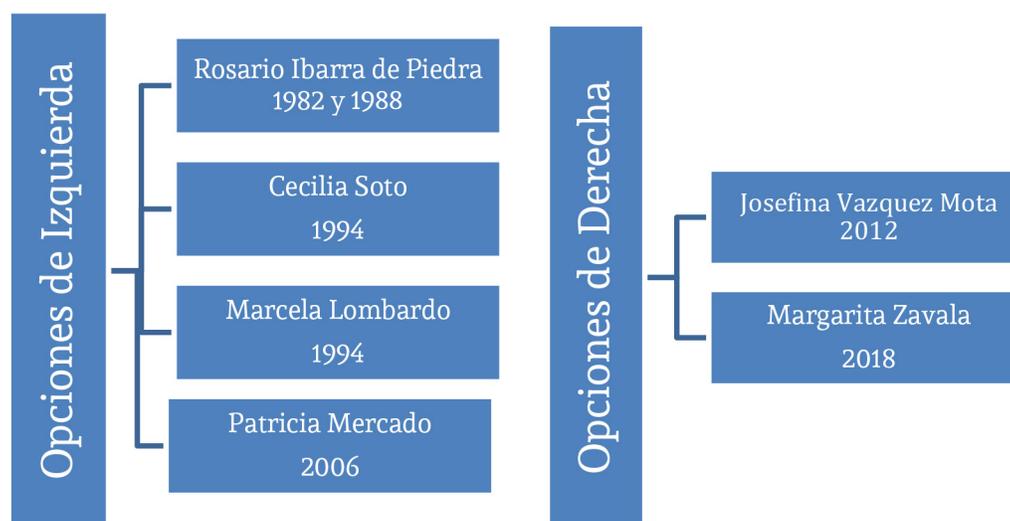
la cual decía: “Los partidos políticos promoverán en los términos que determinen sus documentos internos, una mayor participación de las mujeres en la vida política del país, a través de su postulación a cargos de elección popular”.

Durante 1994, dos mujeres fueron postuladas como candidatas a la presidencia de la república: Cecilia Soto, por el Partido del Trabajo; y Marcela Lombardo, por el Partido Popular Socialista.

Fue en el año de 1996 cuando el gobierno de México creó el Programa Nacional de la Mujer “Alianza para la Igualdad”, como un programa sectorial dependiente de la Secretaría de Gobernación, y en el año 2003 se celebró el cincuenta aniversario del sufragio femenino en México.

Para la mujer mexicana ha sido todo un reto romper los esquemas y estereotipos que predominaban a favor del sexo masculino en el ámbito político de nuestro país, y a pesar del gran avance que se ha logrado, hoy en día se sigue viendo desfavorecido por el hecho de no contar aún con una presidenta de la república. En las elecciones de 2018, de cinco candidatos solo una era mujer, Margarita Zavala, quien declinó antes de la elección, un hecho lamentable, ya que se nota claramente la falta de igualdad de oportunidades ante los hombres en nuestro país.

Cuadro 1. Mujeres que han buscado la presidencia de México



Fuente: elaboración propia con base en *El Economista*.⁴

En México solo seis mujeres han contendido por la presidencia de la república: Rosario Ibarra fue la primera mujer en luchar por el puesto en los años de 1982 y 1988; Cecilia Soto y Marcela Lombardo en el año de 1994; Patricia Mercado en 2006; Josefina Vázquez Mota en 2012; y, por último, Margarita Zavala en 2018.

Cabe destacar que el Partido Revolucionario Institucional no ha tenido una candidata presidencial, a pesar de ser el partido con el mayor número de años consecutivos en el gobierno.

v. *Ámbito legislativo de la paridad*

La paridad de género en nuestro país es un principio constitucional, la cual encontra-

mos en el artículo 41 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se establecen medidas que faciliten a las mujeres el ser elegibles para cargos de elección popular con el mismo derecho que los varones, el cual está redactado de la siguiente manera:

I. (...) Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a

⁴ *El Economista* (<https://www.economista.com.mx/politica/Mujeres-que-han-competido-por-la-Presidencia-de-Mexico-20180323-0069.html>); fecha de consulta: 30 de septiembre de 2018.

legisladores federales y locales (...) (CPEUM, 2014, p. 46).

La paridad de género no aparecía en la Constitución y fue hasta esta reforma que se añade al artículo 41 constitucional. El 23 de mayo de 2014 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de

Instituciones y Procedimientos Electorales (Legipe) y la Ley General de Partidos Políticos (LGPP), las cuales contaban con la implementación de la paridad de género.

A continuación, en el cuadro 2, se muestran los artículos que regulan el tema de la paridad de género en la Legipe.

Cuadro 2. Paridad de género en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

Sobre el tema de la paridad de género	Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales
Las fórmulas para senadurías y diputaciones por los principios de mayoría relativa y representación proporcional deberán integrarse por personas del mismo género. Lo mismo sucede con las candidaturas independientes.	Artículo 14 numeral 4 y numeral 5 Artículo 233 Artículo 234 Artículo 364
Los pueblos y comunidades indígenas elegirán autoridades o representantes garantizando la participación de mujeres y hombres en condición de igualdad, respetando las normas de la Constitución, las constituciones locales y las leyes aplicables.	Artículo 26 numeral 4
Es responsabilidad de los partidos políticos promover y garantizar la paridad entre los géneros en la postulación de candidaturas para integrar el Congreso de la Unión, los congresos estatales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.	Artículo 7 numeral 1 Artículo 232 numeral 2 y numeral 3
Los partidos políticos, el Instituto y los organismos públicos locales electorales, en el ámbito de sus competencias, podrán “rechazar el registro del número de candidaturas de género que exceda la paridad, fijando al partido un plazo improporcionable para la situación de las mismas. En caso de que no sean sustituidas no se aceptarán dichos registros”.	Artículo 232 numeral 4 Artículo 241
Es responsabilidad de los partidos políticos promover y garantizar la paridad entre los géneros para integrar el Congreso de la Unión, los Congresos estatales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.	Artículo 3 numeral 4 y numeral 5 Artículo 25 inciso r

Fuente: Instituto Nacional Electoral.⁵

5 INE, Paridad de género y derechos político-electorales (<https://www.ine.mx/paridad-de-genero-derechos-politicos/>); fecha de consulta: 25 de octubre de 2018.

La Legipe en su artículo 7º, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo I de los Derechos y Obligaciones, menciona:

Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación que se ejerce para integrar órganos del Estado de elección popular. También es derecho de los Ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la paridad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular (...) (Legipe, 2014, p. 3).

La LGPP también incluye el principio de paridad en el artículo 3º, en sus fracciones 3, 4 y 5, las cuales mencionan:

(...) 3. Los partidos políticos promoverán los valores cívicos y la cultura democrática entre niñas, niños y adolescentes, y buscarán la participación efectiva de ambos géneros en la integración de sus órganos, así como en la postulación de candidatos. 4. Cada partido político determinará y hará públicos los criterios para garantizar la paridad de género en las candidaturas a legisladores federales y locales. Éstos deberán ser objetivos y asegurar condiciones de igualdad entre géneros. 5. En ningún caso se admitirán criterios que tengan como resultado que alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente aquellos distritos en los que el partido haya obtenido los porcen-

tajes de votación más bajos en el proceso electoral anterior (LGPP, 2014, p. 2).

En 1990 se expide en México una nueva ley llamada Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), que tenía como función principal regular el proceso electoral. Una de las mayores reformas de esta ley surgió en 1993, la cual invitaba a los partidos políticos a promover una mayor participación de las mujeres.

Más tarde vino otra reforma en 1996 en la cual se hizo la recomendación a los partidos políticos para que en sus estatutos consideraran que las candidaturas no excedieran de 70 % el mismo sexo.

Para junio de 2002 fue publicada una reforma al Cofipe, en el Diario Oficial de la Federación, la cual establecía la obligación de cuotas de género en las candidaturas.⁶

Una reforma de alto impacto para la equidad de género en el Cofipe, fue la que se publicó el 14 de enero del año 2008, en donde hubo un aumento de porcentaje en las cuotas de 30 % a 40 %, procurando llegar a la paridad. También se hizo un llamado a los partidos políticos de designar el 2 % del presupuesto al liderazgo de las mujeres, a la equidad entre mujeres y hombres, y a la promoción de la participación política en igualdad de oportunidades.

6 Véase: Medina Espino, Adriana (2014), Reforma Político-Electoral en México. Apuntes sobre la paridad de género y las reformas político-electorales (http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VII-25_14.pdf).

En esta misma Reforma cambia el término de “equidad entre hombres y mujeres” por “paridad de género” en la vida política, con el fin de acercarse a una representación igualitaria plena, lo que se encuentra regulado en el artículo 175.3 del Cofipe. Actualmente se encuentra en el artículo 218.3 de dicho Código.

En 2009 algunas entidades federativas contemplaban las cuotas como obligatorias y en otras solo se veían como recomendaciones haciendo muy notoria la participación de las mujeres en las elecciones de este año. Sin duda alguna la aplicación de cuotas de género fue un gran avance en la vida democrática de las mujeres, pero aún los resultados no eran igualitarios.

A pesar de todo el esfuerzo de las mujeres por hacer posible este logro, en 2009 surgió una problemática: ocho de ellas, electas a diputadas, renunciaron a su curul para dejar a sus suplentes al mando, quienes eran hombres y se presume que eran sus esposos o familiares cercanos, lo cual fue considerado como un engaño al Cofipe, ya que se burlaron de la ley. Atendiendo a esta situación y para evitar que las mujeres, haciendo válida su licencia, otorgaran paso a sus suplentes varones, la diputada Beatriz Mojica Morga envió una iniciativa al Congreso federal en donde solicitó que los propietarios y suplentes de las planillas fueran del mismo sexo, con el fin de terminar completamente con este

tipo de situaciones en las cuales los varones seguían siendo el grupo favorecido.

Durante 2012, la Sala Superior (ss) del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) durante el proceso electoral federal de ese año impuso a los partidos políticos y coaliciones el deber nombrar como mínimo 120 y 26 fórmulas de candidatos propietarios y suplentes del mismo sexo para las diputaciones y senadurías. Con esta iniciativa, la integración femenina aumentó su porcentaje en la legislatura a un 35 %, con un total de 227 curules ocupadas por el sexo femenino.

En 2014 aparece la gran reforma político-electoral en la cual se prevé en el artículo 41 constitucional la paridad de género en candidaturas a legisladores federales y locales, reglamentación de las Leyes Generales de Partidos Políticos, de Instituciones y Procedimientos Electorales, lo cual contemplaba el principio de paridad exigible para los partidos políticos y en donde las fórmulas de candidatos tenían que ser siempre del mismo sexo.

Los partidos políticos deberán hacer público los criterios para garantizar la paridad; la lista de representación proporcional deberá realizarse de forma alternada entre los géneros, así como en un incremento del 2 % al 3 % de los recursos asignado para la capacitación, promoción y desarrollo político del liderazgo de las mujeres dentro de ellos.

Para el año 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y la SS del TEPJF llegaron a conclusiones distintas acerca del principio de paridad de género. La SCJN ha sostenido que, en virtud de que bajo el principio de representación proporcional no se vota por las personas, sino por los partidos, no es necesario que se respeten los porcentajes de votación obtenidos por los candidatos en lo individual, ya que la voluntad ciudadana se respeta en la medida en que a cada partido le son asignados los asientos que le correspondan a su éxito electoral. En cambio, la SS ha considerado que el principio de la paridad implica el derecho de las mujeres a competir en igualdad de condiciones y se cumple al registrar las listas de candidatos, por lo que la ordenación de la lista definitiva de personas a las que se les puede entregar una constancia de asignación de curul por representación proporcional, debe atender únicamente al resultado electoral obtenido por los candidatos (Báez, & Gilas, 2017, p. 5).

El marco normativo vigente es acorde con lo prescrito en los ordenamientos internacionales citados en razón de que el igual acceso de las mujeres a las funciones públicas y su elegibilidad en igualdad de condiciones con los hombres, se garantiza a partir del principio de paridad y alternancia en la postulación de candidaturas, así como en las reglas específicas que establecen que a las mujeres no se les pueden dar candidaturas exclusivamente en

“distritos perdedores” y que las fórmulas de candidaturas estén integradas por personas del mismo género. Desde ese esquema legal, el principio de paridad de género en materia electoral se manifiesta y cobra total vigencia cuando se lleva el registro de candidatos. De esta manera, se cumple con la acción afirmativa a favor del género, permitiendo que sea el elector quien decida en última instancia a qué candidatos y, en general, qué opciones políticas prefiere para conformar los órganos del Estado mexicano que lo representan (Báez, & Gilas, 2017, p. 18).

En los últimos años, se ha notado un incremento del sexo femenino en el Poder Legislativo y en la Cámara de Diputados, gracias a la práctica electoral y a la paridad en las listas de candidatos, siendo los partidos políticos y las autoridades electorales los responsables de garantizar este derecho.

Cada partido político, en lo individual (aun cuando participe en coalición en la elección de mayoría), debe registrar una lista con 8 fórmulas de candidatos (propietarios y suplentes) en donde se contemplen 50 % de candidatos propietarios, suplentes de un mismo género, y 50 % con candidatos del género opuesto, cuya ubicación en la lista será alternada con un orden numérico; es decir, si la lista comienza con una fórmula de hombres, el lugar número 2 será ocupado por una fórmula de mujeres y así

en forma consecutiva hasta completar las 8 fórmulas exigidas por la Ley Electoral.⁷

En las elecciones de Coahuila en 2014, se logra la creación de un Congreso Paritario derivado de las impugnaciones del Partido Acción Nacional (PAN) en la Sala Regional Monterrey, en donde se incorpora un criterio de compensación por la vía de la representación proporcional para lograr la paridad. En esa sentencia, se determinó que estas listas de representación estarán elaboradas con dos fórmulas de cada segmento, una por cada género. Esto surge como una medida para garantizar el acceso de las mujeres a mayores puestos de representación y en mejores condiciones. Fundamentada a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se buscó que para la asignación de esas diputaciones se optara por una distribución paritaria derivada de la elección por mayoría relativa, seleccionando a la primera fórmula de mujeres que estuviera en la lista de los partidos en los casos en los que la primera fórmula estuviera conformada por hombres. La Sala Superior modificó la resolución, dando cuatro lugares a las mujeres, de los nueve que existen.⁸

7 Véase: CEEM. Código Electoral del Estado de México, art. 26.

8 Véase: Observatorio Electoral 2.0 UNAM, Boletín *Nueva Época* n.º 7 “Paridad en México”, págs. 8-9.

vi. *Democracia paritaria*

En el mes de noviembre de 1992, un grupo de mujeres ministras y exministras europeas se reunieron en Atenas para la Primera Cumbre Europea sobre las Mujeres y la Toma de Decisiones, en donde se puso especial énfasis en la exclusión que sufrían las mujeres en los espacios de poder político, surgiendo de ahí el concepto de democracia paritaria, que busca la transformación real, que vaya más allá del reconocimiento formal de derechos que en la práctica no logran ser ejercidos por las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres (Idea-OEA, 2013, p. 19).

La exclusión de las mujeres en los espacios de poder político y la ilusión por el goce de sus derechos fue lo que abrió paso a la existencia y su conceptualización. La democracia paritaria es una forma de organización política y social en la cual debe existir consolidación plena de la igualdad en la ciudadanía.

Peter Leuchprecht (1997) señala que la democracia paritaria es un concepto que reconoce el hecho de que la democracia solo puede ser auténtica cuando abraza a los seres humanos tal como realmente son, mujeres y hombres, y no como alguna forma de entidades abstractas y neutrales. Implica que ambos, hombres y mujeres, deberían participar en los procesos de adopción de decisiones sobre una base de paridad en torno al 50 %, y que tendrá

que existir una auténtica distribución de las responsabilidades familiares entre ambos sexos. Va más allá de la distinción entre vida privada y pública: reconoce que la vida privada es política (Leuchprecht; en Mariño, 1997, p. 126).

Beatriz Llanos (2013) comenta que:

la democracia paritaria no pretendía reemplazar a la democracia representativa y plural sino enriquecerla, posibilitando que las ciudadanas accedieran a la promesa incumplida del carácter universal del principio de igualdad que extiende los derechos a todas las personas sin distinción (p. 19).

Por otro lado, Yanira Zúñiga (2005) dice que:

La democracia paritaria, tal como es entendida por los movimientos de mujeres a nivel europeo, es más que una propuesta de participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos políticos decisorios, para transformarse en un reclamo de vertebración social en un cuadro de responsabilidades compartidas tanto en el ámbito público como en el privado-doméstico (p. 1).

vii. Cuotas de género

Los partidos políticos se caracterizaban por ser de estructura varonil, dejando a un lado la igualdad de condiciones a las

mujeres, impidiéndoles el acceso a puestos de dirigencia; es por eso que las cuotas de género son la reserva que hace la Ley Electoral y la Constitución, para que ningún sexo pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos.

Una de las modalidades de la acción afirmativa son las cuotas, es decir, reservar para las mujeres un porcentaje determinado de puestos de toma de decisiones o candidaturas políticas. Los sistemas de cuotas son un mecanismo por el cual se pretende alcanzar una igualdad efectiva de diferentes grupos sociales en el acceso a cargos de decisión o elección popular (Hola, Veloso, & Ruiz, 2002). Son sistemas de acciones positivas que parten del supuesto de que existe un desequilibrio que impide una igualdad de oportunidades sociales que, por sí solas, no solucionan las desigualdades existentes en una sociedad (IEEC, s/f).⁹

Se puede entender como cuotas de género aquellas acciones en las cuales se garantiza la efectiva integración de mujeres dentro de los partidos políticos y decisiones del Estado.

Las cuotas surgieron para encontrar un equilibrio en los órganos y la toma de decisiones, haciendo posible la participación de mujeres y hombres. Deben generar sus efectos durante el registro de las candida-

⁹ Instituto Electoral del Estado de Campeche.

turas como en la designación de curules de representación proporcional.

Para Rafael Cedillo (2016), las cuotas de género son una acción afirmativa que busca remediar una situación de discriminación y de representación de la que es objeto la mujer frente al varón. Es una norma contenida en la Constitución y en las leyes electorales de los países en donde, históricamente, las mujeres han sido sistemáticamente excluidas de los espacios de poder con el argumento —equivocado— de que es una actividad propia de los hombres. En los hechos, la cuota de género busca que los partidos políticos postulen a candidatos de ambos sexos en una situación de equilibrio, tanto como las mismas características de la sociedad lo determinen (p. 5).

Las cuotas, entonces, suponen una mayor centralización del proceso de selección y generan tensiones dentro de los partidos en tanto se enfrentan a la resistencia de aquellos con mayor trayectoria y carrera política. El argumento que debe oponerse es que las cuotas hacen más representativos a los partidos e introducen un concepto distinto de democracia, según la cual es necesario crear condiciones de igualdad para el acceso a los cargos públicos (Palma, & Chimal, 2012, p. 58).

viii. Reformas a las cuotas de género

La preocupación de las mujeres por hacer efectiva la igualdad de género, el derecho a

votar y ser votadas, así como el contender por puestos de cargos públicos, fueron los principales motivos para hacer valer las medidas tendientes a las cuotas de género.

Durante el año 1996 se establece por primera vez la cuota de género en el Cofipe, en la fracción XXII, transitoria del artículo 5º, en donde se pedía un mínimo de 30 % en candidaturas para mujeres y se sostenía que los partidos políticos consideraran que sus candidaturas a diputados y senadores no excedieran del 70 % para un mismo género, para promover la participación política de las féminas.

Entre los efectos inmediatos de la Reforma Política de 1996, se destacan los resultados de las elecciones federales de 1997. Por primera vez en la historia moderna de México, ningún partido tuvo la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados, lo que originó así un nuevo equilibrio sin precedentes entre las principales fuerzas políticas representadas en la misma. Si bien en lo concerniente a la participación de las mujeres, el hecho de que las cuotas de género fuesen solo una recomendación para los partidos políticos, sin especificarse requerimientos de asignación a titulares de candidaturas, ello dejó a las cúpulas de los partidos políticos un amplio margen de discrecionalidad para colocar las candidaturas de mujeres en cualquiera de los lugares de las listas, junto con el espacio de los suplentes (Huerta, & Magar, 2006, p. 336).

Pese a que tal disposición significaba un paso importante, dejaba sin resolver cuestiones específicas de cómo materializar el cumplimiento de la legislación, ya que podría darse el caso de que este tipo de candidaturas fuesen solo “simbólicas” y no “efectivas” (Reynoso, & D’Angelo, 2004, p. 5). Para el año 2000 los partidos políticos registraron satisfactoriamente 30 % de mujeres en sus candidaturas, pero lo hicieron solo con el fin de cumplir la ley, ya que a estas se les registró en los últimos lugares de las listas de representación proporcional o como suplentes; es por esto que en 2002 se realizan al Cofipe algunas modificaciones estableciendo la distribución de candidaturas por género en las listas de representación proporcional. Para una mejor distribución y por primera vez, se establecieron sanciones al incumplimiento de las cuotas de género. En 2007-2008 se elevó la llamada cuota de género, subiendo del 30 % al 40 %, con el fin de generar condiciones de equilibrio entre mujeres y hombres.

En la actualidad los partidos políticos tienen la responsabilidad y la obligación de hacer cumplir las cuotas de género y de promover la paridad entre ambos sexos; asimismo, el Consejo General del INE está facultado para rechazar el registro de las candidaturas que no cumplan con el principio de la paridad de género.

ix. Derechos políticos

Son el conjunto de determinaciones o condiciones de carácter jurídico que posibilitan al ciudadano participar y decidir en la vida política, constituyendo la relación entre el ciudadano y el Estado; entre gobernantes y gobernados.

Los derechos políticos se caracterizan por representar instrumentos que tiene el ciudadano a su alcance, por el hecho de serlo, para obtener y participar en los asuntos públicos del país, un estado o un municipio, así como en la designación de los órganos representativos, incluyendo el derecho al voto, a postularse como candidato y a ser electo; también se consideran dentro de estos derechos la libertad de expresión, de movimiento y de asociación, entre otros derechos y obligaciones político-electorales de los ciudadanos¹⁰ (Marín, s./f.).

x. Relación de la paridad de género con los derechos político-electorales

La paridad de género implica que mujeres y hombres participen en igualdad de condiciones en todas las actividades de la sociedad, y de manera particular en el caso de la reforma político-electoral enunciada en el Poder Legislativo federal. La paridad constituye una fórmula que busca superar la idea de una “ciudadanía neutra”, a través

¹⁰ Disponible en www.tee.org.mx/nota.aspx?type=News&id=45 (fecha de consulta: 20 de octubre de 2017).

de la proporcionalidad equitativa de mujeres y hombres en los órganos de decisión y representación pública (Medina, 2014).

Tal situación plantea la necesidad de prestar atención a aquellos mecanismos e instrumentos capaces de incidir en el mejoramiento de la calidad de la democracia, esto es, en el proceso de participación e influencia políticas de la ciudadanía. Es desde esta premisa que se identifica la importancia estratégica de la inclusión de la paridad de género como parte de la reforma político-electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de febrero de 2014, a través de la cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia político-electoral (Medina, 2014).

XI. La paridad de género de los derechos políticos en México

La paridad de género es primordial para mejorar la participación de las mujeres en la vida política y su representación, y debemos ser conscientes de que la igualdad y la democracia para existir necesitan ambas partes, tanto la de mujeres como la de hombres.

Es importante la participación de las mujeres en la política, porque al ser un grupo vulnerable dan prioridad a grupos que han sido olvidados durante décadas por los partidos políticos, el gobierno y las legislaciones. Es tiempo de dejar atrás el

predominio de un solo género en la política, así como terminar con los estereotipos. Marcela Lagarde (2010) comenta:

Nos preguntan ¿por qué la paridad? Para empezar por justicia. Porque la política basada en la visión de un género y la exclusión mayoritaria del otro, es perversa. Es una violencia. Es la violencia de un género para dominar al otro. Porque la exclusión de las mujeres tiene ganancias de poder, es una plusvalía política para los hombres y los intereses patriarcales y en voz de Victoria Sau, para erradicar el patriarcado (p. 1).

Las mujeres se fueron interesando en los asuntos de política por la idea de mejorar su situación y de tener en el mando a alguien del mismo sexo para apoyarse; una mujer representando a otras sería una manera de sentirse más protegidas y comprendidas, ya que así alguien con sus mismos intereses velaría por los derechos de las demás, por lo que de este modo las mismas comenzaron a acercarse y a participar en los partidos políticos.

XII. Paridad de género horizontal y vertical en el Congreso de la Unión

El INE advierte acerca de la ausencia en el nivel federal de lineamientos para hacer efectivo el principio constitucional de paridad en sus dos dimensiones (horizontal y vertical) en la postulación de candidatu-

ras de mayoría relativa y representación proporcional, tanto de senadurías como de diputaciones.¹¹

La paridad horizontal exige asegurar la igualdad de oportunidades, impidiendo la postulación de mujeres en los distritos en donde se haya obtenido baja votación (la aplicación de este principio es de manera territorial).

Es un mecanismo que se sustenta de forma convencional y jurisprudencial, que incentiva la participación real y efectiva de las mujeres en los cargos de elección popular. La asignación de candidaturas es en razón del 50 % para ambos géneros en los cargos de mayoría relativa para diputados,

11 En México, el Senado se integra por 128 legisladores: 64 electos por el principio de mayoría relativa (dos por cada entidad federativa; los gana el partido que obtiene el mayor número de votos, para lo cual deben registrar una lista con dos fórmulas de candidaturas, cada una con un propietario y un suplente); 32 por el de primera minoría (la primera fórmula del partido que ocupó el segundo lugar en la votación de cada entidad) y 32 de representación proporcional (se asignan a los partidos, de acuerdo con el porcentaje de votación que obtuvieron a nivel nacional; una vez determinado el número de escaños que les corresponde, se asignan los cargos en el orden en el que aparecen las fórmulas en las listas registradas por cada partido, para lo cual cada partido registra una lista nacional con 32 fórmulas de candidaturas). La Cámara de Diputados está compuesta por 500 legisladores: 300 electos por mayoría relativa de los votos (gana el candidato que obtiene la mayoría de votos en cada uno de los 300 distritos electorales federales) y 200 por representación proporcional (40 por cada una de las cinco circunscripciones; se asignan dependiendo del porcentaje de votación que obtienen los partidos a nivel nacional; una vez determinado el número de curules que les corresponde, se asignan los cargos en el orden en el que aparecen las fórmulas en las listas registradas por cada partido, para lo cual cada fuerza política debe registrar cinco listas con 40 fórmulas de candidaturas).

presidente municipal, síndico y regidores. Se debe garantizar que a ningún género le sean asignados exclusivamente distritos, municipios o demarcaciones electorales municipales en los que un partido político o coalición haya obtenido porcentajes de votación más bajos en el proceso electoral local inmediato anterior.¹²

Por otro lado, la paridad vertical debe garantizar que las planillas estén integradas por igual número de mujeres y hombres, es decir, mitad y mitad, de manera alternada con fórmulas del mismo género.

Es un mecanismo establecido constitucional y legalmente mediante el cual se garantiza la postulación de candidatas(os) a diputados y regidores por el principio de representación proporcional, a través de la consecución alternada e intercalada de fórmulas del mismo género, que obtenga como resultado la integración de una lista de candidatos en razón del 50 %, tanto para hombres como para mujeres.¹³

XIII. Paridad de género en el Congreso de México 2018-2021

Por primera vez en nuestro país el Congreso de la Unión tendrá paridad de género,

12 Jurisprudencia 7/2015. Paridad de género. Dimensiones de su contenido en el orden municipal. Disponible en <http://sief.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=7/2015&tpoBusqueda=S&sWord=7/2015> (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2018).

13 Jurisprudencia 7/2015. Paridad de género. Dimensiones de su contenido en el orden municipal. Disponible en <http://sief.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=7/2015&tpoBusqueda=S&sWord=7/2015> (fecha de consulta: 8 de octubre de 2018).

lo cual no ha sido una lucha fácil, pues tomó demasiados años para que las mujeres ocuparan un lugar igualitario ante los hombres, pero este año, de acuerdo con los datos del INE, según las estadísticas, 49 % de las mujeres serán diputadas y 50 %, senadoras. En el entendido de que la Cámara de Diputados estará integrada por 245 diputadas y 254 diputados, mientras que el Senado estará conformado por 63 mujeres y 65 hombres. Esta información se ha dado a conocer por los datos preliminares del Programa de Resultados Electorales Preliminares.

La directora ejecutiva de ONU Mujeres y secretaria general adjunta de las Naciones Unidas, Phumzile Mlambo-Ngcuka, afirmó que: “Estos datos colocarían a México entre los primeros cinco países del mundo en términos de representación de mujeres en el parlamentario”.

Estos resultados se dan tras la histórica Reforma Constitucional de 2014, que establece que los partidos políticos deben asegurar la paridad de género en sus candidaturas, lo cual fue posible gracias al apoyo normativo y al firme compromiso de las instituciones del Estado, organismos internacionales, organizaciones, redes de mujeres que han abogado de forma colectiva y decisivamente por la participación política de las mujeres, así como la paridad de género.

Este aumento trascendental en la participación política de las mujeres en Méxi-

co, demuestra claramente que las medidas para promover la paridad en los cargos de representación política —cuando se aplican con determinación y coherencia— pueden conducir, de manera efectiva, a que las mujeres tengan igual voz en la toma de decisiones en todos los niveles. Estas medidas pueden ser efectivas para todos los poderes del Estado.

La plena participación de las mujeres en la vida política no es solo una garantía de sus derechos humanos, sino un requisito esencial para alcanzar sociedades pacíficas y prósperas (ONU Mujeres, 2018).¹⁴

Es un gran avance para la igualdad entre ambos sexos; es un resultado favorable para las mexicanas; es el reconocimiento al esfuerzo femenino de nuestro país. Este logro hace que las mujeres participen en igualdad de circunstancias dentro de los partidos políticos.

La desigualdad entre mujeres y hombres ha sido vista mayormente en la participación política del sexo femenino, pero gracias a las estructuras sociales y culturales con las que contamos hoy en día, esta brecha de diferencias entre los sexos se ha ido desvaneciendo.

La Gráfica 1 representa el avance que se ha tenido en nuestro país con respecto a la participación política de las mujeres den-

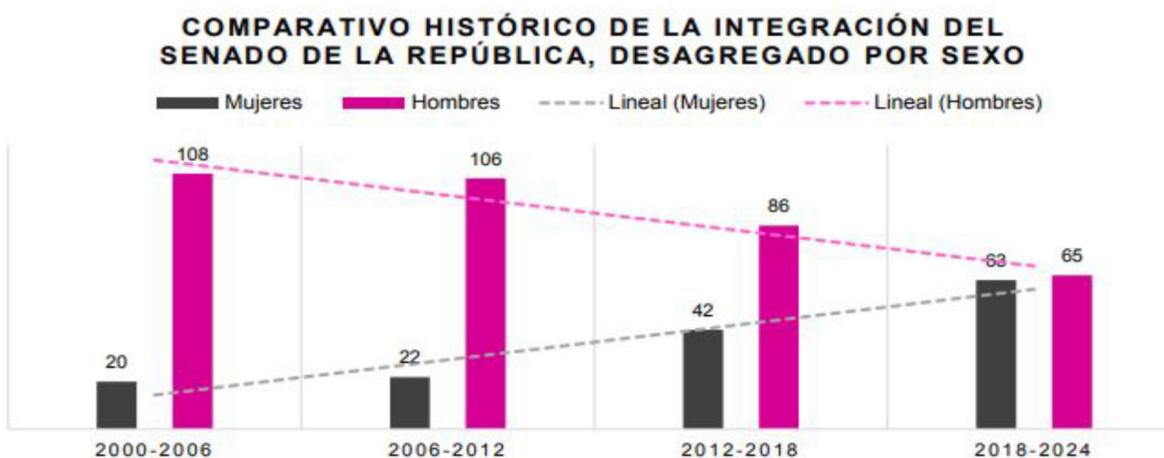
¹⁴ Véase: Declaración: ONU Mujeres saluda el avance histórico en materia de paridad de género en el Congreso de México. Disponible en <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2018/7/statement-ed-phumzile-womens-political-participation-mexico>

Gráfica 1. Composición histórica de la Cámara de Diputados (desagregada por sexo)



Fuente: INE.¹⁵

Gráfica 2. Comparativo histórico de la integración del Senado de la República (desagregado por sexo)



Fuente: INE.¹⁶

tro de la Cámara de Diputados a partir de 2003 y hasta 2018.

¹⁵ Animal Político. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2018/07/congreso-paridad-de-genero/> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2018).

¹⁶ *Idem.*

En la Gráfica 2 podemos observar la participación política de las mujeres en el Senado de la República, a través del tiempo, partiendo del año 2000 y hasta 2018.

En los años anteriores de elecciones no se cumplía con la igualdad que debía exis-

tir entre géneros para el acceso a cargos públicos. El mecanismo de las cuotas establecido a través de las leyes, ha demostrado ser la estrategia más efectiva para el acceso de las mujeres a los cargos electivos, en la medida que obliga a todos los partidos políticos a incluir mujeres en sus listas (Archenti, & Tula, 2007, p. 185).

Leticia Bonifaz (2016) opina:

Resulta evidente que en el tema de paridad y promoción de los derechos políticos de las mujeres, muchas son las reformas constitucionales y legales que deben realizarse, entre ellas: la integración paritaria de los órganos de representación popular; la alternancia en el sexo que encabeza la lista; la determinación de que en caso de número impar, el sexo su representado será mayoría; la regulación expresa de la aplicación del principio de paridad horizontal para cualquier órgano de representación popular; la presidencia e integración de las comisiones parlamentarias en forma paritaria y, desde luego, establecer previsiones legales para la integración paritaria del poder ejecutivo, concretamente de su gabinete, y de los altos cargos del poder judicial (p. 3).

Actualmente, en 2019, el Senado de la República aprobó una reforma para tener paridad de género en los tres poderes, órganos autónomos, así como gobiernos

estatales y municipales. El dictamen reforma nueve artículos: 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política, el cual se envió a la Cámara de Diputados para su análisis y discusión.

El Senado, con el fin de impulsar la paridad de género y ampliar la participación de las mujeres en la vida política de México, dio a conocer los siguientes puntos que establecen este principio dentro de las reformas: en las elecciones en los municipios con población indígena, la integración de los organismos autónomos y las candidaturas de los partidos políticos a cargos de elección popular, así como en los nombramientos para encabezar las dependencias del Poder Ejecutivo, tanto a nivel federal como en los estados, se incorpora un lenguaje incluyente, y el reconocimiento de que mujeres y hombres son iguales ante la ley.

Estos artículos ahora buscan la eficacia de que las mujeres ocupen y puedan acceder a la mitad de los cargos públicos; para ello, se establece la obligatoriedad constitucional para la integración de sexo femenino.

La aprobación de esta Reforma Constitucional abre paso a una nueva era en donde toda persona tendrá una mayor protección de sus derechos y se garantizará la democracia paritaria 50/50 en gobiernos municipales, estatales y federales, y 50/50 en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

xiv. Conclusiones

En México, la paridad de género como instrumento para las mujeres ha evolucionado de manera eficiente para conseguir su participación dentro de los cargos públicos. Es un principio orientado hacia la resolución de problemas como la desigualdad y la poca participación de las mexicanas en la vida política, por lo que se trata de otorgar derechos político-electorales a las mujeres y la protección de los mismos, para así lograr una participación paritaria entre el sexo femenino y masculino.

El avance de la participación de las mujeres en la vida política de México fue lento, debido a que culturalmente en nuestro país persiste una idiosincrasia machista, pero esto no fue impedimento para que un grupo comenzara la lucha por una equidad de género, a la cual se fueron sumando cada vez más ciudadanas hasta lograr el avance histórico que se tiene hoy en día, contando por primera vez en el país con una paridad totalitaria en la Cámara de Diputados y el Senado.

Las mujeres han logrado avances significativos dentro del ámbito político, como el derecho a votar y a ser votadas, ser elegibles para ocupar cargos públicos, así como la expedición de leyes que protejan al sexo femenino y sus derechos, paridad de género, igualdad y equidad.

Las cuotas de género son consideradas como un sistema que garantiza el princi-

pio de equidad, permitiendo que las mujeres se integren a la vida política, las cuales han servido para posicionar al sexo femenino y garantizar sus derechos. Hoy en día, con las nuevas reformas a la Constitución Política que están en curso, México podría dejar en el pasado el mecanismo de cuotas y entrar de lleno en la realidad de la paridad; de este modo, las mujeres no tendrán exclusión en la sociedad y podrán tener un lugar en la toma de decisiones en el país y su vida política, consiguiendo la obligación de los partidos políticos de registrar y tener 50/50 dentro de los cargos de elección pública.

Es necesario que en México se sigan aplicando las modalidades que ayuden a las mujeres en el disfrute de sus derechos políticos, para, de esta manera, poder cumplir con el compromiso de la paridad de género en el país brindando una protección adecuada. Es importante que la figura femenina resalte tanto como la de los varones en el nombre de las calles, lugares públicos, edificios, etcétera.

Paridad es igualdad, es dar el mismo valor a mujeres y hombres, por lo que se debe abrir conciencia en la sociedad por medio de radio, televisión, redes sociales sobre la responsabilidad que todos tenemos para que el principio de paridad se materialice.

Miles de mujeres han estado detrás de esta causa por muchos años, pero se necesita una mayor participación con el obje-

tivo de que la legislación llegue a reflejar realidades con una mayor justicia social.

Es importante que se haga una inversión pública, a través de redes, para implementar programas de ayuda e incrementar el índice de participación del sexo femenino.

El principal cambio estructural y cultural en nuestro país, es que las mujeres obtengan los mismos derechos que los hombres y que ello se reconozca constitucionalmente.

Actualmente, las mujeres cada vez tienen mayor influencia en la toma de decisiones dentro de las esferas política, económica, social y cultural, y son ellas las que luchan por los grandes cambios sociales.

Se espera que con las nuevas reformas que están en curso en la Constitución Política, la paridad de género en los poderes públicos se consolide en menos de diez años, logrando desarrollar el potencial de las mujeres en nuestro país.

xv. **Bibliografía**

- Archenti, N., & Tula, M. I. (2007). Los límites institucionales de las cuotas de género en América Latina. *Iberoamericana*, VII(27), 184-190.
- Báez Silva, C., & Gilas, K. M. (2017). Paridad de género: entre acceso a las listas y acceso a los cargos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, enero-junio, 3-26. Recuperado de <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.36.10857>
- Bonifaz Alfonso, L. (2016). El principio de paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdh/documentos/2016-12/PRINCIPIO%20DE%20PARIDAD.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2014). Ley General de Partidos Políticos. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPP_130815.pdf
- (2017a). Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE_270117.pdf
- (2017b). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
- Cedillo Delgado, R. (2016). La paridad de género en las elecciones locales 2015 de Tabasco, Estado de México y Distrito Federal. *LiminaR. Estudios Sociales y Humanísticos*, 14(1), 186-201.
- Dalton Palomo, M. (2014). *Mujeres al poder. El impacto de la mayor representación de mujeres en políticas públicas* (1.a ed.). Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/publicaciones/contenidos/531>

- De Andrea Sánchez, F. J. (2002). *Los partidos políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política* (Serie Doctrina Jurídica, 110). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Fraga, N. E., & Ribas, G. A. (2015). *Instrucción Cívica* (Serie Plata). Argentina: Editorial A-Z.
- Huerta García, M., & Magar Meurs, E. (Coords.) (2006). *Mujeres legisladoras en México: avances, obstáculos, consecuencias y propuestas*. México: Inmujeres/Conacyt/ITAM/Fundación Friedrich Ebert Stiftung.
- Idea-OEA (2013). *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral/Comisión Interamericana de Mujeres. Recuperado de <http://www.oas.org/es/CIM/docs/ApuestaPorLaParidad-Final.pdf>
- Instituto Electoral del Estado de Campeche (s./f.). Compilación en materia de paridad de género del IEEC. Comisión de Género y Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.ieec.org.mx/micrositios/paridad>
- Leuchprecht, P. (1997). El acceso de las mujeres a los procesos de adopción de decisiones políticas. En F. M. Mariño Menéndez, *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín 1995*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Llanos Cabanillas, B. (2013). A modo de introducción: caminos recorridos por la paridad en el mundo. En Idea-OEA, *La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral/Comisión Interamericana de Mujeres. Recuperado de <http://www.oas.org/es/CIM/docs/ApuestaPorLaParidad-Final.pdf>
- Marín Velázquez Cottier, J. C. (s./f.). Derechos y obligaciones político-electorales de los ciudadanos. Tribunal Electoral del Estado de Colima. Recuperado de <http://www.tee.org.mx/nota.aspx?type=News&id=45>
- Medina Espino, A. (2014). Reforma político-electoral en México. Apuntes sobre la paridad de género y las reformas político-electorales. Congreso Redipal Virtual VII. Red de Investigadores Parlamentarios en Línea, enero-agosto. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VII-25_14.pdf
- Observatorio Electoral 2.0 (s./f.). Paridad en México. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://electoral.juridicas.unam.mx/mexico-2018/files/boletines/boletin-7.pdf>
- ONU Mujeres (2018, 26 de julio). Declaración: ONU Mujeres saluda el avance histórico en materia de paridad de género en el Congreso de México. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2018/7/statement-ed-phumzile-womens-political-participation-mexico>

- Palma, E., & Chimal, A. (2012). Partidos y cuotas de género. El impacto de la Ley Electoral en la representación descriptiva en México. *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 11, 53-78.
- ¿Por qué la paridad? (2010). *Foro Mujeres en Plural*.
- Reynoso, D., & D'Angelo, N. (2004). Leyes de cuotas y elección de mujeres en México, ¿contribuyen a disminuir la brecha entre elegir y ser elegida? XVI Congreso de la Sociedad Mexicana de Estudios Electorales. *México*.
- Solorio Almazán, R. (2014). *Para entender la paridad de género*. México: Centro de Estudios de Derecho e Investigación Parlamentarias. Recuperado de www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/.../Paridadgenero.pdf
- Wallach Scott, J. (2012). *Parité! Equidad de género y la crisis del universalismo francés*. Fondo de Cultura Económica.
- Zúñiga Añazco, Y. (2005). Democracia paritaria: de la teoría a la práctica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 18(2), 131-154. Recuperado de <https://doi.org/10.4067/S0718-09502005000200006>

LA SUBJETIVIDAD

JURÍDICA DE LOS ANIMALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

ADRIANA NORMA MARTÍNEZ¹

ADRIANA MARGARITA PORCELLI²

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Metodología. III. Resultados y discusión. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen

En el presente artículo de revisión jurisprudencial se hace un análisis comparativo de todas las sentencias resueltas en Argentina, hasta el año 2018, referidas a la categorización jurídica de los animales. En cumplimiento de tal objetivo, la metodología utilizada consistió en identificar las concepciones filosóficas, éticas y jurídicas sustentadas en cada una de ellas, para posteriormente efectuar un análisis comparativo de las mismas. Como limitaciones se identificaron, por un lado, por lo novedoso del tema, que son pocos los casos a analizar y, por otro, que en Argentina, generalmente los tribunales tienden a continuar con la línea argumentativa de sus superiores, pero como la jurisprudencia no es obligatoria, los magistrados pueden resolver de forma totalmen-

1 Abogada. Escribana (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Ambiente Humano (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Posgraduada en Derecho del Turismo (Universidad de Buenos Aires). Profesora adjunta regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Jefa de la División de Derecho. Profesora asociada ordinaria en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján; correo: info@anmart.com.ar; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8962-2743>

2 Abogada (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco). Profesora adjunta ordinaria en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján; correo: adporcelli@yahoo.com.ar; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5192-5893>

te contraria aun de lo que ellos mismos dispusieron. Esto motiva a que, si bien se nota una tendencia a reconocer a los animales como sujetos de determinados derechos, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires, en 2018, por mayoría se le negó el derecho a la libertad. En conclusión, todavía es apresurado emitir un juicio definitivo sobre la temática, aunque se puede resaltar el inicio de un camino hacia la categorización de los animales como seres sintientes y sujetos de sus propios derechos.

Palabras clave: animales, sujetos de derechos, seres sintientes, jurisprudencia, Argentina.

The legal subjectivity of animals according to Argentine jurisprudence

Abstract

The purpose of this jurisprudential review article is the comparative analysis of all judgments resolved in Argentina, until 2018, regarding the legal categorization of animals. In compliance with this objective, the methodology used consisted of identifying the philosophical, ethical and legal conceptions supported in each one of them to make a comparative analysis of the same. As limitations were identified, on the one hand, because of the novelty of the subject, that there are few cases to be analyzed and on the other, that in Argentina courts generally tend to continue with the argumentative line of their superiors, but since jurisprudence is not mandatory, the magistrates can resolve in totally contrary way even of what they themselves arranged. This motivates that, although there is a tendency to recognize animals as subjects of certain rights, in the ruling issued by the Supreme Court of Buenos Aires City, in 2018, by majority was denied the right to freedom. In conclusion, it is still urgent to issue a final judgment on the subject, although

the beginning of a path towards the categorization of animals as sentient beings and subjects of their own rights can be highlighted.

Keywords: animals, subjects of rights, sentient beings, jurisprudence, Argentina.

1. Introducción

El presente artículo proviene de un proyecto de investigación más exhaustivo intitulado “Un nuevo paradigma jurídico: la transición del antropocentrismo al ecocentrismo y su repercusión en las categorías de sujetos del derecho nacional, regional e internacional”, radicado en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján, en Argentina, que consiste en una investigación interdisciplinaria que conjuga las diferentes perspectivas jurídicas con las teorías científicas, tanto ecológicas como biológicas, y su recepción en las legislaciones y jurisprudencia nacional, regional e internacional.

Actualmente, la humanidad enfrenta problemas globales que se derivan en alarmantes daños a la biósfera y a la vida humana, que podrían convertirse en irreversibles.

A medida que se estudian los principales problemas de nuestro tiempo, se toma conciencia de que no pueden ser entendidos aisladamente, debido a que son sistémicos, están interconectados y son interdependientes. El papa Francisco, en

la encíclica *Laudato si*, enseña que no hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socioambiental. A ese respecto afirma que: “Un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres”.³

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo 1972), constituye un hito fundamental a este respecto, fijando como contenido del derecho ambiental, la interdependencia entre el entorno natural y el entorno creado, cultivado o edificado por el hombre. En su Declaración de Principios marca el inicio de una nueva era en la concepción del derecho y la naturaleza. Por un lado, reconoce que el ser humano tiene una enorme capacidad para transformar el ambiente que lo rodea y que no siempre lo hace de forma constructiva. Por otro, establece la obligación de los Estados de aunar sus esfuerzos para lograr un acuerdo político con el objeto de mejorar la calidad de vida de todos los países. Y destaca la importancia del entorno histó-

3 Francisco (2015, 24 de mayo). *Carta encíclica Laudato si*, pág. 28. Recuperado el 15 de junio de 2017, de http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

rico, cultural, económico, social y político en que se desenvuelve cada nación.⁴

Posteriormente se fueron sucediendo conferencias y cumbres de las Naciones Unidas y en Nueva York (su sede), se adoptó, en septiembre de 2000, la Declaración del Milenio. Consistió en un conjunto conciso de ocho objetivos y veintiún metas cuantificables, con plazo límite de 2015, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). En septiembre de 2015, los Estados Miembros de la ONU aprobaron, en la Cumbre para el Desarrollo Sostenible, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluyó un conjunto de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas asociadas, demostrativos de la magnitud de esta ambiciosa nueva Agenda Universal, que entró en vigor el 1 de enero de 2016 y guiará las decisiones durante los próximos 15 años.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015, en su anexo “Acuerdo de París”, señaló como prioridad fundamental la necesidad de salvaguardar la seguridad alimentaria, acabar con el hambre, la vulnerabilidad de los sistemas de producción de alimentos y los efectos adversos del cambio climático. El documento observa también la importancia que tiene para algunos el concepto de “justicia climática”.⁵ Justamente la 22.º

Sesión de la Conferencia de la ONU sobre el Cambio Climático (COP 22) en Marrakech 2016, se inauguró con un llamamiento a la “justicia climática” entre los pueblos.

Paralelamente, las constituciones de la mayoría de los países receptaron el reconocimiento del derecho al ambiente como un derecho humano fundamental. Vale decir, desde el punto de vista humano dentro de los nuevos derechos denominados de “tercera generación”, del sujeto colectivo, comprometiendo “intereses difusos”.⁶ Se puede advertir que el derecho a la propiedad privada, ha sufrido serias restricciones y controles en beneficio de los intereses colectivos, no existiendo, pues, facultades absolutas de disposición ni de uso y usufructo.

Frente a este escenario, toman cada vez más fuerza determinadas líneas de pensamiento que propician el reconocimiento de derechos a la naturaleza y a todos los seres vivientes y sintientes. Es notable la diferencia con las que actualmente están en boga, receptadas por casi todas las legislaciones: las que parten desde la centralidad del ser humano con una visión antropocéntrica.⁷ Esta nueva cosmovisión biocéntrica se centra en la naturaleza y en

4 ONU. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, numerales 3 y 7.

5 Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención Marco sobre el Cambio Climático. Anexo

“Acuerdo de París”, 12 de diciembre de 2015. U. N. Doc. FCCC/CP/2015/L.9.

6 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 83.

7 Por ejemplo, la Declaración de Estocolmo de 1972, en el numeral 1, afirma que: “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea”.

todos los seres vivos no como cosas del dominio humano, sino como poblaciones o comunidades con sus especificidades propias, incluyendo los bosques, pantanos, montañas y ríos que albergan todo tipo de seres humanos y no humanos.

En consecuencia, y desde una nueva perspectiva jurídica se plantea la idea de considerar a la Naturaleza y a cada uno de sus componentes como sujeto de derechos y con ello, revertir el proceso de destrucción por parte de los seres humanos.⁸ Justamente desde esta nueva perspectiva jurídica, se evidencia la necesidad de establecer un diálogo con la Ecología, lo que conlleva a traducir el lenguaje científico de los ecologistas al normativo de los juristas. La Ecología habla en términos de ecosistemas y de biosfera mientras que el Derecho responde hablando de límites y fronteras con criterios fijos.⁹

Ricardo Crespo (2009)¹⁰ enumera una serie de diferentes posturas científicas que son el basamento jurídico para considerar

a la naturaleza como sujeto de derechos. Entre ellas, se pueden diferenciar:

1. Desde el punto de vista científico: la ecología, la revolución de la física, la biología y sus implicancias en la ética y la filosofía: comprende la ecología profunda y la hipótesis (ahora teoría) Gaia.
2. Desde el punto de vista jurídico, ecológico-jurídico y desde la filosofía del derecho: el utilitarismo (Peter Singer como su actual exponente) y los animales como sujetos de una vida. Dentro de las teorías afirmativas de la naturaleza como sujeto de derechos, se puede diferenciar: interés propio de la naturaleza, la ecología del saber, ecofeminismo, biocentrismo, la democracia de la Tierra, *eco-apartheid* y la jurisprudencia de la Tierra. Teorías intermedias tales como Naturaleza como deber y Naturaleza como proyecto.
3. Teoría ancestral: Madre Tierra o Pachamama.

Como el análisis de cada una de ellas excede el objetivo propuesto en el presente artículo, solo se enumeran a título demostrativo del estado del arte y se explican las teorías que fueron tomadas como fundamento en las sentencias cuyo análisis es objeto de este trabajo.¹¹

8 Martínez, Adriana Norma y Porcelli, Adriana Margarita, Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte), *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, Perú, vol. 15, núm. 20, 2017, págs. 417-462; pág. 422 (<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i20.1450>).

9 *Idem*, pág. 423.

10 Crespo Plaza, Ricardo, La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, núm. 12, Ecuador, 2009, págs. 31-37; VLEX-382380586.

11 Para un estudio profundizado de estas teorías, véase: Martínez, Adriana Norma y Porcelli, Adriana Margarita, Una nueva visión del mundo: la ecología profunda... citado en notas 6 y 7.

La concepción de que la naturaleza y los animales sean sujetos de derecho quizá no sea fácil de asimilar. Sin embargo, muchos filósofos, entre ellos Peter Singer (1999), hacen un paralelismo con los movimientos por la igualdad. Recuerdan que en pleno siglo xx existía una política oficial discriminatoria racial, sexual y etaria. Dichos autores enfatizan que las luchas como la de las mujeres por la equidad de género y la de los derechos de las niñas y los niños, superaron esa marginación jurídica. Leticia Cabrera (2017) afirma que, partiendo de las premisas kantianas, con Singer se produce una transformación del concepto de persona. Tan es así que comienzan a distinguir entre seres humanos y personas, afirmando que hay personas diferentes de la especie humana. Una cosa se transforma en persona si puede percibir dolor o placer. El concepto de persona incluye a todos los seres no humanos, siempre que puedan sentir placer o dolor. Son los llamados animales superiores, como chimpancés, gorilas y orangutanes, y los grandes cetáceos, como delfines y ballenas. En definitiva, lo importante no es saber si un ser es o no persona, sino luchar por evitar el dolor en cualquier ser con sensibilidad.¹²

Esta concepción fue expresamente reconocida en algunas legislaciones y jurisprudencia a nivel internacional, nacional

12 Cabrera Caro, Leticia, *Personas y seres humanos ¿distinción o identidad?*, vol. 3, núm. 1, *Ius et Scientia*, Sevilla, 2017, págs. 114-124.

y regional. En particular, en Argentina, hasta la fecha, fueron muy pocos los casos jurisprudenciales referidos a esta temática y se trató de acciones de *habeas corpus* en favor de animales. El objeto del presente artículo de revisión jurisprudencial consiste en el análisis comparativo de todas las sentencias dictadas por los tribunales argentinos, hasta el año 2018, que tuvieron que dilucidar la categorización de los animales, identificar las concepciones filosóficas y éticas sustentadas y, finalmente, la resolución adoptada en cada una de ellas.

II. Metodología

En lo referente al cumplimiento del objetivo del presente artículo, la metodología utilizada se basó en el método inductivo analítico, centrándose en el análisis de todos los escasos casos jurisprudenciales que abordaron en Argentina la problemática estudiada; vale decir, la categorización de los animales. En cada uno de ellos, se identificaron las concepciones jurídicas, filosóficas y éticas sustentadas para fundamentar su decisión, para lo cual se realizó un relevamiento de las teorías que pugnan por el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. Finalmente, a través del método comparativo, se evidenció una tendencia, en algunos magistrados, a otorgarles derechos propios y exclusivos y como correlato, obligaciones por parte de los seres humanos.

III. Resultados y discusión

Análisis de los casos jurisprudenciales

“Orangutana Sandra s/habeas corpus”

Cronológicamente, el primer caso presentado fue la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el caso “Orangutana Sandra s/habeas corpus”, del 18 de diciembre de 2014. En noviembre de 2014, la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), patrocinado por el doctor Andrés Gil Domínguez, presentó una acción de *habeas corpus* ante el Juzgado Penal de Instrucción n.º 47 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a favor de una orangutana de Sumatra de nombre “Sandra”, que habitaba desde hacía veinte años en el zoológico de la ciudad. La asociación demandante alegó que “Sandra” fue privada ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del zoológico, y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte. Por esa razón, se requirió su urgente liberación y su posterior e inmediato traslado y reubicación en el santuario de primates de Sorocaba, ubicado en el estado de Sao Paulo, Brasil.

El pedido fue rechazado por el juzgado interviniente, y la resolución fue apelada ante la Sala VI de la Cámara del Crimen,

que confirmó la sentencia de la jueza de Instrucción. Se interpone un recurso de casación ante la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, que concedió a la orangutana “Sandra” “el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos” (considerando 2.º). Por tal razón dispuso su protección en el fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, atendiendo a que una fiscalía de ese fuero se encontraba intervinendo y había adoptado medidas probatorias tendientes a determinar las circunstancias denunciadas. De tal modo, la Administración de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tendría que ser la que debía resolver el pedido de liberación y traslado del animal hacia un santuario.¹³

De la lectura del fallo, se evidencia el escaso fundamento filosófico, científico y jurídico que contiene, pues solo cita dos obras del doctor Zaffaroni; a saber: *Derecho penal. Parte general* y *La Pachamama y el humano*, basándose en una interpretación jurídica dinámica y no estática.

El doctor Daniel Sabsay, celebrando la resolución, sostuvo que más allá de la vaguedad argumentativa el fallo adquiere gran relevancia, puesto que reconoce la calidad de personas no humanas a este tipo de animales con altas capacidades cogniti-

13 Argentina, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Orangutana Sandra s/recurso de casación s/habeas corpus”, 18 de diciembre de 2014, Causa n.º CCC 68831/2014/CFCI, Id SAIJ: NV9953.

vas y afectivas. Consideró que, al tratarse de una jurisprudencia novedosa, marcaba un rumbo para otros casos. Entendió que otra consecuencia significativa derivada de la sentencia, resultó en que el derecho a la propiedad privada del humano cedió frente a otros derechos básicos que se le reconocieron a la orangutana “Sandra”: a la vida, a la libertad y a no ser maltratada física ni psicológicamente. Sin embargo, el jefe de Biología del zoológico mostró su disconformidad, ya que consideró que este fallo desconocía el comportamiento natural de la especie. Sus argumentos se basaron en que los orangutanes son animales solitarios y tranquilos, que solo se juntan para aparearse o atender a sus crías; por tanto, los jueces incurrieron en un error muy común que era humanizar la conducta animal. Señaló que “Sandra” vivía en soledad, porque era lo común en su especie y que gozaba de cuidados excepcionales.¹⁴

El 21 de octubre de 2015, la Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales y el doctor Andrés Gil Domínguez presentaron una acción de amparo ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en contra del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad

de Buenos Aires, a favor de la orangutana “Sandra”, titularizándola como persona no humana y sujeto de derechos. Entre los argumentos esgrimidos, se puede leer que se encuentran conculcados de forma ilegal y arbitraria su derecho a la libertad ambulatoria, a no ser considerada un objeto o cosa susceptible de propiedad y a no sufrir ningún daño físico o psíquico. Señalan que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “Orangutana Sandra”, estableció que es un sujeto no humano titular de derechos; por lo tanto, “Sandra” dejó de ser un objeto de protección del derecho y pasó a ser un sujeto titular de ciertos derechos fundamentales. Lo anteriormente expresado significa que su cautiverio y exhibición públicos viola los derechos que ella titulariza, aunque se le alimente y no la traten con crueldad, en los términos de la Ley 14346. Manifestaron que la situación de la orangutana confronta las reglas mínimas del bienestar animal fijadas por la Asociación Mundial de Zoológicos con la Declaración Universal de los Derechos del Animal, la Ley Nacional de Protección Animal n.º 14346 y la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre n.º 22421. Consideraron que “Sandra” era discriminada por su especie, víctima del especismo antropocéntrico. Y continuaron señalando que los orangutanes son seres pensantes, sintientes, inteligentes y genéticamente similares a los seres humanos, con similares pensamientos, emociones,

14 Gaffoglio, Loreley, Conceden un hábeas corpus a una orangutana, *La Nación*, Sociedad, 21 de diciembre de 2014 (<https://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corpus-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno>); fecha de consulta: 2 de diciembre de 2018.

sensibles y autorreflexivos. Dotados de cultura, capacidad de comunicarse y un rudimentario sentido del bien y del mal; individualidad propia, además de una historia, carácter y preferencias únicos. Agregaron que esta especie se encontraba en peligro crítico de extinción, hallándose en la lista roja de especies amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. El tribunal consideró que la categorización de “Sandra” como “persona no humana” y, en consecuencia, como sujeto de derechos, no debía llevar a la afirmación apresurada y descontextualizada acerca de que “Sandra” era titular de los derechos de las personas humanas. Por el contrario, y citó la frase del experto Héctor Ferrari: “ponerle vestido a un perro también es maltratarlo”. Entonces, se trata de reconocerle a “Sandra” sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de ser sintiente. Dicha categorización novedosa fue introducida por la reforma de enero de 2015 del Código Civil en Francia, que conecta las obligaciones de las personas hacia los animales. Posteriormente citó la Constitución de Ecuador y la obra de Zaffaroni cuando afirma que “el bien jurídico en el delito del maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocer el carácter de sujeto de derechos”. Asimismo, señaló que ningún viviente debe ser tratado como

una cosa, que las categorías eran construcciones sociales y que sectores relegados de la sociedad, como los pueblos originarios, los negros, las mujeres e incluyó a los animales, podían llegar a ser sujetos de derecho. Y de esta manera lograr que dejaran de ser sometidos. En consecuencia, comprender que los modos de categorizar y clasificar encerraban relaciones de poder específicas, que a su vez podían provocar relaciones de desigualdad, dominación y sometimiento de seres vivientes, permitiría la posibilidad de cambiar y actuar sobre la vida de los otros humanos y no humanos. Una vez que quedó establecido que la orangutana “Sandra” era un sujeto titular de derechos, debía delimitarse la consecuencia práctica de dicha decisión. Una interpretación armónica de los informes de los expertos con las disposiciones legales analizadas llevó al tribunal a concluir que “Sandra” tenía el derecho a gozar de la mayor calidad de vida posible a su situación particular e individual. Y que ello debía tender a evitar cualquier tipo de sufrimiento generado por la injerencia del hombre en su vida. Su condición de nacimiento en cautiverio y que ella es un híbrido, cuyos progenitores eran de Sumatra y Borneo, daba cuenta de que tanto su existencia como las condiciones de su vida eran el resultado exclusivo de la manipulación humana, irreversible.¹⁵ Con

15 Para ampliar sobre los pormenores y detalles de la elaboración de la sentencia, véase: Carman, María y Berros, María Valeria, Ser o no ser un simio

base en esos considerandos resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida en los siguientes términos:

- a) Reconocer a la orangutana “Sandra” como un sujeto de derechos, conforme a lo dispuesto por la Ley 14346 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables, que identificó en cabeza del concesionario del zoológico porteño y la ciudad.
- b) Disponer que los expertos *amicus curiae*, conjuntamente con el biólogo del zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elaboren un informe resolviendo las medidas que debería adoptar el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación con la orangutana “Sandra”. El informe técnico tendrá carácter vinculante.
- c) El gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá garantizar a “Sandra” las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas.¹⁶

con derechos, *Revista Direito gv*, vol. 14, núm. 3, São Paulo, Brasil, 2018, págs. 1139-1172 (<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201842>).

16 Argentina, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre amparo, Expte. A2174-2015/0, 21 de octubre de 2015 (<https://ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/10/Sentencia-Orangutana.pdf>); fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018.

En estos considerandos, se puede identificar la filosofía de Peter Singer, quien escribió, en 1975, en su libro *Liberación animal*, que los derechos de los animales no son idénticos a los seres humanos. Tomando como premisa el propósito del utilitarismo de reducción del sufrimiento y admitiendo notables diferencias con los humanos, les atribuye derechos que hacen a su existencia. Parte de dos principios generalmente aceptados:

1. Todos los seres humanos tienen los mismos derechos. Entonces se asemeja la discriminación entre las especies con el racismo o el sexismo. De ello se deriva que, al negarle derechos a los animales, se produciría lo que bautiza como “especismo”, que significaría una nueva modalidad de discriminación semejante al racismo. Que los animales tengan menos inteligencia que los seres humanos no habilita a tratarlos con crueldad o a experimentar sobre ellos. La igual consideración de intereses debe incluir a todos los seres sintientes, humanos y no humanos, y
2. Se debe prevenir o reducir el sufrimiento, independientemente de quién lo sufra. Singer (1999) produce una transformación del concepto de persona, comenzando a distinguir entre seres humanos y personas. Este último concepto incluye a aquellos seres no humanos que tienen sentimientos y

conciencia, los llamados animales superiores: chimpancés, gorilas, orangutanes, y los grandes cetáceos: delfines y ballenas.¹⁷ Justamente, para Singer, la diferencia entre esta categoría de animales y las plantas y demás seres inanimados, radica en la presencia de la conciencia en los animales superiores. Similar esquema de pensamiento se puede leer en el libro *Jaulas vacías*, de Tom Regan (2006), quien considera a los animales como “sujetos de una vida”; vale decir un ser que valora y defiende su propia existencia. El ser humano tiene el deber de protegerlo y de defenderlo por su incapacidad de realizarse. En sus palabras concluye que “tienen el derecho a nuestra ayuda. Su total incapacidad de defender sus propios derechos no disminuye, sino que acrecienta nuestro deber de proveerles asistencia”.¹⁸

Incidente de apelación en autos G. B., R. s/infracción a la Ley 14346

En la misma línea argumentativa, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, en noviembre de 2015, confirmó una sentencia de primera instancia en la que se ordenaba la entrega

a una asociación civil de sesenta y ocho perros, de los cuales sesenta y seis eran caniches y dos, labradores, que en 2014 fueron encontrados en muy malas condiciones. Originalmente los canes estaban en resguardo de una mujer que había sido declarada con problemas mentales. Los sesenta y ocho perros fueron encontrados por las autoridades tras un allanamiento realizado en la propiedad de esta mujer en marzo de 2014. Los animales estaban desnutridos, deshidratados y con distintas enfermedades, e incluso había uno muerto en estado de descomposición. Después del rescate, los perros fueron entregados al Centro de Prevención de Crueldad al Animal, que, tras la sentencia, los entregó en adopción en forma gratuita. Quien era dueña de los perros fue evaluada y en el peritaje médico, se concluyó que no conservaba su autonomía psíquica para comprender el alcance de sus actos y dirigir sus acciones. Por tanto, no fue condenada por sus actos en relación con los animales, pero le fueron retirados, porque la jueza de primera instancia concluyó que no podían estar a la guarda de seres vivos que merecen cuidado, protección y alimentación adecuados.

La sentencia fue apelada por la propietaria, quien reclamó la devolución de los canes. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia poniendo de relieve que los perros, y en general los animales, no son

17 Singer, Peter, *Liberación animal*, Madrid, 2.ª ed., Editorial Trotta, 1999.

18 Regan, Tom, *Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales*, España, Fundación Altarriba, 2006, pág. 72.

cosas sino “seres que sienten”. Entre sus fundamentos, se puede leer que la categorización de los animales como sujetos de derechos, en palabras del tribunal: “seres vivientes susceptibles de derechos”, no significa que estos son titulares de los mismos derechos que poseen los seres humanos, sino que se trata de reconocerles sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de seres sintientes.

Los jueces Vázquez y Manes en un voto compartido, sostuvieron que:

no obstante el nuevo Código Civil y Comercial no recoge las nuevas posturas sobre el status de los animales y define que los bienes materiales se llaman cosas (artículo 16), por su condición de seres vivos sintientes, excede su carácter patrimonial.

Toman como fundamento el caso de la orangutana “Sandra” como sujeto de derechos y los códigos civiles alemán y francés, que reconocen que los animales no son cosas.¹⁹

Presentación efectuada por AFADA respecto de la chimpancé “Cecilia”: sujeto no humano

19 Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Causa n.º 17001-06-00/13, Incidente de apelación en autos G.B., R. s/inf. Ley 14346, 25 de noviembre de 2015 (<https://ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2016/01/Fallo-dispone-adopcion-de-perros.pdf>); fecha de consulta: 11 de febrero de 2019.

El tercer caso que tomó el estado público fue el de la chimpancé “Cecilia”, encerrada en el zoológico de la ciudad de Mendoza (Provincia de Mendoza, Argentina). En septiembre de 2014, Pedro Pozas Terrados, director ejecutivo del proyecto “Gran Simio” en España, visitó el zoológico de Mendoza, quien denunció la situación en la que se encontraba “Cecilia” en los medios argentinos y con la colaboración del proyecto “Gran Simio” de Brasil, inició una campaña en pos de la liberación de “Cecilia”. Frente a tales acontecimientos, la AFADA presentó un *habeas corpus* en favor de la chimpancé “Cecilia” ante el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, autos P-72.254/15, intitulado “Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia: sujeto no humano”.²⁰ La asociación actora argumentó que “Cecilia” había sido privada ilegítima y arbitrariamente de su derecho a la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de las autoridades del zoológico de la ciudad de Mendoza. Que su estado de salud físico y psíquico, se encontraba profundamente deteriorado y empeorando día a día con evidente riesgo de muerte, siendo deber del Estado ordenar urgentemente la libertad de esta persona no humana. No era una cosa y, por ende,

20 Argentina, Poder Judicial de Mendoza, Tercer Juzgado de Garantías, Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé “Cecilia”: sujeto no humano, 3 de noviembre de 2016, Expte. núm. P-72.254/15 (<http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2016/11/329931683-habeas-corpus-cecilia.pdf>); fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018.

no debía estar sujeta al régimen jurídico de la propiedad. Además de peticionar su inmediata liberación, se solicitó su posterior traslado y reubicación en el Santuario de Chimpancés de Sorocaba, ubicado en São Paulo, Brasil, u otro que se estableciera al efecto oportunamente, previa evaluación de especialistas de la especie. Como argumentación jurídica invocaron el artículo 43 de la Constitución Nacional, los artículos 17, 19 y 21 de la Constitución Provincial de Mendoza, la Ley Nacional de Malos Tratos y Actos de Crueldad a los Animales (Ley n.º 14346), la Ley Nacional de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley n.º 22421) y tratados internacionales con jerarquía constitucional, aplicables al caso. Posteriormente, relataron la situación de “Cecilia” calificándola como aberrante. “Cecilia” era una chimpancé hembra, científicamente denominada *Pan troglodytes*, de unos treinta años. Casi la totalidad de su vida vivió en cautiverio en el zoológico de Mendoza, en una jaula con piso y muros de cemento, extremadamente pequeña para un animal no humano de esa especie. No contaba siquiera con mantas o paja para acostarse y resguardarse de las inclemencias del tiempo o del propio viento, a lo que los chimpancés le tienen mucho miedo. A ello se aunaban los ruidos y gritos de las constantes visitas escolares y público en general. En esa prisión, prácticamente no le llegaba la luz solar, exponiéndola a altas temperaturas, que en

verano superaban los 40°, recalentando el piso y las paredes de cemento, y en invierno se situaban por debajo de los 0°. En ese espacio incluso nevaba en oportunidades y se congelaban las superficies, con una total falta de higiene y abundantes excrementos que no se limpiaban diariamente. Agregó que luego de la muerte de sus compañeros de celda, “Charly” (julio de 2014) y “Xuxa” (enero de 2015), la chimpancé “Cecilia” vivía de modo absolutamente solitario, sin ningún tipo de compañía de sus congéneres. Los chimpancés son animales extremadamente sociales, sin ningún espacio verde o árboles para ejercitarse ni juegos para entretenerse, y sin contar con un bebedero, afectándose, de esta forma, al menos, tres de sus derechos básicos fundamentales: su libertad ambulatoria y locomotiva, el derecho a una vida digna y el derecho a la salud física y mental.

El 7 de julio de 2015, el personal jerárquico del Tercer Juzgado de Garantías, integrado por la doctora María Alejandra Mauricio, jueza de Garantías; el doctor Gerardo Manganiello, secretario *Ad Hoc* y la doctora S. Amalia Yornet, prosecretaria, concurrieron al zoológico de la Provincia de Mendoza, donde se llevó a cabo una inspección ocular y corroboraron la penosa situación. Y el 3 de noviembre de 2016, la jueza dictó sentencia, basándose en que el artículo 41 de la Constitución nacional, incorpora una noción amplia de “ambiente”, incluyendo, junto con el

patrimonio natural (el cual “Cecilia” integraba), los valores culturales y la calidad de la vida social. Esta noción amplia de ambiente, se confirma en la Ley n.º 25675, conocida como Ley General del Ambiente, una de las normas de presupuestos mínimos de protección que el artículo 41 consagró como una nueva especie normativa. Por tanto, el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural y el derecho a la calidad de vida forman parte del “derecho al ambiente”, constituyen “derechos de incidencia colectiva” y están esencialmente conectados con el interés general de la sociedad. En este caso en particular, y después de hacer una referencia jurisprudencial, la magistrada consideró que el bien jurídico y valor colectivo a proteger estaba encarnado en el bienestar de “Cecilia”, integrante de la “comunidad” de individuos del zoológico mendocino. Ello porque “Cecilia”, en opinión de la jueza, pertenecía tanto al patrimonio natural, en la medida de su relación con la comunidad de humanos, así como integraba el patrimonio cultural y la calidad de vida de la comunidad. Con la inspección ocular efectuada por los miembros de la judicatura, se probó que la Ciudad de Mendoza no podía proveer a “Cecilia” el bienestar que tanto la parte iniciadora como el gobierno de la provincia, se han manifestado interesados en proteger.

En esas particulares circunstancias, el traslado más allá de Argentina aparecía

como el medio idóneo para que “Cecilia” pudiera proseguir su vida en mejores condiciones.

Es de destacar las palabras de la jueza en cuanto a que “La situación actual de Cecilia nos conmueve. Si atendemos a su bienestar no será Cecilia quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad y de sentirnos un poco más humanos”.²¹

En cuanto a la legitimación activa, la magistrada consideró que el actor es “afectado” en el sentido del artículo 43 de la Carta Magna. Con respecto al *thema decidendum*, se destacan los siguientes párrafos:

En la actualidad podemos ver cómo se ha tomado conciencia de situaciones y realidades que, aunque suceden desde hace un tiempo inmemorable, antes no eran conocidas ni reconocidas por los actores sociales. Tal sería el caso de la violencia de género, del matrimonio igualitario, del derecho igualitario del sufragio, etc. Idéntica situación sucede con la conciencia sobre los derechos de los animales.²²

A continuación, se preguntó: “¿Solo el ser humano puede ser considerado como persona en tanto sujeto de derecho? ¿El hombre es el único que posee capacidad de derecho?”.

21 *Idem*, pág. 20.

22 *Ibidem*, pág. 27.

A lo que respondió:

Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra-específica y emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas.²³

Más adelante, y en cuanto a la naturaleza jurídica de “Cecilia”, aseguró que:

Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto

esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años.²⁴

Esta categorización se infiere de la Ley n.º 14346 sobre el delito de maltrato animal, donde el bien jurídico protegido es el derecho del animal a no ser objeto de la crueldad humana. La interpretación del fin perseguido por el legislador implica que el animal no es una cosa, no es un semoviente sino un ser vivo sintiente. “La conclusión entonces, no es otra que los animales son sujetos de derecho, que poseen derechos fundamentales que no deben ser vulnerados, por cuanto detentan habilidades metacognitivas y emociones señaladas en los párrafos que anteceden”.²⁵

Sin embargo, dejó en claro que no se trataba de otorgarles los derechos que poseían los seres humanos, sino de aceptar y entender que estos entes eran seres vivos sintientes. Eran sujetos de derechos y que les asistía, entre otros, el derecho fundamental a

23 *Ibidem*, pág. 32.

24 *Ibidem*, pág. 33.

25 *Ibidem*, pág. 35.

nacer, a vivir, a crecer y a morir en el medio que les era propio según su especie.

Por todo lo expuesto, resolvió hacer lugar a la acción de *habeas corpus*, declaró a la chimpancé “Cecilia” sujeto de derechos no humano y dispuso que fuera trasladada al santuario de Sorocaba, Brasil. Destacó la colaboración de las autoridades para la resolución del caso y solicitó a los integrantes de la Legislatura de la Provincia de Mendoza que hicieran cesar la grave situación de encierro de los animales del zoológico, tales como el elefante africano, elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza.

Finalmente, transcribió las siguientes reflexiones: “Podemos juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales” (Immanuel Kant). “Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida” (Anatole France). “Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, solo entonces será noble” (Buda). “La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados” (Gandhi).²⁶

De la lectura de los extractos de la sentencia transcriptos *ut supra*, se infieren coincidencias argumentativas con sus predecesoras, pero con un mayor rigor científico y análisis doctrinal.

²⁶ *Ibidem*, págs. 45-46.

En primer lugar, es de destacar las reflexiones referidas a la legitimación procesal activa. El primer antecedente en la equiparación de la naturaleza, y por ende, en los animales, con los hombres en cuanto sujetos de derechos, abogando por el reconocimiento de sus derechos, se puede leer en el voto en disidencia del juez William Douglas en el famoso caso “Sierra Club *v.* Morton” del Tribunal Supremo de Estados Unidos. El juez Douglas tomó como base el ensayo “Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects” del profesor de la University of Southern California, Christopher D. Stone. El mencionado docente sostuvo que la naturaleza no era una cosa de apropiación humana y que tenía derecho a la autodefensa. Planteaba la legitimación activa de los árboles en los tribunales basado en que hacía poco tiempo que jurídicamente se comenzaron a considerar como sujetos de derechos a niños, mujeres, negros. A lo que sumó que el universo jurídico otorga personalidad jurídica a entes inanimados, como sociedades comerciales, asociaciones y colectividades públicas. Concluyó que, como la sociedad reconoció derechos a favor de mujeres, niños, nativos americanos y afroamericanos, también se podía dotar de derechos a la naturaleza.²⁷

En el caso “Sierra Club *v.* Morton”, la organización ecologista Sierra Club se opu-

²⁷ Stone, Christopher, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, Oxford, Oxford University Press, 1972.

so a la construcción de un parque de diversiones Disney dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas. Dicha organización no era la afectada, sino los propios árboles secuoyas. Sin embargo, el juez Douglas fundamentó su disidencia en que si los árboles eran considerados como sujetos de derechos representados por guardianes, que podrían ser las asociaciones de defensa de la naturaleza, esta saldría vencedora, pues su defensa se apartaría de una mera relativización hacia los intereses humanos prevaleciendo sus intereses. Textualmente afirmó que:

La única pregunta es: ¿Quién tiene derecho a ser escuchado? Entonces habrá garantías de que todas las formas de vida se presentarán ante la corte —el pájaro carpintero, así como el coyote y el oso, la trucha en los arroyos. Los miembros inarticulados del grupo ecológico no pueden hablar. Pero aquellas personas que han frecuentado el lugar para conocer sus valores y maravillas podrán hablar por toda la comunidad ecológica.²⁸

28 United States. Supreme Court. *Sierra Club v. Morton* No. 70-34, April 19, 1972. Page 405 U. S. 727/405 U. S. 760 (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>); fecha de consulta: 5 de diciembre de 2018. La traducción es propia y se puede leer en Martínez, Adriana Norma, y Porcelli, Adriana Margarita, Una nueva visión del mundo: la ecología profunda... citado en notas 6 y 7, 2017, pág. 441.

El caso “*Sierra Club v. Morton*” no fue favorable a la organización conservacionista Sierra Club; sin embargo, el voto del juez Douglas influenció moralmente a la compañía de Walt Disney para no seguir adelante con la construcción del parque de diversiones.

El 6 de junio de 1979, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito, resolvió el caso “*Palila (Psittirostris baillleui)*, an endangered species *et al. v. Hawaii Department of Land and Natural Resources et al.*”. Lo novedoso es que la demanda se presentó en nombre de un ave en peligro de extinción que solo se encuentra en Hawái, el palila, de conformidad con la Ley de Especies en Peligro de Extinción de 1974 en contra del Departamento de Tierras y Recursos Naturales de Hawái. El caso se deriva de la introducción de cabras y ovejas en la isla en el siglo XVIII a los efectos deportivos. El Estado las dejó pastar en forma salvaje y dañaron el ecosistema local. Dicha introducción en forma salvaje tuvo un impacto destructivo en el ecosistema Mamane-Naio de Mauna Kea, ya que esos animales se alimentaron de las hojas de los árboles, tallos, plántulas y brotes, y evitaban la regeneración del bosque. La organización Sierra Club y demás movimientos conservacionistas promovieron un juicio sumario en nombre del palila, alegando que la práctica del Estado de mantener cabras y ovejas salvajes para la caza deportiva amenaza-

ba con la extinción de dicha ave. El tribunal aceptó la demanda, basándose en que, tratándose de una especie amenazada con la extinción, de acuerdo con el Endangered Species Act, el pájaro de la familia de los colibríes hawaianos tendría legitimación activa para ir a juicio como actor por derecho propio y ordenó al Estado que iniciara todas las acciones necesarias para eliminar a las ovejas y cabras salvajes del hábitat crítico del palila en dos años.²⁹

A su vez, filósofos del derecho como Feinberg (1974), frente al argumento de que los animales no pueden reclamar *per se*, así como que no comprenden si sus derechos son conculcados, opone que tanto los discapacitados mentales como los niños no tienen capacidad para reclamar directamente, sino por medio de sus representantes y abogados, quienes hablan en sus nombres.³⁰

Entonces existe una constante en reconocer a los animales no como cosas, objeto de propiedad de las personas (humanas y/o jurídicas), sino como una nueva categorización de sujetos, como personas

no humanas, seres sintientes y sujetos de derechos. No de derechos humanos, sino sujetos de tres derechos básicos: a la vida, a no sufrir ni padecer malos tratos y a desarrollarse en su medio natural.

Volviendo al análisis de esta sentencia, la jueza, aun sin mencionarlas expresamente, refuerza sus fundamentos referidos al *thema decidendum* con las teorías científicas que demostraron que algunos animales tienen un nivel de conciencia. Específicamente, durante la conferencia realizada en Cambridge en 2012, varios científicos reconocieron que los animales no humanos tienen conciencia. Las evidencias convergentes indican que los animales no humanos tienen los sustratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de los estados de la conciencia junto con la capacidad de exhibir conductas intencionales. Consecuentemente, el grueso de la evidencia indica que los humanos no son los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la conciencia. Los animales no humanos, incluyendo a todos los mamíferos, pájaros, pulpos y otras muchas criaturas, también poseen estos sustratos neurológicos.³¹

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

30 Feinberg, Joel, The Rights of Animals and Unborn Generations. En William T. Blackstone (Ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens, Georgia, University of Georgia, 1974, págs. 43-68.

31 Low, Philip y Hawking, Stephen, Towards Establishing Neural Correlates of Intended Movements and Speech. En *The First Annual Francis Crick Memorial Conference, Consciousness in Humans and Non-human Animals*. Conferencia llevada a cabo en Wolfson Hall, Churchill College, Cambridge, United Kingdom, 7 de julio de 2012 (<http://fcmconference.org/>); fecha de consulta: 30 de noviembre de 2018.

También es de destacar la contradicción legislativa señalada por la jueza y los camaristas, ya que en el nuevo Código Civil y Comercial, se les sigue considerando cosas, objeto de apropiación y dominio de su titular. Pero en el Código Penal son sujetos de derechos y están protegidos desde hace sesenta y un años por la Ley n.º 14346/54. Es de lamentar que la reforma de 2015 no haya zanjado esta diferencia.

Llegado a esta instancia, parecería que la jurisprudencia argentina dio un giro en pos del reconocimiento de la existencia de otros sujetos de derechos: los animales. Sin embargo, recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en fallo dividido, resolvió no otorgarle los derechos peticionados.

Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos Zoológico, ciudad de Buenos Aires s/*habeas corpus*”

La Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) presentó un recurso de *habeas corpus* en favor de tres chimpancés ante el Juzgado n.º 17 solicitando la liberación de los chimpancés “Martín”, “Sasha” y “Kangoo” cautivos en el Ecoparque Porteño. Además, su posterior e inmediato traslado

y reubicación en el Santuario de Grandes Primates de Sorocaba, en el estado de São Paulo, Brasil, o en cualquier otro que fuese adecuado.

El recurso fue denegado. Esa denegatoria fue apelada ante la Sala I, que confirmó el fallo alegando que la acción de *habeas corpus* no estaba prevista para resguardar el derecho a la libertad de quienes “no son personas humanas”. Al respecto, señalaron que los animales eran sujetos de derechos, pero no titulares de los mismos que poseen los seres humanos. Por ende, correspondía reconocerles el derecho de respeto a la vida y dignidad de “ser sintiente”. A su vez, señalaron que tampoco la actora había determinado el acto por el cual se habría privado ilegalmente a los chimpancés, ni acreditado la denuncia o el requerimiento de modificación de las condiciones en las que se encontraban alojados, a fin de resguardar su salud física y psíquica.

Ante la resolución de los camaristas, el presidente de la asociación actora presentó, ante la misma Sala I, un recurso de inconstitucionalidad, ya que consideró que la Cámara había efectuado una interpretación arbitraria y restrictiva de la Ley n.º 23098, al negar la aplicación de la acción de *habeas corpus* por considerar que no eran personas humanas, pese a no existir otro instrumento adecuado para su protección. Además, no se había considerado la jurisprudencia anterior que categorizaba a los animales

como personas no humanas con los mismos derechos de las humanas.

La Sala I lo declaró inadmisibile y el actor acudió en queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien, por mayoría, resolvió, el 29 de diciembre de 2018, que la queja no podía prosperar, porque el recurrente no pudo rebatir los fundamentos de los camaristas. En el voto de los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás, se resaltó que la Sala tuvo en cuenta lo dispuesto por la Cámara Federal de Casación Penal en los autos “Orangutana *Sandra* s/recurso de casación s/*habeas corpus*”, al compartir con dicho tribunal que los animales eran sujetos de derechos, pero no titulares de los mismos derechos que poseían los humanos. Por tanto, el actor no se percató de que la Cámara aplicó las mismas citas jurisprudenciales que dice que no fueron consideradas. Por su parte, el juez Luis Francisco Lozano agregó que para el Código Civil y Comercial (artículos 227, 1947, 1948, entre otros), cuya constitucionalidad no fue alegada por el apelante, los animales estaban regulados dentro de las cosas muebles, sujetos al derecho de dominio. Sin embargo, el ordenamiento jurídico protege a los animales, ya que la Ley n.º 14346 sanciona penalmente el maltrato y la crueldad de los seres humanos, aun de los dueños, restringiendo el derecho del propietario a abusar de su propiedad.

Previo al comentario del voto en disidencia, se analizará el voto mayoritario a la luz de las concepciones filosóficas, éticas y jurídicas concernientes a la temática. En lo referente a lo dicho por los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás en cuanto reconocen que los animales eran sujetos de derechos, pero no titulares de los mismos derechos que los humanos, ninguna de las teorías que afirman la subjetividad de los animales les otorgan los mismos derechos que a los seres humanos. Justamente critican fuertemente la idea de humanizar a los animales. Es ilustrativo mencionar que tanto Thomas Berry (1999) (en su concepción de la Jurisprudencia de la Tierra)³² como Leonardo Boff (la Democracia de la Tierra) consideran necesario superar esa concepción del mundo no-humano como “una colección de objetos” y empezar a pensar en términos de una “comunidad de sujetos”, vivos, no-vivos, humanos y no humanos. Berry formula los Diez Principios de la Jurisprudencia de la Tierra y uno de ellos consiste en reconocer que cada componente de la comunidad de la Tierra tiene tres derechos: a ser, a existir y a cumplir su función en los procesos en constante renovación de la comunidad de la Tierra. Los ríos tienen los derechos de los ríos; las aves, los de las aves; los insectos, los de los insectos; y los seres humanos tienen los derechos de los humanos.

32 Berry, Thomas, *The Great Work: Our Way into the Future*, New York, Bell Tower, 1999.

Si bien no estaba conforme con el lenguaje de los derechos, entendía que el uso de dicho concepto central de la legislación vigente era lo más acertado para contrarrestar los derechos de propiedad.

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos, partidario de lo que denomina ecología de saberes, enfatiza la idea de que la naturaleza —incluyendo los seres vivos y no vivos— no tiene los mismos derechos que los seres humanos. Pero ello no significa desconocerlos como sujetos de derechos por no poseer autoconciencia y razonamiento. Tanto el ser humano recién nacido como las personas con capacidades diferentes afectadas en su razonamiento, pueden no desarrollarse en forma libre y autoconscientes de sí mismos. Son titulares de derechos, pero incapaces de ejercerlos por sí mismos y de accionar ante los tribunales, sino a través de un representante. De igual manera que las personas jurídicas, reconocidas como sujetos de derechos en todos los sistemas jurídicos.³³

En consecuencia, los jueces confunden el concepto de sujeto de derechos utilizado en el caso de la orangutana “Sandra”, ya que en ningún momento se asimilaron los derechos de los animales con los de las personas humanas.

En el fundamento de los magistrados, se puede llegar a identificar la tesis intermedia, ya sea la ética de la responsabilidad

33 Noé Vottero, Mayra, *El sistema jurídico protectorio de los animales y su naturaleza jurídica*, Córdoba, Leones, 2016.

que impone un deber al ser humano de conservar la naturaleza y tomar bajo su cuidado a todos los demás seres vivos³⁴ o la naturaleza como proyecto. Se llegó a tal conclusión en el entendimiento de que no objetivizan a los animales, pero tampoco los consideran titulares de derechos. Es más, como el actor no acreditó las malas condiciones en que se encontraban alojados a fin de resguardar su salud física y psíquica, liberó de responsabilidad al gobierno de la ciudad por el encierro al cual eran sometidos los orangutanes. Y no se percató que de por sí el vivir encerrado afecta la salud física y mental de esta especie.

El juez Luis Francisco Lozano adopta una postura positivista, ya que se ciñe a una interpretación textual de la legislación vigente, directamente negándole toda subjetividad y considerándolos como cosas de apropiación humana.

La jueza Alicia E. C. Ruiz, en su voto en minoría, critica fuertemente la decisión de la Cámara. Afirma que el fundamento del rechazo del recurso radicó en que los animales son sujetos de derechos, pero no titulares de los mismos derechos que los humanos sin explicar por qué, a pesar de ser “sujetos de derechos”, no estarían protegidos por el *habeas corpus*. Además, la califica de arbitraria, ya que restringe el

34 Flórez, Alfonso, Programa para una filosofía ambiental, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, ed. 3, 2002, págs. 41-50 (<http://www.umng.edu.co/documents/63968/78033/rbioetica3.pdf>); fecha de consulta: 10 de febrero de 2019.

concepto de persona a los seres humanos. Vale decir que utiliza los conceptos de “ser humano” y “persona” como sinónimos, cuyo significado presupone compartido a punto tal que no lo explica. A continuación, se puede leer su cosmovisión al calificar el razonamiento de la Cámara como antropocéntrico y violatorio del principio de no discriminación. Claramente se viola, afirma la magistrada, el derecho de “nuestros pupilos” a no ser discriminados en función de la especie, de la raza o por sus caracteres físicos. En este punto está tomando los fundamentos del *leading case* de la orangutana “Sandra”. Desde Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, se ha impuesto por los operadores jurídicos un modelo humanista hegemónico del concepto de persona y excluyente de todos aquellos que no se corresponden con los rasgos prescriptos por ese modelo ideal (tal como han denunciado los movimientos antirracistas, anticapacitistas, feministas y, más recientemente, los antiespecistas). El rasgo clave del modelo ideal, a partir de Descartes, es la razón; sin embargo, la razón ya no puede ser entendida como un rasgo exclusivo de los humanos ni postulada para restringir el goce del derecho a la vida libre de dolor, tratos crueles o degradantes.³⁵

35 Argentina, Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos Zoológico, ciudad de Buenos Aires s/habeas

Las teorías a las que hace referencia la jueza son las siguientes:

1. Utilitarismo, cuyo exponente contemporáneo es Peter Singer (1999). Pensamiento ya explicado junto con los demás autores mencionados *ut supra*.
2. Ecofeminismo, también conocido como ética del cuidado, cuyo principal exponente es Vandana Shiva, quien considera que la cosificación de la naturaleza y de los animales forma parte de un orden hegemónico y de un sistema patriarcal. Propone el reconocimiento y el respeto a todo ser viviente y a la diversidad en todas sus formas, es decir, de toda forma de planta, de animal, de todo organismo del suelo, de la comunidad humana y de toda cultura que ha evolucionado. El ecofeminismo no está restringido a las mujeres, sino que reconoce el derecho de todas las especies y los derechos de la naturaleza.³⁶ En América Latina, la teóloga brasileña Ivone Gebara sostiene que hoy

corpus”, 19 de diciembre de 2018, Expte. n.º 15070/18 (<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/082/193/000082193.pdf>); fecha de consulta: 20 de febrero de 2019.

36 ONU Mujeres, Vandana Shiva explica los principios del ecofeminismo durante su participación en el seminario “Derechos de la Naturaleza y *Sumak Kawsay*: una visión desde los pueblos del sur”, 26 de noviembre de 2010 (http://www.onumujeres-ecuador.org/index.php?option=com_content&view=article&id=375:vandanah-shiva-fundamenta-los-principios-del-ecofeminismo-en-su-participacion-en-el-seminario-derechos-de-la-naturaleza-y-sumak-kawsay-una-vision-desde-los-pueblos-del-sur&catid=27:ecuador&Itemid=29); fecha de consulta: 3 de diciembre de 2018.

en día la justicia social implica ecojusticia y que el ecofeminismo es una postura política crítica de la dominación, una lucha antisexista, antirracista, antielitista y antiantropocéntrica, ya que se debe respetar a las demás criaturas vivas y no solo al ser humano.³⁷

3. *Eco-apartheid*, sustentado por Cormac Cullinan (2003), quien sostiene que, si bien el *apartheid* en Sudáfrica quedó atrás, actualmente se tiene que superar un *apartheid* más profundo y amplio: el llamado *eco-apartheid*, basado en la separación entre los seres humanos y la naturaleza. Existe la actual convicción antropocéntrica de que los humanos son los dueños y amos del universo plagado de objetos. Por tal situación,

*propone un cambio profundo en la relación de los seres humanos con el mundo natural, los derechos de los individuos deben ser equilibrados con los de las plantas, los animales, los ríos y los ecosistemas. Los seres humanos tendrían prohibido destruir deliberadamente el funcionamiento de los ecosistemas o conducir a otras especies a la extinción.*³⁸

37 Pascual Rodríguez, Marta y Herrero López, Yayo, Ecofeminismo, una propuesta para repensar el presente y construir el futuro. *Boletín ECOS*, núm. 10 (CIP-Ecosocial), enero-marzo de 2010 (https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/10/ecofeminismo_propuesta_repensar_presente.pdf); fecha de consulta: 20 de febrero de 2019; y Puleo, Alicia, Feminismo y ecología, *El Ecologista*, núm. 31, España, 2002, págs. 36-39.

38 Cullinan, Cormac, Justicia para todos: democracia terrestre, *Revista Colombiana de Ciencias Pecuarias*,

Ya lo advertía Rachel Carson (1962) en su libro *Silent Spring (Primavera silenciosa)* en el capítulo 8: “Y ningún pájaro canta”, donde cita una carta que, en 1958, un ama de casa le escribió a un destacado ornitólogo norteamericano, Robert Cushman Murphy:

Es duro explicar a los niños que se han matado a los pájaros cuando aprendieron en la escuela que la ley federal protege a las aves de capturas o daños. ¿Volverán alguna vez? preguntan y yo no encuentro respuestas que darles. Los olmos todavía están muriendo y lo mismo las aves ¿Se hace algo por salvarlos? ¿Puede hacerse algo? ¿Puedo yo hacer algo? (pp. 105-106).³⁹

núm. 1, vol. 16, Colombia, 2003, págs. 88-90.

39 Carson, Rachel, *Primavera silenciosa*, Boston, Mariner Books, 1962, págs. 105-106.

Cuadro 1. Comparación entre las diferentes sentencias argentinas en cuanto a la categorización de los animales

Fecha	Caso	Tribunal	Categorización	Fundamento
Dic. 2014	Orangutana “Sandra”. Recurso de <i>habeas corpus</i>	Cámara Federal de Casación Penal	Sujeto de derechos. Los animales son sujetos no humanos	Vaguedad argumentativa, tanto científica, jurídica y filosófica
Oct. 2015	Orangutana “Sandra” sobre amparo	Poder Judicial de Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Sujeto titular de derechos: a gozar de una mejor calidad de vida y a la realización de actividades cognitivas	Código Civil francés de 2015. Constitución de Ecuador de 2008. Ley n.º 14346 (Argentina) Doctrina: utilitarismo (Peter Singer [1999]) y sujeto de una vida (Tom Regan [2006])
Nov. 2015	G. B. R. s/infracción a Ley 14246	Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas de CABA	Seres vivientes susceptibles de derechos. Seres sintientes. Derechos básicos: vida, igualdad y a no sufrir	Código Civil francés de 2015. Código Civil alemán. Caso orangutana “Sandra”
Nov. 2016	Chimpancé “Cecilia” sobre <i>habeas corpus</i>	Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza	Sujetos de derechos no humanos. Seres sintientes. Sujetos de derechos con capacidad de derecho e incapacidad de hecho. Derechos fundamentales: a nacer, vivir y crecer	Constitución argentina: Art. 41: noción amplia de ambiente y Art. 43: acción colectiva en caso de derechos de incidencia colectiva. Ley General de Ambiente: patrimonio cultural y calidad de vida. Ley n.º 14346. Análisis doctrinal. Frases de Kant, Buda, France, Gandhi
Dic. 2018	Chimpancés “Martín”, “Sasha” y “Kango”	Tribunal Superior de Justicia de CABA	Voto mayoritario: cosas muebles sujetas a dominio del propietario	Código Civil y Comercial argentino de 2015. Art. 227, 1947, 1948. Ley n.º 14346. Fundamento antropocéntrico
			Voto minoritario: sujetos de derechos, seres sintientes	Análisis doctrinal: <ul style="list-style-type: none"> • Utilitarismo • Ecofeminismo • Eco-<i>apartheid</i> • Caso “Sandra”

Fuente: elaboración propia.

iv. Conclusiones

Actualmente, se expanden en todos continentes las corrientes que, frente a la situación crítica en la que se encuentra el planeta y como solución a la constante contaminación, consideran plausible otorgarle tanto a los ecosistemas como a cada uno de sus componentes, léase todos los animales, la categorización de sujeto de derechos.

A lo largo del presente artículo, se han analizado los diferentes casos jurisprudenciales desarrollados en Argentina que tuvieron que dilucidar el significado de persona y sujeto de derechos. Para lo cual también se hizo referencia a las diferentes teorías científicas, ecológicas, éticas y jurídicas que toman como punto de partida la vida misma, la naturaleza y el valor inherente de toda vida no humana. Todas ellas son contrarias a la cosmovisión antropocéntrica actualmente predominante y confluyen en la misma premisa: la humanidad no está sola en el planeta que lo comparte con otros seres vivos, a los cuales les debe respeto y reconocimiento en, por lo menos, sus derechos básicos a existir, a crecer, a desarrollarse y a fluir.

Ya el célebre poeta, dramaturgo y novelista francés Victor Hugo —citado de Palomo Trigueros (2014)— afirmaba que:

Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el gé-

nero humano no la escucha. Primero fue necesario civilizar al hombre en su relación con el hombre. Ahora es necesario civilizar al hombre en su relación con la naturaleza y los animales.⁴⁰

Ya ha pasado más de un siglo de la preocupación de Victor Hugo sobre la osadía del hombre de creerse capaz de manipular impunemente la vida y la naturaleza, cuyas consecuencias difícilmente serán perdonadas por las generaciones futuras.

A tales efectos resulta necesario identificar el rol del derecho en este proceso de transición social y económica. Se advierte que la respuesta jurídica a estas cuestiones, se ve sustancialmente determinada por las conclusiones emanadas de otros ámbitos científicos, dada la naturaleza interdisciplinaria y globalizadora de la temática, pero no puede percibirse como secundaria, por cuanto aborda cuestiones primordiales acerca de la orientación de una política, conectada con las ideas básicas de justicia y equidad. La tutela de estas categorías hace necesario el establecimiento de un nuevo sistema de valores y el cambio de pautas socioculturales que subyacen en todo el sistema, por lo cual la importante contribución del derecho debe ser motivo de profunda reflexión que, mediante su función ejemplificadora y formadora de conductas, ha de conducir al forta-

⁴⁰ Hugo, Victor, 1910, En *Voyage, Alpes et Pyrénées*, citado por Eduardo Palomo Trigueros, *Cita-logía*, Sevilla, Punto Rojo Libros, 2014, pág. 66.

lecimiento de un nuevo perfil, efectuando una revisión de las categorías teóricas.

Toda gran transformación en las instituciones jurídicas conlleva un proceso permanente, progresivo y acelerado que se adecue a la magnitud, globalidad y complejidad del cambio requerido, debido a la gravedad y perentoriedad de la problemática. Tanto los doctrinarios de la ciencia del derecho como los jueces y legisladores, deben considerar que los tiempos de la vida y de la naturaleza generalmente no coinciden con los de las normas jurídicas; por tanto, se hace necesario la urgente adopción de actitudes valientes y jurídicamente innovadoras en pos de la protección de todos los seres humanos y no humanos.

Al respecto, y manteniendo la cosmovisión antropológica predominante en la mayoría de las legislaciones, muy poco se avanzó en el cuidado de la naturaleza y en la protección y tutela de todos los demás seres vivos.

Por tal motivo, el legislador y los tribunales, como intérpretes del derecho, deben ser creativos en las soluciones siempre teniendo como norte la protección de los más débiles.

Y es en este aspecto que se destaca, por parte de la jurisprudencia argentina, el inicio de un camino hacia la categorización de los animales como seres sintientes y sujetos de sus propios derechos abandonando las antiguas concepciones me-

canicistas. Ese camino fue iniciado, aunque tímidamente, por la Cámara Federal de Casación Penal en el *leading case* de la orangutana “Sandra”.

En ese momento, en Argentina, la concepción ecocéntrica y biocéntrica casi no tenía difusión, no así en otros países americanos como Bolivia, Colombia, Ecuador y fundamentalmente en los pueblos ancestrales. Por tal motivo esa resolución constituyó un hito y un nuevo punto de partida para el estudio y desarrollo de líneas argumentativas jurisprudenciales más científicas, filosóficas y jurídicas.

Y así, es que parte de la sociedad celebró dicha resolución y en el caso de la chimpancé “Cecilia”, encerrada en condiciones denigrantes e indignas para cualquier ser viviente, se dictó un fallo ejemplificador y aclaratorio del significado de concederle la categoría de sujeto de derechos a determinados animales, así como sus implicancias. En todos los considerandos del Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, se enfatizó que seres humanos y no humanos no tienen los mismos derechos. Pero eso no significa que los seres vivos no humanos no tengan derechos básicos, como a la vida, a la dignidad y a no sufrir torturas; en ello radica la categorización de sujeto de derechos. Al leer los fundamentos, se puede advertir una sólida construcción argumentativa no solo jurídica sino científica, filosófica y ética.

Sin embargo, se escuchan voces críticas. Por ejemplo, muchos consideran un despropósito tanta preocupación por los animales cuando tantos niños y ancianos padecen tantas necesidades. No deja de ser cierto que muchos argentinos sufren privaciones, pero no hay que mezclar y confundir los temas. El gran desafío que enfrenta esta sociedad altamente consumista consiste en la posibilidad de lograr un cambio del paradigma actual por otro más tuitivo, inclusivo, que tenga en cuenta a los más débiles y la efectiva realización de los derechos propios de cada ser vivo, humano y no humano. Y para ello, si las herramientas actuales que nos proporciona el derecho no resultan adecuadas, es necesario reformular sus principios.

Así lo han realizado países como Bolivia, Colombia y Ecuador (anteriormente mencionados), pero también México, algunos condados de Estados Unidos, India, Australia y Nueva Zelanda, en donde se dotó de personería jurídica a determinados ríos y montes como *ultima ratio*, para frenar así la destrucción de los recursos naturales.

Recordamos la frase del célebre médico, teólogo, filósofo y músico alemán nacionalizado francés Albert Schweitzer, Premio Nobel de la Paz en 1952: “No me importa saber si un animal puede razonar. Sólo sé que es capaz de sufrir y por ello lo considero mi prójimo”.

v. Referencias

Libros

- Berry, T. (1999). *The Great Work: Our Way into the Future*. New York: Bell Tower.
- Bidart Campos, G. J. (2002). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II, Buenos Aires: EDIAR.
- Carson, R. (1962). *Primavera silenciosa* (pp. 105-106). Boston: Mariner Books.
- Feinberg, J. (1974). The Rights of Animals and Unborn Generations. In W. T. Blackstone (Ed.), *Philosophy and Environmental Crisis* (pp. 43-68). Athens, Georgia: University of Georgia.
- Hugo, V. (1910). En Voyage, Alpes et Pyrénées. En E. Palomo Trigueros (2014), *Cita-logía*. Sevilla: Punto Rojo Libros.
- Noé Vottero, Mayra (2016). *El sistema jurídico protectorio de los animales y su naturaleza jurídica*. Córdoba: Leones.
- Regan, T. (2006). *Jaulas vacías: el desafío de los derechos de los animales*. España: Fundación Altarriba.
- Singer, P. (1999). *Liberación animal* (2.ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Stone, C. D. (1972). Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. Oxford: Oxford University Press.

Revistas

- Cabrera Caro, L. (2017). Personas y seres humanos ¿distinción o identidad? *Ius et Scientia*, 3(1), 114-124. Sevilla.

Carman, M., & Berros, M. V. (2018). Ser o no ser un simio con derechos. *Revista Direito GV*, 14(3), 1139-1172. São Paulo, Brasil. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201842>

Crespo Plaza, R. (2009). La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia, 12, 31-37. Ecuador, VLEX-382380586.

Cullinan, C. (2003). Justicia para todos: democracia terrestre. *Revista Colombiana de Ciencias Pecuarias*, 16(1), 88-90. Colombia.

Martínez, A. N., & Porcelli, A. M. (2017). Una nueva visión del mundo: la ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte). *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 16(20). Perú. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i20.1450>

Puleo, A. (2002). Feminismo y ecología. *El Ecologista*, 31, 36-39. España.

Documentos electrónicos

Flórez, A. (2002). Programa para una filosofía ambiental. *Revista Latinoamericana de Bioética*. Universidad Militar Nueva Granada, 3.^a ed., 41-50. Bogotá. Recuperado el 10 de febrero de 2019, de <http://www.umng.edu.co/documents/63968/78033/rbioetica3.pdf>

Francisco (2015, 24 de mayo). *Carta Encíclica Laudato Si*. Recuperado el 15 de junio de

2017, de http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

Gaffoglio, L. (2014, 21 de diciembre). Conceden un *habeas corpus* a una orangutana. *La Nación*, sección Sociedad. Recuperado el 2 de diciembre de 2018, de <https://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corpor-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno>

Low, P., & Hawking, S. (2012). Towards Establishing Neural Correlates of Intended Movements and Speech. *The First Annual Francis Crick Memorial Conference, Consciousness in Humans and Non-human Animals*. Conferencia llevada a cabo en Wolfson Hall, Churchill College, Cambridge, United Kingdom, 7 de julio. Recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://fcmconference.org/>

Pascual Rodríguez, M., & Herrero López, Y. (2010). Ecofeminismo, una propuesta para repensar el presente y construir el futuro. *Boletín ECOS*, 10 (CIP-Ecosocial), enero-marzo. Recuperado el 20 de febrero de 2019, de https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/10/ecofeminismo_propuesta_repensar_presente.pdf

ONU Mujeres (2010). Vandana Shiva explica los principios del ecofeminismo durante su participación en el seminario “Derechos de la naturaleza y *Sumak Kawsay*: una visión desde los pueblos del sur”, 26 de

noviembre. Recuperado el 3 de diciembre de 2018, de http://www.onumujeres-ecuador.org/index.php?option=com_content&view=article&id=375:vandanah-shiva-fundamenta-los-principios-del-eco-feminismo-en-su-participacion-en-el-seminario-derechos-de-la-naturaleza-y-sumak-kawsay-una-vision-desde-los-pueblos-del-sur&catid=27:ecuador&Itemid=29

Instrumentos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015). Convención Marco sobre el Cambio Climático. Anexo Acuerdo de París, 12 de diciembre. U. N. Doc. FCCC/CP/2015/L.9. Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, numeral 3.

Jurisprudencia

Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. “Incidente de apelación en autos G. B., R. s/ inf. Ley 14346”, 25 de noviembre de 2015. Causa n.º 17001-06-00/13. Recuperado el 11 de febrero de 2019, de <https://ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2016/01/Fallo-dispone-adopcion-de-perros.pdf>

----, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “Orangutana Sandra s/recurso de casación s/*habeas corpus*”, 18 de diciembre de 2015. Causa n.º CCC 68831/2014/ CFCL, Id SAIJ: NV9953.

----, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otro contra GCBA sobre amparo”. Expte. A2174-2015/0, 21 de octubre de 2015. Recuperado el 12 de noviembre de 2018, de <https://ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/10/Sentencia-Orangutana.pdf>

----, Poder Judicial de Mendoza, Tercer Juzgado de Garantías, “Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia - sujeto no humano”, 3 de noviembre de 2016. Expte. n.º P-72.254/15. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de <http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2016/11/329931683-habeas-corpus-cecilia.pdf>

----. Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires. Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales —AFADA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos Zoológico, ciudad de Buenos Aires s/*habeas corpus*”, 19 de diciembre de 2018. Expte. n.º 15070/18. Recuperado de <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/082/193/000082193.pdf>

United States. District Court, D. Hawaii. “Palila (*Psittirostra bailleui*), an Endangered Species, Sierra Club, a Non-profit Corporation, National Audubon Society, a Non-profit Association, Hawaii Audubon Society, a Non-profit Association,

and Alan C. Ziegler, Plaintiffs *v* Hawaii Department of Land and Natural Resources, and Susumu Ono, in his Capacity as Chairman of the Hawaii Board of Land and Natural Resources, Defendants”. June 6, 1979. 471 F. Supp. 985 (1979), Civ. No. 78-0030.

----. Supreme Court. *Sierra Club v. Morton* No. 70-34, April 19th, 1972. Page 405. U. S. 727/405 U.S. 760. Retrieved December 5th, 2018, from <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

DE LA CUESTIÓN PREVIA ANTE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN SEDE ADMINISTRATIVA

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE¹

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2019

SUMARIO: I. Delimitación. II. Justificación. III. La cuestión previa. IV. Síntesis de la resolución subexámine. V. Análisis de la resolución *in comento*. VI. Conclusiones. VII. Sugerencias. VIII. Referencias.

Resumen

En la presente entrega, el autor desarrolla las diversas aristas respecto de la cuestión previa en una sede administrativa, a la vez que comenta, critica y esboza importantes alcances, al analizar una resolución que aborda dicha señera institución jurídica.

Palabras clave: cuestión previa en sede administrativa, medios técnicos de defensa.

Constitutional analysis of the prior question before the vulneration of fundamental rights in administrative headquarters

Abstract

In the present installment, the author develops various aspects regarding the prior question in the administrative headquarters, while commenting, criticizing and outlining important scopes, when analyzing a resolution that addresses said sole legal institution.

¹ Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima).

Keywords: prior issue in administrative headquarters, technical means of defense.

I. Delimitación

En el presente trabajo abordaremos el análisis de la institución jurídica originaria penal, de la cuestión previa, pero en una sede administrativa. Ello, a la luz de lo contenido en la Resolución n.º 0076-2017-JNE. No obstante, debemos adicionar que el enfoque que se le dará será el constitucional, con énfasis en derechos fundamentales.

II. Justificación

El propósito de esta entrega, es determinar hasta qué punto se ha tomado en cuenta la estricta observancia de los derechos fundamentales en la formulación de una cuestión previa en una sede administrativa, a la luz de lo contenido en la referida resolución administrativa; esto es, llegar a dilucidar si dicho planteamiento fue utilizado de manera correcta y si, en su caso, fue calificado y admitido en iguales términos. Y, finalmente, determinar si los alcances respectivos únicamente atañen al mundo del derecho o es que se aplican lineamientos de alguna otra disciplina del saber humano distinta a la jurídica.

En ese sentido, dado que el estudio abordado abraza el derecho procesal administrativo, resulta oportuno resaltar que

no cabe duda que el Derecho Penal debe arbitrar los medios para que únicamente aquellas conductas que merecen un mayor desvalor sean sometidas a enjuiciamiento. Del mismo modo, la totalidad de ramas del derecho procesal, debe contar con los medios adecuados a fin de que las diversas fases del proceso revista las garantías propias del proceso; dejando fuera de él cuantos

extremos puedan impedir el normal desarrollo del proceso.²

En la presente entrega, nos ocuparemos de los mecanismos instaurados en nuestro ordenamiento jurídico en calidad de medios técnicos de defensa; específicamente, la cuestión previa administrativa, a partir básicamente de los comentarios que esbozaremos de la Resolución n.º 0076-2017-JNE, del Pleno del Jurado de Elecciones peruano.

III. La cuestión previa

3.1. Definición. En principio, tenemos que la cuestión previa, denominada también condición de procedibilidad, debe ser entendida como una condición *sine qua non*. Sin su observancia será inválido el ejercicio (inicio y prosecución) de la acción penal y también el procedimiento que se haya originado.³

Por ejemplo, en el caso de que se formalice una investigación preparatoria por libramiento indebido, sin haber requerido previamente el pago e incumplir con el plazo para pagar; luego de su declaración

puede plantear una cuestión previa. En el caso de que se declare fundada, anula lo actuado, dándose por no presentada la denuncia.⁴

La cuestión previa es un medio de defensa técnico que se opone a la acción cuando falta algún requisito de procedibilidad; por lo tanto, conforme lo expone Marco de la Cruz Espejo en su libro *Cuestión previa y otros mecanismos de defensa*, en referencia al citado medio, el requisito de procedibilidad nada tiene que ver con la verdad o la falsedad de la imputación ni con los elementos de la tipicidad. Se trata simplemente de condiciones que, sin referirse al delito mismo, deben cumplirse porque así lo dispone la ley penal. Esta pone en conocimiento la ausencia de un requisito de procedibilidad. De ser así, la cuestión previa será considerada fundada al existir un obstáculo a la acción penal.⁵

La cuestión previa puede ser deducida durante la investigación preparatoria, por lo que una vez admitida se dispondrá la realización de la audiencia para su resolu-

2 Guerrero Campos, Samuel, *Artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas*, Barcelona, 2013, pág. 2. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://guerreroabogadospenalistas.files.wordpress.com/2013/12/articulos-previo-pronunciamiento-y-cuestiones-previas.pdf>

3 Mixán Mass, Florencio, *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal*, Trujillo, Editorial BLG, 2000, pág. 15.

4 Ávalos Leiva, Deivis Joel y Maldonado Jara, Holguer David, La formalización de investigación preparatoria como causal de suspensión de la prescripción de la acción penal en relación con los principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal, en los dos últimos años de vigencia, en el Distrito Judicial de La Libertad, Trujillo, 2013, pág. 76. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8221/AvalosLeiva_D%20-%20MaldonadoJara_H.pdf?sequence=1&isAllowed=y

5 Ulloa Reyna, Marco Antonio, *Los medios técnicos de defensa*, Lima, 2011, pág. 3. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/408/949>

ción, con la presencia obligatoria del fiscal; una vez escuchados los sujetos procesales, el juez de Investigación Preparatoria puede resolver de inmediato o en el plazo de dos días, luego de celebrada la vista. Para tomar la decisión, el juez deberá contar con el expediente fiscal. También puede deducirse este medio de defensa en la etapa intermedia, en la audiencia de control de acusación. El efecto de declarar fundada la cuestión previa es anular todo lo actuado, siendo posible reiniciar una investigación preparatoria cuando se cumpla con el requisito de procedibilidad.⁶

Las cuestiones previas ocurren cuando se ha presentado una acción penal y falta un requisito de procedibilidad; por tanto, es una condición que debe de estar o está expresamente señalada o prevista en un dispositivo legal (ley) y que no tiene que ver con el delito, sino con el proceso, porque tiene relación con la tipificación del hecho punible; es, por ello, que la cuestión previa se encuentra entre la perpetración de la conducta punible y el acto de denunciar o aperturar instrucción; por eso se dice que es un obstáculo procesal que hay que salvar previamente, para poner expedita la vía del ejercicio de la acción penal y de la potestad jurisdiccional de esta manera, siendo de naturaleza eminentemente

procesal; es completamente diferente de los elementos típicos o constitutivos del delito, ya que esta se desarrolla independientemente de la cuestión previa.⁷

Si la cuestión previa es declarada fundada, se anula el proceso, y al ocurrir esto quedan lógicamente sin efecto las medidas cautelares que se hubiesen dictado, tales como detenciones, embargos o secuestros.⁸

Así, consideramos que la cuestión previa es un medio técnico de defensa procesal, un mecanismo que vehicula con carácter de primer orden de obligatoriedad, la atención de su anterior resolución, puesto que de su debida como oportuna dilucidación, comportará el abrace del tema o problemática de fondo por verse.

Sin embargo, como veremos más adelante en los antecedentes normativos, la misma no solamente se puede hacer valer en sede penal, sino en la totalidad de procesos, incluso, no solo judiciales.

3.2. Antecedentes normativos. En primer término, tenemos el art. 2047° del Código Civil peruano, Decreto Legislativo n.º 295, que en lo que respecta a las normas aplicables al derecho internacional privado, enseña:

6 Valencia Arévalo, Karol Melissa, *Suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal mediante la acusación directa*, Piura, 2019, pág. 98. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1401/DER-VAL-ARE-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

7 Cáceres J., Roberto e Iparraguirre N., Ronald, *Código Procesal Penal comentado*, Lima, Jurista Editores, 2005, pág. 73.

8 Oré Guardia, Arsenio, *Estudios de derecho procesal penal*, Lima, Editorial Alternativas, 1993, pág. 89.

El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro. Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

Seguidamente, es de destacar lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de la Constitución Política, que señala:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

A continuación, tenemos que el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (ratificada por el Perú, en fecha 5 de agosto de 1979), juridiza: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última”.

Luego, el Inc. 1 del art. VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444 (publicada en fecha 11 de abril de 2001 y vigente seis meses después), en relación con las deficiencias de fuentes, preconiza:

Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Posteriormente, es de verse los Incs. 1 y 2 del art. 4.º del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo n.º 957 (publicado el 29 de julio de 2004), acerca de la cuestión previa, que respectivamente establecen: “La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado”, y “La Investigación Preparatoria podrá reiniciarse luego que el requisito omitido sea satisfecho”.

Consecuentemente, de lo reseñado se colige que la institución jurídica denominada cuestión previa, resulta originaria del

derecho internacional privado, la que a su vez resulta habilitada para ser aplicable por la Constitución Política, el Código Civil, el Derecho Administrativo, para finalmente figurar expresamente registrada en el Nuevo Código Procesal Penal.

3.3. Importancia. La atención de la cuestión previa, se torna como ineludible antecedente a lo que se verá, o no, posteriormente, de acuerdo con el resultado de su determinación, en sede judicial, administrativa o corporativo particular.

Así, por antonomasia, la cuestión previa en ningún caso podrá ser desnaturalizada, ya sea soslayada u orillada para su posterior revisión, en tanto que su cariz imperativo basilar resulta ser *ex ante* y nunca *ex post*.

3.4. Sujetos que pueden interponerla. Somos de la opinión de que la cuestión puede ser utilizada por la totalidad de actores del proceso. Incluso, el magistrado, en tanto que al margen de lo que las partes sostengan, el mismo deberá despejar la paja de trigo a efectos de tener el panorama completamente claro de inicio, antes de dar inicio al *iter* procesal.

3.5. Derechos fundamentales que salvaguarda. Es pertinente referir que la cuestión previa no solamente actúa como un medio técnico de defensa procesal, sino

que su naturaleza comporta razones de abrace de no pocos como señeros derechos fundamentales. Esto es, los que atañen a la naturaleza procesal.

Dicho en otros términos, la naturaleza que ofrece la cuestión previa es bifronte: una de carácter procesal y la otra de índole constitucional.

En ese orden de pensamiento, consideramos que los derechos fundamentales que basilarmente pone a buen recaudo o protección debida, son basilarmente:

En primer orden, los Funds. 5 y 6 del Exp. n.º 03063-2009-PA/TC del Tribunal Constitucional Peruano (en adelante, TC), que acerca del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, enseñan respectivamente:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental consagrado en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución y comprende a su vez varios derechos, dentro de los cuales cabe destacar el derecho de acceso a la justicia

y

El derecho de acceso a la justicia, implica, como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N. 0 0763-2005-PA, la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdic-

cionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de recamos en un proceso judicial. Ello no quiere decir, sin embargo, que los jueces se vean obligados a estimar las demandas que les sean presentadas sino que se dé respuesta a las mismas, ya sea estimando o desestimando la pretensión planteada, de manera razonada y ponderada.

A continuación, tenemos el derecho constitucional al debido proceso, tipificado en la Constitución Política de 1993, que establece en su inciso 3), del artículo 139, que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...)La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Respecto a la tutela procesal efectiva, el art. 4 del CP Const. señala:

(...)Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación ade-

cuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Luego, el Inc. 1. del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por el Perú, en fecha 27 de julio de 1977), que en relación con las garantías judiciales, estatuye:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Además, el Punto 2.3.2. del Fundamento 2 del Exp. n.º 04644-2012-PA/TC del TC, en relación con el debido proceso en sede administrativa, en la STC 4289-2004-AA/TC, ha expresado en los fundamentos 2 y 3, respectivamente, que:

(...)el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones

de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. (...);

y que:

El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

Así también, el Punto 2.3.3. del Fundamento 2, del citado expediente del TC, enseña:

Este Tribunal ha precisado que el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un conjunto de derechos constitucionales que forman parte de su estándar mínimo, entre los cuales se encuentra el derecho a la motivación. Así, en el presente caso, especial relevancia adquiere confirmar si se ha respetado el derecho a la motivación, como parte integrante del

derecho al debido procedimiento administrativo.

A su turno, el Fundamento 40 del Exp. n.º 8495-2006-PA/TC del TC, en relación con la motivación de las resoluciones administrativas, preconiza:

(...)un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Por otro lado, los Fundamentos 43 y 48 del Exp. n.º 0023-2005-PI/TC del TC, en lo que respecta al contenido constitucional del derecho al debido proceso, establece:

(...)los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser

extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros);

y

(...)este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer;

respectivamente.

Por su parte, el Inc. 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, prescribe que el debido procedimiento administrativo, mediante el cual se reconoce que: “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho(...)”.

El Sub Inc. 1.9 del Inc. 1 del art. IV del Título Preliminar de dicha norma, respecto del principio de celeridad, establece:

Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

A su vez, el art 3.4 de la Ley 27444, acerca de los requisitos de validez de los actos administrativos, juridiza: “El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

Finalmente, los Incs. 6.1, 6.2 y 6.3 del art. 6 de dicha norma, en relación con la motivación del acto administrativo, señala: “La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”;

Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes

en el expediente, a condición de que se le identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto,

y “No son admisibles como motivación la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto(...)”; respectivamente.

iv. Síntesis de la resolución subexámine

A continuación, el resumen de la Resolución n.º 0076-2017-JNE, por la que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones declara nulo Acuerdo de Concejo que rechazó la vacancia del alcalde de la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres, Provincia de Camaná, Departamento de Arequipa.

La misma, de fecha 13 de febrero de 2017, se manifiesta respecto del recurso de apelación del Expediente n.º J-2016-00209-A01, interpuesto por Augusto Belisario Zúñiga Salinas, Julia Paula Guevara de Zúñiga, Betty Marcela Paredes Granda, Luis Edmundo Jhong Contreras y Milward Ezequías Ortega Valdivia, contra el Acuerdo de Concejo n.º 039-2016-MDMC del 30 de mayo de 2016, que rechazó su solicitud de declaratoria de vacancia presentada contra Walter Wilfredo Calisaya Troncoso, alcalde de la Municipalidad Distrital de

Mariscal Cáceres, provincia de Camaná, Departamento de Arequipa, por la causal de restricciones de contratación, prevista en el artículo 22, numeral 9, concordante con el artículo 63 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM). Asimismo, el recurso de apelación interpuesto por Luis Edmundo Jhong Contreras contra el Acuerdo de Concejo n.º 065-2016-MDMC del 21 de julio de 2016, que rechaza el recurso de reconsideración que interpuso contra el Acuerdo de Concejo n.º 039-2016-MDMC ya citado.

En fecha 1 de marzo de 2016, Augusto Belisario Zúñiga Salinas, Julia Paula Guevara de Zúñiga, Betty Marcela Paredes Granda, Luis Edmundo Jhong Contreras y Milward Ezequías Ortega Valdivia solicitaron la vacancia de Walter Wilfredo Calisaya Troncoso, alcalde de la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres, alegando que incurrió en la causal de restricciones de contratación contemplada en el artículo 22, numeral 9, concordante con el artículo 63 de la Ley n.º 27972, LOM.

Al respecto, precisan que el citado alcalde, en ejercicio de su cargo, benefició a Flavio Manuel Tito Tito, Luis Tito Tito y Agustín Chalco Roque, quienes actúan bajo la fachada de “Asociación Virgen de la Asunta”, “Asociación Virgen de Fátima”, “Asociación Nueva Esperanza Siglo XXI”, “Taller de Vivienda Las Colinas”, “Asociación Ampliación Santa Mónica”, entre otras, otorgándoles constancias de posesión de

los terrenos que se encuentran en la zona conocida como “Pampas del Huevo”, de propiedad del Ministerio de Agricultura, con la voluntad ex profesa de destinarlos al tráfico de terrenos.

Agregan que la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres, ha cobrado la suma de S/371.00 a cada uno de ellos por concepto de inspección ocular, habilitación urbana y constancia de posesión, habiendo otorgado a la fecha constancias a Luis Tito Tito y Agustín Chalco Roque.

En fecha 21 de abril de 2016, el alcalde Walter Wilfredo Calisaya Troncoso presentó sus descargos señalando que la constancia de posesión de Agustín Chalco Roque fue otorgada en el año 2010, cuando no estuvo en el cargo, además de tratarse de documentos extendidos por la municipalidad distrital, sin que ello constituya reconocimiento alguno que afecte el derecho a propiedad de su titular.

Afirma que la expedición de las constancias de posesión por parte de la municipalidad no constituye reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad del titular del predio, toda vez que no forman contratos de transferencias de inmuebles.

Finalmente, sostiene que el Jurado Nacional de Elecciones ya ha establecido en la Resolución n.º 190-2015-JNE que la constancia de posesión no tiene la característica de un contrato, en la medida que no produce relación jurídica alguna de naturaleza patrimonial, sino que solo se trata

de un acto de reconocimiento o constatación de un hecho específico.

En fecha 30 de mayo de 2016, a través del Acuerdo de Concejo n.º 039-2016-MDMC que contiene la decisión adoptada en la sesión extraordinaria de fecha 28 de mayo, el Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, conformado por el alcalde y cinco regidores, con una votación de cero (0) votos a favor del pedido de vacancia y (6) seis en contra, rechazó la solicitud de vacancia de Walter Wilfredo Calisaya Troncoso, alcalde de la referida comuna.

En fecha 21 de junio de 2016, el solicitante formuló recurso de reconsideración bajo los mismos fundamentos que sustentaron su pedido de vacancia. Agrega que el alcalde cuestionado sí celebró contratos, en razón a que existe una contraprestación entre el pago de un derecho y la entrega del certificado de posesión, que no se encuentra ajustado a ley; además, que el acuerdo de concejo impugnado adolece de nulidad de pleno derecho, ya que no se precisan los fundamentos por los cuales se rechaza su pedido de vacancia.

Tanto por escrito, al absolver el traslado del recurso de reconsideración, así como durante la sesión extraordinaria de fecha 16 de julio de 2016, en la que el concejo trató el citado medio impugnatorio, la defensa legal del alcalde Walter Wilfredo Calisaya Troncoso planteó, como cuestión previa, el hecho de que los solicitantes de

la vacancia no tenían la condición de vecinos del distrito.

Por Acuerdo de Concejo n.º 065-2016-MDMC, de fecha 21 de julio de 2016, que contiene la decisión adoptada en la sesión extraordinaria de fecha 16 de julio de 2016, el Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, conformado por el alcalde y cinco regidores, con una votación de cero (0) votos a favor y (6) seis en contra, rechazó el recurso de reconsideración presentado por Luis Edmundo Jhong Contreras.

No obstante haber sido notificado en fecha 30 de julio de 2016, con el Acuerdo de Concejo n.º 065-2016-MDMC, el ciudadano Luis Edmundo Jhong Contreras interpone recurso de apelación el 22 de septiembre del mismo año, reiterando los argumentos de su recurso de reconsideración, agregando que la cédula de notificación no reunía algunos de los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Dicho recurso mereció respuesta de la gerencia municipal, desestimándolo por haber sido presentado luego de haber transcurrido treinta y seis días hábiles, sobrepasando el máximo de quince días hábiles para la interposición del recurso de apelación, decisión que fue notificada en fecha 13 de octubre de 2016.

Paralelamente al recurso de reconsideración interpuesto por Luis Edmundo Jhong Contreras ante el Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, que derivó en el

trámite antes descrito, el referido ciudadano, conjuntamente con Augusto Belisario Zúñiga Salinas, Julia Paula Guevara de Zúñiga, Betty Marcela Paredes Granda y Milward Ezequías Ortega Valdivia, interpusieron recurso de apelación ante el Jurado Nacional de Elecciones contra el Acuerdo de Concejo n.º 039-2016-MDMC, en razón a que el mismo no se pronunciaba sobre las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el pedido de vacancia y adolecía de una ínfima motivación.

Sostienen también que se ha solicitado la destitución del alcalde por aprovecharse del cargo para beneficio propio mediante el tráfico de terrenos, y con maquinaria de la municipalidad está aplanando el área invadida, además de ofrecer agua y luz a los invasores; hechos delictuosos que no han sido considerados por los regidores.

Asimismo, por escrito de fecha 21 de junio de 2016, ofrecen como pruebas nuevas las constancias de posesión otorgadas por el alcalde Walter Wilfredo Calisaya Troncoso a sus hermanos Édgar Moisés, Carlos Alberto y David Hernán Calisaya Troncoso, en el Asentamiento Humano Santa Mónica, Resolución de Alcaldía n.º 358-2006-MPC-A, que reconoce, identifica y califica como asentamiento humano permanente al Asentamiento Humano Santa Mónica con un área de 66.22 Ha., solicitud de Nilda Medrano Medrano para que el alcalde otorgue terrenos en el sector Puchun a los socios de la Asociación Virgen

de la Asunta, la cual preside, y denuncias policiales y copias de las fotografías de los terrenos invadidos por la Asociación Virgen de la Asunta.

Conforme a los antecedentes expuestos, el Supremo Tribunal Electoral considera que en el presente caso debe determinarse, en principio, si en el procedimiento de vacancia llevado a cabo en sede municipal se han observado las garantías que comprende el debido proceso. Solo en el supuesto de que no haya existido vulneración al mismo, corresponderá establecer si Walter Wilfredo Calisaya Troncoso, alcalde de la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres, ha incurrido en la causal de vacancia por restricciones de contratación, contemplada en el artículo 22, numeral 9, concordante con el artículo 63 de la LOM.

En el presente caso, respecto de la cuestión previa planteada por la autoridad cuestionada durante la sesión extraordinaria de fecha 16 de junio de 2016, se advierte que el concejo distrital vulneró el principio del debido procedimiento establecido en la LPAG, en razón de que se limitó a efectuar una votación sin cumplir con la debida motivación que la petición requería. Simplemente, concluyó este extremo con la frase “quedando como acuerdo unánime que no procede el recurso de reconsideración”, sin precisar si declaraba procedente o improcedente la cuestión previa sobre el cuestionamiento a la legitimidad para obrar del solicitante de la vacancia,

que afectaría de nulidad el procedimiento desde su calificación de procedencia.

Siendo así, el Acuerdo de Concejo n.º 065-2016-MDMC, de fecha 21 de julio de 2016, que rechazó el recurso de reconsideración de la solicitud de vacancia del alcalde Walter Wilfredo Calisaya Troncoso, sin analizar la cuestión previa planteada por el mismo, vulneró el principio del debido procedimiento contenido en el numeral 2 del artículo 230 de la LPAG, por lo que dicho acuerdo ha incurrido en vicio de nulidad establecido en el artículo 10, numeral 1, del mismo cuerpo normativo. Y como quiera que la cuestión previa no resuelta, se refiere a un requisito de procedibilidad que debió ser calificado oportunamente por el Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, este Supremo Tribunal Electoral considera que existe un vicio de motivación que acarrearía la nulidad de todo el procedimiento administrativo, hasta la etapa de calificación de la procedencia del pedido de vacancia por parte del concejo distrital, a fin de que se pronuncie sobre la aludida falta de legitimidad para obrar de los solicitantes.

En consecuencia, se deben devolver los actuados al Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, a efectos de que este órgano edil se pronuncie, en primer lugar, sobre la cuestión previa relacionada con la condición de vecino de los solicitantes de la vacancia, es decir, si tienen legitimidad para obrar, y solo en caso de ser desestimada, deberá pronunciarse sobre la fundabili-

dad del pedido de vacancia, para lo cual, antes de emitir tales pronunciamientos, debe realizar las siguientes acciones:

El alcalde, dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, luego de notificada la presente resolución, deberá convocar a sesión extraordinaria, cuya fecha tiene que fijarse dentro de los treinta días hábiles siguientes de notificado el presente pronunciamiento, respetando, además, el plazo de cinco días hábiles que debe mediar obligatoriamente entre la notificación de la convocatoria y la mencionada sesión, conforme al artículo 13 de la LOM.

Se deberá notificar dicha convocatoria a los solicitantes de la vacancia, a la autoridad cuestionada y a los miembros del concejo edil, respetando estrictamente las formalidades previstas en los artículos 21 y 24 de la LPAG bajo responsabilidad.

Tanto el alcalde como los regidores deberán asistir obligatoriamente a la sesión extraordinaria, bajo el apercibimiento de tomar en cuenta su inasistencia para la configuración de la causal de vacancia por inasistencia injustificada a las sesiones extraordinarias, prevista en el artículo 22, numeral 7, de la LOM.

En el caso de que se desestime la cuestión previa, el concejo edil deberá pronunciarse motivando debidamente la decisión que adopte sobre la cuestión de fondo de la solicitud de vacancia; así, los miembros del concejo deben discutir sobre los tres elementos que configuran la causal de

vacancia por infracción de las restricciones a la contratación. En atención a ello, es oportuno señalar que los miembros del concejo municipal, tomando como punto de partida los elementos que, conforme a la jurisprudencia del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, configuran las causales de vacancia invocadas, tienen el deber de discutir sobre cada uno de los hechos planteados, realizar un análisis de estos y, finalmente, decidir si estos se subsumen en la causal de vacancia alegada; además, deben emitir su voto debidamente fundamentado.

En el acta que se redacte, deberán consignarse los argumentos centrales de la solicitud de declaratoria de vacancia, los argumentos fundamentales de descargos presentados por la autoridad cuestionada, los medios probatorios ofrecidos por las partes, además de consignar y, de ser el caso, sistematizar los argumentos de los regidores que hubiesen participado en la sesión extraordinaria, así como la motivación y discusión en torno a los tres elementos mencionados, la identificación de todas las autoridades ediles (firma, nombre, DNI) y el voto expreso, específico (a favor o en contra) y fundamentado de cada autoridad, situación en la que ninguna puede abstenerse de votar, respetando, además, el *quorum* establecido en la LOM.

El acuerdo de concejo que formalice la decisión adoptada en la sesión extraordinaria, deberá ser emitido en el plazo máxi-

mo de cinco días hábiles luego de llevada a cabo la sesión. Asimismo, dicho acuerdo debe notificarse al solicitante de la vacancia, a la autoridad cuestionada y a los demás miembros del concejo municipal, respetando fielmente las formalidades de los artículos 21 y 24 de la LPAG.

En el caso de que se interponga recurso de apelación, se debe remitir el expediente original, salvo el acta de la sesión extraordinaria, que podrá ser cursada en copia certificada por fedatario, dentro del plazo máximo e improrrogable de tres días hábiles luego de su presentación, siendo potestad exclusiva del Jurado Nacional de Elecciones calificar su inadmisibilidad o improcedencia.

Finalmente, cabe recordar que todas estas acciones establecidas son dispuestas por este Supremo Tribunal Electoral en uso de las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución Política del Perú, bajo el apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se remitan copias de los actuados al presidente de la Junta de Fiscales Superiores del distrito fiscal que corresponde, para que las remita al fiscal provincial penal respectivo, a fin de que evalúe la conducta de los integrantes del Concejo Distrital de Mariscal Cáceres.

Por lo tanto, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones, resuelve vía el artículo primero, declarar nulo el Acuerdo de Concejo n.º 065-2016-

MDMC, de fecha 21 de julio de 2016, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por Luis Edmundo Jhong Contreras; y nulo el Acuerdo de Concejo n.º 039-2016-MDMC, de fecha 30 de mayo de 2016, que rechazó la vacancia de Walter Wilfredo Calisaya Troncoso en el cargo de alcalde de la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres, provincia de Camaná, Departamento de Arequipa, por la causal establecida en el artículo 22, numeral 9, concordante con el artículo 63 de la Ley n.º 27972, LOM.

Y en el artículo segundo, devolver los actuados al Concejo Distrital de Mariscal Cáceres, a fin de que convoque nuevamente a sesión extraordinaria y se pronuncie, en primer lugar, sobre la cuestión previa y, luego, sobre el pedido de declaratoria de vacancia, de acuerdo con lo establecido en los considerandos de la presente resolución, bajo el apercibimiento de remitir copias de los actuados al presidente de la Junta de Fiscales Superiores del distrito fiscal correspondiente, con el objeto de que se ponga en conocimiento del fiscal provincial penal de turno, para que evalúe la conducta de los integrantes de dicho concejo conforme a sus competencias.

v. *Análisis de la resolución in comento*

En principio, se merece comentar el hecho curioso como sumamente preocupante, por decir lo menos, que el alcalde de la Municipalidad Distrital de Mariscal Cáce-

res, Provincia de Camaná, Departamento de Arequipa, haya sido quien solicitó la cuestión previa (esto es, por la supuesta falta de legitimidad para obrar de los solicitantes de su vacancia); y que la misma no haya sido atendida o abordada por el Concejo Municipal en su oportunidad. Toda vez, incluso, que era supuestamente el principal interesado que la referida cuestión previa sea dilucidada o resuelta a su favor.

Así, si se entiende que dicha institución jurídica (cuestión previa) es utilizada como un mecanismo de defensa, a efectos de salvaguardar derechos fundamentales del accionante; resulta increíble que en el presente caso, no se haya aterrizado en su debida atención. *A fortiori*, el Concejo Municipal rechazó unánimemente el recurso de reconsideración —tal y como se registra en el Acuerdo de Concejo, que contiene la decisión de la respectiva sesión extraordinaria— sin emitir pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de la cuestión previa interpuesta.

Sin embargo, preocupa sobremanera el que dicho también “olvido”, del teniente alcalde y los regidores, incluso del secretario general (este último modera las referidas sesiones en su calidad de secretario de actas del concejo), no hayan reparado en ello. ¿Cómo se encuentran llevando a cabo sus sesiones de Concejo Municipal?, ¿cuentan con el debido asesoramiento legal?, ¿acaso pensaban que dichos temas

pueden ser llevados tan ligeramente?, ¿o que ya sea como “resuelvan” cualquier tema, no iba a poder ser pasible de ser revisado posteriormente?

Resulta muy penoso advertir, que el Concejo Municipal no contó con el profesionalismo y sensibilidad social al cometer tamaño despropósito, al no atender debidamente la cuestión previa interpuesta. Ello, en razón de que la totalidad de tiempo, dinero y esfuerzos, destinados por dicho municipio para ejercer su defensa, pudieron evitarse de haber hecho su trabajo de manera correcta. Y a su vez, los mismos pudieron ser puestos para la atención de los administrados, tal y como corresponde a la quintaesencia de los municipios y la totalidad de instituciones públicas.

Por ello, maravilla el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en su decisión de la resolución bajo análisis, pues asume frontalmente dicho caso decidiendo que en principio se dilucide la cuestión previa planteada por el alcalde.

No obstante, sostenemos que dicho Concejo Municipal (a través del presente documento *sub judice*) no solamente vulneró los derechos fundamentales al debido procedimiento administrativo y motivación, tal y como lo señala el referido Pleno. Ello, en razón de que si bien es cierto que el debido proceso es un derecho que comporta la naturaleza de continente, pues abraza una pluralidad de derechos (contenidos), no resulta óbice para la precisión de los

aplicables al caso concreto. Así tenemos que también se vulneraron los derechos: i) A las garantías judiciales mínimas; ii) A la tutela jurisdiccional efectiva; y iii) A la celeridad.

En ese orden de pensamiento y en sede administrativa (Concejo Municipal de Mariscal Cáceres), es de verse que, en lo referido al derecho a las garantías judiciales mínimas, no se tomó en consideración la formulación de la cuestión previa planteada, en una suerte de desconocimiento olímpico de la misma. En lo relacionado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dicho colegiado no consideró su inclusión en su decisión, impidiendo a su vez el acceso al aparato jurisdiccional, a efectos de que la cuestión previa pueda ser de conocimiento y votada. Y, finalmente, sobre el derecho a la celeridad, resulta evidente que desde el 30 de mayo de 2016 hasta como mínimo el 13 de febrero de 2017 (pues queda agregarle el tiempo a emplearse en la ejecución de la resolución *in comento*), se viene prolongando injustamente el conocimiento del tema de fondo (la solicitud de vacancia), en vista de no haberse resuelto la cuestión previa planteada.

Un punto muy importante a tomar en cuenta, es el referido a los derechos vulnerados, como la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso administrativo; en razón de que su atención amerita llevarse por cuerda separada (sin embargo, tal distinción no es advertida por el Pleno del

Jurado Nacional de Elecciones, en el presente caso). Ello, debido a que: i) En el caso de la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, está relacionada únicamente al desconocimiento de la cuestión previa formulada, lo que impidió el acceso al aparato jurisdiccional administrativo del Concejo Municipal; y ii) Por otro lado, en la vulneración del debido procedimiento administrativo, al no haber motivado la decisión de improcedencia del recurso de consideración interpuesto.

Nuestra explicación a la cuerda separada detectada, radica en que entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia. Así, mientras que el primero se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal (*iter* procesal, específicamente en medio de la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma), la segunda se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable-tutela jurídica) y final de dicho devenir procesal (al ejecutarse la sentencia de manera debida y oportuna, también denominada, tutela efectiva). Existe, pues, entre ellos, una relación muy estrecha. En suma, el debido proceso y la tutela jurisdiccional se complementan pero no significan lo mismo. En un cuarto momento, se hace presente la tutela procesal efectiva, que comprende tanto al acceso a la justicia como al debido proceso. Consecuentemente, la tutela procesal efectiva abarca o engloba tanto a la tutela juris-

diccional efectiva como al debido proceso. Respecto a la tutela procesal efectiva, el art. 4 del CP Const., tal y como figura el contenido de su texto normativo en el Punto 2.6. del Acap. II del presente trabajo.

Mención aparte merece referir la obligada certeza previa con la que debió contar el alcalde cuando interpuso la cuestión previa de marras. Esto es, que se entiende que tuvo que cerciorarse que los solicitantes de la declaratoria de vacancia, efectivamente no solamente (no contaban) con la calidad de vecino. Esto es, acreditados en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) dentro de la jurisdicción (en el presente caso, distrital); así como tampoco en un lugar distinto al declarado en el Reniec, en mérito a la pluralidad de domicilios que contempla el Código Civil peruano. Corroboración que, de conformidad con su postulación, se puede apreciar que ciertamente no lo habría hecho, en razón a que no planteó la cuestión previa haciendo mención del descarte de las dos posibilidades del domicilio de quienes solicitaron la vacancia. Esto último lo tendrá que llevar a cabo el Concejo Municipal, luego que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, a través de la resolución *in comento*, dispuso que se pronuncie en primer lugar sobre la referida cuestión previa y, claro, también sobre el pedido de declaratoria de vacancia.

vi. Conclusiones

De conformidad con lo reseñado colegimos que, al impedir la cuestión previa, el proceso puede continuar o no de manera válida, por lo que se ofrece una protección a los derechos fundamentales de la totalidad de actores del proceso (esto es, no solamente de quien interpone la cuestión previa). Ello, en razón de que, de otro modo, quien no interpuso dicha institución jurídica también se beneficia al salvaguardarse su derecho fundamental a la celeridad de los procesos judiciales, administrativos y corporativo particular; debido a que se evita que el proceso se prolongue por un mayor tiempo, en tanto que la aplicación de la cuestión previa hace las veces de un saneamiento procesal.

Se ha demostrado meridianamente que, en iguales términos y alcances, la cuestión previa protege los derechos fundamentales englobados dentro del debido proceso judicial, administrativo y corporativo particular. Así tenemos las garantías judiciales mínimas, motivación, tutela jurisdiccional efectiva y celeridad.

Consecuentemente, ha quedado también demostrado que no solamente se vulneraron los derechos al debido procedimiento administrativo y motivación (tal y como lo señala el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones), sino también los demás derechos fundamentales mencionados.

Por otro lado, queda claro que no existió la menor intención del Concejo Municipal de dar una debida atención a la cuestión previa planteada por el mismísimo alcalde. Ello vulnera no solamente los derechos fundamentales mencionados, sino también los principios de la administración pública, como valor público, buena fe y buena administración.

vii. Sugerencias

Capacitar debidamente a los miembros de los concejos municipales en temas como derecho constitucional, derecho administrativo, derechos fundamentales y valor público.

Tomar muy en cuenta que, al adoptar una decisión política —como se colige, luego del aparentemente blindaje al alcalde, por el Concejo Municipal, al rechazar unánimemente el recurso de reconsideración, que contenía la solicitud de vacancia y la cuestión previa—, en ningún caso se comporta la vulneración de los derechos fundamentales de los administrados.

viii. Referencias

Ávalos Leiva, D. J., & Maldonado Jara, H. D (2013). La formalización de investigación preparatoria como causal de suspensión de la prescripción de la acción penal en relación a los principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal, en los últimos años de vigencia, en el

Distrito Judicial de La Libertad. Trujillo, Perú. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8221/AvalosLeiva_D%20-%20MaldonadoJara_H.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cáceres J., R. E., & Iparraguirre N., R. D. (2005). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Jurista Editores.

Guerrero Campos, S. (2013). *Artículos de previo pronunciamiento y cuestiones previas. ¿Dos caras de la misma moneda?* Barcelona. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://guerreroabogadospenalistas.files.wordpress.com/2013/12/articulos-previo-pronunciamiento-y-cuestiones-previas.pdf>

Mixán Mass, F. (2000). *Cuestión previa. Cuestión prejudicial. Excepciones en el procedimiento penal*. Trujillo: Editorial BLG.

Oré Guardia, A. (1993). *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Editorial Alternativas.

Ulloa Reyna, M. A. (2011). Los medios técnicos de defensa. *LEX*. Lima. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/408/949>

Valencia Arévalo, K. M. (2019). Suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal mediante la acusación directa. Piura. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1401/DER-VAL-ARE-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Más acerca del autor

Director Académico de la Escuela de Posgrados; codirector de Desarrollo Curricular; representante académico internacional; docente principal y director académico integrante del Consejo Evaluador del Fast Track Program for Rapid Courses de la California Silicon Valley School of the Law (SFO), de la Silicon Valley University (SFO) – Matriz Digital (USA). Consejero editorial de la Revista *American Journal of Science and Technology* (USA). Editor asociado de la *Forensic Research & Criminology International Journal* (USA). Miembro de la International Association of Constitutional Law (IACL) (Serbia). Director del capítulo Perú, de Juristas de América Latina y el Caribe – LATAM (México). Miembro de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública (España). Miembro del Comité Editorial de Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Profesor asesor del área de Derecho Constitucional del Centro de Estudios e Investigación *Scientia Et Iuris* (Perú). Consejero editorial de la Revista Jurídica *Derecho y Cambio Social* (Perú). Miembro del Cuerpo Editorial de Evaluadores de la Revista Universitaria Jurídica *Juris* del Centro Universitario Toledo Araçatuba – Unitoledo (Brasil). Articulista e investigador del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin-Iuris (Ecuador). Columnista de la asociación civil El Terno.com (Lima).

Distinguished Lawyer of Perú for Law Integration Integração Jurídica (Brasil). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista *Misión Jurídica* de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Par académico evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Par académico evaluador del libro colectivo internacional sobre *Ciberterrorismo* (México). Investigador externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Autor de libros y tratados de derecho constitucional y procesal constitucional, publicados en impreso en: Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Perú. Autor del Tratado de Derechos Fundamentales (en prensa en A&C Ediciones, Lima). Coautor con el doctor Sebastián Cornejo de los libros: i) *Atingencias constitucionales contemporáneas* (Editorial Olejnik – Chile); ii) *Estudios de derecho penal y procesal penal constitucional en el derecho peruano y ecuatoriano*, y *Derecho penal y procesal penal a la luz de un Estado constitucional de derecho* (Editorial Corporación de Estudios y

Publicaciones – Ecuador); iii) *Diálogos de derecho procesal constitucional*; iv) *Dilucidaciones de derecho procesal civil* (en prensa: Editorial Olejnik – Chile). Coautor con el doctor Sebastián Cornejo de: i) *Tratado de derecho penal constitucional aplicado* (Ediciones Nueva Jurídica – Colombia; y en prensa en: Bolivia, Chile y Perú); ii) *Tratado iberoamericano de derecho administrativo* (colectivo – en prensa en Paraguay). Director con el doctor Sebastián Cornejo de: i) *Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano comentado* – VI tomos (tomo I en prensa – Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones – Ecuador); ii) *Código Penal colombiano comentado* – II tomos (tomo I en

preparación – Ediciones Nueva Jurídica – Colombia); iii) *Código Penal chileno comentado* (tomo I en preparación – Ediciones Jurídicas de Santiago – Chile). Coautor de diversos libros colectivos publicados en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Excoordinador general, coautor, traductor, prologador y presentador de diez libros jurídicos colectivos internacionales. Autor de más de medio centenar de artículos y ensayos en publicaciones científicas físicas y virtuales, en más de treinta universidades de veinticinco países. Ponente nacional e internacional; correo: kimblellmen@outlook.com

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Merino, M., Hernández, J., & Avilés, E. (Coords.) (2018).

Transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción. El municipio en la encrucijada.

México: Conacyt/CIDE/Ayuntamiento Constitucional de Mocorito, Sinaloa/Universidad de Occidente, 296 pp.

ALMA ROSA ARMENDÁRIZ SIGALA¹

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2019

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2019

La publicación de este libro invita a la reflexión sobre el significado de la transparencia, la rendición de cuentas, el combate a la corrupción y el gobierno abierto desde una dimensión práctica, así como al análisis de sus implicaciones como un ejercicio metodológico. Para la producción de políticas públicas, más allá de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, es clave comprender el rol que deben asumir las organizaciones de la sociedad civil, los organismos garantes de la transparencia y las autoridades en torno a este modelo teórico-práctico de gestión pública que propone la obra.

Los autores fundamentan con datos de investigación documental y estadísticas relacionadas con los temas que abordan en cinco ejes temáticos: a) Elementos conceptuales y normativos; b) Transparencia, rendición de cuentas y archivos en el ámbito municipal; c) Gobierno abierto; d) Contabilidad y fiscalización municipales;

¹ Comisionada del Instituto Chihuahuense para la Transparencia y Acceso a la Información Pública; correo: armendarizsigala@yahoo.com.mx

y e) Régimen municipal y combate a la corrupción.

Este trabajo colectivo considera las recientes reformas sustantivas en derecho al acceso a la información, así como las relacionadas con el diseño del Sistema Nacional Anticorrupción, que involucra a varias instituciones y órdenes de gobierno con el objetivo de combatir la corrupción por vías diversas y con mecanismos de distintas índoles, que adquieren estructura normativa en una reforma constitucional y varias leyes reglamentarias. Hablamos de un paquete de siete leyes nuevas o modificadas, que reforzaron a las instituciones existentes.

Entre las reformas destacan la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas; la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; y las modificaciones a los artículos 49 de la Ley de Coordinación Fiscal y 70 de la Ley de Contabilidad Gubernamental. De igual manera, se destacan reformas y adiciones al Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción; reformas y adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en materia de control interno; y siete reformas y adiciones a la Ley Orgánica de la otrora Procuraduría General de la República, hoy Fiscalía General de la República.

Estos procesos marcan un cambio de paradigma en el ciudadano, quien deja de ser un ente amorfo que es solo gobernado, para pasar a ser un sujeto activo, que ayuda y colabora con la gobernabilidad del país.

La publicación que se reseña, hace un recuento de aspectos esenciales para comprender y valorar la rendición de cuentas. Describe un ejercicio interesante y multidisciplinario, así como sus implicaciones y dimensiones, las cuales rescatan el proceso de construcción de un gobierno abierto en estos últimos años, recorrido que de lo nacional llega a los estados en un ambiente complejo pero alentador.

Un buen gobierno implica la apertura de su actuación al escrutinio público, a través de mecanismos que garanticen a los ciudadanos accesibilidad total al ejercicio de la función pública e impulsen esquemas de corresponsabilidad en la elaboración de políticas públicas, encaminadas a la formación de una conducta ética en el funcionamiento administrativo, transparencia en la asignación y manejo de recursos públicos, así como la rendición de cuentas, de acuerdo con las metas establecidas en el corto, mediano y largo plazo. Este libro convoca a la honestidad, la justicia y la confiabilidad como componentes de la transparencia en tiempos actuales. Es un principio de actuación de toda administración pública, que permite forjar, en la totalidad del cuerpo burocrá-

tico, una actitud de apertura y diálogo constante con los ciudadanos.

En esta práctica se gestan ventajas competitivas, así como mayores beneficios en la atención de necesidades sociales, pues se conforma un ambiente de confianza, reconocimiento y apropiación de las acciones, al reducir la discrecionalidad y evitar los actos que propician la corrupción.

Aunado a ello, la rendición de cuentas es una herramienta para fortalecer la democracia y credibilidad de los ciudadanos en sus autoridades, siempre y cuando estas informen de manera clara sobre sus decisiones y justifiquen las acciones emprendidas, con el acompañamiento de mecanismos de control y sanción para quienes no se conduzcan de acuerdo con la ley.

Durante los últimos años, todos los sujetos obligados, sean del ámbito municipal, estatal o federal, han trabajado para sustentar con hechos su convicción de que la transparencia, la rendición de cuentas y el combate a la corrupción deben ser una realidad y no solo un buen argumento discursivo. Pero también hay quienes consideran al conjunto de prácticas y herramientas antes citadas como una obligación innecesaria que cuestiona su actuación sin aportar beneficios tangibles.

La relevancia de la transparencia gubernamental radica en la vinculación entre los ciudadanos y la autoridad en el ejercicio de la rendición de cuentas. Lo anterior, con el propósito de disminuir los niveles de corrupción y recuperar la confianza en las instituciones en materia de transparencia, acceso a la información pública y gobierno abierto, reforzando estrategias, métodos o sistemas para la prevención, detección o combate a la corrupción.

La obra da cuenta de la situación de diversos factores que fomentan la cultura de la legalidad englobando, con este concepto, los esquemas e instituciones que obligan al

cumplimiento de las leyes. De igual manera, se ocupa de los mecanismos existentes en materia de planeación y programación que aún no poseen la solidez institucional necesaria para obtener un buen desempeño gubernamental o presentar puntualmente los dispositivos de asignación presupuestal ni el ejercicio del gasto, alineados a objetivos y metas establecidos en el corto, mediano y largo plazo.

El libro reconoce el esfuerzo de presentar la información a través del portal de transparencia y la Plataforma Nacional de Transparencia, con una mejora significativa en la calidad de las obligaciones de transparencia. Lo anterior no es fortuito, ya que se deriva de los altos niveles de competencia y calidad de la información presentada por los sujetos obligados, así como del contexto nacional donde actualizaciones como la referente a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, han sido determinantes para identificar aquellas entidades que cumplieron de manera sistemática y justificada.

Haciendo referencia al último año de la evaluación de las obligaciones de transparencia, se observaron varias carencias en la presentación de la información, baja calidad y su falta de integración en formatos de datos abiertos, así como poca desagregación que exhibe un desorden interno en materia administrativa; así lo comenta claramente uno de los autores de la obra que se reseña.

La mayor dificultad que afirma uno de los autores en la parte de gobierno abierto, reside en propiciar el consenso para su propia conceptualización. No obstante, se entiende como una política pública que entrelaza los conceptos de transparencia, participación y colaboración de los ciudadanos en las políticas públicas, cuya característica sobresaliente consiste en que la información y datos gubernamentales desempeñan un papel protagónico.

Así, el gobierno que adopte esta política debe entender que esta no solo consiste en el desarrollo de portales electrónicos con contenidos de información generalizada y sin vinculación con las demandas sociales en la materia, pues más allá de la consulta pública respecto a los planes, programas, políticas o proyectos emprendidos, se mantiene presente la posibilidad real de involucrar a los ciudadanos en el diseño, la planeación, la programación, la ejecución, la evaluación, el seguimiento y el control como un ejercicio de cocreación, en donde se atienden y solucionan de manera colaborativa los problemas públicos.

Lo anterior da pauta a vincular la transparencia con la participación ciudadana dentro de un marco general de actuación en donde el gobierno abre su administración al escrutinio público, en el entendido de que el gobierno no puede ni debe ser el único agente en la definición y atención de las necesidades sociales, si es que quiere conseguir mayor legitimidad en sus

decisiones; el ciudadano tiene así la posibilidad de transitar de la pasividad al protagonismo en la definición de la agenda pública de un gobierno horizontal.

La transparencia y la rendición de cuentas deben sostener y mejorar el contacto con los ciudadanos, así como también continuar fortaleciendo la creación de herramientas innovadoras que promuevan el intercambio y la retroalimentación acerca de sus acciones y mecanismos vinculatorios para dar impulso al gobierno abierto.

Lo anterior propone una lectura crítica del texto, asumiendo que la transparencia, la rendición de cuentas, el gobierno abierto y la sociedad crítica y participativa son factores importantes y concomitantes en el mundo contemporáneo, para que los ciudadanos se corresponsabilicen con el Estado y sus instituciones, logrando trazar así el camino hacia la consolidación de un México donde la democracia sea la forma de vida fundada en el constante desarrollo económico, social y cultural.

AMPARO EN REVISIÓN

1049/2017 EMITIDO POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (scjn)

XÓCHITHL GUADALUPE RANGEL ROMERO¹

Fecha de recepción: 13 de junio de 2019
Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2019

Uno de los tópicos que en el año 2017 crearon controversia versó sobre que “el Estado puede intervenir cuando se encuentre en riesgo la vida o la salud de un menor de edad y sus padres no acepten el tratamiento médico idóneo”. Con la anterior premisa guiaremos el presente comentario.

El caso puntualizó lo siguiente:²

Una niña de seis años con leucemia linfoblástica aguda ingresó a un hospital en condiciones de urgencia. Los médicos indicaron que la menor requería urgentemente transfusiones sanguíneas; no obstante, sus padres se opusieron debido a sus creencias religiosas. Frente a esta negativa, la Subprocuraduría decidió iniciar un procedimiento de tutela y asumir la facultad provisional de autorizar transfusiones sanguíneas. Ante tal panorama, la madre de la menor reclamó en amparo indirecto que la Subprocuraduría desplazó de forma injustificada su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija, con base en sus creencias religiosas. En ese sentido, la madre cuestionó las decisiones que se han tomado sobre la salud de su hija. En la sentencia de amparo el Juez de Distrito resolvió que la Subprocuraduría no contó con bases suficientes para asumir la

¹ Profesora-investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; correo: xochithl.rangel@uaslp.mx; ORCID: 0000-0002-0543-2852.

² Amparo en revisión 1049/2017.

tutela sobre la menor, y que, por lo tanto, en el tratamiento subsecuente debía respetarse la voluntad de los padres de implementar tratamientos alternativos. En esta línea, el Juez precisó que era posible efectuar transfusiones únicamente en casos de urgencia o necesidad, esto es, como un último recurso.

De lo anterior, la Sala se cuestionó en su momento si el Estado puede intervenir en la autonomía familiar. Para el caso específico, la Sala resolvió que “el Estado puede intervenir cuando se encuentre en riesgo la vida o la salud de un menor de edad y sus padres no acepten el tratamiento médico idóneo”.

Ahora bien, el comentario versará sobre los extremos que se tomaron en consideración para tomar tan importante decisión.

1. Derecho a la vida familiar³

Ciertamente, como lo ha referido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la familia es la base indispensable de la sociedad. Y, por derivación, el Estado no puede intervenir en la relación íntima de la familia, dado que es esta última la que se autodefine, autodetermina y autorregula. Lo anterior con base en lo que dispone la norma básica de convivencia. Sin embargo, es preciso señalar que en la vida fami-

³ Los puntos de referencia a desglosar son los señalados por la misma SCJN dentro del amparo en revisión *in comento*. El desglose es comentario de la autora.

liar, aunque se considera un ámbito tan íntimo, el Estado solo puede intervenir de forma justificada cuando los derechos de los integrantes de la familia se ven vulnerados por la misma. Para el caso específico, si bien como ha referido la misma SCJN, “los padres son los más aptos para tomar decisiones sobre sus hijos, de modo que existe un amplio espectro de decisiones que los padres toman...”,⁴ no menos cierto es que el Estado debe accionarse cuando dentro del seno de la familia se pueda violentar algún derecho. La reflexión implicaría posteriormente hasta dónde el Estado debe intervenir y en qué situaciones, dado que la intromisión del Estado en la vida de la familia debe justificarse. Con lo anterior, cae el argumento de que son los padres quienes saben qué les conviene a sus hijos.

2. Derecho de los padres a formar a sus hijos de acuerdo con sus creencias

Si bien es cierto que el criterio de la SCJN ha sido que

los padres tienen derecho a expresar sus creencias religiosas y morales, siendo así que, de esta libertad en relación con el derecho a la vida privada y familiar, se derive el derecho a educar a sus hijos en la fe que profesen...⁵

⁴ Amparo en revisión 1049/2017.

⁵ *Ibidem*.

es pertinente comentar que desde un punto de vista particular la creencia religiosa no puede imponerse. Si bien es cierto que en los primeros años de vida de la persona, son sus padres quienes la invitan a formar parte de una determinada creencia religiosa, esta debe ser siempre encaminada desde la escucha y participación de la niña, niño o adolescente. Por lo cual no podría imponerse a una persona una determinada creencia religiosa solo por el hecho de pensar que es la mejor forma de fe. Dado que pensar lo anterior, provocaría que se violentase un derecho.

3. Derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos

La SCJN ha señalado que “las decisiones que forma parte del espectro de elecciones autónomas que toman los padres bajo el amparo de la privacidad familiar, radica en la libertad de tomar decisiones médicas por sus hijos...”,⁶ por lo que es cierto que los padres deben velar en todo momento por sus hijos y sus derechos. Esa es la lógica de la familia; el respeto en todo momento de los integrantes. Sin embargo, la toma de decisión de los padres no puede estar por encima de qué es lo más conveniente para la niña o el niño. Por lo cual el derecho de los padres a tomar una decisión por sus hijos, debe estar limitado por el interés superior del niño.

4. Autonomía progresiva del niño

Ciertamente la autonomía progresiva va dotando a la niña y al niño del ejercicio verdadero de sus derechos. Lo anterior no implica que la niña y el niño, por el hecho de ser personas, no los gocen o disfruten, sino que, con la autonomía progresiva, mientras la niña y el niño avan-

⁶ *Idem.*

zan en su desarrollo, el Estado y el yugo de la familia, con respecto a sus derechos, van desapareciendo. Ello debido a que esa niña o niño pueden tomar la mejor decisión con respecto a sus propios derechos. La autonomía progresiva y, en realidad, su propio interés, debe satisfacer el mejor derecho para este.

5. El interés superior del niño como límite de los derechos parentales y la intervención del Estado

La satisfacción de los derechos de la niña y el niño, dan como derivación que el Estado deba garantizar, proteger, materializar y, sobre todo, respetar sus derechos. Por lo tanto, ninguna decisión —familiar o del Estado— puede estar por encima de la satisfacción del mejor interés. Por lo cual los padres de familia no pueden, de forma absoluta, disponer de sus hijos ni de sus derechos. Dado que existe algo más arriba que la voluntad de la familia: la satisfacción de un bienestar pleno individual. Lo anterior conlleva a que si bien la vida familiar es algo íntimo de la persona y que el Estado no puede intervenir, es relativo siempre y cuando se justifique un interés para ello, que implique invariablemente la pérdida de un derecho.

Se colocan los puntos más relevantes a juicios de la autora. Sin embargo, es de observarse que la sentencia a este amparo viene a colocar puntos interesantes de debate teórico constitucional. Por un lado, la

intervención del Estado en la vida privada de la familia, y por el otro, cuáles serían los estándares en los que el Estado podría hacer lo anterior.

Es importante mencionar que, para el caso específico, existen criterios normativos que se tienen que cumplir, como el trámite administrativo de la tutela, entre otros.

Sin embargo, si bien la SCJN ha creado precedente con la sentencia *in comento*, no menos cierto es que la violación de muchos de los derechos de la persona, también devienen del seno en familia. Es aquí donde el Estado debe trabajar y ocuparse, a través de las instituciones con las que cuenta para tal efecto. Lograr de forma certera que la institución “familia” sea la primera en garantizar los derechos de sus integrantes. Dado que vemos que no puede anteponerse a un derecho, una idea o un prejuicio. Sin embargo, es cierto que dentro de la estructura social, las creencias, prejuicios, estigmas u otros similares son la base de una construcción, por lo que tendrá entonces que venir el derecho, a través de las instituciones de aplicación de justicia, a dejar claro lo anterior.

REFLEXIONES SOBRE

EL TIPO PENAL DENOMINADO *SEXTING*

JAIME ERNESTO GARCÍA VILLEGAS¹

OTHONIEL ACOSTA MUÑOZ²

Fecha de recepción: 13 de junio de 2019

Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2019

1. *Introducción y consideraciones generales*

La finalidad de las siguientes líneas consiste en el análisis detallado del tipo penal denominado *sexting*, que ha sido incorporado a la codificación sustantiva penal del estado de Chihuahua, particularmente por medio del decreto LXV/RFCOD/0209/2016, publicado en el Diario Oficial del Estado el día 3 de mayo de 2017, dentro del Título Quinto denominado Delitos contra la Libertad, la Seguridad Sexuales, y el Normal Desarrollo Psicosexual, como un Capítulo Séptimo denominado igualmente *Sexting*.

Debe ponerse en relieve que derivado de la reciente tipificación del *sexting*, existe carencia de fuentes de información o estudios doctrinales del mismo, siendo esta una propuesta de interpretación de la norma jurídica de referencia, toda vez que se ha considerado que las fuen-

1 Abogado postulante y maestro de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como agente del Ministerio Público de la Fiscalía Encargada en Investigación y Persecución del Delito Zona Centro del Estado de Chihuahua, director general jurídico del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, así como secretario de Sala Adscrito a la Presidencia del mismo Tribunal. Colaborador del CA-UCH-57 de Derechos Humanos y Cultura de la Legalidad.

2 Doctor en Derecho y maestro en Derecho Penal. Maestro de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, con Perfil Promep y Categoría ATC con diversos cargos en diferentes instituciones gubernamentales, como el Supremo Tribunal de Justicia del Estado y la Procuraduría General de Justicia, hoy Fiscalía, y el anterior Tribunal Superior. Titular con anterioridad de la Secretaría de Posgrado de la multicitada Facultad y abogado postulante en materia penal.

tes hemerográficas actuales, se refieren principalmente al *sexting* por su interpretación coloquial y que, además, se carece de estudios enfocados a nuestro marco normativo.

2. Reflexiones sobre la denominación del *sexting*

El término *sexting* es un anglicismo, que se define por la Real Academia Española como “Un giro o modo de hablar propio de la lengua inglesa, un vocablo o giro de la lengua inglesa empleado en otra, o empleo de vocablos o giros ingleses en distintos idiomas”; por lo tanto, la expresión de referencia evidentemente no encuentra su raíz en nuestro idioma. En realidad, el término *sexting* se trata de una palabra compuesta por las voces *sex* y *texting*, también de origen anglosajón. La primera de las expresiones aludidas evidentemente se refiere a una conducta de naturaleza o contenido erótico o sexual, y la segunda se refiere a la acción y efecto de enviar mensajes de texto por medios tecnológicos, ya sea dispositivos móviles o bien computacionales, comúnmente a través de redes sociales o los diversos servicios, aplicaciones o programas de mensajería, instantáneos o no.

Inicialmente, se le denominó *sexting* a la conducta encaminada a enviar mensajes de texto de contenido erótico o sexual; sin embargo, con los avances tecnológicos se incluyó en esta denominación a la

conducta direccionada a enviar o recibir imágenes o secuencias de audio-video de contenido sexual.

La expresión *texting* ha sido implementada en el idioma español como *texteo*, es decir, el envío de mensajes escritos principalmente por medio de aparatos móviles, aunque también puede aplicar para computacionales o cualquier otro equipo tecnológico. En esa tesitura, es que *sexting* ha sido trasladado al idioma castellano como *sexteo* cuando las comunicaciones ya mencionadas tienen una naturaleza erótica o sexual.

Consideramos que, al incluir la denominación del tipo *in comento*, en el Capítulo Séptimo del Título Quinto del Código Penal del Estado de Chihuahua, se positiviza un anglicismo en nuestra codificación sustantiva, habiendo tenido el legislador la posibilidad de encontrar otros vocablos con raíces en la lengua española, tal y como se apuntará más adelante.

3. El tipo penal de *sexting*

El bien jurídico tutelado en el *sexting* resulta compuesto, al proteger no solo la libertad y la seguridad sexuales, sino que, de igual manera, se le brinda tutela jurídica al normal desarrollo psicosexual del ser humano, cuya denominación se ha dado al Título Quinto de la Codificación Sustantiva Penal del Estado de Chihuahua. Se afirma lo anterior en virtud de que la libertad sexual que gravita sobre toda per-

sona implica la posibilidad de compartir con alguien en particular cualquier imagen, secuencia de audio o video o conversación eróticas, pero ello no lleva implícita la autorización de su difusión o revelación. Por lo tanto, la finalidad de esta figura típica consiste en establecer una prohibición normativa para revelar dichos materiales; en impedir que se continúe tolerando la afectación a la intimidad de las personas, particularmente en su sexualidad, impidiéndoles ejercitarla de manera libre y con la seguridad de no ser traicionadas y expuestas por actos de confianza depositados en el receptor del material íntimo. Igualmente, cuando un ser humano resulta víctima de la difusión de material íntimo, erótico o lúbrico, que compartió por virtud de un vínculo de confianza con algún otro individuo receptor, existe la posibilidad de sufrir afectación en su normal desarrollo psicosexual, e incluso dificultarle al pasivo volver a llevar una vida sexual en plenitud por el temor psíquico de que, a la postre, se vuelvan a divulgar imágenes, audios, videos o textos que, en ejercicio de su libertad sexual, compartió de manera privada con el activo, pero sin la autorización para que sean transmitidos a terceros; más aún en los casos en los que se hayan captado los materiales lúbricos sin la autorización correspondiente.

El tratadista González de la Vega (2016) sostiene que:

[...] para poder denominar con propiedad como sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la acción típica del delito, realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa o inmediatamente de naturaleza sexual; y b) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido (p. 312).

Reynoso Dávila (2013) sintetiza el pensamiento de diversos tratadistas, al abordar el tema del normal desarrollo psicosexual, cuando refiere que:

[...] habida cuenta de la sintaxis de la oración, hace suponer que se pudiera tratar de libertad psico sexual, cuando lo correcto, es hablar de libertad sexual, y punto, ya que la libertad psíquica se da por entendida. ¿Pero qué es exactamente el normal desarrollo psicosexual, con qué parámetro se califica? Es evidente que lo que para unos es normal, para otros no lo es. El asunto es muy complejo y se corre el riesgo, al querer definirlo o restringirlo, de entregarle al juez una especie de cartabón con que mira, muy a su manera, esa normalidad. Así llega al desahogo malsano del puritanismo o de los complejos de inferioridad (p. 707).

La figura típica en estudio, se encuentra prevista y sancionada en el ordinal 180 bis, del Código Sustantivo Penal del Estado de Chihuahua, que establece:

Artículo 180 Bis. A quien reciba u obtenga de una persona, imágenes, textos o grabaciones de voz o audiovisuales de contenido erótico o sexual y las revele o difunda sin su consentimiento y en perjuicio de su intimidad, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a doscientos días de multa.

Las penas a que se refiere el presente artículo, se aumentarán en una mitad cuando el delito se cometa en contra de una persona menor de catorce años o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, aun y cuando mediare su consentimiento.

De la descripción legislativa de mérito, podemos destacar:

- a) Una conducta consistente en recibir u obtener *imágenes, textos o grabaciones de voz o audiovisuales*. Estos verbos tienen implicaciones distintas. En un primer término, la recepción de alguna cosa determinada implica irrefragablemente un envío previo, por lo que la primera expresión legislativa requiere de una conducta primigenia, incluso del sujeto pasivo consistente en el envío o transmisión voluntaria de las imágenes, textos, audios o videos que se describirán con posterioridad.

En un distinto supuesto, podemos advertir el verbo “obtener”, que puede prescindir válidamente del envío previo que realice el sujeto pasivo de las imágenes, textos, audios o videos relevantes para este tipo penal. La obtención puede ser furtiva o, incluso, por medio de la coacción física o moral.

b) La naturaleza erótica o sexual del objeto (*imágenes, textos o grabaciones de voz o audiovisuales*). En este contexto, para efecto de que esta conducta tenga relevancia penal, la recepción consensuada o espontánea, así como la obtención furtiva o violenta, debe recaer sobre cualquier tipo de imágenes, textos, grabaciones de audio o secuencias de video con algún contenido erótico, sexual, lúbrico, lujurioso o lascivo. Consideramos que no necesariamente implica desnudez, en virtud de que pudieran existir imágenes en paños menores o en posiciones sugerentes que no necesariamente impliquen la carencia de ropa. Además de que no debe soslayarse que las solas grabaciones de audio o conversaciones lujuriosas, pueden ser objetos materiales de este injusto.

Debe destacarse que la descripción típica antes precisada, no establece como requisito el medio en el que deben constar o significarse dichas imágenes, textos, audios o videos, por lo que aunque usualmente pudieran servir como medios de almacenamiento los dispositivos electrónicos, como servicios de mensajería instantánea o correos electrónicos, nada impide que se trate de fotografías íntimas impresas o secuencias de audio o video compiladas en cintas, memorias ópticas USB, discos duros o discos compactos. Por lo que cualquiera que sea el medio de recepción u obten-

ción, ya sea físico, material o electrónico, la conducta podrá adecuarse válidamente en el presente tipo.

c) *La revelación o difusión del material antes mencionado, sin consentimiento del pasivo, y en perjuicio de su intimidad.* Para la Real Academia Española, revelar consiste en descubrir o manifestar lo ignorado o secreto; proporcionar indicios o certidumbre de algo. Por su parte, la difusión consiste en “extender, esparcir, propagar físicamente, o bien propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.”. Mientras que la revelación no implica una divulgación masiva o general, esta puede ser realizada a una sola tercera persona o grupo selecto de personas, mientras que la difusión nos lleva a la idea de una extensión general o masiva de los materiales antes mencionados, siempre y en todo momento sin la previa autorización del sujeto pasivo.

Luego del estudio de los elementos configurativos del tipo penal, debe hacerse el señalamiento de la deficiencia existente al determinar la pena asociada al presente tipo penal, como la prisión de *seis meses a cuatro años de prisión y de cien a doscientos días de multa*. Extraña para nosotros la forma de establecer la pena pecuniaria por parte del Congreso del estado de Chi-

huahua, en virtud de que en el mismo año de publicación del decreto citado en supra líneas, se ha venido actualizando la forma de tasar las sanciones en numerario o multas, adecuándolas al contenido actual del artículo 26, apartado B, párrafo sexto constitucional, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día miércoles 27 de enero de 2016, al referirse al Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, que establece:

[...] El organismo calculará en los términos que señale la ley, el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores.

Como desarrollo del marco constitucional antes expuesto, el día 30 de diciembre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Ley para Determinar el Valor de la Medida y Actualización*, ordenamiento legal que define la unidad de la medida y actualización en su artículo segundo, al tenor de lo siguiente:

[...] III. UMA: A la Unidad de Medida y Actualización que se utiliza como uni-

dad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y de la Ciudad de México, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de dichas leyes.

El arábigo tercero de esta ley determina que las obligaciones y supuestos denominados en unidad de medida y actualización, se considerarán de monto determinado y se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional, por lo que deberá multiplicarse el monto de la obligación o supuesto, expresado en las citadas unidades, por el valor de los mismos en el periodo o año correspondiente.

En cuanto a la forma de cálculo, el valor actualizado de la Unidad de Medida y Actualización (UMA), se determinará anualmente por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el cual debe publicar en el Diario Oficial de la Federación dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año el valor diario, mensual y anual en moneda nacional de la UMA. Dichos valores entrarán en vigor el primero de febrero de dicho año, según lo dispone el numeral quinto de la norma en cita.

Por lo tanto, la sanción pecuniaria establecida en el artículo 180 bis del Código Penal de Chihuahua, debe ser reformada y actualizada armónicamente con el marco constitucional y legislativo secundario

vigente, tal y como se ha hecho con otros tipos penales dentro de la misma codificación sustantiva.

Finalmente, en este apartado, habremos de mencionar que el anglo tipo *sexting*, se persigue a petición de la víctima u ofendido, es decir, por querrela, al tenor de lo dispuesto por el numeral 98, inciso s), del Código Sustantivo Penal del Estado de Chihuahua, excepto el *sexting* agravado, que se configura cuando los sujetos pasivos son menores de catorce años, que no tengan capacidad para comprender el hecho, o que por cualquier motivo no puedan resistirlo (hipótesis estas en las que se perseguirá de oficio):

Artículo 98. Extinción por perdón del ofendido.

[...]

Los delitos perseguibles por querrela son:

[...]

s) Los que atentan contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual previstos en el artículo 180 Bis del Código Penal, salvo cuando se trate de personas menores de catorce años, que no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no puedan resistirlo.

4. *Sexting* agravado

El ordinal 180 bis del Código Penal, en su segundo párrafo, contempla un agravante

para el *sexting*, que se refiere a una calidad específica del sujeto pasivo, como la minoría de catorce años, incapacidad para comprender el significado de los hechos, o que por algún motivo no pudiera resistirse, incluso aun y cuando se obtuviera su “consentimiento”:

[...] Las penas a que se refiere el presente artículo, se aumentarán en una mitad cuando el delito se cometa en contra de una persona menor de catorce años o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, aun y cuando mediere su consentimiento.

De primera mano, pudiese parecer pertinente la existencia de un agravante cuando cualquier persona revele o difunda imágenes, textos, audios o videos de contenido erótico o sexual que haya obtenido o recibido, aun y con el consentimiento de un pasivo menor de catorce años o mayor de esta edad, pero incapaz; empero, conviene realizar un análisis de las conductas tipificadas en el último párrafo de los artículos 16 y 17 de la *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas, y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos*³ —

3 Esta ley resulta de competencia tanto para la federación, como para los estados de la república mexicana, de conformidad con lo que desarrollan los artículos transitorios: Noveno.- La presente Ley deroga los delitos objeto de la misma, en el Código Penal Federal y Leyes Federales.

en lo sucesivo LGPSEDTP—, con la finalidad de esclarecer si nos encontramos, o no, en presencia de una doble penalización de la misma conducta:

Artículo 16. Se impondrá pena de 15 a 30 años de prisión y de 2 mil a 60 mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales resultantes, al que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad

[...] Décimo.- Los Congresos de los Estados y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, procederán a hacer las reformas pertinentes en la materia y las leyes específicas, con el fin de armonizar en lo conducente a la presente Ley.

Décimo Primero.- Las disposiciones relativas a los delitos a que se refiere esta Ley previstas tanto en el Código Penal Federal como en los Códigos Penales locales vigentes hasta la entrada en vigor de la presente Ley, seguirán aplicándose por los hechos realizados durante su vigencia. Así mismo, dichos preceptos seguirán aplicándose a las personas procesadas o sentenciadas por los delitos previstos y sancionados por los mismos artículos.

[...]

Décimo Cuarto. Las procuradurías de las entidades federativas deberán crear y operar fiscalías especializadas para la investigación de las conductas previstas en esta Ley, que contarán con Ministerios Públicos y policías especializados, los recursos humanos, financieros y materiales que requieran para su efectiva operación. Estas unidades se integrarán con servicios periciales y técnicos especializados para el ejercicio de su función. Las procuradurías de las entidades federativas y el Distrito Federal capacitarán a su personal en materia de planeación de investigación. Para ingresar y permanecer en las fiscalías especializadas en la investigación y persecución de los delitos previstos en esta Ley será necesario cumplir con los requisitos previstos en el artículo transitorio anterior.

de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona.

Si se hiciere uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse, la pena prevista en el párrafo anterior se aumentará en una mitad.

Se impondrán las mismas sanciones previstas en el primer párrafo del presente artículo, a quien financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda, adquiera, intercambie o comparta, por cualquier medio, el material a que se refieren las conductas anteriores.

En cuanto al primer párrafo de este dispositivo, advertimos que se refiere a una serie de verbos rectores relacionados con actos de naturaleza sexual o exhibicionismo de menores de dieciocho años, condicionada la sanción al objetivo de realizar una producción o dejar un registro de los mismos y obtener un beneficio económico. Sin embargo, el último párrafo adolece de una ambigua redacción, en virtud de que cita una serie de verbos rectores, tales como almacenar, distribuir, publicitar, exponer, difundir o compartir material al que se refieren “las conductas anteriores” (material de exhibicionismo corporal o actos sexuales reales o simulados). Esta redacción condiciona que el simple almacenamiento, o bien, la difusión, se refieran al material referido en porciones anteriores de ese mismo numeral, por lo que si verificamos la naturaleza del material, este refiere a un componente de naturaleza sexual o de exhibicionismo (desnudez o erotismo) en el que aparezcan menores de edad. Adicionalmente, debemos poner en relieve que, si bien el párrafo en análisis condiciona la identidad del material de naturaleza sexual sobre menores de edad, no lo hace en cuanto a los objetivos, por lo que evidentemente no se requeriría la intención de realizar producciones, de comercializarlas o de obtener un lucro de las mismas. Por lo tanto, podemos advertir que la conducta consistente en almacenar o difundir material sexual o

de exhibicionismo de menores de dieciocho años, aun sin objeto de comercialización o de lucro, se encuentra tipificada en este ordenamiento legal.

Por otra parte, aparece el numeral 17 del cuerpo normativo en cita, que establece:

Artículo 17. Se impondrá pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución.

En este contexto, el almacenamiento y arrendamiento de material de contenido sexual o de exhibicionismo de menores, sin ánimo de comercialización, ya se encontraba descrito en el último párrafo del artículo 16 de la ley de referencia, creándose una confusión con la doble descripción y penalización de estas conductas; sin embargo, pasaba inadvertida la sola adquisición, en virtud de que el almacenamiento se refiere a una conducta de conservación de este material, es decir, una conducta que se prolonga en el tiempo; en cambio, el sujeto activo pudiese adquirir y desecharlo el mismo material sin almacenarlo.

Al respecto, sobre la deficiente redacción de este dispositivo, Hernández-Romo Valencia (2013) sostiene que:

[...] Se está en presencia de un tipo privilegiado, en el que se observa un claro bis in

ídem sustantivo. Sujeto activo puede ser cualquier persona, no se exige calidad específica alguna. [...]. Como el lector podrá apreciar, el legislador utilizó los mismos verbos que en el último párrafo del artículo 16 LGPSEDTP, por lo que remítase a los mismos. El tipo finaliza con la expresión -sin fines de comercialización o distribución-. Dicha expresión es totalmente desafortunada; no aporta absolutamente nada al tipo y lo peor del caso es que el tipo previsto en el artículo anterior nunca hace mención alguna a si existen fines de comercialización o distribución. En pocas palabras, se prevé la misma conducta; lo que indica que existe violación al bis in ídem sustantivo (p. 166).

En torno a lo expuesto, podemos sostener que si bien la LGPSEDTP sanciona las conductas consistentes en adquirir, almacenar y difundir material que contenga actos sexuales o de exhibicionismo corporal de menores de edad, consideramos que esta norma por su ambigüedad y con base en el principio de exacta aplicación de la ley penal, así como por la prohibición de analogía y mayoría de razón plasmadas en el numeral 14 de la Carta Magna,⁴ no alcanzaría a la conducta consistente en difusión de textos o grabaciones de audio,

⁴ Artículo 14. [...]

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

en los que los protagonistas sean menores de edad. Ya que, de la redacción de la LGPSEDTP, se puede advertir la consideración de material eminentemente gráfico, es decir, actos sexuales en estricto sentido o de exhibicionismo corporal, por lo que deja de tutelar la revelación de conversaciones escritas o audios que vulneren la privacidad sexual de los menores. Sin embargo, en cuanto a la recepción o difusión de imágenes o secuencias de video de menores de edad, estas se encuentran indiscutiblemente incluidas en la LGPSEDTP, por lo que en atención al principio de especialidad de la norma, la disposición especializada debe excluir a la genérica, lo que significa que debiese sancionarse a los activos que desplieguen estas conductas, al tenor de lo dispuesto por la LGPSEDTP, al tratarse de la adquisición (sea gratuita u onerosa), almacenamiento o difusión de material que contenga actos sexuales o de exhibicionismo de menores, ya sea que provenga voluntariamente o no del mismo menor.

En síntesis, de conformidad con el principio de especialidad de la norma jurídica, la recepción, almacenamiento y difusión de imágenes o videos donde aparezcan menores de edad, con o sin violencia sobre ellos, así como con o sin ánimo de comercialización o lucro, se adecua a lo establecido en la LGPSEDTP, por lo que no hacía falta incluirse como agravante en el *sexting*, sino más bien impulsar una efectiva investigación de estas conductas y

la verdadera aplicación de las sanciones correspondientes. Por otra parte, se recomienda reformar los numerales 16 y 17 de la LGPSEDTP, con el objetivo de evitar el casuismo del que adolecen, describiéndose las conductas con una mayor claridad, de tal suerte que el *sexting* agravado se hiciera innecesario por existir una norma especial que lo sancione. Por lo que antes de recomendar la derogación del *sexting* agravado, debe impulsarse la reforma de la LGPSEDTP, con la finalidad de armonizar ambos cuerpos legales y brindar la protección más amplia para los menores de edad en su ámbito sexual.

5. Notas conclusivas y propuestas

- a) Resulta plausible la intención legislativa de brindar protección a la libertad, seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual por medio de la inclusión del *sexting* en el Código Penal del Estado de Chihuahua, así como la ubicación en la que se incluyó dentro del referido cuerpo normativo, al ser un delito de dicha naturaleza. Se logra la protección a los bienes jurídicos tutelados de referencia; sin embargo, se recomendarán los ajustes expuestos en los siguientes párrafos.
- b) Se propone no utilizar anglicismos dentro de nuestros ordenamientos legales y utilizar expresiones propias de nuestra lengua española, aun y cuando resultase una denominación más larga o compuesta, como “Revelación u obtención ilegítima de material erótico o sexual”, en virtud de que no sería el primer tipo penal cuya denominación resultara compuesta o larga, como puede ser la “Revelación de secretos”, “Falsificación, alteración o uso indebido de documentos”, “Fraude procesal”, “Robo de ganado”, “Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores” y una pluralidad más que pudieran citarse como ejemplos de nombres largos, pero que utilizan vocablos de nuestro idioma.
- c) Se sugiere adecuar la pena pecuniaria a las recientes reformas constitucionales y tasarla de conformidad con la UMA, como se precisó en el capítulo correspondiente.
- d) Se recomienda impulsar la reforma y perfeccionamiento de los artículos 16 y 17 de la LGPSEDTP, con la finalidad de evitar el *bis in ídem sustantivo*, o la doble penalización de conductas, así como la ambigüedad de estos numerales, lo que se traducirá en otorgar la protección más amplia para el sano desarrollo psicosexual de los menores de edad, derogando del Código Penal Sustantivo del Estado los verbos rectores que ya se encuentran claramente previstos en la LGPSEDTP, en los términos precisados en el capítulo correspondiente.

6. Fuentes de información

Bibliográficas

- Castellanos Tena, F. (2012). *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general* (51.ª ed.). México: Porrúa.
- Díaz-Aranda, E. (2012). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). México: Porrúa.
- González de la Vega, F. (2016). *Derecho penal mexicano* (39.ª ed.). México: Porrúa.
- Hernández-Romo Valencia, P. (2013). *Tratado de derecho penal mexicano. Parte especial. Delitos previstos en leyes especiales*, tomo III. México: Tirant Lo Blanch.
- Jiménez Huerta, M. *Derecho penal mexicano*, tomos I-II-III (8.ª ed.). México: Porrúa.
- López Betancourt, E. (2010). *Teoría del delito* (16.ª ed.). México: Porrúa.
- Ortiz Ruiz, J. A. (2014). *Introducción al estudio del derecho penal en el siglo XXI*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Plascencia Villanueva, R. (2011). *Teoría del delito*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Reynoso Dávila, R. (2013). *Derecho penal. Parte especial*. México: Porrúa.

Legislativas

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal del Estado de Chihuahua.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley para Determinar el Valor de la Medida y Actualización.

Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas, y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos.

Digitales

Diccionario de la lengua española, edición del Tricentenario (23.ª ed.). Recuperado el 10 de junio de 2019, de <http://www.rae.es/>