

# DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS EN EL SIGLO XXI

III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica

(4 volúmenes)

Coordinadores:

**Gino Ríos Patio**

**Renzo Espinoza Bonifaz**

## VOLUMEN I

- ▶ Sistema penal, problemática criminológica y política de seguridad ciudadana.
- ▶ Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial.
- ▶ Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual.

**DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS  
JURÍDICOS ESPECIALIZADOS  
EN EL SIGLO XXI**

III Congreso Internacional y Multicampus  
de Investigación Socio Jurídica

VOLUMEN I

Lima - 2023



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Fondo  
Editorial

Facultad de Derecho

**DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS  
EN EL SIGLO XXI – 4 volúmenes  
III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica  
VOLUMEN I**

© Universidad de San Martín de Porres – Fondo Editorial

**Coordinadores de la publicación:**

Gino Ríos Patio

Renzo Espinoza Bonifaz

**Editado por:**

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151 - 291 Santa Anita, Lima - Perú

Correo electrónico: [fondoeditorial@usmp.pe](mailto:fondoeditorial@usmp.pe)

Página web: [www.usmp.edu.pe](http://www.usmp.edu.pe)

Facultad de Derecho

Alameda del Corregidor 1531, La Molina

Editor General: Luis D. Suárez Berenguela – Fondo Editorial USMP

Diagramación y diseño de portada: Janeth Condori Castro - Fondo Editorial - USMP

Corrección de textos: los autores

Primera edición, setiembre 2023

Edición digital – 9 MB

**Volumen I: 1.7 MB**

Volumen II: 2.4 MB

Volumen III: 2.8 MB

Volumen IV: 2.1 MB

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-08752

ISBN N°: 978-612-4460-55-5

Esta publicación puede ser compartida y reutilizada para fines no comerciales debiendo siempre mencionarse el autor del artículo citado y la fuente como:  
***Ponencia del III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica – Fondo Editorial USMP.***

ISBN: 978-612-4460-55-5



9 786124 460555

## **PRESENTACIÓN**

La Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio Jurídico, conformada por 19 universidades de la región indoamericana, en cumplimiento de sus fines de fomento, promoción y difusión del conocimiento generado por la investigación, encargó a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres la organización y realización del III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica, denominado “Desafíos de los sistemas jurídicos especializados en el Siglo XXI”, el mismo que se desarrolló de manera virtual del lunes 21 al viernes 25 de noviembre de 2022.

El mencionado evento académico internacional tuvo como objetivo propiciar un espacio de apropiación social del conocimiento desde las distintas especialidades del derecho, con un enfoque dialógico, analítico, crítico y propositivo sobre aspectos de la realidad jurídica internacional de manera transversal, para lo cual se organizó en las mesas temáticas identificadas con las líneas de investigación de la universidad, que se indican a continuación: 1) Sistema penal, problemática criminológica y política pública de seguridad ciudadana 2) Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial 3) Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual 4) Vigencia de derechos humanos y problemática jurídica de la gestión pública 5) Nuevas tendencias del derecho y de la reforma procesal 6) Reforma política y de la estructura del Estado en el Régimen Constitucional y 7) Desarrollo sostenible, medio ambiente, recursos naturales y energéticos.

Con legítima satisfacción, este libro reúne las 59 ponencias presentadas por los profesores y estudiantes de las universidades adscritas a la Red, las cuales contienen los respectivos trabajos de investigación realizados en las diferentes especialidades jurídicas, siendo importante destacar la gran cantidad de éstas que marcan un hito en la participación en los tres congresos realizados hasta la fecha, así como la importancia que tienen para el esclarecimiento de los problemas que abordan.

Dada la cantidad y diversidad temática de las ponencias, se encargó indiscriminadamente a profesores de las mismas especialidades de las universidades adscritas que revisen externamente las contribuciones

académicas, con la finalidad de que la publicación de este compendio exhiba valor documental investigativo.

A la vista de los elocuentes resultados, la divulgación que hace la Universidad de San Martín de Porres de las investigaciones realizadas cumple con resaltar el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio Jurídico y se muestra complacida con haber organizado el importante evento internacional de investigación socio jurídico que tanta falta hace en nuestra región.

Dr. Dr. Dr. H. c. mult. Gino Ríos Patio  
Coordinador de la Universidad de San Martín de Porres  
ante la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de  
Investigadores e Investigadoras  
Nodo Socio Jurídico

# ÍNDICE GENERAL

## VOLUMEN I

### CAPÍTULO I

---

#### **Sistema penal, problemática criminológica y política pública de seguridad ciudadana**

- › Breve análisis del delito de trata de personas.
- › Cibercrimen: Un breve análisis a los ciberdelitos sexuales que se pueden cometer a través de Facebook.
- › Reinserción social como finalidad del sistema penitenciario internacional y su influencia en México.
- › Revisión de la política pública de prevención del delito de feminicidio en Jalisco.
- › La ejecución de los delitos monetarios a través de las organizaciones criminales. Aspectos normativos problemáticos para establecer los tipos penales aplicables y la pena.
- › La legítima defensa en los casos de violencia familiar.
- › Valoración de la credibilidad del testimonio en el sistema penal acusatorio en medio de la virtualidad. Una aproximación a la determinación de autoría y participación.

### CAPÍTULO II

---

#### **Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial**

- › Aplicabilidad del Síndrome de Alienación Parental en los procesos de custodia y visitas de los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Ibagué.
- › Teoría de la imprevisión en tiempos de pandemia. Sus afectaciones en los contratos de arrendamiento de negocios no esenciales.

### CAPÍTULO III

---

#### **Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual**

- › Análisis Regional: La protección de los usuarios en los servicios públicos de telecomunicaciones.

## VOLUMEN II

### CAPÍTULO IV

#### Vigencia de derechos humanos, y problemática jurídica de la gestión pública

- › Subsistencia para acreedores alimentarios. Estudio en el XII Partido Judicial del Estado de Jalisco.
- › Derechos humanos de los menores de edad en los procesos de mediación familiar. Estudio en la región sierra de Amula, Jalisco.
- › La vulnerabilidad de los pueblos originarios ante el cambio climático y políticas públicas desarticuladas. Caso de la comunidad comerciante wixárika en la Zona Metropolitana de Guadalajara.
- › El enfoque basado en los Derechos Humanos en la gestión pública del Perú, en tiempos de elecciones municipales y regionales 2022.
- › El acceso a Internet: Un derecho fundamental para la sociedad del Siglo XXI.
- › Migración, variables que ocasionan este fenómeno y las medidas de restricción y regulación para controlar el tráfico de personas, maltrato y vejaciones a los derechos humanos.
- › Participación ciudadana en el marco de la gobernanza y el derecho humano a un buen gobierno en México.
- › Necesidad de reformar los planes de estudio como medio de defensa a los derechos humanos de las niñas y adolescentes en México como una cultura de auto cuidado.
- › Núcleo esencial de los derechos fundamentales.
- › Cultura de legalidad de servidores públicos de Zapotlán el Grande, Jalisco dentro del derecho a la buena administración.
- › Las artesanías y su verdadero valor olvidado en la ciudad de Ibagué, Colombia.
- › El derecho a la nacionalidad de niños y niñas, hijos de migrantes venezolanos: ¿Protección eficaz del Estado?
- › Datos personales de los usuarios de plataformas digitales y sus mecanismos de protección en México.
- › La eutanasia legal e ilegal: Una controversia sin igual.
- › Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Estudio de caso en México.
- › El impacto social-económico del endeudamiento del crédito educativo en el derecho fundamental de elegir profesión libremente.
- › Análisis de los factores para el desarrollo de normativa correspondiente a la ciber-violación de la intimidad sexual.
- › El derecho fundamental al voto de las fuerzas militares en Colombia.
- › El Derecho a la libertad de culto es una realidad.
- › El papel de los organismos de control en la problemática de la vía Curos- Málaga, Colombia.

## CAPÍTULO V

### Nuevas tendencias del derecho y de la reforma procesal

- › Los estados financieros como medios probatorios en el derecho procesal peruano.
- › Justicia laboral en el circuito judicial de Ibagué en tiempos de pandemia.
- › La consulta prejudicial en la Corte Centroamericana de Justicia y el juez nacional en la aplicación del derecho comunitario en el SICA.
- › Análisis sobre la causal excepcional en el recurso de casación para que la Corte Suprema revalore pruebas.
- › Implicaciones jurídicas de la categoría “NB” en el DNI de Colombia: Un análisis de derecho comparado.
- › Ecosistemas constitucionales: De la exclusión a la pluralidad en el proceso de interpretación constitucional en Colombia.
- › La interpretación evolutiva como mecanismo de reforma constitucional o como mecanismo de eficiencia de la misma.
- › La incorporación de la perspectiva de género como criterio objetivo para la valoración de la prueba en los delitos de género de Perú.
- › Desequilibrio entre los principios del sistema de justicia: Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes, Género y Presunción de Inocencia.
- › Eficacia de la mediación electrónica en los acuerdos de transacción internacional: Costa Rica y Colombia.
- › Desarrollo procesal del preacuerdo frente a los tipos penales de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de edad.
- › Criterios judiciales para aplicar justicia con enfoque de género. Especial referencia al derecho de El Salvador.
- › Garantías laborales de las trabajadoras sexuales en Colombia: Prostitución y modelaje *webcam*.
- › Sistema de constitucionalismo procesal débil y la protección de los derechos fundamentales.
- › Consideraciones en torno a los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana.
- › Matrimonio por tiempo determinado como garantía de acceso a la justicia y al libre desarrollo de la personalidad.
- › La importancia del sector privado como potencializador de la sustentabilidad para la consecución de los ODS en México.
- › Control de convencionalidad de órganos administrativos y sus límites constitucionales en el Perú.



## VOLUMEN IV

### CAPÍTULO VI

---

#### Reforma política y de la estructura del Estado en el Régimen Constitucional

- › El abstencionismo electoral no es un derecho.
- › Revocación de mandato: De la democracia participativa a la democracia deliberativa.
- › Revocación de mandato: Retos y perspectivas en México.

### CAPÍTULO VII

---

#### Desarrollo sostenible, medio ambiente, recursos naturales

- › Percepción socio jurídica sobre la extracción de petróleo mediante el *fracking*: Caso Puerto Wilches.
- › Del “ego” al “eco” en la ciencia política y jurídica: La filosofía (jurídica) bio-ecocentrista como principio constitucional.
- › Nubes de espuma en Colombia: Una vista socio jurídica.
- › Protección internacional al derecho humano al medio ambiente: A propósito de la necesaria participación y representación de las comunidades indígenas en México y Colombia.
- › Las políticas públicas en materia de protección de fuentes hídricas vs. Ciénega Juan Esteban.
- › ¿Tiene el Perú un modelo de desarrollo económico sostenible?
- › El cambio climático frente a los desafíos del comercio internacional. Una reflexión desde la perspectiva jurídica.
- › Los efectos jurídico-vinculantes de la consulta previa sobre proyectos medio ambientales.

# ÍNDICE - VOLUMEN I

## CAPÍTULO I

---

### **Sistema penal, problemática criminológica y política de seguridad ciudadana**

Breve análisis del delito de trata de personas .....	12
Cibercrimen: Un breve análisis a los ciberdelitos sexuales que se pueden cometer a través de Facebook .....	24
Reinserción social como finalidad del sistema penitenciario internacional y su influencia en México .....	37
Revisión de la política pública de prevención del delito de feminicidio en Jalisco .....	49
La ejecución de los delitos monetarios a través de las organizaciones criminales (aspectos normativos problemáticos para establecer los tipos penales aplicables y la pena).....	58
La legítima defensa en los casos de violencia familiar.....	69
Valoración de la credibilidad del testimonio en el sistema penal acusatorio en medio de la virtualidad. Una aproximación a la determinación de autoría y participación .....	95

## CAPÍTULO II

---

### **Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial**

Aplicabilidad del Síndrome de Alienación Parental en los procesos de custodia y visitas de los niños y adolescentes en la Ciudad de Ibagué .....	108
Teoría de la imprevisión en tiempos de pandemia. Sus afectaciones en los contratos de arrendamiento de negocios no esenciales.....	119

## CAPÍTULO III

---

### **Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual**

Análisis regional: la protección de los usuarios en los servicios públicos de telecomunicaciones.....	131
---	-----

# CAPÍTULO I

**Sistema penal, problemática  
criminológica y política de  
seguridad ciudadana**

# BREVE ANÁLISIS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS\*

*Gabriela Alba Patricia Bejarano Salazar*  
Universidad Continental - Huancayo  
Perú

alvabejaranosalazar@ gmail.com  
ORCID: 0009-0008-6992-0178

## RESUMEN

El presente artículo aborda tres temas esenciales para comprender el delito de trata de personas. Por un lado, se explica cómo es que fenómenos sociales relevantes, cual, por caso, las migraciones masivas provenientes de países en crisis políticas y sociales han generado un incremento poblacional en el país, lo que ha generado que el tráfico de personas sea una consigna con desarrollo histórico normalizado por muchos siglos. Por un lado, se explica cómo las migraciones masivas provenientes de países en crisis políticas han generado un incremento poblacional en los países de destino, lo que ha generado que el tráfico de personas sea una consigna con desarrollo histórico normalizado por muchos siglos. Seguidamente, nos referimos al desarrollo concerniente al bien jurídico que nuestra legislación protege con la inclusión del artículo 129-A del Código Penal, incluso variando la ubicación que tenía dentro de nuestro ordenamiento; así también, se evidencia el debate surgido entre las dos posturas predominantes, que consideran la libertad o dignidad humana como los bienes jurídicos destinados a ser protegidos por el ilícito penal. Finalmente, se desarrolla el propio artículo, realizando un análisis del tipo objetivo y subjetivo, con el fin de esclarecer y dar un mejor entendimiento del delito. De esa forma, se busca dar un panorama más claro de lo concerniente a la trata de personas, para que gracias a ello puedan seguir con el perfeccionamiento de la normativa impulsada por la doctrina.

**Palabras claves:** trata de personas, dignidad, libertad, conductas, finalidades.

## ABSTRACT

This article addresses three essential issues to understand the crime of human trafficking. On the one hand, it explains how it is that relevant social phenomena, such as, for example, massive migrations from countries in political and social crisis have generated a population increase in the country, which has made human trafficking a slogan. with normalized historical development for many centuries. On the one hand, it explains how massive migrations from countries in political crisis have generated a population increase in destination countries, which has made human trafficking a slogan with normalized historical development for many centuries. Next, we

---

\* Artículo de investigación elaborado en el taller de redacción del Profesor Julio Francisco Villarreal García.

refer to the development concerning the legal asset that our legislation protects with the inclusion of article 129-A of the Penal Code, even varying the location it had within our legal system; Likewise, the debate that arose between the two predominant positions, which consider freedom or human dignity as the legal assets destined to be protected by criminal offenses, is evident. Finally, the article itself is developed, carrying out an objective and subjective analysis, in order to clarify and give a better understanding of the crime. In this way, it seeks to give a clearer picture of what concerns human trafficking, so that thanks to this they can continue with the improvement of the regulations promoted by the doctrine.

**Keywords:** trafficking in persons, dignity, freedom, conduct, purposes.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes. III. La libertad como bien jurídico. IV. La dignidad humana como bien jurídico. V. Análisis Del Tipo Penal. A. Análisis Objetivo Del Delito. B. Análisis Subjetivo Del Delito. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

El delito de trata de personas es, tal vez, relativamente nuevo dentro de nuestro ordenamiento. La dogmática penal respecto al delito señalado está en constante desarrollo, debido a que constantemente se está teorizando sobre la misma. Si bien las conductas a las que se hace referencia a lo largo del trabajo (Art. 129 A del Código Penal) tienen su origen siglos atrás, sin embargo estos actos todavía están normalizados según se señala en el apartado de escasa sensibilización y tolerancia social frente a la trata de personas del decreto supremo que aprueba el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 “A pesar de ello, aún existe desconocimiento del delito por parte de personas y funcionarios y funcionarias, así como una normalización de la trata basada en estereotipos discriminadores”. Actualmente la mentada parece ser una problemática que los Estados están dispuestos a enfrentar en conjunto, puesto que el 2 de diciembre de 1949 la Asamblea General adoptó el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*.

A nivel mundial, se han identificado 118,932 víctimas de la trata en el 2019 y 109,216 en el 2020; siendo Asia y África los continentes con el mayor número de víctimas registradas (Fernández, 2022). La disminución en las cifras no necesariamente simboliza que haya menos víctimas, desde que tal disminución también no comprende el número de quienes aún no han sido encontrados. En particular, el Estado peruano ha tomado con especial énfasis la situación que se vive en el país, reflejo de ello es la “Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 28950, Ley

contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana-LEY-N° 31146”. Ahora bien, según INEI (2019), para mayo del 2019 se registraron 201 denuncias en la Policía Nacional, 121 en el Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines – RETA, y 1,355 en el Ministerio Público al 2018. Así, de dichos números, Lima (88), Puno (51), Piura (29), y Loreto (25) son los departamentos con más denuncias registradas. Las mujeres representan el mayor porcentaje de víctimas (188), de las cuales, las mayores de 18 años son el mayor número (138). Asimismo, tenemos las cifras de personas que han sido condenadas por el delito de trata de personas para el 2018, el cual es de 15 en su forma simple y 50 en su forma agravada.

Sin lugar a duda, la magnitud que ha cobrado este delito en nuestro entorno social ha generado preocupación y temor. Precisamente, el Estado ha decidido a comprometerse con la causa, estableciendo planes nacionales cada cierto tiempo, los cuales se van adecuando a la realidad que representa el ilícito con el paso de los años. En su última versión (2021), recapitula la situación entre el 2017 y 2020, teniendo una cifra de 2,184 víctimas de la trata de personas, continuando con el patrón mostrado anteriormente, de ser las mujeres quienes más sufren, con 1,884 víctimas entre ese periodo. Precisamente, también reconocen los problemas que han tenido las autoridades para frenar el aumento de victimización, como son la falta de logística para las labores de inteligencia y rescate que realizan la Policía Nacional, o la escasa fiscalización de espacios donde se realizan actividades ilegales. Todo ello está de esa forma con el propósito de buscar estructuras objetivos claros y mejorados, confiando en que la ciudadanía también tiene que tomar parte de la solución.

El presente artículo tiene como propósito rebuscar los antecedentes que ha tenido el delito de trata de personas, así como también, recorrer las modificaciones temporales que ha tenido el tipo penal del delito de trata de personas, consignado en el artículo 129-A del Código Penal. Además, desarrollaremos el tipo penal, tanto en su forma objetiva como subjetiva, con el fin de ser un apoyo sustancial en el entendimiento del propio ilícito penal.

## **ANTECEDENTES**

El Código Penal ha sufrido diferentes modificaciones, caracterizado por tener planteamientos normativos nuevos. Gran parte de ellos se debe al desarrollo que tuvieron los delitos dentro del debate jurídico, permitiendo una continua retroalimentación que permite que la fuerza punitiva del Estado cumpla con su finalidad de ser la *ultima ratio*.

A los efectos de comenzar con el análisis de los antecedentes de la materia sub examine, debemos retroceder al primer rastro que encontramos dentro

de la historia universal. La comercialización y explotación de esclavos era común en las primeras civilizaciones y culturas del mundo, ya que la jerarquización social implicaba que los primeros se encontraban en una posición de subordinación frente a las autoridades, hombres libres, el clero, o los siervos. Muchos de ellos sirvieron para la construcción de grandes infraestructuras, como el Coliseo Romano o la Gran Muralla China. Con el avance de Europa en territorios nuevos, especialmente con las colonizaciones de España en el Tahuantinsuyo, Portugal en Brasil e Inglaterra en las zonas cercanas a Río de la Plata, crearon un mercado de esclavos provenientes de países africanos y de la propia América para la excavación y extracción de minerales y piedras de gran valor para su comercialización dentro de las élites.

Las grandes migraciones provenientes de países en crisis políticas y sociales han generado que personas y organizaciones aprovecharan las necesidades de esas personas para “darles una vida mejor”, pero finalmente estas personas terminaban engañadas y explotadas. A nivel internacional, podemos remitirnos a las mujeres mexicanas que intentan pasar la frontera hacia Estados Unidos con ayuda de *coyotes* para cumplir el sueño americano. A nivel nacional, podemos referirnos a la inmigración china producida al Perú a mediados del siglo XIX, que influyó significativamente en que los culíes acompañaran a los mestizos y negros en la clase esclavizada destinada a ser sirvientes de la burguesía limeña y española.

Estos pasajes históricos nos demuestran que, independientemente del lugar y tiempo al que nos refiramos, eran personas quienes sometían a otras personas a realizar trabajos determinados, aprovechando la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban para obtener un beneficio personal. En este sentido, el Perú estableció la primera normativa sobre el tema en el artículo 153° del Código Penal, configurando el delito de tráfico de menores, y el artículo 182° del Código Penal, que castigaba la trata que forzaba a las personas a ejercer la prostitución -esencialmente mujeres-. Al decir de Rodríguez y Montoya (2020), “este delito presentaba una estructura bipartita compuesta por tres conductas (promoción de la entrada o salida del país, facilitación de la entrada o salida del país y traslado dentro del territorio peruano) y una única finalidad (la prostitución)” (p. 36).

Posteriormente, mediante la Ley N° 26309 (1994) se modificó el artículo 153°, agregando una conducta a las anteriores mencionadas, configurándola en un delito que podía cometerse con la actuación de diferentes actos, pero reduciéndola todavía a proteger a menores y personas incapaces. En el punto, vale recordar que, “este delito tenía una estructura tripartita compuesta por conductas (retención o traslado), medios (violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento) y fines (obtener ventaja económica, explotar social o económicamente)” (Rodríguez Vásquez & Montoya Vivanco, 2020, p. 37).

Así, debido a la magnitud que tenía el fenómeno del comercio a los fines de su esclavitud y explotación, el cual trascendió a nivel global, puesto que el tráfico de personas se internacionalizó, moviendo personas dentro de un mismo país y exportándolas a otros. Los gobiernos decidieron tomar una postura conjunta frente al problema; por tal motivo, Naciones Unidas realizó en Palermo, la Convención contra la delincuencia transnacional organizada. Producto de ello es que el término “Trata de personas” se uniformiza, involucrando a víctimas con todas las características posibles, y descartando la terminología usada anteriormente (trata de blancas o negros). Asimismo, el Estado peruano se obligaba a tipificar el delito, dando luces de que va la conducta delictiva (Convención de Palermo, 2000, art. 5). Producto de esta Convención, hemos podido destacar que:

A diferencia de las antiguas formas de esclavitud, la trata de personas, en la actualidad responde, a la lógica fría y calculadora de un mercado ilícito, que conjuga la demanda y oferta de personas, así como sus vidas y sus capacidades productivas. (Orbezo Gálvez et al., 2008, p. 20)

La modificación que se realizó a nuestro ordenamiento careció de lo acordado en la Convención, por lo que la configuración que se estableció con la Ley N° 28251 (2004) incluyó otras formas de explotación sexual como la finalidad del delito, pero no consideraba otros fines distintos.

Recién en concordancia con la Convención de Palermo, se modificó los artículos de nuestro Código para tener la misma configuración que el resto de Estados presentaban; de tal forma, se modificó el artículo 153° y derogó el 182°, ampliando “el sujeto pasivo a toda persona [e incorporando comportamientos como] (...) la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de las conductas típicas” (Rodríguez Vásquez & Montoya Vivanco, 2020, p. 38).

De aquí en adelante, las siguientes modificaciones del artículo se realizaron para perfeccionar la tipificación. Con la Ley N° 28950 (2007) se incorporaron agravantes en virtud de la gravedad de la conducta. Mediante su reglamento (2016), el Estado asumió un rol protagónico para con las víctimas, indicando las medidas de protección y asistencia que puede brindar: repatriación segura, alojamiento transitorio, asistencia integral (salud, social y legal), mecanismos de inserción social y protección (art. 5). Consecuentemente, la Ley N° 30251 (2014) buscó simplificar la figura de trata, acercándola en mayor medida a la Convención de Palermo.

Finalmente, el delito de trata de personas ha sufrido un cambio significativo en nuestra legislación en el año 2021, variando la ubicación sistemáticamente dentro del Código Penal. Esta variación, efectuada por la Ley N° 31146 (2021), estuvo pensada sobre la base al análisis que se dio del bien jurídico protegido; esto es que, la trata de personas es un delito que atenta a la dignidad humana por las muchas conductas que se realizan atentando a diferentes bienes jurídicos, en las que está incluida la libertad.



## LA LIBERTAD COMO BIEN JURÍDICO

Inicialmente se consideró que la trata de personas atentaba al bien jurídico de la libertad. Así se confirmó en el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116:

La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. (f. 12) [resaltado propio]

De lo mentado se puede comprender que el Acuerdo Plenario se desarrolló con la ubicación dentro del capítulo de delitos contra la libertad. Precisamente, se consideraba que todas las conductas que tipificaba el delito estaban enfocadas a limitar la movilidad de una persona, evitando que cumpla con sus planes personales. Se llegó a tal conclusión, ya que se consideraba un delito de proceso, que favorecía la comisión de otros ilícitos. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia no estaba conforme con ello. Consideraban que la trata afectaba terceros bienes jurídicos, los cuales debían ser tutelados por encima de la libertad personal:

La primera considera que es la libertad ambulatoria el bien protegido ya para ello se fundamenta en la ubicación sistemática del tipo penal y en los medios comisivos o mecanismo por los cuales se restringe la libertad, aceptada por parte de la doctrina nacional y por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, Fundamento N° 12; (...) (Expediente N° 01815-2010-71-2001-JR-PE-02, 2014, f. 20 (i), citado en Gamarra, 2016, p. 37) [resaltado propio].

Del desarrollo anterior encontramos que la libertad, en sus dimensiones personal y ambulatoria, estaría siendo vulnerada por la comisión del delito. A pesar de ello, considerarlo de esa forma omite el alcance que tiene este delito; me refiero especialmente a las finalidades que tiene la trata<sup>1</sup>. Respecto a este punto, concuerdo con que la libertad, siendo el bien jurídico atentado inicialmente, no es el único, puesto que, por ejemplo, la explotación sexual atenta a la libertad sexual, el tráfico de órganos vulnera a la salud y salud pública, y podemos continuar con todos los fines; pero, lo importante de demarcar es que la trata afecta terceros otros bienes jurídicamente protegidos al margen de la propia libertad.

---

1 *Artículo 129-A: 2*: "(...) los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación".

## LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURÍDICO

Otra postura respecto al bien jurídico está centrada en torno a la dignidad, entendida como “el derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser objeto de cambio o mercancía” (Expediente N° 01815-2010-71-2001-JR-PE-02, 2014, f. 20 (ii), citado en Gamarra, 2016, p. 37).

En este sentido es conveniente recordar el Acuerdo Plenario N° 06-2019, en el cual se desarrolla a profundidad esta consideración:

(...) El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afecta las cualidades fundamentales e inherentes a la persona; esto es, no se la respeta por su condición de tal; se la instrumenta como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad. (2019, f. 19)

Cabe destacar que la dignidad humana es un bien jurídico que abarca otros derechos, y que cuando se la transgrede atenta contra diferentes formas de desarrollar la vida humana.

Existe una tercera postura respecto a la protección de este bien jurídico, la cual afirma que el tipo penal que atenta contra el mismo es un delito pluriofensivo. El problema al considerarlo así es que, a los efectos prácticos, no existe figura dentro del Código Penal o Procesal Penal que remita a este tipo de delitos; por lo cual, deberíamos guiarnos, con el fin de suplir tal falencia normativa, por la *merituación* de aquel bien jurídico que mayor correspondencia guarde con la propia tutela de aquel otro, reputado como socialmente más relevante, a ser protegido. Al respecto, Landa (2017) afirma que “la dignidad sirve de fundamento a los demás derechos fundamentales de la persona que la constitución reconoce de forma expresa e implícita” (p. 18). Por tal motivo, la corrección sistemática que se realizó el 2021, reubicando tal ilícito como un delito contra la dignidad humana, es más precisa que la anterior. Ello desde que es posible afirmar que la comisión de cualquiera de esas conductas supone una afectación a un tercer bien jurídico, desde que ya habría se transgredido la dignidad de una persona, restringiendo su libertad y sometiéndola -o con planes de hacerlo- a realizar una actividad en contra de su voluntad.

## ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

Este apartado tiene como propósito detallar y explicar el tipo objetivo y subjetivo, en relación a la universalidad de lo concerniente al delito de trata de personas.

## **Análisis objetivo del delito**

En primer lugar, el artículo 129-A no establece como sujeto activo a una persona con una calidad específica, por lo que en tal sentido estamos hablando de un delito común; no obstante, se considera un agravante la intervención comisiva de agentes del Estado. Asimismo, el Protocolo de Palermo considera que es un delito *monosubjetivo*; es decir, presupone que el sujeto activo puede ser un colectivo, como un grupo delictivo organizado. Por tal motivo, el tipo penal de referencia requiere que la acción sea realizada entre varios sujetos, y las políticas criminológicas se orientan en función de ello.

En segundo lugar, el sujeto pasivo se centra en el titular de la dignidad individual protegida. De igual modo, la norma considera determinados agravantes cuando el sujeto pasivo cumple con ciertas características, como cuando la víctima es menor de catorce años, tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz, está en estado de gestación, o tiene alguna discapacidad física o mental temporal o permanentemente.

El delito de trata está compuesto por tres elementos cuando el sujeto pasivo es mayor de edad (conducta, medios y fines), y dos elementos cuando son menores de edad (conductas y fines). Así es que, en tercer lugar, el tipo penal considera una lista extensa de conductas típicas alternativas, es decir, basta con que se cometa alguna de todas las consideradas para acreditar la comisión del delito. De esa forma, el artículo enumera las siguientes:

- a. Captación: contactar, reclutar o acordar con la víctima.
- b. Transporte: traslado de un lugar a otro, pudiendo ser un lugar intermedio o el lugar final donde la víctima será explotada. El tercero quien acompaña también sería sancionado.
- c. Traslado (Acuerdo Plenario N° 06-2019): a diferencia del transporte, esta conducta hace referencia al cambio de dominio sobre una persona que es objeto de trata. Se hace referencia a una persona que es ascendente y tiene bajo su responsabilidad otra persona, por ejemplo, apoderados que transfieren el dominio de un menor a otra persona para que sea explotada a cambio de algún beneficio para ellos.
- d. Acogida: admitir en hogar o domicilio, siempre que quien reciba tenga conocimiento de la finalidad del acogimiento.
- e. Recepción: recoger a la víctima del destino final o en tránsito a él, recibiendo y conduciéndola a dónde va a ser explotada.
- f. Retención: privar de libertad, encargándose únicamente de mantener a la víctima en el lugar, sea de la forma en que se realice, pudiendo ser por dependencia y vulnerabilidad, sin necesidad de realizarlo con violencia.

Finalmente, en cuarto lugar, los medios típicos se manifiestan en las formas en que se suele iniciar el delito. Así, éstas suponen la mediación de violencia, amenaza, privación de la libertad, fraude o engaño, y abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Este último es un medio novedoso, reconocido en la *Decisión marco del Consejo*, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de la Unión Europea y el Documento Temático de la UNODC (2013). La mentada *Decisión marco* supone que se configura tal contingencia en aquellos casos en los cuales los victimarios identifican que “la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso” (Decisión Marco N° 2002/629/JAI, 2002, art. 1.1 acápite c). La extrema pobreza o el que un sujeto se encuentre sometido a ciertas adicciones pueden constituir arquetipos de tal paradigma. Recordemos que no se necesita demostrar el medio, solo la conducta del engaño, en el caso de menores de edad.

### **Análisis subjetivo del delito**

El tipo subjetivo de la trata de personas considera que hay dolo cuando el sujeto penal activo (especialmente quienes intervienen en la captación, traslado y acogida de personas) tienen conocimiento suficiente del riesgo típico que están creando, puesto que pueden darse las conductas sin conocimiento de la comisión de un ilícito. Tómese por caso los siguientes supuestos:

- Un reclutador quien fue contratado por una empresa de modelaje para conseguir chicas, es engañado porque la empresa es solamente una pantalla, y en realidad se dedican a la trata de personas. El reclutador no tendría conocimiento del fraude y, por tanto, tampoco de la comisión del crimen.
- Una pareja separa una habitación de hotel para quedarse allí junto a una niña, quien hacen pasar por su hija dormida, para movilizarse al lugar donde la explotarán al día siguiente. El dueño del hotel y recepcionista pudieron haber confiado en la palabra de la pareja, por lo cual, no tendrían conocimiento que están ayudando a perpetuar un delito.
- Una pareja confía en una persona que se hace pasar por reclutador de modelos, pero en realidad es un captador de menores de edad para someterlas a la trata. Los padres ignoran que se trata de un captador al momento de realizar el traslado, por lo que, no tendrían conocimiento de que habrían incurrido en la comisión de un delito.

Adicionalmente, el tipo presenta un elemento subjetivo adicional, el cual está referido a los fines a los que se destina a las víctimas.

Estas pueden ser agrupadas de tres diferentes formas, sin ser una lista cerrada:

- a. Explotación sexual<sup>2</sup>:
  - Prostitución
  - Esclavitud sexual
  - Embarazo forzado
  - Cualquier forma análoga
- b. Explotación laboral<sup>3</sup>:
  - Esclavitud y prácticas análogas
  - Mendicidad
  - Trabajos o servicios forzados
  - Servidumbre
- c. Explotación humana:
  - Extracción o tráfico de órganos o componentes humanos
  - Venta de niños, niñas y adolescentes
- d. Cualquier otra forma de explotación

La trata de personas es un delito de tendencia interna trascendente, específicamente, un delito mutilado de dos actos (Villacampa, 2011, p. 432). Ello quiere decir que es importante que los fines de la trata se tienen que hacer presentes; en otras palabras, el sujeto tiene que conocer o tener la finalidad de explotación sexual, laboral o de otra índole, de la persona captada, trasladada, etc., pero no es necesario para que se desarrolle la comisión del delito.

## CONCLUSIONES

La trata de personas es un delito complejo, el cual teóricamente todavía tiene un desarrollo que no conoce a cabalidad lo que ocurre en la práctica. Es trascendental el gran avance legislativo que ha tenido nuestra normativa en esta materia, modificándose y perfeccionándose con el paso de los años. Así, la reubicación y *resignificación* de delitos contra la dignidad humana es clave, porque muestra a la trata de personas como un atentado contra diferentes bienes jurídicos protegidos, sometiendo a las víctimas a una posición de subordinación y dominación en contra de su propia voluntad para explotarla de diferentes formas.

---

2 Prestación de una actividad de naturaleza sexual de una persona en favor de otra a cambio de una retribución económica u otra ventaja extrapatrimonial. Podemos agregar causales consideradas en el Estatuto de Roma (2002, art. 7.1) g)).

3 Artículo 2.1 del Convenio 29 OIT (1930): "trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente". Artículo 3.12 Reglamento de la Ley contra la Trata de Personas (2016): "Todo trabajo o servicio impuesto a un individuo víctima de trata de personas, bajo amenaza de un grave perjuicio a él o sus familiares directos dependientes". Existe un problema respecto a su conceptualización, ya que se tiene que establecer un límite respecto a aquello que entendemos como "trabajo irregular", para lo cual se utilizan criterios como el tiempo de la jornada de trabajo, naturaleza y nocturnidad de éste, ausencia o ínfima remuneración, edad de la víctima, etc.

De conformidad con el tipo objetivo, cualquier persona puede cometer el crimen, así también es más grave que quien lo practique sea un agente del Estado; por tal razón, se considera un agravante. Es interesante que la legislación considere hasta seis conductas dentro del propio delito, lo cual indica que resultaría peculiar que se cometa individualmente: sucede que en general son varias personas organizadas quienes lo ejecutan. Precisamente, al ser probable que varias personas intervengan en el delito resultaría complejo descubrir las redes de trata.

El tipo subjetivo requiere que quienes cometen el delito tengan conocimiento de la puesta en peligro de las víctimas. Tal consideración resulta pertinente desde que es probable que ciertas personas, por descuido o desinterés, participen y colaboren en la comisión del ilícito sin saberlo. Asimismo, la complejidad de tal entramado criminal se suele manifestar claramente cuando se desarticula una red de trata, puesto que pueden descubrirse víctimas captadas anteriormente.

Se puede concluir que la propia naturaleza del delito de la trata de personas, tanto por la multiplicidad de actores, conductas y finalidades que engloba su comisión, lo hace un ilícito sumamente preocupante. Los Planes Nacionales y las labores policiales son conducentes a los efectos de desbaratar más redes y disminuir el número de víctimas. De todas formas, la prevención es un modo que la sociedad tiene para evitar que las cifras aumenten. Por ello, a la luz de todas estas consideraciones, puede concluirse que, a los efectos de neutralizar el tormento social de la trata de personas, la prevención social debe de complementar la propia labor de las fuerzas de seguridad del estado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo Plenario N° 06-2019/CJ-116, (2019). <https://tinyurl.com/29rx3z23>  
Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, (2011). <https://tinyurl.com/25jpvsvjv>  
*Adicionan y modifican artículos del Código Penal*, Ley N° 26309 (1994).  
<https://tinyurl.com/29jt6l64>

Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada, Organización de las Naciones Unidas (2000).  
<https://tinyurl.com/2xslrq5j>

Convenio sobre el trabajo forzoso, Convenio N° 29 (1930). <https://tinyurl.com/29a3tlmx>

Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, (2002). <https://tinyurl.com/2ye5pmk7>

*Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, y crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes*, Decreto Supremo N° 001-2016-IN (2016). <https://tinyurl.com/2b4ummmf>

- Expediente N° 01815-2010-71-2001-JR-PE-02, (2014).
- Fernández, R. (2022, diciembre 10). *Número total de víctimas de la trata de personas identificadas a nivel mundial entre 2008 y 2020*. Statista. <https://tinyurl.com/2bkxfr2j>
- Landa Arroyo, C. (2017). Los derechos fundamentales. En *Colección "Lo esencial del Derecho"* (Vol. 2). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes*, Ley N° 28950 (2007). <https://tinyurl.com/22d2jpbm>
- Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y c*, Ley N° 31146 (2021). <https://tinyurl.com/279dm9ke>
- Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas*, Ley N° 30251 (2014). <https://tinyurl.com/2dadotkh>
- Ministerio del Interior. (2021). *Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación - Versión Amigable*. Ministerio del Interior. <https://tinyurl.com/24nfx2wz>
- Modifica e incorpora artículos referidos a la Violación sexual, explotación sexual comercial y pornografía infantil*, Ley N° 28251 (2004). <https://tinyurl.com/26nn46xw>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros "medios" en el contexto de la definición de trata de personas*. Naciones Unidas. <https://tinyurl.com/26zpl34h>
- Orbegozo Gálvez, C., Cerrón Lazo, E. H., Orozco López, M. E., Paredes Lazo, J. F., Gadea Atoche, J. M., Valencia Chambilla, E., & Atapaucar Pompilla, M. (2008). *Trata de personas y su influencia en la investigación de personas desaparecidas* [Escuela de Capacitación y Especialización Policial de la Policía Nacional del Perú]. <https://tinyurl.com/2ygterw7>
- Peña Aldazabal, R., & Flores Fajardo, B. (2019). Perú: Estadísticas de Trata de Personas, 2012-2019. En *Instituto Nacional de Estadística e Informática*. INEI. <https://tinyurl.com/yd8c39sn>
- Rodríguez Vásquez, J., & Montoya Vivanco, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villacampa, C. (2011). El delito de trata de seres humanos. Navarra.

# CIBERCRIMEN: UN BREVE ANÁLISIS A LOS CIBERDELITOS SEXUALES QUE SE PUEDEN COMETER A TRAVÉS DE FACEBOOK

Leonidas Tapia Sánchez  
Universidad Americana  
Nicaragua

leotapia@uamv.edu.ni  
ORCID: 0000-0002-9711-720x

## RESUMEN

El desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), las redes sociales y el internet han cambiado la forma de vivir de la humanidad. Dentro de este contexto, emergen conceptos novedosos como ciberespacio, sociedad de la información, identidad digital, datos personales, autodeterminación informativa, firma electrónica, comercio electrónico (*e-commerce*), ecosistema digital, economía digital, ingeniería social, cibercrimen, cibercriminalidad, entre otros.

Actualmente la cibercriminalidad y las redes sociales son un fenómeno global, lo cual ha llevado a muchos Estados a crear leyes que protegen los datos personales y que también crean nuevos tipos penales llamados cibercrimen. En el presente trabajo investigativo, se plantearon dos objetivos específicos, los cuales son el análisis teórico del concepto de delito y de cibercrimen; y la descripción de los aspectos jurídicos y doctrinarios de cibercrimen sexual y su tipología tomando en cuenta la doctrina y la jurisprudencia en la materia. Para lograr los objetivos se utilizaron el método lógico-deductivo, el hermenéutico, el heurístico y el método jurídico comparado.

**Palabras Clave:** delito, cibercrimen, cibercrimen sexual, bien jurídico protegido, tecnología, redes sociales, ingeniería social.

## ABSTRACT

The development of New Information and Communication Technologies (ICT), Social Networks and the Internet have changed the way humanity lives. Within this context, new concepts such as cyberspace, information society, digital identity, personal data, information self-determination, electronic signature, e-commerce, digital ecosystem, digital economy, social engineering, cybercrime, cybercrime, among others, emerge.

Currently, cybercrime and social networks are a global phenomenon, which has led many states to create laws that protect personal data and also create new criminal types called cybercrimes. In the present research work, two specific objectives were proposed, which are the theoretical analysis of the concept of crime and cybercrime; and the description of the legal and doctrinal aspects of sexual cybercrime and the typology of them, taking into account the doctrine and jurisprudence in the matter. To achieve the objectives, the logical-deductive method, the hermeneutic, the heuristic and the comparative legal method were used.

**Keywords:** crime, cybercrime, sexual cybercrime, protected legal good, technology, social networks, social engineering.



**Sumario:** I. Introduccción. II. Análisis teórico del concepto de delito y ciberdelito. A.Sobre la teoría del delito. B.Acción, C.Tipiidad D.Antijuricidad y culpabilidad. E.Ciberdelitos. III. Análisis de los ciberdelitos sexuales que se pueden cometer por medio de facebook. A.Ciberdelito sexual. B.Ingeniería social y ciberdelitos sexuales. C.Criminalidad desde facebook. D.Tipificación de ciberdelitos sexuales. E.Sexiting. F.Grooming G.Cyberbullying y ciberstalking. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

El actual desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), es considerado por muchos como la nueva revolución industrial o digital, también denominada Revolución 4.0. En las últimas décadas, se ha dado un “boom digital” con el desarrollo de los programas informáticos y dispositivos celulares, como los *smartphones*, lo que ha fortalecido también el progreso de redes neuronales artificiales y de la inteligencia artificial, sin perjuicio de las denominadas redes sociales, como Facebook. Tal desarrollo tecnológico, permite cohesionar a las personas sin importar el país o región geográfica en donde se encuentren. El factor de migrar de una comunicación o relación *face to face* a una virtual o denominada *on line*, no implica que los derechos que los seres humanos han alcanzado, desde las normas de *soft law* hasta llegar a los derechos fundamentales relacionados con la libertad, la dignidad y el honor, queden sin efecto en el ciberespacio, a contrario sensu, se deben adecuar y hacer valer en esta nueva realidad virtual para ser respetados, y de ser violentados, establecer los derroteros legales correspondientes. Entre estos derechos, desde el criterio del derecho penal se establecen los bienes jurídicos protegidos como el honor, la privacidad, la dignidad y la integridad sexual, los cuales serán analizados desde la perspectiva de los ciberdelitos, con el objetivo principal de examinar los denominados ciberdelitos sexuales, en el presente caso, cometidos a través de la red social Facebook.

## ANÁLISIS TEÓRICO DEL CONCEPTO DE DELITO Y CIBERDELITO

En el presente apartado se hará un análisis dogmático, lógico y jurídico sobre el concepto de delito y, su evolución hacia los ciberdelitos, con el fin de describir los denominados ciberdelitos sexuales que pueden realizarse a través de Facebook.

### Sobre la teoría del delito

Un delito es un acto ilícito. Existen una serie de factores que unidos entre sí le dan vida a un delito o tipo de injusto, siendo estos la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Por consiguiente, se procede a realizar un análisis general sobre los elementos de la teoría del delito para adecuarlos al concepto de ciberdelito.

### **Acción**

La acción humana es el primer elemento del delito, el cual debe ir atado a la voluntad (elemento volitivo), porque sin voluntad no existiría acción y al estar en ausencia de acción, no puede nacer ésta, ni el delito *per se*. Ejemplo, una persona que en estado de sonambulismo dispara un arma de fuego a otra persona; una persona que por una fuerza externa irresistible empuja a otra persona la cual cae al piso y sufre una lesión a nivel de la zona frontal de la cabeza. En ambos casos, hay ausencia de acción porque el agente actuó sin voluntad para provocar el daño. A *contrario sensu*, quien percute un arma de fuego y atina el disparo a otra persona causándoles la muerte, se deduce que el agente tenía la voluntad de disparar y matar, es decir, tenía voluntad, libertad, conciencia y conocimiento de lo que estaba haciendo, por ende, hay acción como elemento del delito.

Según Peña Gonzáles y Almanza Altamirano (2010):

Queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo (p. 40).

Por consiguiente, “El concepto de acción es un concepto central, porque el delito consiste en la infracción de prohibiciones o mandatos” (Peña Gonzáles & Almanza Altamirano, 2010, p. 41). Por ende, todo parte de la acción en sentido humano.

### **Tipicidad**

La tipicidad es la forma de adecuar una conducta al tipo penal o norma que establece de forma descriptiva y general los hechos que se consideran lesivos. Ejemplo, homicidio, asesinato, estafa, hurto o robo en sus diferentes modalidades, entre otros. Sin tipicidad no hay delito, y esto es uno de los problemas principales que los ordenamientos jurídicos penales vienen experimentando con la eclosión de la tecnología que, concomitantemente lleva consigo la comisión de ciberdelitos, porque muchos de estos no están contenidos en leyes penales especiales u ordinarias.

La tipicidad, según Politoff Lifschitz, et al. (2003), es la conducta que describe el tipo de injusto lo que corresponde al mal que la ley se encarga de describir, sin embargo, los tipos penales no solamente se ciñen a una simple descripción objetiva de dicho mal porque muchas veces, tal descripción conlleva el empleo de otros términos y/o palabras que son discernibles a través de valoraciones culturales y jurídicas, siendo estos los elementos normativos del tipo penal.

Sin lesividad no puede existir delito ya que se estaría en presencia de un acto que no tiene mayor importancia para el individuo o la sociedad y, por ende, para el derecho penal. Por tal razón se hilvanan los bienes

jurídicos que según Peña González & Almanza Altamirano (2010), citando a Roxín, el bien jurídico encuentra su concepción íntimamente ligada al sistema social. Con la evolución del delito al ciberdelito, el bien jurídico está ligado al precitado sistema social y al ciberespacio.

### **Antijuricidad y culpabilidad**

Por lo tanto, un delito es un acto ilícito que afecta bienes jurídicos que la ley establece como tales y los protege. Es la violación a normas jurídicas que establecen los tipos de injusto. “Para Jakobs, cuando se violan las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas” (Peña González & Almanza Altamirano, 2010, p. 54).

La defraudación que implica la comisión de un delito, esboza la conciencia de castigo que se le debe imponer al que cometió el delito a través del reproche social o culpabilidad donde se le atribuye la comisión del acto típico y antijurídico y partiendo de ello, se consolida la otra parte del proceso que, no menos importante, es la restauración y reincorporación del delincuente a través de la justicia restaurativa o retributiva en su caso, dentro del proceso de ejecución de la sentencia en la cárcel o sistema penitenciario correspondiente.

Con base al análisis antes realizado, se procede a conceptualizar el término ciberdelito, tomando en cuenta el fenómeno de las redes sociales y la eclosión tecnológica propia de la sociedad de la información.

### **Ciberdelitos**

Los mismos principios dogmáticos para la construcción del delito, aplican en los ciberdelitos, pero armonizándolos hacia y desde el ciberespacio. Por ejemplo, en el ciberespacio no se comete el hurto de manera formal cuando el delincuente coloca sus manos sobre el bien mueble a hurtar, sino cuando logra desviar los fondos, dinero o valores hacia una cuenta bancaria a través y desde el ciberespacio, sin colocar materialmente sus manos sobre el dinero, y en este caso se estaría dando la consumación formal del tipo penal, pero de forma digital, en el presente caso, sería hurto digital o electrónico.

Un delito se comete en un mundo material y un ciberdelito en un mundo digital, inmaterial, descorporizado y deshumanizado, es como referirse a un contrato entre ausentes por medios electrónico, donde este último tiene equivalencia funcional al contrato por escrito. La misma lógica de la equivalencia funcional aplica para el ciberdelito respecto al delito desde el punto de vista ontológico y teleológico.

Téllez Valdés (2008) hilvana que un ciberdelito es una acción típica, antijurídica y culpable que tiene por medio u objetivo los aparatos o dispositivos electrónicos, entiéndase con ello, los programas informáticos o *software* que están dentro del *hardware*, una simbiosis de pura digitalización y “electronización” de procesos en la sociedad de la información.

Posada Maya (2017), respecto a los cibercrímenes y su etiología expresa o siguiente:

Los cibercrímenes son delitos con características particulares por lo que corresponde a la acción, el sujeto, el resultado y su imputación. Características que muestran que la teoría del delito debe ser complementada sino replanteada en algunos de sus aspectos para poder explicar y aplicar estas fenomenologías digitales que ocurren usualmente en realidades virtuales y deslocalizadas, en las cuales se advierte cada vez más una intervención menos directa del ser humano (p. 72).

Respecto a Facebook cabe mencionar que “Es en la actualidad, el portal más representativo y usado a nivel mundial donde se pueden tejer redes sociales”. (Flores Cueto, Morán Corzo & Rodríguez Vila (2009, p. 8). Es decir, las redes sociales son una causa de cohesión humana. Desde la concepción de la Web 2.0., a través de Meta Facebook, Twitter, Instagram, se construyó el andamiaje de la red, y la interrelación a través de la cesión de datos por parte de los usuarios, lo cual le otorgó el ápice de social o redes sociales *per se*, porque a través de estas se comparten imágenes, opiniones, o cualquier idea que pueda ser digitalizada.

Siguiendo la etiología de Facebook, “En sus inicios, era de uso exclusivo de universitarios, pero, en septiembre de 2006, se amplió sus fronteras permitiendo así que cualquier persona que tenga un correo pueda acceder a dicho portal” (Flores Cueto, Morán Corzo & Rodríguez Vila, 2009, p. 8).

### **ANÁLISIS DE LOS CIBERDELITOS SEXUALES QUE SE PUEDEN COMETER POR MEDIO DE FACEBOOK**

Tomando en cuenta los conceptos de delito, cibercrímenes y la esencia de la red social Facebook, descritos en el título precedente, se realiza un análisis teórico del concepto de cibercrimen sexual, la tipología de estos y cómo la cibercriminalidad se adecúa a las redes sociales en la actual sociedad de la información o electrónica, haciendo inferencia en los denominados cibercrímenes sexuales cometidos a través de la red social Facebook.

#### **Cibercrimen sexual**

El cibercrimen sexual es un acto típico y antijurídico con la ayuda de los medios electrónicos, informáticos, digitales y/o computacionales que existen en la sociedad de la información, siendo una ventana para ello, las redes sociales como Meta Facebook donde la gente se auto expone, mostrando sus gustos, necesidades y demás factores subjetivos a través de su identidad digital actuante según Fundación Telefónica (2013). Por tales razones, el delincuente sexual encuentra la facilidad y una ventana oportuna para cometer dichos actos de forma

subrepticia, es decir, detrás de la interfaz de un perfil, generalmente falso, en la red social Meta Facebook, lo que facilita de sobremanera la comisión de los conceptualizados ciberdelitos sexuales.

### **Ingeniería social y ciberdelitos sexuales**

La ingeniería social es toral en la comisión de los ciberdelitos. Según Sandoval Castellanos (2011), la ingeniería social es el conjunto de actos de manipulación hacia una persona a través de técnicas psicológicas y habilidades sociales para cumplir metas específicas que pueden reputarse como: la obtención de información, el acceso a un sistema o la ejecución de una actividad más elaborada (como el robo de un activo).

### **Cibercriminalidad desde Facebook**

La creación de Facebook en la Universidad de Harvard, Estados Unidos, se dio en el año 2004, y su evolución junto con otras redes sociales digitales, estableció mayor cohesión entre las personas a través del ciberespacio, y esto ha permitido a los usuarios de redes intercambiar no solamente mensajes sino imágenes, o cualquier tipo de dato informático o digital, sea de forma sincrónica, asincrónica, *on line u off line*.

La interacción precitada, sin embargo, trae consigo, actos que pueden afectar los derechos o bienes jurídicos de los demás. Por ejemplo, en palabras de Sánchez Torres (2020) citando a Davara Fernández (2017), en las redes sociales se cometen actos como injurias y calumnias, libertad de expresión excesiva y el denominado *ciberbullying o cyberbullying*.

En el ciberespacio la CONEXIÓN A DISTANCIA, que, desde un punto de vista ontológico, infiere que dos o más personas pueden estar cerca digital y electrónicamente, pero no físicamente, trae consigo la comisión de ciberdelitos sexuales u otros tipos penales similares.

### **Tipificación de ciberdelitos sexuales**

Según la web del Consejo de Europa (2022), ciertos sectores críticos como la energía, sanidad y finanzas, dependen más de las tecnologías digitales. Igualmente, según el mismo sitio web, se colige que la ciberdelincuencia adopta diversas formas y una de estas es la explotación sexual de menores en línea, lo cual ha causado serios daños a sus víctimas. Esto incentivó la creación dentro de la Europol de un Centro Especializado de Ciberdelincuencia para ayudar a investigar los delitos en línea y dismantelar las redes delictivas en países de la Unión Europea.

Por consiguiente, es importante analizar la cibercriminalidad desde la perspectiva del *soft law*, ya que el instrumento de mayor importancia

en temas de cibercriminalidad ha sido el Convenio de Budapest (2001), que, aunque no sea el tema central de esta investigación, establece los derroteros que algunas legislaciones nacionales pueden carecer en la materia, para hacer efectiva la persecución y castigo de los ciberdelitos, sean estos de índole sexual o no. Por ende, a continuación se detallan los ciberdelitos de índole sexual considerados de mayor presencia y peligrosidad en el ciberespacio.

### **Sexting**

El *sexting* es un acto que no necesariamente se reputa como delito o ciberdelito sexual porque este implica el envío a través de las plataformas digitales, de mensajes de datos con contenido sexual y se entiende que se realiza dentro del consentimiento y acuerdo entre emisor y receptor. Según la web ABC (s.f.) la palabra *sexting* procede del acrónimo de *sex* y *text*, sexo y texto, es decir, el conjunto de mensajes con contenido erótico que se puede compartir a través de los dispositivos tecnológicos, utilizando redes sociales, correo electrónico o cualquier tipo de mensajería *on line*. Según el mismo sitio web, el *sexting* ha venido a suplantarlo que hace muchos años fueron las cartas a distancia que compartían parejas que vivían en ciudades o países diferentes.

El problema con el *sexting* es que se puede reputar como un elemento de un ciberdelito sexual porque, las imágenes pueden ser almacenadas por el receptor y utilizadas para extorsionar al dueño o dueña de la imagen, sin perjuicio de lesionar a través de la difusión, su honor y derecho a la autodeterminación informativa y privacidad, lo que modificaría la esencia del *sexting* a difusión de imágenes sin consentimiento o propalación en su caso. La aparente característica inocua de este acto hace que las personas lo lleven a cabo sin medir las consecuencias que puede generar en un futuro. El acto se agrava cuando, el que envía los mensajes es un menor de edad o una persona con discapacidad lo que resulta en una mayor lesión al bien jurídico tutelado y obviamente, la tipicidad cambia porque podría agravarse a pornografía infantil en su caso.

Tomando como muestra datos sobre ciberdelitos de orden sexual en Colombia, según Sarralde Duque (2019) se colige que:

Entre enero y septiembre de este año, la Policía ha recibido 164 denuncias de delitos sexuales en red virtual o internet. El año pasado fueron 289 denuncias, para un total de 453 entre el 2018 y lo que va de este año. De los casos registrados este año, el 82 por ciento de las víctimas son mujeres, de las cuales el 72 por ciento son menores de edad. La mayoría de los casos registrados por la Policía este año (un 43 por ciento) son casos de pornografía con menores, seguidos del uso o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (30 %) (Párr. 4º).

Queda claro que el *sexting* es, a *prima facie*, un acto inocuo, pero podría devenir en acoso sexual en el ciberespacio, sin perjuicio de la mencionada pornografía infantil.

### **Grooming**

El *grooming* se presenta como uno de los ciberdelitos de índole sexual de mayor peligrosidad porque a través del mismo, se puede incluso llegar a cometer una violación o abuso sexual. Igualmente, el *grooming* puede llevarse a cabo en concurso real con otros ciberdelitos, desde la creación del perfil falso en Facebook, *sexting*, acoso sexual, robo de identidad. El *grooming* por consiguiente, es un ciberdelito sexual que está integrado por otra cantidad de ciberdelitos o delitos.

*Grooming* es una palabra de origen inglesa que significa acicalamiento o embellecimiento, y la lógica de su nombre es porque usando una red social, llámese Meta Facebook u otra, un delincuente sexual, puede hacerse pasar por otra persona con el objetivo de ganar la confianza de sus potenciales víctimas haciéndoles creer a estas últimas que es la persona quien dice ser a través de su identidad digital actuante o presunta, que puede resumirse en fotos, vídeos, un nombre, dirección, estilo de vida, orientación sexual, deportes, etcétera, lo que construye una idea de que el delincuente sexual es alguien inocuo, y que la amistad es o será como cualquier otra que pueda tener en Facebook.

La sentencia del 24 de octubre de 2019 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, es un ejemplo para analizar el *grooming* en sus actos ejecutivos.

El acusado fue Manuel Augusto Parra Jiménez un contador público residente en Bogotá quien cumplió cincuenta (50) años en el 2011. El señor Parra Jiménez fue investigado por realizar actos utilizando la red social Facebook. En el año 2009, contactó por la red social Facebook a José M., en aquel entonces de trece (13) años. Se identificó con el nombre de usuario 'Paola', que era una amiga de José M., en la mencionada red social. Lo indujo a hablarle de temas sexuales. Le dijo que enviaría fotografías de él desnudo, a cambio de las fotos que luego 'ella' le daría. José M. no aceptó tal oferta porque creyó que se trataba de una broma y, al día siguiente, advirtió que había sido pirateada su cuenta, pues no pudo ingresar al correo electrónico ni a la red social.

Asimismo, desde agosto de 2011, sostuvo conversaciones por Facebook con Laura, de quince (15) años. Utilizó el nombre falso de usuario 'Natalia' y fingiendo ser una joven de su misma edad, consiguió que ella le enviara fotografías suyas en ropa interior. Después le pidió desnudarse y masturbarse frente a la cámara con la cual se llevaban a cabo las conversaciones o *chat*. Laura no quería, pero él la amenazó



con publicar las fotos que ya le había mandado por lo cual accedió. De esto, quedaron en la computadora de Manuel Augusto Parra Jiménez el archivo de audio y video, al igual que varias fotos tomadas de allí en las que Laura aparecía desnuda.

Al final, la Sala llegó a su fallo respecto a la responsabilidad penal de Manuel Augusto Parra Jiménez y lo declaró culpable de actos sexuales con menor de catorce (14) años y pornografía con personas menores de dieciocho (18) años y acceso abusivo a un sistema informático de conformidad a ley vigente colombiana.

Dicha sentencia, brinda una imagen más diáfana de la forma en que se juzgan los ciberdelitos de orden sexual en Colombia y de la forma en que los hechos atinentes al *grooming* se llevan a cabo. La sentencia tomó en cuenta una pluralidad de actos que van dirigidos a la afectación de la integridad sexual de la víctima o víctimas y la obtención del beneficio o placer por parte del sujeto activo. Los aspectos fácticos se basaron en el uso de la tecnología, la red social Facebook en su caso, de la mensajería de datos e imágenes a través de la red, de las tácticas de ingeniería social para que el abusador se gane *a priori* la confianza de sus víctimas, sin perjuicio del temor que infringe en ellas por ser personas en condición de vulnerabilidad, todo sin perjuicio de los actos sexuales que el agente intima a sus víctimas a realizar.

Según Palmer Padilla (2017), el *grooming* es un tipo de ciberacoso que generalmente lo realiza una persona mayor de edad o adulto con un menor de edad con el propósito de ir estableciendo un derrotero para llegar al contacto sexual.

De conformidad a Palmer Padilla (2017), este ciberdelito sexual tiene varias etapas que van desde el enganche que es donde el delincuente se muestra como una persona inofensiva que se interesa por la víctima y no hace preguntas incómodas, generalmente habla, dice y manifiesta lo que la víctima quiere escuchar o ver. Luego viene la etapa de fidelización donde el ciberdelincuente va construyendo una amistad virtual con la víctima por medio de intereses mutuos que el acosador dice tener con él o ella. Posteriormente, el acosador inicia la etapa de seducción donde las conversaciones o *chat* suben de tono hacia lo sexual o erótico y también se realiza *sexting*. Por último, se llega a la etapa del acoso por medio del cual el ciberdelincuente logra concertar un acercamiento físico con la víctima o un encuentro sexual que puede ser no consensuado.

### **Cyberbullying y cyberstalking**

“De todas las formas de violencia existentes en la red, nos centraremos en el acoso social (cyberbullying) y acoso sexual (grooming), dos



fenómenos sociales que se presentan en el ciberespacio a través del ciberlenguaje” (López Carrión, 2016, pág. 7).

El ciberbullying o *cyberbullying* es el mismo acoso que se da en el mundo material, pero con la facilidad de hacerlo en un mundo inmaterial o descorporizado, lo que es una ventaja para el acosador o sujeto activo porque puede, a espaldas de la víctima y con la ayuda de la atemporalidad, burlarse de ella con la publicación de imágenes o vídeos o cualquier otro elemento que pueda generar chanza y por ende, afectaciones al honor o la integridad sexual, si lo publicado es relacionado con aspectos sexuales.

Según Hernández Prados y Solano Fernández (2007), es el tipo de acoso que se da entre escolares, es decir, a nivel de los centros de estudio sea primaria o secundaria. Este concepto fue acuñado por Dan Olweous en 1970 el cual llegó a conocerse mundialmente como *bullying* que conlleva ofensas verbales y/o físicas entre los estudiantes, no se da necesariamente entre personas adultas porque de lo contrario se estaría hablando de *stalking* el cual, de la misma forma evolucionó al *cyberstalking* o ciberacoso.

En conclusión, ambos actos generan lesiones a bienes jurídicos y por ende deben investigarse y castigarse conforme a los ordenamientos jurídicos correspondientes tomando en cuenta que, muchas veces los acosadores o ciberdelincuentes que cometen ciberdelitos de índole sexual se encuentran en otra jurisdicción o país, lo que dificulta ejercer la acción penal en contra de ellos.

## **CONCLUSIONES**

Existe una considerable variedad de ciberdelitos que afectan diferentes bienes jurídicos protegidos. La forma en que estos se cometen tiene características propias por las cuales se identifican y se diferencian de otros que se comenten desde y en el ciberespacio. Generalmente, afectan la privacidad y la intimidad y, para ello, se aplican tácticas de ingeniería social en su comisión, y en el caso de aquellos que afectan la integridad sexual, tienen un patrón enfocado en que las víctimas son personas en condición de vulnerabilidad, niños, niñas o adolescentes lo que los agrava, sumado al factor de la deslocalización, deshumanización y descorporización que ayudan en la construcción y/o creación de perfiles falsos para su realización.

Pueden ser cometidos a través de Facebook, porque ofrece la facilidad de interactuar con personas de diferentes culturas, razas, clases sociales, edad, género, entre otras, en un espacio donde cualquiera puede suplantar o mentir sobre su identidad ya que están a distancia y en ausencia.

En Facebook se comparten imágenes de personas aparentemente adolescentes y/o adultas, en claras posiciones eróticas o sexuales. Por lo tanto, un hallazgo encontrado, es que no se sabe si estas personas, están siendo abducidas o extorsionadas al momento de posar, o son víctimas de la trata de personas.

El servidor de Facebook, almacena la información de la identidad digital actuante o presunta de sus usuarios, por ende, por cualquier comportamiento inusual, Facebook tendría la facultad de informar de estas acciones a las autoridades correspondientes quienes, pueden realizar una investigación del caso.

Facebook, aunque no está reputada como tal, funciona como sujeto internacional ya que tiene presencia en varios países, y queda en manos de estos últimos la regulación del algoritmo respecto al comportamiento de los usuarios mediante la identidad digital de cada uno.

La responsabilidad de Facebook se puede estimar a la de cómplice o, como instrumento ya que es utilizado en el caso de la autoría mediata, como herramienta o medio para cometer ciberdelitos sexuales.

El allanamiento digital sin orden judicial, es decir, el acceder a una cuenta de Facebook por sospechas fundadas en que el usuario titular está cometiendo un ciberdelito sexual, debe establecerse claramente en el ordenamiento jurídico positivo correspondiente como un acto de investigación o, establecerse desde un Convenio de Cooperación en la materia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABC Bienestar (s.f.). Sexting [https://www.abc.es/bienestar/psicologia-sexo/abci-sexting-202008111048\\_noticia.html](https://www.abc.es/bienestar/psicologia-sexo/abci-sexting-202008111048_noticia.html)
- Ceballos López, A. et al. (29 de octubre de 2019). Tendencias Ciberdelitos Colombia 2019-2020. Policía Nacional República de Colombia. (1). [https://www.ccit.org.co/wp-content/uploads/informe-tendencias-ciberdelitos\\_compressed-3.pdf](https://www.ccit.org.co/wp-content/uploads/informe-tendencias-ciberdelitos_compressed-3.pdf)
- Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea [CdUE]. (2022). Ciberseguridad: cómo combate la UE las amenazas cibernéticas. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cybersecurity/#>
- Consejo de Europa [CdE]. (2001). Convenio sobre la Ciberdelincuencia. [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26882/1/Convenio\\_de\\_Budapest\\_y\\_Ciberdelincuencia\\_en\\_Chile.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26882/1/Convenio_de_Budapest_y_Ciberdelincuencia_en_Chile.pdf)
- Flores Cueto, J. Morán Corzo J. & Rodríguez Vila, J. (2009). Las Redes Sociales. (3), 1-15, *Universidad de San Martín de Porres*. <https://docplayer.es/3211325-Las-redes-sociales-resumen.html>
- Fundación Telefónica (2013). Identidad Digital: En nuevo usuario en el mundo digital. 1ª ed. *Editorial Ariel*. España. [https://www.ufasta.edu.ar/biblioteca/files/2017/02/identidad\\_digital.pdf](https://www.ufasta.edu.ar/biblioteca/files/2017/02/identidad_digital.pdf)

- Hernández Prados, M. & Solano Fernández, I. (2007). Ciberbullying, Un Problema De Acoso Escolar. *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*. 10(1), 17-36. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=331427206002>
- López Carrión, D. (2016). *La Violencia en las Redes. Estudio del caso Facebook*. Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de: Licenciada en Comunicación Social. Universidad Politécnica Salesiana, Quito. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/13397/6/UPS-QT10702.pdf>
- Morales, J. (2014) Ingeniería Social. Instituto Nacional de Ciberseguridad. [https://cybercamp.es/cybercamp2014/attachments/multimedia/CyberCamp\\_IngenieriaSocial.pdf](https://cybercamp.es/cybercamp2014/attachments/multimedia/CyberCamp_IngenieriaSocial.pdf)
- Palmer Padilla, F. (2017). *Seguridad y Riesgos: Ciberbullying, Grooming y Sexting. Trabajo final de Máster*. Unversidad Oberta de Catalunya, Universidad Autónoma de Barcelona, Universitat Rovira y Universitat de les Illes Balears. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/67105/6/fpalmerpTFM0617memoria.pdf>
- Posada Maya, R. (2017). El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual. *Revista Nuevo Foro Penal*, 13(88) 72-112. DOI:[10.17230/nfp.13.88.3](https://doi.org/10.17230/nfp.13.88.3)
- Peña Gonzáles & Almanza Altamirano (2010). Teoría del Delito. Manual Práctico Para su Aplicación en la Teoría del Caso. *Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación*. [https://drive.google.com/file/d/17yk4Cvr5OLu7RzzvwoRv1RZZ5RreSm5N/view?fbclid=IwAR0X-Ne0MK324ONWc7Pn5YAVsUvBsW0lsFCUmU-YI2\\_Eq5QQvurbIAny9HA](https://drive.google.com/file/d/17yk4Cvr5OLu7RzzvwoRv1RZZ5RreSm5N/view?fbclid=IwAR0X-Ne0MK324ONWc7Pn5YAVsUvBsW0lsFCUmU-YI2_Eq5QQvurbIAny9HA)
- Politoff Lifschitz, Matus Acuña & Ramirez G. (2003). Lecciones de derecho penal chileno: parte general. 183-207, Recuperado de <https://vlex.cl/vid/tipicidad-conducta-69051245>
- Sandoval Castellanos E. (2017). Ingeniería Social: Corrompiendo La Mente Humana. *Revista Seguridad UNAM*.<https://revista.seguridad.unam.mx/numero-10/ingenier%C3%AD-social-corrompiendo-la-mente-humana>
- Sánchez Torres, D. (2020). *Estudio Teleológico del Carding y Bins. Su Impunidad e Impacto en el Sistema Bancario Mexicano*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. <https://repositorioinstitucional.buap.mx/bitstream/handle/20.500.12371/11702/20210223150451-5912-TL.pdf?sequence=2>
- Sarralde Duque, M. (2019) ¿Hay delitos en el “sexting”? Estas son las aclaraciones de la Corte. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cuales-son-los-delitos-sexuales-en-internet-segun-la-corte-suprema-429966>

Téllez Valdés, J. (2008). Derecho Informático. *Interamericana Editores. México*.  
<https://clauditha2017.files.wordpress.com/2017/09/derecho-informatico-cuarta-edicion-julio-tc3a9llez-valdc3a9z.pdf>

### **Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de octubre de 2019). Sentencia 4573-2019 [MP. E. Fernández Calier]  
[https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/pe/b1nov2019/SP4573-2019\(47234\).PDF](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/pe/b1nov2019/SP4573-2019(47234).PDF)

# REINSERCIÓN SOCIAL COMO FINALIDAD DEL SISTEMA PENITENCIARIO INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN MÉXICO\*

*Luis Eduardo Ramírez Navarro*

Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur México  
México

[luiseduramireznavarro@gmail.com](mailto:luiseduramireznavarro@gmail.com)

ORCID: 0000-0002-6958-103X

## RESUMEN

Se analiza la evolución del concepto de sistema penitenciario y como los criterios internacionales han impactado en el sistema jurídico mexicano. Se interpreta lo establecido por instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional para esclarecer cual es la finalidad de las penas privativas de la libertad y como la estandarización del derecho a ocasionada que haya cambios en el sistema jurídico mexicano con la finalidad de garantizar a las personas el respeto y goce de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Federal como en los instrumentos jurídicos internacionales de los que México forma parte. Se analiza la importancia de la adecuada administración del sistema penitenciario para el éxito de la reinserción social de aquellas personas que obtienen su libertad y buscan reintegrarse la sociedad con base en la capacitación laboral, acceso a diversos servicios tales como educación, salud y deporte que son otorgados por parte del Estado mexicano.

**PALABRAS CLAVE:** reinserción social, personas privadas de la libertad, sistema penitenciario, derechos humanos, reglas Mandela.

## ABSTRACT

The evolution of the concept of the penitentiary system is analyzed and how international criteria have impacted the Mexican legal system. It interprets the provisions of national and international legal instruments to clarify the purpose of custodial sentences and how the standardization of law has led to changes in the Mexican legal system in order to guarantee the respect and enjoyment of the human rights recognized both in the Federal Constitution and in the international legal instruments to which Mexico is a party. The importance of the proper administration of the penitentiary system for the successful social reintegration of those persons who obtain their freedom and seek to reintegrate into society based on job training, access to various services such as education, health and sports that are provided by the Mexican State is analyzed.

**Keywords:** reinserción social, personas privadas de la libertad, sistema penitenciario, derechos humanos, reglas Mandela.

**Sumario:** I. Introducción. II. Sistema penitenciario y los derechos humanos. III. Reinserción social. IV. Reglas Nelson Mandela. V. Los Derechos Humanos y el acceso al trabajo. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

La reinserción social es uno de los fines del sistema penitenciario mexicano, que se regula en el artículo dieciocho constitucional, en el que se establece la estrategia que el Estado lleva a cabo dentro de los centros penitenciarios para reintegrar a las personas privadas de la libertad al núcleo social. Proceso que tiene como base el respeto a los derechos humanos, la capacitación para el trabajo, el acceso a educación, a servicios de salud y al deporte, en virtud de que, son estos los elementos que permiten a los reclusos tener un desarrollo pleno dentro del centro penitenciario, además de ser la base para que dicho individuo pueda reintegrarse a la sociedad, debido a que, una de las herramientas fundamentales para que una persona logre reintegrarse con éxito es el acceso al trabajo, debido a que es del trabajo de donde las personas obtienen un salario con el cual cubrir necesidades indispensables para toda persona como el acceso a alimentos, vivienda, vestido, retiro digno e incluso actividades recreativas que coadyuvan al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, existe una brecha entre los fines del sistema penitenciario y su cumplimiento. Debido a que, cuando las personas que se encuentran recluidas son puestas en libertad son discriminadas por el núcleo social e incluso por instituciones públicas, ya que, en el sector laboral público y privado frecuentemente se solicita la presentación de una constancia de inexistencia de antecedentes penales como requisito para acceder un trabajo, lo cual constituye una práctica discriminatoria. Además de generar contradicciones entre diferentes leyes de carácter nacional, como es la Ley de Ejecución de Penas en la cual se encuentra el fundamento jurídico de la expedición de dicha constancia y la Ley Federal del Trabajo, la cual dispone que el trabajo es un derecho y un deber social, lo cual da como resultado que existan antinomias entre leyes nacionales e incluso aquellas disposiciones que realiza la comunidad internacional a través de tratados, pactos y convenciones de las cuales el Estado mexicano forma parte.

Por lo que, resulta provechoso el análisis de instrumentos jurídicos internacionales como las Reglas Mandela de las Naciones Unidas, las cuales indican cuales son las condiciones bajo las cuales deben ser tratadas las personas privadas de la libertad y establece cual es la finalidad de los sistemas penitenciarios a nivel internacional, lo cual, permite hacer un análisis sobre como México incorpora los criterios internacionales a su esfera jurídica y si es que cumple cabalmente con los compromisos que adquiere como nación ante la comunidad internacional.

El objetivo del presente trabajo es analizar el sistema penitenciario mexicano e internacional para determinar la finalidad de las penas privativas de la libertad.

## **SISTEMA PENITENCIARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS**

Para la adecuada comprensión del término sistema penitenciario se debe tener presente que, refiere al conjunto de normas y procesos de carácter judicial que versan sobre la privación de la libertad y medidas de ejecución de penas dentro de un ordenamiento jurídico (Cámara, 2019). El correcto funcionamiento del centro penitenciario tiene como base la clasificación de los reclusos, el régimen que los mismos deben seguir dentro del centro penitenciario, así como el tratamiento y asistencia por parte del Estado para su futura reinserción a la sociedad.

El origen de los sistemas penitenciarios tiene una estrecha relación con la concepción de la pena privativa de la libertad como consecuencia de la comisión de una conducta tipificada como delito. Sin embargo, resulta importante señalar que, antes de la aparición de los sistemas penitenciarios, la humanidad empleaba los espacios que se conocían como cárceles para mantener a personas bajo custodia y no sólo con la finalidad de castigarlos. Es durante el siglo XIX que surge formalmente en los ordenamientos jurídicos a nivel internacional la pena privativa de la libertad como estrategia por parte de los Estados para hacer frente a las problemáticas sociales que surgen como consecuencia de la comisión de delitos (Cámara, 2019).

Un aspecto fundamental a tener en cuenta es que, las personas que se encuentran reclusas en los centros penitenciarios continúan siendo ciudadanos y gozan de los derechos humanos, los cuales son universales, indivisibles e interdependientes, debido a que, el ser humano requiere de la garantía y respeto de los referidos derechos, no como factores aislados, sino como una unidad en la cual el ejercicio o restricción de un derecho afecta a otro y competen a todos los entes de la especie humana. Sin embargo, se debe tener presente que, si bien las personas privadas de la libertad continúan con la calidad de humano y ciudadano sus derechos son restringidos, en virtud de una orden judicial emitida por la autoridad competente como resultado de un proceso judicial.

Debido al gran impacto que tiene la restricción de derechos humanos a los reclusos de un centro penitenciario, la comunidad internacional ha creado diversos instrumentos jurídicos tales como tratados internacionales, pactos y convenciones, a través de los cuales se asumen compromisos y se modifican ordenamientos jurídicos con la finalidad de garantizar y promover el goce de los derechos humanos en todo el mundo. Es por ello que, a través de instrumentos internacionales se reconoce universalmente a los derechos humanos, como es el caso del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], 2022).

Por lo que, se infiere la importancia de las normas establecidas para regular el funcionamiento de los sistemas penitenciarios a nivel internacional, con la finalidad de garantizar condiciones dignas a las personas que se encuentran privadas de la libertad en centros penitenciarios, por lo que el instrumento antes referido en su artículo nueve establece que “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.” (DUDH, 2022). Con base en lo descrito con anterioridad, queda claro que las personas privadas de la libertad gozan de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, por lo que, deben contar con las condiciones necesarias para una vida digna y sana dentro del centro penitenciario. “Entendiendo el concepto de salud no sólo como la ausencia de enfermedades y malestares, sino como un estado de bienestar físico, social y emocional, ya que, el goce de un estado pleno de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” (OMS, 2022).

Para comprender la importancia y razón por el cual diversos países han adoptado la privación de la libertad como estrategia para hacer frente a problemáticas sociales desde el siglo XIX, debemos analizar cuál es la finalidad de dicho sistema. Por lo que, con base en lo dispuesto por la regla número cuatro de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, podemos afirmar que, a nivel internacional la finalidad de las penas privativas de la libertad radica en brindar a los Estados estrategias para proteger a la sociedad contra el delito, además de reducir la reincidencia y comisión de los mismos. Por lo que,

Esos objetivos sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, 1955).

Por lo que, queda claro que el propósito de privar a las personas de la libertad no es simplemente aislarlos del núcleo social o castigarlos, sino que, las personas dentro de los centros penitenciarios tengan acceso a servicios de calidad que le permitan tener un sano desarrollo y con el auxilio de las herramientas otorgadas por el Estado, alcancen un estado óptimo de salud, es decir, que se le otorguen servicios médicos de calidad, capacitación para ejercer un trabajo de manera adecuada para que la persona tenga las herramientas necesarias para subsistir una vez que sea puesto en libertad y que realice actividades deportivas como medio para cuidar su salud física.



## **REINSERCIÓN SOCIAL**

El ser humano es gregario por naturaleza, es decir, que el progreso de la especie, así como el de las civilizaciones tienen como base la agrupación y convivencia entre semejantes. Debido al ambiente hostil en el que se desarrollaron las sociedades primigenias, era necesario que los individuos se agruparan para sobrevivir a través de la colaboración y repartición de tareas. Sin embargo, el acto de convivir entre semejantes trajo consigo nuevos retos como sociedad, en virtud de que, si bien es cierto que, a través de la interacción entre individuos el ser humano es capaz de adaptarse y sobrevivir a su entorno, también trae como consecuencia que existan conflictos entre los miembros del grupo. Por lo cual, surgió la necesidad de tener reglas y sanciones para aplicarlas a aquellos que atentaran contra las normas e intereses de la colectividad.

Lamentablemente, las sanciones aplicadas a aquellos que iban en contra de las normas establecidas por la comunidad involucraban tortura, humillaciones e incluso ejecuciones públicas, con la finalidad de poner alto a dicha problemática y mostrar al resto de la comunidad cuales son las consecuencias por infringir las normas. Sin embargo, con el paso de los años las sociedades fueron creciendo en número y complejidad, por lo que, fue necesario la creación de instrumentos de carácter jurídico que le permitieran a dicha comunidad establecerse como un ente y tener personalidad. Lo cual dio como resultado que, la interacción entre individuos evolucionara de la mano con la sociedad, por lo que, también lo hicieron las estrategias que la autoridad empleaba para sancionar a aquellos que infringieran las normas establecidas por la comunidad, entre las cuales podemos destacar la privación de la libertad de las personas, quienes eran recluidas en centros penitenciarios.

Para comprender el por qué el Estado mexicano ordena la privación de la libertad de aquellas personas que, a través de un proceso judicial, son declaradas culpables de la comisión de una conducta tipificada como delito, es necesario reflexionar sobre lo dispuesto por el artículo dieciocho de la Constitución Federal, el cual, dispone cuales son las bases sobre las cuales la autoridad debe organizar el sistema penitenciario, entre los cuales podemos encontrar el respeto a los derechos humanos, la capacitación para el deporte, la educación, el cuidado de la salud y el deporte. Elementos que son vitales para que el recluso pueda desarrollarse plenamente dentro del centro penitenciario y cuente con las herramientas necesarias para reintegrarse exitosamente al núcleo social, una vez que ha cubierto su deuda con la sociedad.

Ahora bien, una vez que hemos identificado que, la pena privativa de la libertad es la estrategia más utilizada por diferentes naciones a través de la historia y en la actualidad, conviene reflexionar sobre cuál es la finalidad de la misma, es decir, ¿cuál es el objetivo que busca el Estado cuando ordena la detención de una persona en un centro penitenciario? Para responder a dicha interrogante, resulta conveniente analizar el concepto de reinserción social, el cual puede ser definido como,

El proceso progresivo e interdisciplinario por el cual se estudia al sentenciado en lo individual, se diagnóstica y elabora un programa sobre las medidas capaces de alejarlo de una eventual reincidencia a través de un conjunto de elementos, normas y técnicas basadas en el trabajo, la capacitación laboral, educación y medidas psicosociales, para hacerlo apto para vivir en sociedad (Barajas, 2015).

Desafortunadamente existe una gran brecha entre lo dispuesto por los instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional, por lo que, la finalidad de lo centro penitenciaros no es cumplida a cabalidad, en virtud de que, los reclusos que son puestos en libertad se ven afectados por la discriminación que sufren al seguir siendo señalados por el núcleo social y las autoridades, a pesar de haber cumplido con la pena impuesta por el Estado. Lo anterior, debido a que, existen centros penitenciaros que no ofrecen los recursos necesarios a los reclusos para que puedan rehabilitarse, obtener acceso a servicios de salud, de educación, áreas para ejercitarse y capacitación para el trabajo, los cuales son los ejes sobre los que se basa el sistema penitenciario.

Lo que trae, como consecuencia que, una vez que el recluso es puesto en libertad no cuente con las herramientas necesarias para hacer frente a su nueva realidad, por lo que, puede ocasionar que el recién liberado vuelva a delinquir. Dicha situación se ve agravada en México, en virtud de que, tanto autoridades como particulares solicitan una constancia de no antecedentes penales para acceder a un trabajo, lo cual, es una grave violación a los derechos humanos, ya que implica una práctica discriminatoria y deja a todas aquellas personas que cuentan con antecedentes penales en situación de vulnerabilidad al reducir sus posibilidades de encontrar un trabajo formal, que a su vez, les permita acceder a prestaciones de seguridad social como son servicios de salud, fondo de ahorro para el retiro, vivienda y acceso a un retiro digno.

### **REGLAS NELSON MANDELA**

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos, también conocidas como Reglas Mandela, son un instrumento jurídico en el cual se reúnen y plasman una serie de reglas y principios, los cuales han sido aceptadas por la comunidad internacional, de la cual México forma parte, con la finalidad de establecer los derechos

que tienen las personas privadas de la libertad a nivel internacional, así como la manera en que un centro penitenciario debe llevar a cabo la administración del mismo, con la finalidad de que las prácticas que se llevan en dichos centros sean con estricto respeto a los derechos humanos de las personas.

Las Reglas Mandela establecen las condiciones mínimas que los sistemas penitenciarios deben de cumplir, además de ser la guía para que aquellas naciones que aún no las cumplen, asuman el compromiso y formulen estrategias jurídicas para lograr lo estipulado en dichas reglas para así garantizar y proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Las Reglas Mandela, contemplan a todas las categorías de reclusos, ya sean aquellos que están cumpliendo una condena, aquellos que están en espera de juicio e incluso a aquellas personas a las que se les ha impuesto o no una medida de seguridad o de corrección. Además, las referidas reglas cuentan con la flexibilidad de permitir al centro penitenciario actuar por el bienestar de los reclusos, siempre que dichas acciones sean llevadas a cabo con la finalidad de mejorar las condiciones de dicho centro y que dichas mejoras sean acordes a los objetivos establecidos por las Naciones Unidas. Las referidas reglas no se enfocan en administrar los centros penitenciarios de menores, debido a que, consideran por regla general que, los menores no deben ser condenados a penas de prisión.

De manera general, podemos afirmar que las referidas reglas se encargan de establecer y garantizar a las personas privadas de la libertad el goce y ejercicio de los derechos humanos. Ya que, son reglas establecidas y aceptadas por la comunidad internacional, a través de las cuales se prohíben prácticas discriminatorias, torturas o cualquier condición que cause menoscabo a la salud física o emocional de las personas. Además de indicar los derechos que tienen las mismas, como son acceso a actividades deportivas, capacitación para el trabajo, acceso a servicios de salud y a todas aquellas condiciones que preparen al recluso para su posterior libertad, de modo que cuando este se reintegre al núcleo social lo haga aplicando las habilidades y herramientas que generó durante su estancia en el centro penitenciario.

## **LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO AL TRABAJO**

Para que todos los individuos que conforman una sociedad sean tratados por igual es necesario que cada uno de ellos tenga la garantía y el goce de una serie de derechos fundamentales, los cuales no admiten una distinción en razón del origen, etnia, genero, edad, religión, condición social, preferencias sexuales, opiniones, entre

otras, sino que dichas prerrogativas, las cuales en el derecho nacional e internacional actual son denominadas como derechos humanos los cuales competen a cada persona por el simple hecho de pertenecer a la especie humana.

Es precisamente aquí donde entra la corriente filosófica de derecho del iusnaturalismo o derechos naturales, la cual refiere que la existencia de los derechos es previa a las legislaciones. Debido a que éstos derechos surgen como consecuencia de las necesidades de las personas que integran una sociedad. Los cuales tienen como fin que las personas puedan alcanzar un libre desarrollo y una vida digna.

Posteriormente, de la mano con el progreso de las distintas sociedades, surgió la positivización del derecho, la cual consiste en plasmar las leyes en legislaciones para que así sean reconocidas. Lo cual, a pesar de tener criterios que difieren a la corriente de los derechos naturales, ofrece grandes ventajas a las personas, ya que a través del derecho positivo se plasman las leyes en legislaciones y otros instrumentos jurídicos, lo que a su vez permite una participación activa de la sociedad y otorga un medio a través del cual las personas pueden exigir su cumplimiento.

Como es el caso de los derechos humanos, los cuales, en el derecho mexicano, son reconocidos en el derecho interno, no solo por la norma suprema que es la Constitución, sino por la doctrina que generan los estudiosos del derecho, la jurisprudencia que surge como interpretación de los magistrados sobre el contenido jurídico en las leyes y los principios generales del derecho, los cuales otorgan un medio de protección para todas aquellas personas dentro del territorio mexicano y a la vez impone la obligación por parte del Estado de reconocer, garantizar y respetar el goce y ejercicio de los derechos humanos, lo cual es de suma importancia ya que es el Estado quien organiza la estructura a través de la cual se ejerce el poder de la nación, administra las funciones de instituciones, se encarga de la creación y actualización de las leyes e invierte los recursos de la nación para hacer posible el plan de desarrollo que tiene para la misma, por lo que su actuar es de vital importancia, no solo dentro del derecho interno sino en el derecho internacional, al ser parte de dicha comunidad.

El acceso al trabajo es uno de los derechos humanos prioritarios para cualquier persona, debido a que, es a través del trabajo como las personas pueden participar activamente dentro del núcleo social, además de obtener los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades básicas que se tienen como persona, tales como obtener alimentos, vestido, acceso a una vivienda e incluso prestaciones de seguridad social como retiro digno en la vejez y acceso a servicios de

salud pública. Por lo cual, la Ley Federal del Trabajo, en el artículo tercero dispone que, “El trabajo es un derecho y un deber social” (Ley Federal del Trabajo, 2022), ley que es aplicable y vigente en toda la República Mexicana y que además establece la prohibición de prácticas discriminatorias que atenten contra la dignidad de las personas.

El trabajo es un área vital no solo para las personas como individuos, sino que, es a través del recurso económico que se obtiene del trabajo como el Estado puede llevar a cabo la aplicación de políticas públicas y ofrecer servicios al núcleo social. Debido a que, es del trabajo de donde se obtienen las aportaciones necesarias para que el Estado pueda operar y ofrecer servicios de salud pública a las personas. Por lo que, es una actividad de la cual se beneficia la sociedad. Además de permitir que, a través de las aportaciones que se hacen del salario de los trabajadores se logre llevar a la práctica procesos que permitan al trabajador hacer un ahorro para el retiro y acceder a una pensión cuando no se encuentre en condiciones físicas de trabajar.

Ahora bien, en el caso de México las leyes en materia laboral son el resultado de diversos movimientos sociales, a través de los cuales el pueblo mexicano exigió a sus gobernantes una serie de prestaciones que tiendan a garantizar un salario remunerador y condiciones dignas para desempeñar adecuadamente sus actividades laborales y sociales. Sin embargo, el trabajo es una herramienta vital no solo en México, sino en muchos de los sistemas jurídicos de la comunidad internacional, por lo que, resulta idóneo analizar lo que disponen los instrumentos internacionales, entre los cuales podemos encontrar que “Toda persona tiene derecho al trabajo” (DUDH, 2022) Con lo cual, podemos darnos cuenta de la importancia que tiene el trabajo y como dicho derecho es reconocido y garantizado no solo normas de carácter nacional sino por normas e instrumentos internacionales.

Es debido a la importancia que el trabajo tiene para los individuos y la sociedad que, la capacitación para el trabajo se ha vuelto una de las principales herramientas dentro de los centros penitenciarios para lograr eficazmente que aquellas personas condenadas por la comisión de un delito, puedan ser reintegradas de manera eficaz al núcleo social. Lamentablemente, existe una gran diferencia entre lo que dispone una ley y lo que ocurre en la realidad. Ya que si bien es cierto que el trabajo es uno de los ejes que coadyuvan a la reinserción del individuo, también lo es que muchas de las personas que cuentan con antecedentes penales registrados, frecuentemente son víctimas de discriminación por su condición social, por lo que, una vez que son puestos en libertad tienen que hacer frente a las barreras que como sociedad imponemos, ya que, en México está permitido solicitar una constancia de inexistencia de antecedentes penales para acceder

a un trabajo, tanto en el sector público como en el privado. Lo que trae como resultado que las personas que cumplieron con la pena impuesta por el Estado reciban una doble sanción, la primera dentro del centro penitenciario y la segunda una vez que son puestos en libertad y discriminados por el núcleo social.

## **CONCLUSIONES**

A través del análisis de diversos instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional, queda claro que las penas privativas de la libertad son la estrategia que impera en diversos sistemas jurídicos para hacer frente a las problemáticas sociales que culminan con la comisión de un delito, lo cual, afecta al núcleo social y deja en un estado vulnerable a las personas que son recluidas en un centro penitenciario. Debido a que, a pesar de haber sido condenados como resultado de un proceso judicial, la realidad es que sus derechos humanos son restringidos por parte del Estado, como ocurre cuando son privados de la libertad y se les impide el libre desarrollo de la personalidad, como consecuencia de una orden judicial.

Sin embargo, resulta importante tener presente que, la finalidad de privar y restringir el ejercicio de los derechos humanos a aquellas personas que comenten delitos es proteger a la sociedad de los efectos negativos que genera la delincuencia y a la vez, reducir la frecuencia con que las personas reinciden en la comisión de delitos. Para lograr dichos objetivos, la comunidad internacional ha llegado al acuerdo de que, la estrategia para lograr los objetivos del sistema penitenciario a nivel internacional tiene como base la reinserción social, por lo que, la finalidad de los centros penitenciarios no es simplemente aislar a las personas para sancionarlos y castigarlos, sino que, la finalidad de la reclusión es que las personas tengan acceso a las herramientas necesarias para readaptarse a la sociedad una vez que son puestos en libertad y así puedan ser miembros funcionales en la misma.

Para lograr que las personas que han cometido delitos puedan reintegrarse exitosamente a la sociedad, es necesario que, con auxilio del Estado se aproveche el tiempo que dicha persona se encuentra dentro del centro penitenciario para capacitarlo y otorgar los medios necesarios para que dicha persona alcance un nivel de salud óptimo, para lo cual es necesario que la persona alcance un estado donde goce de la ausencia de malestares físicos, pero también que cuenta con la asistencia necesaria por parte de profesionales para sentirse bien emocionalmente, así como actividades que contribuye al pleno desarrollo de la persona, como son la capacitación para el trabajo y el deporte, actividades que además de coadyuvar a mejorar la salud física y mental de la persona, hacen posible que dicha persona acceda

a un trabajo una vez que se encuentra libre y logre obtener los medios necesarios para subsistir de manera que su actuar sea conforme a lo que dicta la ley.

Desafortunadamente, existe una gran brecha entre lo dispuesto por leyes tanto nacionales como internacionales, en virtud de que no todos los países cuentan con los medios necesarios para cumplir con los objetivos del sistema penitenciario. Como es el caso de México, sistema jurídico que contempla la reinserción social como finalidad del sistema penitenciario con base en el respeto a los derechos humanos de las personas. Disposición que se encuentra plasmada en el artículo dieciocho constitucional, el cual, refiere que la reinserción social se logra a través del acceso a educación, capacitación para el trabajo, acceso a servicios de salud, acceso a actividades deportivas y el respeto a los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución Federal de México es acorde a los criterios de la comunidad internacional, la realidad es que no existe coherencia entre las leyes nacionales, ya que si bien, la Constitución Federal es la norma suprema del país, existen antinomias generadas por lo dispuesto por otras leyes de carácter federal, como es el caso de la Ley Nacional de Ejecución Penal, la cual dispone en su artículo 27 fracción cuarta las condiciones bajo las cuales podrá solicitarse a las personas un constancia con la cual acrediten no contar con un registro de antecedentes penales, lo cual, constituye una práctica discriminatoria, en virtud de que dicha constancia puede ser solicitada para acceder a un empleo, lo cual deja a todas aquellas personas con antecedentes penales en un estado de vulnerabilidad. Además de ir en contra de los fines del sistema penitenciario, que tiene como base el acceso al trabajo para la reinserción de las personas.

Por lo que, cuando las personas son puestas en libertad después de haber cumplido con la pena impuesta por el Estado, son sancionados por segunda ocasión, en virtud de que son personas señaladas por la sociedad civil y discriminadas por el mismo Estado, por lo que, podemos afirmar que el Estado mexicano no ha cumplido cabalmente con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional y a través de sus propias leyes actúa en contra de los fines del sistema penitenciario, al brindar sustento jurídico a prácticas discriminatorias que dejan en Estado de vulnerabilidad a aquellas personas que han cometido delitos, lo cual, genera reincidencia delictiva y afecta al núcleo social, del que las personas privadas de la libertad forman parte, en

virtud de que sin importar el delito cometido, continúan teniendo la calidad de personas y ciudadanos.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Cámara de Diputados. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados. Recuperado el día 07 de julio de 2022 en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lnmrss.htm>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el día 07 de julio de 2022 en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Cámara Arroyo, S. (2019). Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (74), 567-608. <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#vid/827016609>

Organización Mundial de la Salud (1946, 22 de julio). La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>



# REVISIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN JALISCO

*Perla I. Gómez Ochoa*

Universidad de Guadalajara, Centro Universitario del Sur México

México

perla.gomez7887@alumnos.udg.mx

ORCID: 0000-0001-5056-8890

## RESUMEN

Con esta investigación se pretende hacer una revisión de las políticas públicas que existen para garantizar la prevención del delito de feminicidio así como la falta del cumplimiento de la obligación constitucional y convencional que tiene el Estado mexicano que es el de garantizar el derecho que tienen las mujeres a una vida libre de violencia, lo que implica adoptar políticas y diversas medidas específicas que permitan la prevención, la atención, la sanción y la erradicación de la violencia que se vive en su contra a diario.

Considerando que las políticas públicas se realizarán en beneficio de la sociedad, específicamente en el sector femenino, pues se pretende revisar los lineamientos que deben de incluir para que su funcionamiento sea exitoso para todas aquellas mujeres que lo requieran, así como saber el porqué es insuficiente, para dar continuidad al análisis, qué es lo que hace falta para que las diferentes políticas públicas que existen se cumplan con éxito. Una política pública considero de gran importancia y que podría llegar a tener relevancia es la educativa.

**Palabras clave:** feminicidio, políticas públicas, prevención del delito, violencia de género, Derechos de las mujeres.

## ABSTRACT

This research aims to conduct a review of the public policies that exist to ensure the prevention of femicide and the lack of compliance with the constitutional and conventional obligation of the Mexican state to guarantee women's right to a life free from violence. This entails adopting specific policies and diverse measures to enable prevention, attention, punishment and eradication of the violence they face daily.

Considering that these public policies will be carried out for the benefit of society, particularly in the female sector, the intention is to examine the guidelines that must be included for their successful operation to assist all women in need. Furthermore, this research seeks to understand why the existing public policies are inadequate and what is required to ensure their successful implementation. An important public policy that could potentially have significance is education.

**Keywords:** femicide, public policies, crime prevention, gender violence, women's rights.

**Sumario:** I. Introducción. II. Violencia de género. III. Feminicidio. IV. Prevención del delito y políticas públicas. V. Derecho comparado. VI. Conclusiones. VII. Bibliografías.

## INTRODUCCIÓN

En este artículo pretende hacer un análisis de derecho comparado a diversos ordenamientos de México y Colombia con la finalidad de identificar políticas públicas encaminadas a la prevención del delito de feminicidio, para que una vez hecho el análisis se defina cuáles son las acciones y estrategias que dichas legislaciones y estados han aplicado y con resultados positivos.

El tema a investigar se enfoca un análisis sobre las políticas públicas en el delito de feminicidio, a su vez realizar una comparativa con el país de Colombia para conocer la regulación que se ejerce, ya que en la actualidad en México las estadísticas son alarmantes, según el semáforo delictivo, el estado de Jalisco, durante los últimos dos años, tuvo las cifras más altas en comparación con otros estados del país. Por eso es necesario investigar qué es lo que se ha realizado en otros lugares del mundo como lo es el país de Colombia, para disminuir y en el mejor de los casos erradicar el delito de feminicidio.

La violencia de género es una problemática que enfrentan las mujeres de México en contra de su integridad física. El feminicidio es el nivel más alto de violencia que pueden sufrir las mujeres solo por el hecho de serlo.

En el año de 1993, en la Ciudad de Juárez, Chihuahua se dio la aparición de cientos de mujeres sin vida a los cuales se les llamaban homicidios. Por primera vez en México se dio esta situación, lo más alarmante fue cuando estos homicidios fueron visibilizados, se hizo visible que se cometieron con extrema violencia y estaban relacionados con cuestiones de género y misoginia.

Según un artículo de Ramón Celaya Gamboa, Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de la Anahuac del Norte, las autoridades mexicanas fueron incapaces de realizar investigaciones profesionales, serias y objetivas, que condujeran a los responsables de estos delitos. Por lo cual, hace referencia a que las políticas públicas necesitan ser reforzadas para mejorar la sociedad en donde a diario se desenvuelven miles de mujeres.

En el año 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en contra del Estado Mexicano, en donde lo responsabilizaba por la falta de diligencia en las investigaciones sobre los homicidios de tres mujeres en particular, tal sentencia lleva por nombre “Campo algodnero”. Y fue de esta manera como se logró la incorporación del delito de feminicidio en el Código Penal Federal en el año 2012.

Cabe destacar que fue México el primer país de Latinoamérica en agregar a la legislación un tipo penal que fue creado para la protección de las mujeres y el combate a la violencia de género.

El feminicidio es un delito que es relativamente nuevo en nuestro sistema penal, lo cual se considera una problemática social actual en nuestra sociedad. Existen dos ordenamientos jurídicos, los cuales son el mexicano y el español, en donde la regulación de España, lleva por nombre, Ley de Protección Integral Contra la Violencia de Género, fue que por recomendaciones internacionales de algunos organismos; tiene como objetivo otorgar una respuesta a la violencia que existe contra las mujeres en este lugar.

En cuanto al ordenamiento jurídico que existe en México, se crea a partir de una historia de violencia contra las mujeres en México, con el principal objetivo de facilitar una comprensión de los procesos históricos hasta llegar a la tipificación del feminicidio e incluirla en la legislación actual.

La complejidad de la delincuencia en México, debido a su naturaleza multicausal, plantea un desafío a la estrategia nacional de prevención, que desde el primer año tiene algunas limitaciones y deficiencias que eventualmente conducirán a complicaciones operativas. Los principales problemas incluyen la falta de un diagnóstico adecuado, las dificultades para identificar los factores de riesgo y vincularlos a las acciones del programa, la opacidad en los criterios de selección para determinar los límites de los participantes y la asignación de recursos.

En Jalisco, México, la tipificación del feminicidio es básicamente nueva, pues en 2009, después de que la contadora pública Esther Chávez Cano, quien se encargaba de los registros de las muertes, dio inicio a un registro de las diversas muertes que se daban en las mujeres, fue ahí en donde se crea la palabra feminicidio pues en la clasificación que realizó se dio cuenta de que se estaban asesinando a las mujeres de forma violenta, es decir se encontró un patrón que era la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Desde ese momento se iniciaron a hacer públicas en los diarios de la ciudad fronteriza para dar a conocer este nuevo delito.

Por su parte, *Noticias Milenio* anunció que al iniciar el año 2022, el 1 y 2 de enero, se reportaron 5 feminicidios, dos de ellos encabezados por el Estado de Jalisco, dos más fueron en el Estado de Veracruz y otro en La Huerta, Querétaro. A su vez, el Estado de México, reportó en el primer trimestre del 2022, la suma de 229 casos de feminicidio.

Sin embargo, cabe destacar que en México la violencia contra las mujeres aumentó sus cifras desde la pandemia del COVID-19, según las estadísticas recientes que aportó el Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, son alarmantes.

Un factor político, jurídico y social para erradicar y enfrentar la violencia feminicida y los feminicidios en el país, considero que es

necesario fortalecer políticas públicas de educación para disminuir la cultura patriarcal, misógina de desigualdad y violencia hacia las mujeres así como medidas preventivas y disuasivas.

Según otras investigaciones existe dificultad para integrar las diversas carpetas de investigación ante la fiscalía, ya que se pierden evidencias y pruebas y esto hace que se creen hipótesis equivocadas y se crea que han sido suicidios lo que a su vez impide que no existan estadísticas reales del feminicidio.

Una reciente investigación que se realizó en 2019 y 2020, se reportó que los delitos de violencia de género se incrementaron un 27% y la violencia familiar un 5%, esto según la organización no gubernamental de México, quien se encargó de realizar una evaluación al sistema de justicia penal y concluyeron con estos porcentajes de violencia.

Las cifras que reportó esta organización son alarmantes ya que han ido aumentando notablemente y esto indica que se debe de prestar más atención a los planes de políticas públicas que trabajan en el tema de feminicidios. Como anteriormente se mencionó, las cifras no son exactas pues cabe mencionar que hay casos que no son denunciados por la falta de competencia de los Ministerios Públicos.

Esta problemática social no se debe de concentrar solo en las estadísticas por lo que ya se ha mencionado con anterioridad, sino en la necesidad de evitar el delito de feminicidio mediante políticas públicas de prevención y procurar justicia para las víctimas, así como garantizar las medidas de protección a través de las instancias administrativas.

De acuerdo con *ONU Mujeres*, catorce de los 25 países con las cifras más altas de feminicidios están en América Latina. Cada día doce mujeres y niñas son asesinadas en esa región. La pertinencia de esta investigación radica en lo urgente de comprender la multiplicidad de voces y posturas que abordan el fenómeno del feminicidio en un país que es reconocido en la región y en el mundo por sus altos índices de violencia.

Colombia ha establecido una serie de normas para la prevención y erradicación del feminicidio. Las políticas públicas que se consideran medidas para abordar problemas sociales como el feminicidio se han traducido en normas jurídicas o leyes, programas y planes de desarrollo a nivel nacional, provincial y local. Cabe destacar que en Colombia se conforman políticas públicas en diferentes niveles del territorio y organización administrativa del país, pero el aumento de casos y denuncias de agresiones en el seno de la familia y la presencia de casos cada vez más graves reflejan no solo la persistente y profunda ruptura de las relaciones interpersonales, especialmente en el ámbito familiar. Pero las políticas implementadas pueden ser ineficaces e ineficientes.

Colombia es un país que no ha estado exento de estos actos de violencia en contra de las mujeres, es por ello que en 2012 aparece la Ley 1761 de 2015, la cual fue creada después del asesinato que se cometió en contra de la feminista Rosa Elvira Cely. Investigaciones evidenciaron que el hecho tuvo particularidades machistas y actos denigrantes, por esto la creación de esta ley para garantizar la comprensión y adecuada aplicación en el derecho colombiano.

Por ello el Gobierno de Colombia ha ratificado importantes tratados de derechos humanos, en particular los relativos a la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, que tratan de la obligación de no traición que requiere medidas jurídicas, administrativas, presupuestarias y políticas.

Con el fin de promover estas obligaciones internacionales, se promulgó la Ley N° 1257 de 2008, que requiere medidas públicas, como el fortalecimiento del proceso de eliminación de la violencia contra las mujeres en el país.

En el contexto colombiano y sus particularidades, reconociendo la legislación referente al reconocimiento del feminicidio como delito y cómo está siendo aplicada la ley en la realidad a los miles de muertes violentas de mujeres. Es relevante por lo tanto, analizar la implementación de la política pública en México para que se vea fortalecida.

En la actualidad, se ha decidido dar un salto cualitativo en el desarrollo de una política pública para prevenir, proteger, atender y sancionar la violencia contra las mujeres en el país como la forma más relevante de institucionalizar y organizar todos los esfuerzos para eliminar la violencia de género y la violencia contra las mujeres de manera programática.

## **VIOLENCIA DE GÉNERO**

La violencia de género en México es un tema que en la actualidad es bastante alarmante ya que según otras investigaciones, a partir de la pandemia esta ha aumentado, así lo muestra el hecho de que diariamente en un promedio de 11 mujeres fueron asesinadas en el periodo de enero al mes de agosto de 2021. Brenda Lozano, en un reportaje, habla sobre esta problemática y afirma que son más los casos de violencia contra las mujeres que los diagnósticos de coronavirus.

Por su parte el Gobierno Federal le corresponde declarar una alerta de violencia de género ante tantos casos suscitados en México y el poder ejecutivo debe de crear políticas públicas con la finalidad de detenerla y erradicarla con ayuda de la Gobernación.

A su vez, la gobernación a través de la CONAVIM, se destinará recursos previstos en el PEF 2022, para que se otorguen y apliquen

en las entidades federativas y en la Ciudad de México en las que se ha decretado la Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres. Secretaría de Gobernación, 2022.

La violencia de género contra las mujeres es un tema que se ha suscitado desde siempre, ya que el machismo es algo por lo que México se ha destacado. Esto se produce desde el seno familiar, el área laboral, escolar y hasta en las relaciones de noviazgo, desenlazando la violencia emocional, física y sexual así como la discriminación por el hecho de ser mujer.

De acuerdo con la encuesta, mayoritariamente la agresión viene del entorno cercano a las mujeres. En el ámbito estudiantil la mitad de las agresiones provienen de compañeros de escuela. En lo laboral, más de un tercio viene de compañeros de trabajo y 40% viene de superiores jerárquicos. En lo familiar, 40% de los agresores son sus hermanos o padres. Y eso sin contar las agresiones sexuales y feminicidios que crecen sin control en el país. (Raúl Martínez Solares, 2021).

La violencia de género enfocado a las mujeres, se ha normalizado tanto que cuando ocurre no se reporta ya que se consideran actos de la vida cotidiana, y la normalización de esto hace que no se tenga una estadística exacta de este tipo de violencia.

Según Marcia de Castro, coordinadora residente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en México al menos un 4.4% de las muertes que hay en el país tienen presunción de feminicidio, mientras que el 27% de mujeres han sufrido algún tipo de violencia por parte de su pareja.

## **FEMINICIDIO**

El feminicidio es un delito del fuero común y las legislaturas de las entidades federativas lo han ido incorporando paulatinamente en sus legislaciones. El feminicidio, como concepto y como tipo penal, tiene como objeto visibilizar la violencia extrema que se tiene en contra de mujeres y niñas en el país.

El feminicidio no es otra cosa más que un homicidio cometido en contra de la mujer por razón de género, es decir, el Código Penal Federal, establece los lineamientos que caracterizan al delito de feminicidio.

La definición de feminicidio nace en 2004 después de que una diputada del PRD que lleva por nombre Marcela Lagarde crea una normativa jurídica la cual duró 8 años en realizarse, y ella establece que la definición se caracteriza por el tipo de hechos violentos que se ejercieron en contra de las mujeres.

Desde el 2012 entró en vigencia el tipo penal de feminicidio el cual se estableció en el código penal federal con algunas características especiales y sobre todo graves que se han invisibilizado, y las cuales hacen referencia a la violencia de género. Por lo cual podemos darnos cuenta de que ésta es una problemática prácticamente nueva en donde el mundo las ha perpetrado y a su vez se ha ido normalizando, y no debería de ser así pues los principios y valores deberían de prevalecer ante cualquier situación de violencia.

Tomemos en cuenta que siempre ha existido el machismo y que a las mujeres se les ha catalogado como el sexo débil, así como un grupo vulnerable, con estas clasificaciones la sociedad masculina en especial, desvaloriza y degrada a la población femenina y considero que los hombres se han sentido empoderados y han ejercido el machismo con mayor fuerza.

### **PREVENCIÓN DEL DELITO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

La prevención del delito, no solo se trata de un conjunto de políticas públicas, que se referencian como el conjunto de programas, acciones y servicios que tiene por objeto el mejoramiento del entorno social. Por ello, también se podría describir como una actuación que se realiza de manera colectiva y está atendida de raíz el problema de la delincuencia, siendo tal vez una de las mejores armas para la prevención, la política pública de educación.

Como prevención del delito, según Ana Karen García, combatir la violencia feminicida desde la perspectiva de la atención a cualquier otro tipo de violencia podría ser clave en la reducción de los niveles históricos alcanzados en los últimos años. Además de castigar debidamente a quienes cometan un feminicidio es tan necesario e importante como castigar otras expresiones de violencia que no consideran tan graves, como la violencia económica, la discriminación, la desigualdad educativa y laboral, las brechas salariales, las agresiones físicas y sexuales. Ana Karen García 2020.

Ahora bien, cabe destacar que el delito de feminicidio es algo que incluye el factor de la impunidad y es por eso que el papel de las instituciones que están encargadas de la impartición de justicia y a su vez, los generadores de políticas públicas es crucial en la violencia feminicida.

Queda claro que para una eficaz aplicación de la prevención del delito es necesario que la ciudadanía coopere y no sólo circunscribirse a la seguridad pública. Claro está que la sociedad no está capacitada para lograr una prevención del delito exitosa pues falta educación en el tema pero tampoco es un imposible.

Las políticas públicas que actualmente existen en México, no han sido capaces de erradicar este delito por lo cual, considero que se necesita la creación de nuevas políticas que ayuden a que el delito de feminicidio en México se termine.

Cabe mencionar que, desde los años ochenta, Colombia ha ratificado la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1981) y posteriormente ha comenzado a dar pasos importantes a partir de la Constitución política colombiana de 1991, que incluye el derecho a la igualdad ante la ley, sin distinción de ningún tipo. Establecer la igualdad de derechos entre hombres y mujeres como un derecho social, económico y cultural para difundir los derechos de la niña y proteger los derechos de la mujer.

En 1995 también se ratificó la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, que entró en vigor en Colombia el 15 de diciembre de 1996. También se ha promulgado la Ley N° 294, que tiene por objeto, entre otras cosas, prevenir y sancionar la violencia doméstica en el país.

### **DERECHO COMPARADO**

El derecho comparado actualmente es de gran importancia ya que su aplicación ayuda a crear diversas ideologías de diversos temas, sobre todo de problemáticas sociales de relevancia y que de alguna manera generan impacto en diversos lugares del mundo lo cual hace del derecho comparado algo interesante pues te muestra el como otros países han dado solución a problemas jurídico sociales.

### **CONCLUSIONES**

En conclusión y tomando en cuenta que las políticas públicas son creadas para el mejoramiento de alguna problemática social, considero que para prevenir el delito de feminicidio es importante fortalecer la política pública educativa ya que sería como arrancar un problema desde la raíz pues se educaría a las nuevas generaciones, haciendo conciencia de la importancia de la erradicar la violencia contra las mujeres y por ende el feminicidio.

De conformidad con los compromisos del Estado en virtud de los estándares internacionales y los mandatos de las leyes y la jurisprudencia, estas políticas han tenido progresivamente en cuenta una perspectiva de género. Esto se debe a que la violencia contra las mujeres ha alcanzado niveles alarmantes, convirtiéndola en un problema social y transversal que existe a lo largo de todo el ciclo vital de las mujeres y en todos los ámbitos de las relaciones sociales, violando muchos derechos fundamentales.



La lucha contra todas las formas de violencia contra la mujer significa, directa o indirectamente, que, además de incorporar nuevas variantes de género en estas políticas, deben abordarse las brechas existentes en la violencia doméstica, en particular con respecto a la violencia de pareja y sexual y las prácticas tradicionales que afectan a los grupos étnicos, y que es importante fortalecer la coordinación interinstitucional y visibilizar la coordinación. Intersectoriales, para que las políticas existentes tengan un mayor impacto.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Feminicidio en Jalisco. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7858593>
- Recuperado de: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#search/jurisdition:MX/estadisticas+de+feminicidio+en+mexico/WW/vid/879426255>
- Recuperado de: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#search/jurisdition:MX/violencia+de+genero/WW/vid/862171574>
- Recuperado de :<https://www.tirantonline-com-mx.wdg.biblio.udg.mx:8443/tolmex/documento/show/2446366?index=0&general=violencia+de+genero&searchtype=substring>
- Recuperado de: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#search/jurisdition:MX/feminicidio/WW/vid/840298507>
- Recuperado de: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#search/jurisdition:MX/prevencion+del+delito/p2/WW/vid/655471089>
- Recuperado de: <https://app-vlex-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/#search/jurisdition:MX/derecho+comparado/WW/vid/745914885>
- Recuperado de: [https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/723\\_Violenciasbasadas\\_en\\_genero\\_la\\_otra\\_tragedia\\_de\\_Colombia\\_Planteamientos\\_academicos.pdf#page=9](https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/723_Violenciasbasadas_en_genero_la_otra_tragedia_de_Colombia_Planteamientos_academicos.pdf#page=9)

# LA EJECUCIÓN DE LOS DELITOS MONETARIOS A TRAVÉS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

(Aspectos normativos problemáticos para establecer los tipos penales aplicables y la pena)

Raúl Max Ramos Vega  
Universidad de San Martín de Porres  
Perú  
raul-ramos@usmp.pe/  
raulmaxramosvega@gmail.com  
ORCID: 0009-0008-7690-7289

## RESUMEN

El objetivo de esta investigación es evidenciar los problemas existentes al momento de adecuar los tipos penales y establecer la pena ante la comisión de delitos monetarios a través de organizaciones criminales. Para ello, primero presentaremos el problema a modo de introducción, luego desarrollaremos algunos conceptos sobre la organización criminal y el delito monetario y finalmente expondremos una posible solución al problema.

**Palabras claves:** Organización criminal, delito monetario, tipos penales, pena aplicable.

## ABSTRACT

The objective of this investigation is to demonstrate the existing problems at the moment of adapting the criminal types and establishing the penalty before the commission of monetary crimes through criminal organizations. To this end, we will first present the problem as an introduction, then we will develop some concepts about criminal organization and monetary crime and finally we will expose a possible solution to the problem.

**Keywords:** Criminal organization, monetary crime, criminal types, applicable penalty.

**Sumario:** I. Introducción. II. De los delitos monetarios. III. De los delitos monetarios en el Código Penal. IV. De los delitos monetarios comprendidos en la ley de Crimen Organizado. V. Del delito de organización criminal contenido en el artículo 317 del Código Penal. VI. De la antinomia entre lo establecido por el Código Penal y la Ley 30077. VII. De la agravante contenida en el artículo 257 “A” del Código Penal “integrante de una organización Criminal. VIII. De la solución a la antinomia. IX. De la interpretación *pro homine*. X. De la homologación normativa. XI. Conclusiones. XII. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Para abordar el problema, tenemos que precisar que los delitos monetarios están regulados en los artículos 252, 253, 254, 255, 256, 257 y el artículo 257 A del Código Penal que agrava la pena cuando se comete los delitos comprendidos en los artículos 252,253,254,255 y 257, si el agente actúa como integrante de

una organización criminal (Numeral 1). También, los delitos monetarios están comprendidos en la Ley N° 30077 – Ley Contra el Crimen Organizado, que en su artículo 3 apartado 11, señala que esa ley también es aplicable para delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal. Finalmente, el delito de Organización Criminal está regulado en el artículo 317 del Código Penal.

El problema que se advierte al analizar estos tipos penales, se manifiesta de la siguiente manera:

- El artículo 257 A del Código Penal, sanciona con una pena no menor de seis ni mayor a catorce años y con 180 a 365 días multa si el agente actúa como integrante de una organización criminal y realiza cualquiera de los delitos descritos en los artículos 252, 253, 254, 255, 257 del Código Penal.
- A diferencia de este tipo penal, la Ley N° 30077 Ley de Crimen Organizado, señala que son ejecutables a través de las organizaciones criminales los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal. Es decir, excluye los tipos penales comprendidos en los artículos 255 y 257 del Código Penal.
- Ahora bien, el artículo 317 del Código Penal, que fija la pena para el delito de organización criminal<sup>1</sup>, sanciona al integrante con una pena no menor de 8 años ni mayor de 15 años quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8). Asimismo, este artículo a diferencia del artículo 257 “A”, agrava la pena cuando el integrante tenga la calidad de líder o cabecilla, fijando la pena en no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

Sobre lo mencionado, planteamos las siguientes interrogantes:

- Ante la existencia de este baremo normativo sobre el delito monetario ejecutado a través de una organización criminal, ¿Corresponde aplicar la agravante contemplada en el artículo 257 A del Código Penal que fija una pena homologada para todos los integrantes o corresponde aplicar la pena a partir del artículo 317 del Código Penal que fija una pena homologa para los integrantes y una pena superior para el cabecilla?
- De la misma manera, surge otra interrogante ¿Cuáles son los tipos penales ejecutables a través de las organizaciones criminales?, recordando que el Código Penal señala que son ejecutables los tipos penales contemplados en los artículos 252, 253, 254, 255, 257 y la Ley N° 30077 - Ley de Crimen Organizado señala que son aplicables a esa ley los delitos comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.

<sup>1</sup> Es necesario precisar que la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado no establece penas, pues solo fija las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Como mencionamos líneas arriba, antes de dar respuesta a estas interrogantes, procederemos a desarrollar un marco teórico, que nos permita ahondar en las instituciones que se vinculan a la problemática.

## DE LOS DELITOS MONETARIOS

La regulación vigente de los delitos monetarios, encuentra su justificación en la necesidad de proveer seguridad jurídica al mercado, entendida esta categoría, como el lugar donde se desarrolla la oferta y demanda de bienes y servicios. El baremo de formas en que se afecta a los bienes jurídicos en estos delitos, se manifiesta de la siguiente manera: (Cabrera, 2016)

- **Afectación a la estabilidad económica:** La ejecución de estos delitos afecta la estabilidad monetaria y económica del país y no combatirla oportunamente podría generar situaciones de alto riesgo o desconfianza. Recuérdese, cuando en el año 2015 las monedas de 5 soles inundaron el mercado nacional, generando desconfianza al realizarse las transferencias con esas monedas.
- **Afectación a la seguridad en el intercambio o tráfico monetario:** Las diversas modalidades de delitos monetarios afecta la seguridad en el intercambio monetario, al generar incertidumbre en los operadores del mercado, quienes no actúan libremente y confiados al momento de intercambiar monedas o billetes, sino siempre con el temor de recepcionar billetes o monedas falsas.
- **Afectación a la capacidad de cambio:** No cabe duda que la ejecución de los delitos monetarios, afecta la capacidad de cambio y confianza sobre los billetes y monedas, haciendo muchas veces que estos circulen en menor intensidad. Verbigracia de ello, lo ocurrido en el año 2016, cuando en el Perú se armó un psicosocial sobre la falsedad de las monedas de 5 soles del año 2015, que no eran muy bien recibidas en el mercado. Si bien es cierto, esto fue un psicosocial, advertimos que el solo rumor, muchas veces altera la normal circulación de monedas y billetes y puede rezagar la circulación de un billete o moneda con numeración específica, como en el ejemplo que mencionamos.
- **Afectación a la fe pública:** Como consecuencia de la afectación a la seguridad en el intercambio monetario, la fe pública se ve menoscabada, pues como mencionamos líneas arriba, la existencia de billetes y monedas falsas, generan dentro del mercado un clima de desconfianza sobre todos los billetes y monedas en circulación que son considerados como medios de pago.

- ***Afectación al tráfico monetario de moneda extranjera:*** Los delitos monetarios no solo afectan el intercambio de moneda nacional, sino también el intercambio de moneda extranjera. En estos casos, la afectación se dirige contra el buen desarrollo del tráfico monetario internacional.

Con estos conceptos previos, a continuación, nos centraremos en analizar la regulación de los delitos monetarios.

## **DE LOS DELITOS MONETARIOS COMPRENDIDOS EN EL CÓDIGO PENAL**

El Código Penal regula los delitos monetarios en los artículos 252, 253, 254, 255, 256, 257 y sus formas agravadas en el artículo 257 “A” de este mismo cuerpo normativo.

El artículo 252 del Código Penal regula dos comportamientos típicos. Así, el primer párrafo sanciona la creación de monedas y billetes falsificados propiamente dicha, mientras que el segundo párrafo sanciona la falsificación de monedas y billetes falsos cuando se *afecta a los auténticos*, separándolos en cualquiera de sus partes (anverso y reverso) o sobreponiendo sus partes, utilizando disolventes químicos usados en países extranjeros o recurriendo a aleaciones distintas, o valiéndose de cualquier otro medio que no fuere de producción masiva.

Sobre el artículo 253 del Código Penal, la doctrina, entiende que este tipo penal es análogo al tipo penal del artículo 252 del Código Penal, pues también existe falsificación; no obstante, la distinción ha de verse en el soporte sobre el cual recae la modalidad típica (billete o moneda genuino); así como el medio que se emplea para la ejecución del delito (adulteración de los genuinos con billetes y moneda fuera de circulación). (Peña, 2016, pág. 464)

Conforme se aprecia en este tipo penal, el verbo rector en ambos párrafos es la palabra “alterar”, debiéndose entender por este término, según la DRAE, como aquella acción destinada a cambiar la esencia o forma de algo. Para el caso de los billetes o monedas, sería cambiar la forma y esencia aminorando o incrementando su valor numeral.

De otro lado, el artículo 254 sanciona los actos en los que el sujeto activo, introduce, transporta o retira del territorio; o comercializa, distribuye o pone en circulación monedas o billetes alterados por terceras personas. Como podemos verificar, este tipo penal no sanciona el acto de falsificación de monedas y billetes, sino el tráfico de billetes cuando se realiza cualquiera de los comportamientos descritos en el tipo penal, bajo la exigencia que estos billetes o monedas hayan sido falsificados por terceras personas.

Por su parte el artículo 255 del Código Penal, nos plantea hasta tres conductas dentro de su expresión semántica. Por un lado, sanciona a la persona que fabrica o introduce o retira del territorio peruano, maquinas, matrices o cuños u otros instrumentos destinados para la falsificación de billetes y monedas. También, sanciona a la persona que posee pliegues de billetes falsificados y a la persona que extrae de un billete original los precintos de seguridad para ingresarlos a un billete falsificado. Para los tres casos la pena a imponerse se determina entre los 5 a 12 años de pena privativa de libertad y entre los 180 a 365 días multa.

El artículo 256 del Código Penal, bajo su expresión regula dos modalidades delictivas. Por un lado, sanciona al que escribe o consigna sellos sobre billetes genuinos y en circulación o los daña intencionalmente. Por obvias razones, estas conductas esta reservadas únicamente para los billetes, sancionándose únicamente para el caso de las monedas, el acto de destrucción o alteración intencional. La otra modalidad, está relacionada con el acto por el cual, el sujeto activo, deliberadamente y para fines publicitarios o análogos, reproduce o distribuye billetes y monedas, a un nivel capaz de generar confusión en el tráfico monetario o propiciar que estos billetes o monedas sean utilizados como billetes auténticos por terceras personas.

El artículo 257 del Código Penal, no regula una modalidad en los delitos monetarios, sino únicamente, extiende las disposiciones comprendidas en el capítulo de los delitos monetarios a los billetes, monedas, valores y títulos valores de otros países.

Por su parte, el artículo 257 “A” del Código Penal regula las formas agravadas de los delitos monetarios, comprendidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 del Código Penal. Este tipo penal, sanciona con pena no menor de 6 ni mayor a 14 años o 180 a 365 días – multa, al sujeto activo que desarrolla los mencionados delitos bajo los siguientes supuestos: 1). Si realiza cualquiera de los tipos penales mencionados como integrante de una organización criminal. 2). Si el agente labora o laborado en imprenta o talleres gráficos o en la industria metalmeccánica y se ha valido de su conocimiento para ejecutar cualquiera de los tipos penales de los cuales se hace referencia en el artículo 257 “A”. 3). Si el sujeto activo, labora o ha laborado en el Banco Central de Reserva y se ha valido de esta circunstancia para obtener información privilegiada sobre las medidas de seguridad, claves o marcas secretas, de las monedas y billetes que toman en consideración para su fabricación. 4). Esta última agravante sanciona al sujeto activo que mezcla billetes o monedas falsas con originales para facilitar la circulación en el tráfico monetario y así se haga más difícil su detección.

Para los fines que son de interés de esta investigación, enfatizamos la primera agravante que guarda relación con la ejecución de los artículos 252, 253, 254, 255 y 257, como integrante de una organización criminal.

### **DE LOS DELITOS MONETARIOS COMPRENDIDOS EN LA LEY DE CRIMEN ORGANIZADO**

Como mencionamos líneas arriba, la Ley de Crimen Organizado – Ley N° 30077, según el artículo 3, numeral 11, es aplicable a los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.

Así las cosas, son perseguibles y realizables bajo esta ley, el delito de falsificación de moneda y billetes; el delito de alteración del valor de monedas y billetes, y el tráfico de monedas y billetes falsos alterados por terceras personas.

### **DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 317° DEL CÓDIGO PENAL**

En nuestro país, la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, se ha encargado de definir a las organizaciones criminales, y señala que:

Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas, que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

Ahora bien, a diferencia de lo señalado por la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, que tal solo lo define a la organización criminal, el artículo 317 del Código Penal, lo regula e impone pena, bajo la siguiente prescripción:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Los verbos rectores de este tipo penal son promover, organizar, constituir o integrar una organización criminal debiéndose aparejar a estos verbos rectores, para que se configure el delito de organización criminal las siguientes características: la existencia de una estructura, la división de roles, la jerarquización de los miembros que intervienen, la permanencia en el tiempo, número de miembros y el fin lucrativo.

### **DE LA ANTINOMIA ENTRE LO ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY N° 30077 – LEY DE CRIMEN ORGANIZADO**

Al analizar lo señalado en el Código Penal, respecto a los delitos monetarios y al analizar la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, advertimos una posible antinomia normativa, entendida esta como la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Explicamos esto, bajo los siguientes términos.

Al realizar la imputación de los hechos frente a un caso de delito monetario a través de una organización criminal, nos encontraremos con una doble regulación que simultáneamente se contradice. Por un lado, conforme a la agravante del artículo 257 “A”, se sanciona al sujeto activo que como integrante de una organización criminal cuando realiza cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 del Código Penal, y por otro lado, la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, que según el artículo 3, numeral 11, solo se realizan delitos monetarios bajo una organización criminal los comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal, surgiendo la incertidumbre sobre cuál de las reglas se debe seguir, esto es, comprender que bajo una organización criminal se pueden cometer cualquiera de los delitos tipificados en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 o que únicamente bajo una organización criminal, se cometen los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal, conforme a la Ley N° 30077- Ley de Crimen Organizado. Ya oportunamente, procuraremos brindar una respuesta a esta interrogante.

### **DE LA AGRAVANTE CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 257 “A” DEL CÓDIGO PENAL “INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL”**

Una situación que complica aún más esta problemática, tiene que ver con la agravante contenida en el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal, cuando sanciona con una pena mayor, si cualquiera de los delitos contenidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257, se comete como integrante de una organización criminal. Nos explicamos.

Cuando se realiza la imputación de esta agravante, inexorablemente se tendrá que sistematizar la interpretación con el concepto de organización criminal, regulada en el artículo 2 de la Ley N° 30077 – Ley de Crimen



Organizado y de forma más específica con el artículo 317 del Código Penal, para poder imputar necesariamente el rol de cada uno de sus miembros (integrantes y cabecilla), verificando la distribución de tareas y funciones para cometer delitos. Entonces, para poder imputar esta agravante, primero se tiene que hacer un juicio de tipicidad del artículo 317 del Código Penal, para verificar realmente si nos encontramos frente a una organización criminal, lo que como consecuencia de ello genera un concurso ideal de delitos; esto es, emparejar cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 con el artículo 317 del Código Penal.

Ahora bien, bajo estas ideas, definitivamente la imputación sufre una alteración, porque el artículo 317 del Código Penal, a diferencia de la agravante contenida en el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal que sanciona con una pena homologa para todos los integrantes de la organización criminal (6 a 14 años de Pena Privativa de Libertad y 180 a 365 días – multa) sin diferenciar cabecilla de o integrante, incrementa la escala punitiva y hace la diferencia entre la pena para el integrante y el cabecilla, sancionando con una pena entre los 8 a 15 años de Pena Privativa de Libertad para el integrante y entre los 15 a 20 años de Pena Privativa de Libertad para el cabecilla. Ahora bien, corresponde analizar si esta interpretación es la correcta.

### **DE LA SOLUCIÓN A LA ANTINOMIA**

Frente a la posible antinomia entre lo prescrito en el Código Penal respecto a la agravante del artículo 257 “A”, que sanciona al sujeto activo que como integrante de una organización criminal cuando realiza cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 del Código Penal, y por otro lado, la Ley N° 30077 – Ley de Crimen Organizado, que según el artículo 3, numeral 11, aplica solo para los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal, esbozaremos una posible solución.

Nuestro máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el expediente N° 00047-2004-AI, se ha pronunciado sobre las antinomias y sus soluciones, fijando los principios que se deben tomar en consideración para resolver los conflictos normativos a que los que denominamos antinomias. Así, se pronunció señalando que: i) Los principios que resuelven las antinomias son: principio de plazo de validez, de posterioridad, de especificidad, de favorabilidad, de envío, de subsidiariedad, de complementariedad, de suplementariedad, de ultractividad expresa, y, de competencia excluyente, agregando a esto principios el ii) El principio de jerarquía y iii) El principio de competencia.

Al analizar el caso puesto en conflicto, advertimos que la solución a esta antinomia se resuelve al aplicar el principio de favorabilidad que está presente en materia penal, es decir aquella norma que favorece al reo conforme al artículo 103 de la Constitución Política del Perú. Esto, trae como consecuencia que al realizar la imputación frente a un caso de delito monetario a través de una organización criminal, se excluya el artículo 255 referido a la fabricación o importación de instrumentos o insumos con fines de falsificación y el 257 del Código Penal que aplica extensivamente el delito monetario a los billetes, monedas, valores y títulos valores de otros países.

Definitivamente, esta interpretación genera limitaciones importantes en la persecución de los delitos monetarios a través de las organizaciones criminales, pero en definitiva lo señalado es la consecuencia de analizar los tipos penales con los principios que rigen la solución de las antinomias y el conflicto de normas penales a través del principio *pro homine* que desarrollaremos a continuación.

### **DE LA INTERPRETACIÓN PRO HOMINE PARA DETERMINAR LA PENA**

Ahora bien, si en las líneas arriba no referimos a la solución a la posible antinomia detectada, en las líneas siguientes nos detendremos para determinar la pena como consecuencia de la combinación del artículo 317 del Código Penal y la agravante “integrante de una organización criminal” contenida en el numeral 1 del artículo 257 del Código Penal.

Sobre este particular, debemos recordar que el 257 numeral 1 sanciona de 6 a 14 años de pena privativa de libertad y 180 a 365 días – multa, al que comete los delitos 252, 253, 254, 255 y 257 del Código Penal como integrantes de una organización criminal, sin diferenciar cabecilla de o integrante, y el 317 del Código Penal incrementa la escala punitiva y hace la diferencia entre la pena para el integrante (8 a 15 años de pena privativa de libertad) y 15 a 20 años de pena privativa de libertad para el cabecilla.

Analizar esta situación es sumamente importante, porque al imputar la agravante contenida en el numeral 1 del 257 “A”, inexorablemente se generaría un concurso de delitos con el artículo 317 del Código Penal conforme indicamos, porque se estaría advirtiendo la existencia de una organización criminal. Esto trae como consecuencia dudas para determinar y aplicar las penas; dudas, como las siguientes: ¿Se debe determinar la aplicación de la pena bajo las reglas del concurso de delitos?, ¿Se debe aplicar de manera individual la agravante contenida en el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal?, bajo esta última pregunta se genera otra ¿Es correcto que se aplique la misma pena para el integrante y cabecilla conforme numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal?

La respuesta para el autor siempre será la aplicación de la norma más favorable conforme al principio *pro homine*, excluyendo el concurso de delitos y tipificando sobre la agravante específica contenida en el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal, al margen que no diferencie pena para el cabecilla o para los integrantes.

Recuérdese, que el principio *pro homine* conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, implica que los preceptos normativos se apliquen de forma tal que se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales, que para el presente caso es la preeminencia de la libertad al aplicar una pena menor. Asimismo, este principio, implica la preferencia de la interpretación más restringida, cuando de lo que se trata es de restringir derechos. Esto último, para nuestro caso exigiría restringir la interpretación de los tipos penales y no determinar la pena sobre la base del concurso de delitos, sino sobre lo establecido en el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal, pues así también se garantiza de forma preferente el derecho a la libertad.

### **DE LA HOMOLOGACIÓN NORMATIVA**

Todas las situaciones advertidas, no tuvieran lugar si es que las normas que regulan los delitos monetarios sean coherentes desde el Código Penal, la Ley de Crimen Organizado N° 30077 y el tipo penal de organización criminal regulado en el artículo 317 del Código Penal, que como mencionamos, a diferencia del numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal, establece pena distinta para el integrante y para el cabecilla de la organización criminal, que por comprendidas razones deber ser sancionado con una pena mayor, por ser el artífice y gestor de toda una estructura delictiva organizada.

### **CONCLUSIONES**

A modo de conclusión y conforme hemos mencionado líneas arriba, la antinomia detectada entre los prescrito en el artículo numeral 1 del artículo 257 “A”, que sanciona al sujeto activo que como integrante de una organización criminal cuando realiza cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257 del Código Penal, y la Ley 30077 – Ley de Crimen Organizado, que según el artículo 3, numeral 11, esta ley aplica solo para los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal, se resuelve aplicando el principio de favorabilidad; por tanto, la imputación se debe restringir únicamente a los delitos monetarios comprendidos en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal como tipos realizables a través de las organizaciones criminales.

Respecto a la determinación de la pena frente a un aparente concurso de delitos entre el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal y el artículo 317 del Código Penal, concluimos es que esta se resuelve aplicando el principio *pro homine* que restringe la interpretación, por lo tanto, se tiene que aplicar el numeral 1 del artículo 257 “A” del Código Penal y establecer una pena homogénea a todos los integrantes de la organización criminal sin diferenciar pena para el integrante distinta a la del cabecilla.

Finalmente, a fin de evitar esta problemática es necesario la homologación de los tipos penales que regulan los delitos monetarios desde el Código Penal, la Ley de Crimen Organizado N° 30077 y el tipo penal de organización criminal regulado en el artículo 317 del Código Penal, para fines de una adecuada imputación.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Antón, T. S. (1996). Comentarios al Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cabrera, A. P. (2016). Derecho Penal y Proceso Penal. Lima: Idemsa.
- Cavero, P. G. (2016). Derecho Penal Económico. Lima: Pacífico Editores.
- Chapa, M. P. (2016). El delito de organización criminal. Lima: Ideas.
- Donna, E. A. (2004). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires: Rubinzal Kulzondi.
- Gauss, J. (1984). A Theory of Organization in Public Administration, im The Frontiers of Public. Chicago: Universidad de Chicago.
- Peña, A. (2016). Derecho Penal y Proceso Penal (Vol. III). Lima: IDEMSA.
- Reategui, J. (2019). Código Penal Comentado. Lima: Legales Ediciones.
- Rojas, F. (2001). El delito de Asociación Ilícita en el Código Penal Peruano y en la perspectiva jurisprudencial. Diálogo con la Jurisprudencia, 366.
- Rojas, R. K. (2004). Lecciones de Derecho Monetario. Lima: Renteria Editores.
- Salazar, J. A. (1995). Delito de Falsedad. Santa Fe de Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda.
- Welzel, H. (1956). Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma.

# LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Simeona Solís Muñoz<sup>1</sup>

Poder Judicial Pilar,  
Paraguay

simesolis883358@gmail.com

ORCID: 0000-0002-8660-0773

## RESUMEN

La presente investigación parte del estudio de los principales hechos relacionados al ámbito de violencia familiar. Por tanto, el objetivo es analizar la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación en el hecho punible de violencia familiar, en el sistema penal paraguayo. Se adoptó un enfoque cuantitativo, a través de un diseño no experimental, transversal, descriptivo; la población estuvo compuesta por un total de 257 participantes, conformados por camaristas, jueces de primera instancia, jueces de paz, agentes fiscales, defensores públicos, abogados particulares y funcionarios de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú, en el periodo 2018. En tal sentido, la muestra es de tipo no probabilística en las que fueron seleccionados un total de 48 sujetos, utilizando la encuesta como técnica de recolección de datos y un cuestionario *online* como instrumento. Se puede concluir que el marco de aplicación de la legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, se conjuga una serie de indicios, hechos relevantes, instrumentos y criterios que asumen validez, importancia, significancia y protagonismo en el ámbito de la administración de justicia; razón por la cual los organismos competentes y especialmente los órganos juzgadores deben tener presentes para la determinación de la conducta y consecuentemente la aplicación de las penas correspondientes o su absolución definitiva.

**Palabras clave:** doctrina, legítima defensa, causa de justificación, violencia familiar, administración de justicia.

## ABSTRACT

The research starts from the study of the main facts related to the field of family violence, where the lack of complaints, apathy and impunity currently generates a series of difficulties to assess the behavior of the protagonists and the application of criminal doctrine. With the objective of analyzing the framework for the application of legitimate defense as a cause of justification for family violence, in the Paraguayan Penal System, in the city of Pilar, Ñeembucú - Year 2018. The methodological design of a quantitative approach was adopted, through a non-experimental,

---

1. Miembro del Tribunal Multifuero de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales – UNP. Notaria y Escribana Pública – UNP. Magíster en Criminología y Derecho Penal – UNP. Especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal – UNP. Especialista en Didáctica Universitaria – UNP. Docente de la FCPyS – UNP. Participante asistente de varios cursos sobre Derecho, tanto Nacionales e Internacionales. Email: [simesolis883358@gmail.com](mailto:simesolis883358@gmail.com)

cross-sectional, descriptive study; The population consisted of a total of 257 participants, made up of chamberlains, judges of first instance, justices of the peace, prosecutors, public defenders, defense attorneys, and officials from the judicial district of Ñeembucú, considering a non-probabilistic sample and a convenience sampling from which a total of 48 subjects were selected, using the survey as a data collection technique and an online questionnaire as an instrument. Concluding that the framework for the application of legitimate defense as a cause of justification for family violence, in the Paraguayan Penal System, combines a series of indications, relevant facts, instruments and criteria that assume validity, importance, significance and prominence in the field of administration of Justice; which is why the competent bodies and especially the judging bodies must keep in mind for the determination of the conduct and consequently the application of the corresponding penalties or their definitive acquittal.

**Keywords:** Criminal Doctrine, Legitimate Defense, Cause of Justification, Family Violence, Administration of Justice.

**Sumario:** I. Introducción. II. Contextualización de la violencia familiar. III. Violencia intrafamiliar. IV. Agresión ilegítima. V. Consecuencias de la violencia intrafamiliar. VI. Legítima defensa. VII. Naturaleza de la norma. VIII. Criterios que permiten aplicabilidad de la legítima defensa. IX. Requisitos para ampararse en la figura de legítima defensa. X. Criterios de justificación para el uso de la figura de legítima defensa. XI. Legítima defensa en violencia intrafamiliar. XII. Administración de la justicia en la materia de violencia de género y legítima defensa. XIII. Reglas 100 de Brasilia. XIV. Método. XV. Resultados y discusión. XVI. Criterios que permiten aplicar el derecho de la legítima defensa. XVII. Administración de justicia en los casos de legítima defensa. XVIII. Conclusión. XIX. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

El art. 1° de la Ley n.° 1600/00 «contra la violencia doméstica» determina esencialmente las normas de protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar.

Así también, el art. 229 –violencia familiar– del Código Penal paraguayo –Ley n.° 1160/1997–, establecía como elemento del tipo objetivo para la subsunción del citado hecho punible violencia física sobre otro con quien conviva, igualmente, se dispuso la multa como castigo; luego, con la modificación del artículo en cuestión por la Ley n.° 5378/2014, se añade, además, de la violencia física, la psíquica y se dispone que la convivencia ya no es requisito *sine qua non* para la configuración del tipo. Con respecto a la sanción penal, se eleva a seis años de pena privativa de libertad, por lo tanto, este tipo penal de ser un delito a calificarse como crimen, lo que conlleva a no poder beneficiarse con medidas alternativas a la prisión preventiva.

El estudio de la problemática en la violencia familia se da momento de analizar la conducta de los involucrados por medio de la sucesión de hechos, en razón, a la agresividad, brutalidad y severidad dentro del ciclo de violencia, las cuales condicionan frecuentemente un ambiente de indefensión, peligro y vulnerabilidad por parte de las víctimas y del entorno familiar próximo.

Al respecto, estos escenarios son detonantes para una reacción radical hacia los victimarios, ya sea mediante una acción para impedir una agresión, la concreción de un hecho o la consumación de la misma, pudiendo llegar incluso a matar para defenderse.

En esta perspectiva, los hechos de violencia familiar frente a los de violencia de género apuntan a toda persona dentro de un grupo familiar, de acuerdo a la interpretación dada por la Ley n.º 1600/2000; mientras que la segunda tiene en consideración solamente a las mujeres dentro del ámbito de la familia o unidad doméstica, en la comunidad y el Estado; donde cabe destacar que si bien son las mujeres las principales víctimas de violencia, éstos también afectan a otros miembros de la familia. En ese orden de ideas, el estudio de la figura de la legítima defensa tiene una mayor incidencia para la investigación propuesta.

Según los datos presentados por medios de comunicación local, a mediados del tercer trimestre del año 2018, en el país se registraron 13,180 denuncias por casos de violencia contra la mujer, en tanto que en todo el 2017 se atendieron 13,491 casos, es decir, se puede certificar que la cifra podría aumentar en estos dos últimos meses del año con todo lo expuesto sobre la violencia de género se deja al descubierto la vulnerabilidad de mujer en todos los ámbitos de la sociedad, de acuerdo con lo expuesto en la Expo Fiscalía. En cuanto en Asunción, hubo un total de 1,437 casos, informó la periodista del diario Última Hora –Marcia Martínez– (Última Hora digital, 2018).

Los diferentes escenarios requieren así el estudio exhaustivo del ciclo de violencia por parte de los organismos juzgadores a fin de determinar el tipo de conducta empleada por el supuesto victimario, a través del análisis de las pruebas, estudios y pericias realizadas. Se debe resaltar que una agresión ilegítima pone en peligro el bien jurídico protegido de una persona determinada y esta se encuentra condiciona a su defensa. Es así que, ante la imposibilidad de protección por parte de los órganos estatales se manifiesta positivamente un hecho de legítima defensa en casos de violencia familiar.

La legítima defensa ante hechos de violencia de género, se considera un fenómeno que últimamente ha aumentado en el Paraguay, y por lo tanto, se hace necesario conocer el abordaje de hechos relacionados a esta casuística. En este sentido, la jurisprudencia consultada a nivel nacional sobre la aplicación del derecho de legítima defensa en hechos de violencia familiar se presenta especialmente en juicios del fuero civil –divorcio–, mientras que a nivel internacional se ha encontrado en procesos judiciales del fuero penal –homicidios–.

La problemática en cuestión versa sobre análisis de la aplicabilidad de esta figura en la violencia familiar, y contrastarlo de una doctrina referente a la legítima defensa, entendida esta como la acción de repeler una agresión ilegítima presente en contra de uno o de un tercero, para así comprender los presupuestos requeridos para su configuración.

En este contexto, es conveniente traer a colación las nociones sobre la violencia familiar encontradas en el documento final de la *Convención de Belem do Pará* (1994), señalando así que la violencia contra la mujer es tratada como una violación de los derechos humanos, una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que trasciende todos los estratos de la sociedad.

La discusión sobre la perspectiva de género en el tratamiento de supuestos hechos legítima defensa ante situaciones de violencia, como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y pruebas del caso, sitúa la problemática ante una nueva interpretación del instituto de la legítima defensa frente el cual tiene como propósito el estudio de los fenómenos relativos a los escenarios recurrentes de violencia familiar, el cual tiene como población de estudio a profesionales del ámbito del derecho, quienes ejercen funciones en ámbitos públicos judicial del departamento de Ñeembucú.

De esa manera definir el objeto de estudio, hechos producidas de forma regular o espontánea en una conducta de autoprotección donde se considera que el peligro para la víctima es actual, latente, continuo y progresivo en temeridad y riesgo.

Para ello se analizará el marco de aplicación de la legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, en el sistema penal paraguayo, Ñeembucú – Año 2018. En ese contexto, se determinará los principales indicios de la presencia de legítima defensa como causa de justificación en el hecho punible de violencia familiar.

### **CONTEXTUALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR**

Hace pocas décadas, el problema de la violencia familiar había sido menospreciado por las sociedades en el mundo y por el aparato estatal de cada sociedad; pero en la actualidad se ha producido un cambio radical, dado que los Estados muestran un especial interés por este tema. Las consecuencias son múltiples, con graves consecuencias individuales y colectivas; constituyen un síntoma de distorsiones y manifiestan una grave vulneración a los derechos humanos y libertades, y la se corrompen los lazos familiares (Chanamé et al., 2017).

Sobre el punto, Sierra, Macana y Cortés (2014), sostienen que ella tiene raíces históricas y hoy es más aguda y compleja que nunca. También, observan



en todos los niveles sociales, así también asume múltiples formas: física, psicológica, sexual, verbal y económica; siempre que pueda ejercer poder sobre la víctima. A su vez, tiene múltiples representaciones: suicidio, homicidio, desaparición, secuestro, masacre, maltrato, chantaje, ultraje. Afecta a todos: niños, niñas, jóvenes, adultos, hombres, mujeres, en calidad de víctimas o victimarios y hace parte de nuestra vida cotidiana (Sierra et. al., 2017).

## **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

El Código Penal paraguayo tipifica como delito a la violencia familiar. «La violencia intrafamiliar se denomina a toda actividad sistemática o eventual perjudicial destinada a la manipulación y al control de la persona»(Vásquez A. , 2012, pág. 17). El cual puede incluir el abuso sexual, psicológico, sexual, psicológico, emocional y verbal. Se refiere a cualquier persona que haga o hizo parte del grupo familiar, hubiere o no relación de parentesco.

La legislación paraguaya refiere en la Ley n.º 1600/00 a los «supuestos de parejas no convivientes», como noviazgos o relaciones sentimentales no formales. Sobre el punto, los juzgados de paz son la clave para el cumplimiento de la mencionada ley según la afirmación realizada por en el Centro de Documentación y Estudios (2008):

Son los jueces y juezas de paz quienes tienen la obligación de brindar las medidas de protección urgentes, tal como se establece en la ley. Existen en todos los distritos del Paraguay y los servicios que brinda son gratuitos—o por lo menos deberían serlo—.

Son, junto a la Policía Nacional y los servicios públicos de salud, los lugares a los cuales recurren las víctimas de violencia en búsqueda de protección, de atención y de justicia. Teniendo en cuenta que jueces y juezas tienen un rol clave en el acceso de víctimas de violencia a la justicia, la formación desde una perspectiva de género es indispensable.

Las creencias y los mitos producen profundos daños al vivirse constantemente en la contradicción entre el mito en el que se cree y la realidad en la que se vive. Existen personas que viven inmersas en esta contradicción cuando se enfrentan con una cotidianeidad donde la incondicionalidad, ni la reciprocidad, ni el cuidado amoroso están presentes (Larrain & Fernández, 2004, pág. 40).

Se entiende por violencia intrafamiliar a todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o síquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2017). En ese entendimiento, constituye un problema multicausal que se asocia con varios factores sociales, individuales, políticos y comunitarios. Todos pueden ser considerados factores de riesgo, cada uno tiene probabilidad de ser componente para el ofensor o aquel que es objeto de violencia, los factores interactúan con la situación que se vive en el hogar (Sierra et. al., 2017).

En ese orden de ideas, se comenta que este fenómeno de la violencia y el maltrato dentro del ámbito familiar no es un problema reciente. Los análisis históricos revelan que ha sido una característica de la vida familiar tolerada, aceptada desde tiempos remotos (Maygua, 2008).

Sobre esa base, a partir de la apertura democrática paraguaya, tanto autoridades como organizaciones sociales han prestado una creciente atención a la prevención de la violencia, la asistencia a sus víctimas y el estudio de sus características y causas. La comprensión sobre este fenómeno puede ayudar a proveedores de salud y tomadores de decisión a mejorar los recursos disponibles para su prevención y atención a sus víctimas (Centro Paraguayo de Estudios de Población, 2010).

Para estos casos no son el simple resultado de conductas humanas desviadas o patológicas, sino que viene a ser una conducta aprendida, consciente y orientada del ser humano; que viene siendo producto de una organización social estructurada sobre la base de la desigualdad. Intervienen dentro de esta problemática, las relaciones de poder, ejercida siempre por aquellos que tienen mayor derecho sobre los otros, o capacidad de intimidar y controlar la vida de otros Maygua (2008).

La violencia sexual es el arma culmine del tirano para demostrar su poderío, su dominio y su control sobre la mujer. Sumado a lo anterior, hay ataques contra la mujer—en el sentido de agresiones en curso— que se realizan de manera sistemática y reiterada (Correa, 2016).

### **AGRESIÓN ILEGÍTIMA**

Lo primero que se debe identificar es el origen del peligro y se debe satisfacer el requisito de afirmación de derecho. La ley no lo dice explícitamente, pero al ser la agresión ilegítima, es lógico que lo que se pretende hacer con la repulsión de esa agresión no es más que afirmar derecho (Castillo, 2013).

La legítima defensa actúa como una agresión lícita, porque es restablecimiento del derecho. Ahora bien, el requisito de antijuridicidad para que opere esta figura, no es coincidente con la responsabilidad, porque esta no cumple una función preventivo general, sino es que es la defensa de un derecho (Castillo, 2013).

La palabra agresión, utilizada por la ley, ha de entenderse en el sentido amplio de una conducta que constituye un ataque o una ofensa a la persona o derechos de otro, y precisando más, de acuerdo a lo que exige el Código Penal, una conducta o comportamiento del hombre que se traduce en una ofensa o ataque verdadero, actual o inminente a la persona o derechos de otro (Briseño, 2012).

Por un lado, un fundamento individual consistente en la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales objeto de ataque ilegítimo y, por otro, un fundamento supraindividual o social consistente en la necesidad de defender.

## **CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

Generalmente, las mujeres víctimas de violencia presentan dificultades en su desarrollo como madre, porque la agresión afecta a su capacidad de decisiones y/o acciones sin consentimiento de su agresor (Alcázar y Ocampo 2016). Al respecto, las madres estresadas o deprimidas son emocionalmente distantes, difíciles de alcanzar y más propensas a ejercer violencia contra sus hijos. Otro punto importante, se percibe que las mujeres víctimas podrían no tener control y autoridad sobre los hijos, por el sentimiento de inseguridad y dependencia hacia el agresor (Holden citado en Alcázar y Ocampo, 2016).

Igualmente, se pudo identificar formas de agresión intrafamiliar que van desde la agresión física ejecutada utilizando elementos contundentes u o cortantes, la flagelación con látigos o correas, quemaduras con cigarrillos u otros elementos, golpes de puño, agresión psicológica y verbal con insultos, gritos etc. Ocampos (2016)

## **LEGÍTIMA DEFENSA**

La legítima defensa, es tal vez uno de los institutos del derecho más polémico, aún para el entendido, como para el común de la gente, que pretenda estar informado acerca de cuándo la ley autoriza a matar a un semejante ante una agresión ilegítima y, en qué casos el derecho otorga ésta facultad (Gustín, 2017).

Según Ebert (2010) la conducta en legítima defensa consiste en la –defensa–, propiamente dicha, cuando ésta ha de ser necesaria. La defensa es la repulsa de la agresión, se considera repulsa no solo a las medidas defensivas –defensa protectora–, sino también a las ofensivas –defensa agresiva– en la forma de un contraataque.

La defensa solo puede enderezarse contra el agresor. En lo que respecta a bienes jurídicos, no está amparada para terceros. Siguiendo con la explicación de Ebert (2010), en la legítima defensa deben operar dos excepciones a partir del principio en la referencia del agresor. Por un lado, estar justificado la defensa de los daños o destrucciones de una cosa ajena utilizada por el agresor en el ataque; y otro, la transgresión de normas relacionadas con la defensa para la protección de la seguridad y el orden público.

En palabras de E. Bacigalupo –citado en Ayllón, 2017– «el derecho no necesita ceder ante lo ilícito». Facultad actual en el derecho vigente que deviene de reciente evolución. La legítima defensa es un derecho que la ley reconoce a los ciudadanos, esta consiste en la posibilidad de emplear o utilizar la fuerza contra otros sujetos, para defender determinados bienes jurídicos que se encuentre en peligro inminente de sufrir un menoscabo.

El derecho se asienta sobre el dogma de la libertad. La existencia del libre albedrío, significa la facultad de autodeterminación esto fundamenta la existencia de la responsabilidad penal. Igualmente, el derecho y su observancia es condición necesaria para el goce de esa misma libertad (Defensa Pública de Casación, 2013).

La aplicación de las reglas de la legítima defensa se encuentra sujeta a condicionamientos invariables, muchas de las cuales presentan matices diferentes, conforme la interpretación surja de una u otra corriente, en particular, en referencia al requisito temporal de la legítima defensa, podemos afirmar: Es una cuestión que aún no ha sido debidamente precisada. No hay acuerdo unánime en cuanto a su determinación, y prueba de ello son las diferentes posturas y teorías que se han esgrimido en la doctrina científica sobre el tema (Ledesma, 2014).

### **NATURALEZA DE LA NORMA**

La naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación parece fuera de duda, aunque durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación o irreprochabilidad, planteándose como un problema de miedo o perturbación del ánimo en que se defiende al ser objeto de un ataque (Ledesma, 2014).

Mientras la agresión recibida sea injusta para la víctima, en la medida que su defensa sea proporcional al contexto real; existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto de defensa realizado. Otro aspecto de esta norma es la supraindividual, representado por la necesidad por defender el orden jurídico y del derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica. Sin embargo, la importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso niegan al Estado –por ejemplo, matar a otra persona–, imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales en los que solo individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados (Ledesma, 2014).

En tal sentido, todo mecanismo que goce de legalidad, siempre en la medida en que puedan operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho a la defensa cede. Este derecho presupone un acto de fuerza ilegal de parte de un sujeto de derecho internacional, que ha provocado el empleo de medidas de defensa propia por parte del estado afectado o víctima de la agresión. Para Kelsen este derecho debe ser interpretado en el sentido de que está limitado a la defensa contra una agresión ilícita (Dojas, 2012).

La defensa puede ser propia o de terceros, la defensa –propia o de sus derechos– abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. Es decir, es suficiente con que se trate de un bien que proteja el derecho con lo que queda absolutamente a salvo su legitimidad, sin que imperiosamente deba resultar resguardado por el ordenamiento jurídico penal (Landaverde, 2015).

## **CRITERIOS QUE PERMITEN APLICABILIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

Con respecto a los criterios que se deben tener en cuenta para la aplicación de la legítima defensa, Martínez (1998) sostiene:

La necesidad es en términos lisos y llanos, el fundamento de la legítima defensa, como causa de justificación. La necesidad racional, es el requisito que la complementa; porque puede haber necesidad en la defensa privada ante una agresión actual, violenta y sin derecho, pero la reacción puede resultar desmedida y traspasar los límites de la racionalidad (pág. 107).

En ese entendimiento, ya no se estaría en los terrenos de la legítima defensa, por falta de racionalidad en el medio utilizado, sino en el campo del exceso en la legítima defensa. Por eso se aduce, que la proporción constituye el centro de la necesidad racional, como requisito complementario de la necesidad de defensa como fundamento de la legítima defensa.

Al respecto, sostiene Fontán Balestra citado en Martínez (1998) que la dicotomía, referente a la necesidad racional del medio empleado para impedir u oponerse a la agresión ilegítima, el Código Penal argentino la caracteriza de la siguiente manera:

- a. que se haya creado una situación de necesidad,
  - b. que el medio empleado sea racionalmente adecuado para evitar el peligro.
- (...)

La justificación de la defensa punitiva está supeditada a condiciones ulteriores. En primer lugar, se debe tratar de agresiones ilegítimas en un sentido especial: deben ser ilegítimas en el sentido de prohibidas penalmente (lo cual no es necesario para todo caso de legítima defensa). En segundo lugar, no cualquier prohibición penal funciona como condición necesaria del requisito de agresión ilegítima (Bouvier, 2015, págs. 210-213).

En tercer lugar, la configuración de la legítima defensa está supeditada a tres principios básicos de la concepción liberal de la sociedad: inviolabilidad de la persona humana, autonomía y dignidad. La legítima defensa sería de alguna manera instrumental a estos valores pues impediría que el individuo se sacrifique frente a deseos heterónomos o consideraciones de beneficio colectivo.

En cuarto lugar, la legítima defensa en estos casos está supeditada a otras restricciones clásicas. En definitiva, para la justificación de la legítima defensa especial en su variante punitiva se conjugan principios liberales sobre la organización

de la sociedad y principios sobre la justificación de la pena y la responsabilidad penal que constituyen condiciones necesarias, más no suficientes, para determinar la justificación de la defensa.

### **REQUISITOS PARA AMPARARSE EN LA FIGURA DE LEGÍTIMA DEFENSA**

En los países anglosajones, la figura jurídica de legítima defensa se invoca cuando la víctima reacciona o actúa de forma inmediata a la confrontación o agravio padecido, siempre que éste sea proporcional al daño o perjuicio recibido (Díaz, 2013). Es decir, debe ser utilizada solo en el momento en que el individuo es víctima de agresiones, no anterior o posterior a ello o se incurriría en otra tipología del delito, por el uso ilegítimo de esa defensa o porque pudo haberse previsto y no lo hizo o solo fue una especulación sobre su eventual acaecimiento.

De la misma manera, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Este requisito supone la concurrencia de dos extremos distintos: La necesidad de defensa, que sólo persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirla.

En este aspecto, la racionalidad del medio empleado exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados. La necesidad de la defensa es una circunstancia objetiva, en cambio la necesidad racional del medio empleado es una circunstancia subjetiva que, inicialmente, corresponde examinar al agredido. Por tanto y éste requisito es por fuerza, relativo a la personalidad del sujeto y a la naturaleza de la emotividad, en particular cuando se trata de apreciar la defensa (Peña, 2010).

En esa línea, la falta de provocación suficiente por parte del defensor –otro requisito– en principio, conforme a una interpretación estricta llevaría a la injusta conclusión de que la agresión es consecuencia de una previa provocación de quien luego se defiende, en ningún caso cabe apreciar legítima defensa. Es decir, el medio no tiene que ser el absolutamente preciso, ni el único que pueda emplear el agredido, más bien en cada caso, la defensa se juzga conforme al criterio racional por la necesidad de usar éste o aquel procedimiento o recurso. Sólo se exige la necesidad racional de la defensa desplegada, que se encuentra graduada por la razón (Gustín, 2017).

En ese contexto, la función de estas exigencias es autorizar acciones que vulneran la norma –es decir conductas típicas–, porque éstas se realizan en aras de proteger mayores valores. A través de la legítima defensa se justifica la lesión de uno o varios bienes jurídicos para salvaguardar los de quien ejercen la acción defensiva o los de terceros.

Sin embargo, también se entiende que a través de la legítima defensa se defiende el orden jurídico (Muñoz, 2017).

En la medida en que la defensa sea respuesta una proporcionada a determinada-agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado.

Los requisitos que deben concurrir para ampararse en esta figura:

- a. Agresión ilegítima, la cual debe ser, antijurídica, no debe ser puramente formal sino material, es decir, debe haber una efectiva posición en peligro de bienes jurídicos defendibles; típica, es decir, que constituya el tipo de injusto de un delito; real, es decir, no basta que quien se defienda crea que lo hace ante una agresión que sólo exista en su imaginación; y actual, No cabe pues apreciar legítima defensa cuando la agresión ha cesado.
- b. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, aquí supone la concurrencia de dos extremos distintos, la necesidad de defensa, que sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirla. La Racionalidad del medio que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión.
- c. Falta de Provocación suficiente por parte del D/defensor, solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa. (Poder Judicial, 2011).

### **CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN PARA EL USO DE LA FIGURA DE LEGÍTIMA DEFENSA**

Desde el punto de vista estrictamente histórico parece claro que, salvo referencias de muy escaso valor y ubicables en épocas anteriores, la discusión sobre elementos subjetivos en el injusto solo puede plantearse alrededor del –moderno–concepto de antijuricidad surgido en los comienzos del presente siglo.

Ahora bien, aparentemente, el inicio de la controversia hay que ubicarlo en las diferentes interpretaciones para el derecho penal que realizaron Mayer y Hegler, que refieren a la teoría de los elementos subjetivos del ilícito que Fischer desarrollo en el año 1911, en el ámbito del derecho civil.

La ciencia penal ha sostenido todas las alternativas posibles frente al problema aquí analizado en el siguiente orden:

- a. Cierta grupo de autores creen, todavía que la cuestión no es susceptible de ser sometida a generalizaciones y que las respuestas ante cada caso solo pueden ser encontradas en la particular configuración de cada justificante.

- b. Al mismo tiempo, hay quienes creen en la eficacia de las causas de justificación frente a una comprobación mera solamente objetiva de su presencia.
- c. La tesis dominante entiende bajo el argumento del respeto al modelo de injusto personal, que tanto la fundamentación del ilícito, como su excusión, obliga a la consideración los aspectos subjetivos del comportamiento. En el injusto hay un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de allí que el ámbito de la justificación tendrá que tener un valor de acción y un valor de resultado (Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2013).

La defensa propia fue justificada –tradicionalmente– como un derecho natural de las personas para defender su vida y su integridad física. Pero a esta justificación se añade otra que considera que el agresor rompe el pacto social de paz, por tanto, la autodefensa se presenta también como una forma de restaurar ese orden. El agresor pierde su derecho a la paz por haber roto el orden social y jurídico (Cruz, 2001).

El Código Penal del Paraguay en su art. 19, evidencia la necesidad de una agresión ilegítima como condición para que se habilite el permiso del orden jurídico; lo notable en dicha redacción es que los legisladores no acordaron un significado claro y preciso de este requisito. Una somera revisión del problema lo demostraría y planteará una serie de interrogantes. Los debates sobre este tema no se han caracterizado por su lucidez.

Al mencionar el art.19 las palabras rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, ha de entenderse la acción o conducta humana dolosa, que pone en peligro el bien jurídico, sin que haya llegado aún a lesionarlo o, en segundo lugar, que si se lesiona el bien jurídico pero concurre el peligro de una lesión ulterior –necesidad de impedir o repeler la agresión– (Ledesma, 2014).

Se encuentran tres posturas básicas; la primera represente en la imposibilidad de que la agresión ilegítima pueda cometerse mediante algún tipo de omisión. Luzón Peña, está influido por el entendimiento previo de la agresión como suceso físico y violento, lo que a su vez limita los bienes jurídicos defendibles.

Sobre esta base, de manera tácita y expresa se excluye incluso a los caso de –comisión por omisión– u –omisión impropia– siguiendo esta postura se puede afirmar que ni lingüísticamente parece admisible que el que omite agreda, ni preventivo generalmente parece acertado permitir la desproporción característica de la legítima defensa frente a quien se abstiene de interferir (Mora, 2013).



En esa línea, la segunda postura reside en una agresión producida por una omisión, debido a que aquel concepto no presupone –de ningún modo– un comportamiento activo, más la falta de una acción esperada o manada por el ordenamiento que derive en el daño a un bien jurídico. Luego existen posturas intermedias que se basan la mayoría de las veces en la posibilidad de que no toda omisión sino las puedan constituir agresión, solo aquella que sea una omisión impropia.

### **LEGÍTIMA DEFENSA EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

En los tiempos actuales, donde se observa con lupa muerte de mujeres violentadas dentro del hogar, la perspectiva de género se constituye no sólo en un factor de eficacia en la protección de los derechos de las mujeres, sino que también se erige en garantía de acceso a la justicia, y el seguimiento real de casos; además de la prevención de futuros casos (Capilla, 2014).

La legítima defensa como norma es aplicable en muchos casos, pero también tiene problemas al momento de justificar acciones o situaciones en casos de violencia intrafamiliar; se debe optar por una sociedad más inclusiva, es decir, implica reconducir o reconstruir las instituciones con prácticas más equitativas que, contemplando la diversidad, promuevan la igualdad y eviten la falsa superioridad masculina (Capilla, 2014).

Al respecto, la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla (Mora, 2013).

En ese entendimiento, la legítima defensa es una solución viable para casos en los que las mujeres son víctimas de violencia doméstica y de género, en el marco de una relación de tiranía privada matan a sus agresores durante una situación sin confrontación (Correa, 2016).

Igualmente, es justo a través de las amenazas donde se le impide a la mujer realizar cualquier acto dirigido a liberarse del yugo del tirano. En este escenario, la violencia física actúa como refuerzo de las amenazas, y esta dupla amenazas-violencia física es la herramienta con la que el tirano construye los barrotes mentales que privan a la mujer de su libertad (Correa, 2016).

Establecer la legítima defensa, en casos de mujer maltratada dentro de una relación de tiranía privada se configura, por un lado una situación de peligro latente para los bienes jurídicos de ella; y por el otro, una agresión permanente contra la libertad. Estas dos modalidades de agresiones continuas componen la –gran agresión– (Correa, 2016).

Por sus características, es una agresión actual en el sentido de la legítima defensa; puede haber agresiones susceptibles de legítima defensa, en situaciones donde no hay confrontación.

Al respecto, la legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de que la víctima sufrirá un mal grave o inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permite la defensa de los bienes jurídicos aún mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende, no haya debido optar por una conducta menos lesiva (Defensa Pública de Casación, 2013).

Dentro de los tipos de violencia familiar, la violencia conyugal o marital es la reportada con más frecuencia a las autoridades, consecuencia del imperio de la cultura patriarcal donde se concibe una relación violenta como la unión de dos o más individuos en la cual uno ejerce su fuerza sobre el otro (Díaz, 2013).

En ese orden de ideas, se debe considerar en primer lugar, por el mismo tipo de agresión, la mujer se encuentra privada de su libertad tras unos barrotes invisibles; es el mismo tirano, a través de la agresión, el que le impide recurrir a otros medios (Correa, 2016).

En este tipo de violencia estructural se presentan tres fases, según Díaz (2013):

**Tabla 1**

Fase del ciclo de la violencia –síndrome de la mujer maltratada–

Fases	Características
<b>Acumulación de la tensión</b>	El hombre modifica su comportamiento habitual e intenta buscar la forma de escudar sus acciones violentas.
<b>Explosión violenta</b>	El hombre exterioriza su agresión, propinándole golpes a su esposa, situándola en una condición de indefensión.
<b>Manipulación afectiva</b>	Luego de agresiones a la pareja, el hombre asume una actitud de reivindicación hacia ella, se vivencia un momento de reconciliación entre ellos donde se muestran pequeñas actitudes de cambio por parte del agresor.

En estos casos, la agresión tiene dos virtualidades, ya que –por un lado – es la base para la configuración de un requisito esencial de la legítima defensa, y por el otro, el tipo de agresión va a fundamentar la existencia de los demás requisitos de configuración de esta causa de justificación. Por otro lado, el hecho de que exista una relación de pareja o familiar entre la víctima y el agresor no constituye una restricción ético-social a la defensa, y por ende no se disminuye la necesidad de la acción defensiva, por tres razones (Correa, 2016).

## **ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LEGÍTIMA DEFENSA**

Toda denuncia que se realiza por violencia debe ser investigada por el Ministerio Público, ya sea que se presenten en una comisaría jurisdiccional, en el sistema 911, en las Divisiones de Atención a Víctimas de Violencia, o sean de conocimiento personal de salud o de cualquier otra dependencia de atención a víctima que exista. Al respecto, «El Estado está comprometido a desarrollar su enfoque interinstitucional para combatir la violencia contra las mujeres. El objetivo principal del trabajo entre los organismos es el trabajo coordinado para la erradicación de la violencia contra las mujeres» (Vásquez A. , 2012, pág. 69).

La violencia familiar en la legislación nacional es:

Un hecho punible de acción pública donde interviene el Ministerio Público, lo que significa que es un hecho reprochable que atenta contra un bien jurídico socialmente relevante, consecuentemente protegido en las leyes penales suficientemente grave para involucrar e interesar al Estado en investigación (Arrúa, 2005, pág. 32).

En la actualidad el código penal juega el papel simbólico al señalar cuales son las conductas más intolerables para la convivencia. Por esta razón, -es lógico que la presión de las mujeres redunde en una incorporación de nuevos comportamientos lesivos al derecho penal, pues ello refleja precisamente su incorporación al mundo público y su presión para conseguir transformar las definiciones incorporadas al código penal (Larrauri , 2016).

### **REGLAS 100 DE BRASILIA**

Son un conjunto de cien reglas reconocidas por las más importantes redes de sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Vásquez A. , 2012).

La vulnerabilidad de algunos grupos se manifiesta de múltiples maneras y varía entre los individuos. A la vez, una persona puede pertenecer a más de un grupo vulnerable, con lo cual posee mayor fragilidad y aumenta también la discriminación. Se refirió a las condiciones agravantes de discriminación y desigualdad considerados vulnerables, y que incluyen la sumatoria de distintas situaciones como ser el sexo, la edad, raza, etc. (Ribotta, 2012, pág. 12).

### **MÉTODO**

El estudio se desarrolló en la ciudad de Pilar, Departamento de Ñeembucú, a través del análisis de los hechos denunciados ante órganos competentes para resguardar la integridad de los miembros de una familia, ha estudiado casos sobre violencia familiar, así como

aquellas que han impulsado el uso de la legítima defensa en tales situaciones, a nivel nacional como internacional, analizando el marco de las legislaciones y la búsqueda permanente de jurisprudencias sobre la problemática, que han servido de sustento en respuesta a las interrogantes formuladas. Además de los datos recolectados a través de los cuestionarios presentados, analizando las siguientes variables con sus respectivos indicadores.

Conforme a los sujetos determinados en la población y muestra de la investigación, al respecto del cargo que ocupa cada uno de estos en el sistema jurídico paraguayo, de los 48 encuestados, se señala principalmente la participación de 23 abogados defensores; 12 funcionarios, 3 defensores públicos, 3 agentes fiscales, 2 jueces de paz, 3 jueces de primera instancia y 2 miembros del Tribunal de Apelación. Se da respuesta a los indicadores propuestos a partir del objetivo planteado.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

**Tabla 2**

Principales indicios para identificar la presencia de legítima defensa

Categoría	Subcategorías	Cantidad de encuestados	Porcentaje
<b>Indicios de la legítima defensa en el casos de violencia familiar</b>	Agresión física	257	81%
	Emocional		56%
	Familiares		31%
	Desorden mental		44%
	Agravios recíprocos		67%
	Violencia sistemática		38%

La valoración de los hechos comprende una manera donde se destacan situaciones por parte de los involucrados que pudieran calificarse como verosímiles, en donde el órgano juzgador permita valorar la relación de hechos, tanto la imputación como la acusación, para quedar reflejado en la sentencia.

Con respecto a la primera subcategoría refiere la presencia de la agresión física –golpes, lesiones y otros– un 87% de los encuestados considera que se permite valorar la presencia de la legítima defensa en estas circunstancias.

Así también, para 56% hacen referencia a las cuestiones emocionales como: Miedo, temores, fobias, etc. posibilitan principalmente comprender la dinámica de los hechos y para un 38%, además, la posición de cada involucrado. En tal sentido, la presencia de estados emocionales alterados, da la pauta de la condición de la víctima, con relación a la veracidad de los hechos.

En relación a cuestiones familiares que implica la protección, defensa o auxilio de los hijos el 31% reflexiona a estos indicios desde una perspectiva de auto preservación. Este aspecto brinda un aporte esencial para la calificación de las acciones, especialmente en el estudio de las condiciones de vida y relacionamiento de las partes afectadas, como así también por extensión, el núcleo familiar.

En función la subcategoría de un desorden mental que fueron ocasionados como producto de una violencia sistémica un 44% razona que tiene especial atención porque considera las inhabilidades del autor en relación a los hechos.

### Tabla 3

Principales hechos para determinar la legítima defensa en los casos de violencia familiar

Categoría	Subcategorías	Cantidad de encuestados	Porcentaje
<b>Hechos para determinar la legítima defensa en los casos de violencia familiar</b>	Sevicia por parte del autor	257	94%
	Intentos de solicitar ayudar		88%
	Denuncias formuladas por la víctima		94%
	Desatención de denuncias		81%
	Falencias del acceso al sistema		94%
	Medio empleado para repeler la acción		75%

En relación a los hechos para determinar la legítima defensa se establecen las subcategorías de: sevicia, intentos de solicitar ayuda, denuncia, desatención, acceso a la justicia y el medio empleado para repeler la agresión. En ese contexto, la sevicia por parte del autor –crueldad excesiva y malos tratos– como causa de justificación de legítima defensa en el marco de la violencia familiar es un hecho relevante –94%–, que debe ser considerado.

En tal sentido, una persona que sistémicamente vive en un ambiente violento, en un momento dado, tiende a manifestar una conducta inversa a la esperada –reacción agresiva. Es posible considerar así la capacidad de las víctimas por conocer el estado de vulnerabilidad emocional y física del victimario, esperando el momento justo para una acción de defensa, en términos coloquiales, para plantarse y poner fin al sufrimiento.

Así también, respecto a la subcategoría en relación a los intentos de solicitar ayuda como una justificante en la legítima defensa en el hecho punible de violencia familiar son hechos relevantes –88%– ya que se deben apreciar favorablemente. Esto es una manera de reconocer los pedidos de auxilio ante el constante avance de la violencia o el aumento desmedido de la vulnerabilidad a la que se ve sometida, por lo tanto, responde a justificar la reacción ejercida y los medios empleados.

Respecto al enunciado referente a las denuncias realizadas como causa de justificación de legítima defensa en el marco de la violencia familiar es un hecho relevante –94%– que se deben analizar objetivamente. Es una prueba instrumental idónea para el órgano juzgador competente, a través del cual se tiene un conocimiento válido de la sucesión de hechos; en tal sentido, es posible inferir su importancia teniendo en cuenta la frase: Cada familia tiene sus particularidades es; por lo tanto, es el medio para dar conocimiento público de los hechos ante los organismos correspondientes.

En ese orden, en relación a la desatención de denuncias previas como justificante de la legítima defensa en la violencia familiar son hechos relevantes –81%– que se deben interpretar de manera adecuada. En tal sentido, como elemento prueba, estos hechos, facilitan para el estudio de situaciones planteadas en este hecho punible, por lo que corresponde su valoración positiva a fin de constatar la legítima defensa.

Igualmente, respecto a las falencias en el acceso al sistema de justicia son circunstancias apreciables –94%– frente a lo cual se debe tener. En este aspecto, cuando las partes intervinientes y los órganos competentes no satisfacen las necesidades de los involucrados, es decir, de las personas que piden auxilio, es posible considerar el estado de necesidad justificante a fin de repeler o eliminar las conductas violentas.

Finalmente, en relación a la necesidad racional del medio empleado –75%– que requieren de un análisis exhaustivo para su correspondiente juzgamiento.

**Tabla 4**

Legislación nacional vigente relacionada a la legítima defensa

Categoría	Subcategorías	Cantidad de encuestados	Porcentaje
<b>Instrumentos jurídicos que permiten aplicar la legítima defensa en sistema legal paraguayo en los casos de violencia familiar</b>	Constitución Nacional art. 60 «De la protección contra la violencia»	257	69%
	Ley n.° 605/1995 «Convención de Belém do Pará»,		69%
	Ley n.° 1.160/97 «Código Penal Paraguayo» art. 229. Violencia familiar		67%
	Ley n.° 1600/00 «Contra la violencia doméstica»		69%
	Acordada n.° 633/2010 «Que implementa las 100 Reglas de Brasilia»		75%
	Leyes que modifican el art. 229 del Código Penal Ley n.° 4.628/12 y la Ley n.° 5.378/14		81%
	Decreto del Poder Ejecutivo n.° 5140/16 «Que aprueba el plan nacional contra la violencia hacia las mujeres»		56%

La Constitución de la República del Paraguay de 1992 establece en su art. 60 «De la protección contra la violencia», conforme a los datos obtenidos un 69% considera que se debe utilizar para fundamentar la legítima defensa ante hechos de violencia familiar.

Así también, la Ley n.° 605/1995 «Convención de Belém do Pará», de acuerdo a los resultados presentados, el 69% sostiene que es un instrumento para fundamentar la legítima defensa ante hechos de violencia familiar.

Respecto a la Ley n.° 1160/1997 «Código Penal Paraguayo» art. 229 «Violencia familiar», desde la perspectiva de los resultados analizados, el 75% afirma que es la normativa para fundamentar la legítima defensa ante hechos de violencia familiar.

En relación a la Ley n.° 1600/2000 «Contra la violencia doméstica conforme a resultados obtenidos, el 69% considera esta ley para fundamentarla.

En cuanto a la Acordada n.° 633/2010 «Implementación de las 100 Reglas de Brasilia» sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, el 75% afirma que es un instrumento para fundamentarla.

Igualmente, conforme a la Ley n.º 5378/2014 «Que modifica el art. 229 de la Ley n.º 1160/1997, Código Penal y su modificatoria la Ley n.º 4628/2012», el 81% sostiene que debe utilizarse para fundamentar la legítima defensa ante hechos de violencia familiar.

Finalmente, respecto al Decreto del Poder Ejecutivo n.º 5140/2016 «Que aprueba el plan nacional contra la violencia hacia las mujeres 2015-2020», el 56% reconoce que debe utilizarse para fundamentar la legítima defensa ante hechos de violencia familiar.

### **CRITERIOS QUE PERMITEN APLICAR EL DERECHO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

En ese orden, con respecto a las consultas sobre agresiones en centros asistenciales-el 50% sostuvo que es un elemento que se debe considerar para la legítima defensa en hechos de violencia familiar resulta.

En cuanto al ítem referente al ciclo de violencia, los resultados estiman como criterio legítimo en un 44% e incluso razonable en un 44%.

Con respecto al ítem, referido a la forma de realización del hecho y los medios empleados, de acuerdo a los resultados obtenidos, éstos son considerados criterios razonables en un 63% e incluso legítimos en un 37%.

Referente al ítem, de auto preservación–se consideró como criterio legítimo en 50% e incluso razonable el otro 50%.

En función al ítem, de relevancia del daño y del peligro ocasionado, los encuestados lo consideran lo consideran criterios legítimos en 62%.

Finalmente, el ítem, relativo a la perspectiva de género es considerado como criterio legítimo en 50% e incluso razonable en 38%.

### **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS CASOS DE LEGÍTIMA DEFENSA**

En relación al acceso al sistema de justicia en los casos de violencia familiar los encuestados afirmaron en 44% que son efectivos, mientras que el 44% sostiene que son limitados.

Considerando el departamento de Ñeembucú, existen factores demográficos, culturales y estructurales –falta de caminos–, que pudieran considerarse como desmotivadores para realizar denuncias; así como también la falta de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales.

En relación al ítem, de a la orientación jurídica en los casos de violencia familiar es efectiva en un 44%, en tanto un 44% lo estima limitado. Al respecto, existen deficiencias en el tratamiento de los casos, ya sea en cuanto a los procedimientos, tiempos y seguimiento de los casos.



En cuanto a la aplicación de las medidas de protección urgentes en los casos de violencia familiar el 50% sostiene que resulta efectivo, cambio el 31% dice que es limitado. Si bien, la labor de los juzgados competentes resulta efectiva, el cumplimiento de éstas por parte de las instituciones auxiliares presenta limitaciones en materia de control, seguimiento y aplicación de los protocolos de actuación.

Así también en relación a la valoración de pruebas arrojadas por las partes afectadas en estos casos el 44% reconoce que son efectivas, no obstante, el 44% dice que son limitadas. Desde el momento de la denuncia policial, la declaración testimonial, la etapa preparatoria y el juicio oral, el principio de inmediatez no siempre supone un corto tiempo, afectando el relato de los hechos al punto de soslayar, minimizar o rechazar las acciones planteadas en la denuncia. Sin embargo, al considerar la posible aplicación de legítima defensa, éstos tienden a cambiar las versiones, quedando el órgano juzgador sin elementos para la pena.

Finalmente, a la inclusión de la figura legal respectiva dentro del ordenamiento penal relativo a los casos de violencia familiar, conforme a los resultados obtenidos en la encuesta, resulta imperioso –63%–, así como necesario –25%– para una mejor atención de los distintos hechos administrados por el sistema penal paraguayo. Con respecto a este párrafo se consulta a la autora si la inclusión de la legítima defensa refiere a una perspectiva de género en los hechos relacionados a la violencia familiar, ya que esta se encuentra en plena vigencia de acuerdo a lo establecido en el art. 19 del C.P., o en su caso se pretende realizar una modificación al mencionado artículo.

## **CONCLUSIÓN**

El estudio realizado acerca de la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación en la violencia familiar, se aplicó una encuesta a un total de 257 actores del sistema de justicia. Entre las limitaciones encontradas cabe resaltar la ausencia jurisprudencia sobre la problemática, al menos en el fuero penal, no así en el civil, donde éstos hechos asumen otro tipo de relevancia en los casos estudiados por los distintos órganos competentes.

Sin embargo, la aplicación del instrumento de recolección de datos –encuesta–recogió elementos para un análisis de la realidad socio-judicial entorno a la problemática, cumpliendo con los objetivos en los términos que se señalan a continuación.

Conforme al primer objetivo específico, orientado a determinar los principales indicios para identificar la presencia de legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, se tuvo en cuenta que

la presencia de indicios físicos –golpes, lesiones y otros– permiten valorar la relación de hechos; la existencia de indicios emocionales –miedos, temores, fobias– posibilitan principalmente comprender el desarrollo de los fenómenos estudiados; donde la exposición de indicios familiares –protección, defensa y/o auxilio a los hijos/as– estiman importantemente considerarla desde una perspectiva de auto preservación.

Así también, los indicios de desequilibrios o trastornos mentales –ocasionados a causa de la violencia sistémica– considera las inhabilidades del autor en relación a las circunstancias. Por otra parte, la presentación de agravios recíprocos por parte de los involucrados –en conflicto– es un factor trascendente para justificar una valoración positiva de las causas; donde la violencia sistémica resulta trascendente para evidenciar un estado de indefensión continúa de las víctimas de violencia familiar, o bien, comprender el marco de justificación razonable para entender la conducta.

En consonancia al segundo objetivo específico, encaminado a identificar los hechos relevantes para determinar el derecho de legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, se obtuvo que la sevicia –crueldad excesiva y malos tratos–, los intentos de solicitar ayuda, las denuncias realizadas, la desatención de denuncias previas, las falencias en el acceso al sistema de justicia y la necesidad racional del medio empleado son hechos sumamente relevantes que se deben estimar convenientemente, analizar objetivamente, dilucidar convenientemente y prestar atención a todas las referencias sostenidas por cada afectado a fin de conocer en profundidad las circunstancias que rodean a las denuncias para realizar un análisis exhaustivo de la legítima defensa para su correspondiente juzgamiento.

En función al tercer objetivo específico, direccionado a reconocer los instrumentos legales que permiten aplicar del derecho de legítima defensa dentro del ámbito de violencia familiar, es preciso señalar que la Constitución de la República del Paraguay de 1992 –art.60 De la protección contra la violencia–, la Ley n.º 605/1995 «Convención de Belém do Para», la Ley n.º 1160/1997 «Código Penal Paraguayo» art. 229 Violencia familiar– y sus modificaciones sus leyes modificatorias, la Ley n.º 1600/2000 «Contra la violencia doméstica», la Acordada n.º 633/2010 «Implementación de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», el Decreto P.E. N° 5140/2016 «Que aprueba el Plan Nacional contra la violencia hacia las mujeres 2015-2020» deben considerarse siempre en el juzgamiento de los hechos y la aplicación del derecho respectivo.

De acuerdo al cuarto objetivo específico, señalado para describir los criterios que permiten aplicar el derecho de la legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, resulta importante

destacar que las consultas sobre agresiones en centros asistenciales adquieren una valoración de legítimo; mientras que el ciclo de violencia tiende a considerarse legítimo o razonable, al igual que la forma de realización del hecho y los medios empleados, el cual se presenta como un elemento razonable; donde también, la respuesta de auto preservación, la relevancia del daño y del peligro ocasionado y la perspectiva de género se asumen como razones legítimas en el estudio de los hechos para su penalización correspondiente.

Teniendo en cuenta el quinto objetivo específico, direccionado a detallar la administración de justicia en los casos de legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar que terminan en homicidio, es importante advertir que, para los sujetos encuestados, el acceso al sistema de justicia, la orientación jurídica, la aplicación de las medidas de protección urgentes, la valoración de pruebas arrimadas por las partes afectadas y el cumplimiento de las disposiciones determinadas son efectivas. Teniendo así también que la inclusión de la figura legal dentro del ordenamiento penal relativo a los casos de violencia familiar desde la perspectiva de la protección familiar para lograr el amparo de sus componentes, como resultado de la defensa del agredido o cualquiera de sus miembros resulta necesario.

El marco de aplicación de la legítima defensa como causa de justificación de violencia familiar, en el sistema penal paraguayo conjuga una serie de indicios, hechos relevantes, instrumentos y criterios que asumen validez, importancia, significancia y protagonismo en el ámbito de la administración de justicia; razón por la cual los organismos competentes y especialmente los órganos juzgadores deben tener presentes para la determinación de la conducta y consecuentemente la aplicación de las penas correspondientes o su absolución definitiva.

En ese contexto, la aplicación del derecho de legítima defensa está ceñida al análisis en profundidad de todos los elementos jurídicos y de la participación de todas las partes involucradas, como así también de los organismos de protección del Estado.

Conforme a los resultados obtenidos, cabe destacar que este derecho requiere de su incorporación efectiva en el marco jurídico nacional, a través de un análisis profundo, sistemático y crítico de sus principios de aplicación, sus limitaciones y ámbitos de aplicación, los cuales deben garantizar su aplicación correspondiente en base a los supuestos del estado social de derecho. En tanto, el estudio de los hechos debe estar fundamentado convenientemente en función a los criterios, instrumentos jurídicos y principios de administración de justicia, a fin de proteger el bien más preciado, la vida de las personas víctimas corrientes de hechos de violencia familiar.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Alcázar, L., & Ocampo, D. (2016). *Etnicidad, género, ciudadanía y derechos. Consecuencias de la violencia doméstica contra la mujer en el progreso escolar de los niños y niñas de Perú*. Lima: Grade.
- Arrúa, M. (2005). *Obstáculos para el acceso a la justicia de la mujer víctima de violencia en el Paraguay*. Asunción: Corte Suprema de Justicia.
- Ayllón, H. (2017). *Deontología teórica y práctica para profesionales de la criminología*. Madrid: Reus.
- BACCN. (Diciembre de 2012). Ley n.º 2426 / CREA SERVICIO NACIONAL DE CALIDAD Y SALUD ANIMAL (SENACSA). *BACCN - Leyes Paraguayas.*, 1 - 17.
- Bellati, C. (2012). *Causas de justificación. La legítima defensa*. Argentina: Astrea.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (Junio de 2017). *Violencia Familiar*. Obtenido de [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3982/32/Ficha violencia](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3982/32/Ficha%20violencia)
- Blackwell, A. (2015). *Enfoques situacionales de la delincuencia y la violencia: el caso de América Latina*. Obtenido de <https://adamblackwell.wordpress.com/2015/05/04/enfoques-situacionales-de-la-delincuencia-y-la-violencia-el-caso-de-america-latina/>
- Bouvier, H. (2015). Legítima defensa y justificación. Consideraciones sobre la legítima defensa y el liberalismo a partir de algunos textos de Carlos Nino. *Análisis filosófico*, 207-230.
- Briseño, J. (2012). *Legítima defensa en el derecho venezolano*. Obtenido de Universidad Católica Andrés Bello: <http://studylib.es/doc/8001765/1-universidad-cat%C3%B3lica-andr%C3%A9s-bello-vicerrectorado-acad%C3%A9mico>
- Capilla, M. (2014). *El nuevo estándar de protección de los derechos de las mujeres*. Obtenido de Colegio de Abogados de Tucuman: [http://www.colegioabogadostuc.org.ar/aplicativos/documentos/75 Violencia%20de%20genero.doc](http://www.colegioabogadostuc.org.ar/aplicativos/documentos/75%20Violencia%20de%20genero.doc).
- Casas, L. (2014). *Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo "XXX s/homicidio agravado por el vínculo" de la Corte Suprema de Tucumán.* Obtenido de Pensamiento pehnal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf>
- Castillo, A. (2013). *La Ley n.º 20.066: determinación de la violencia psicológica y los presupuestos de admisibilidad de la legítima defensa*. Obtenido de Defensoría Nacional Santiago de Chile: <http://www.dpp.cl/resources/upload/3b29a97833e5da763a6e0fb00427d067.pdf>

- Centro de Documentación y Estudios. (2008). *La violencia doméstica e intrafamiliar. La micrófona. Boletín electrónico del Área Mujer*. Obtenido de <http://www.cde.org.py/imd/nim/wp-content/uploads/2008/11/La-Micr%C3%B3fona-12.pdf>
- Centro Paraguayo de Estudios de Población. (2010). *Nuevos aportes al estudio de la violencia contra las mujeres en Paraguay, Análisis de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud Sexual y Reproductiva 2008*. Asunción: ONU - Mujeres.
- Chanamé, E., Danjoy, Danjoy, D., Cerna, C., Zurita, J., Valentin, R., y otros. (Julio de 2017). *Conocimientos sobre violencia familiar en padres o cuidadores de escolares de un colegio de educación básica*. Obtenido de Redalcy Org.: <http://www.redalyc.org/pdf/1452/145251406003.pdf>
- Comisión Económica para América Latina. (2014). *Violencia juvenil y familiar en América Latina: agenda social y enfoques desde la inclusión*. Obtenido de Panorama social de América Latina: [http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/34732/pse2008\\_cap4\\_agendasocial.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/34732/pse2008_cap4_agendasocial.pdf)
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). *¿Qué es la violencia familiar y como contrarrestar?* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México.
- Constitución Nacional del Paraguay. (1992). Recuperado el 13 de marzo de 2016, de [http://www.oas.org/juridico/spanish/par\\_res3.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm)
- Correa, C. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación*. Obtenido de Dianlet Revistas Online: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=53790>
- Cruz, J. (2001). La causa justa y los problemas de la legítima defensa. (Comentarios a Justificar la guerra de Teresa Santiago). *Signos filosóficos*, 281-290.
- Defensa Pública de Casación. (2013). *Legítima Defensa*. Obtenido de Defensoría de Casación: <http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/LEGITIMA-DEFENSA.pdf>
- Díaz, V. (2013). *Un acercamiento teórico a la mujer víctima-victimaria desde la transición*. Obtenido de ResearchGate: [https://www.researchgate.net/publication/309397585\\_UN\\_ACERCAMIENTO\\_TEORICO\\_A\\_LA\\_MUJER\\_VICTIMA-VICTIMARIA\\_DESDE\\_LA\\_TRANSDISCIPLINARIEDAD](https://www.researchgate.net/publication/309397585_UN_ACERCAMIENTO_TEORICO_A_LA_MUJER_VICTIMA-VICTIMARIA_DESDE_LA_TRANSDISCIPLINARIEDAD)
- Dojas, A. (2012). *Amenazas, respuestas y régimen político*. Buenos Aires: Eudeba.
- Duran, R. (2013). *Causas de justificación en los delitos imprudentes*. Obtenido de <http://ronnyjdurano.blogspot.com/2013/09/causas-de-justificacion-en-los-delitos.html>
- Ebert, U. (2010). *Derecho penal. Parte General*. México: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

- Fuentes, J. (2010). El aspecto subjetivo en las causas de justificación. *Dianlet*, 10-60.
- Fundación Internacional de Ciencias Penales. (2013). Tribuna y Boletín de la FICP. *Foro FICP*, 2-50.
- Gallo , C., & Tadich B., N. (octubre de 2008). Bienestar animal y calidad de carne durante los manejos previos al faenamiento en bovinos. *Revista Electrónica de Veterinaria*, IX, 1 - 19.
- Grupo Latino Ltda. (2006). *Manual del Ingeniero de Alimentos*. Colombia: Libro Digital - Grupo Latino Ltda.
- Gustín, M. (2017). *La legítima defensa*. Argentina: Universidad Empresarial.
- Gustín, M. (2017). *La legítima defensa. Las características y sus problemas de aplicación en el Derecho Penal Argentino*. Obtenido de Universidad Empresarial Siglo Veintiuno: [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13826/GUSTIN%20MICAELA%20\(1\).pdf?sequence=1](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13826/GUSTIN%20MICAELA%20(1).pdf?sequence=1)

# VALORACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MEDIO DE LA VIRTUALIDAD. UNA APROXIMACIÓN A LA DETERMINACIÓN DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez<sup>1</sup>  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Colombia  
yonnibermudez@gmail.com  
yonni.bermudez@campusucc.edu.co  
ORCID: 0000-0001-8766-6953

## RESUMEN

Hoy en día se presenta una latente indeterminación frente a cómo se está abordando la valoración del testimonio en el actual sistema penal acusatorio en Colombia en medio de la virtualidad, dado que existen varios referentes para su valoración, pero no hay un consenso frente a criterios definidos y estables que sirvan como modelo para los abogados practicantes. El método de estudio de la presente ponencia se basa en el análisis de fuentes de información como documentos físicos y digitales, bases de datos, revistas indexadas trabajos académicos de doctorado, disposiciones de orden legal y jurisprudencial del ordenamiento colombiano. Con el fin de determinar el alcance de la valoración del testimonio en la jurisdicción penal ordinaria e Identificar la importancia de la credibilidad en la valoración del testimonio al momento de emisión de una sentencia. La valoración del testimonio ha producido bastante controversia en el ámbito penal, se han estudiado factores, estrategias, mecanismos y herramientas que puede emplear los jueces en su proceso de valoración a efecto de establecer su fiabilidad, generando un escenario que favorezca a una correcta búsqueda de la certeza judicial en el proceso penal. Sin embargo, la virtualidad genero nuevos retos para la justicia, especialmente la valoración de la credibilidad del testimonio.

**Palabras claves:** Valoración, credibilidad, testimonio, sana crítica y virtualidad

## ABSTRACT

Nowadays, there is a latent indeterminacy regarding how the evaluation of the testimony is being approached in the current accusatory penal system in Colombia within the virtuality, therefore, there are several references for its evaluation, but there is no consensus between the criteria defined and stable that serve as a model for practicing lawyers. The study method of this paper is based on the analysis of information sources such as physical and digital documents, databases, indexed

---

1. Abogado de la Universidad la Gran Colombia, especialista en derecho penal de la Universidad del Rosario y magister en derecho procesal penal de la Universidad Militar Nueva Granada, Candidato a doctor de la Universidad de Lleida. Con formación en responsabilidad penal y administrativa de la contratación pública, estrategias de litigación penal e investigación criminal para el sistema penal acusatorio. Docente a nivel de pregrado y posgrado. Socio de la firma Cedeño & Bermúdez abogados.

journals, doctoral academic works, legal and jurisprudential provisions of the Colombian system. In order to determine the range of the testimony assessment in the ordinary criminal jurisdiction and identify the importance of credibility in the evaluation of the testimony at the time of issuing a sentence. The testimony evaluation has produced a lot of controversy in the criminal field, factors, strategies, mechanisms, and tools that judges can use in their evaluation process in order to establish its reliability have been studied, generating a scenario that favors correct research for evidence and judicial certainty in criminal proceedings. However, virtuality generated new challenges for justice, especially the assessment of the credibility of the testimony.

**Keywords:** Assessment, credibility, testimony, reasoned judgment, virtuality.

**Sumario:** I. Introduccción. II. Sistemas de apreciación de credibilidad del testimonio. III. Criterios adoptados por el legislador en Colombia para evaluar el testimonio. IV. Valorización del testimonio a la luz de los principiostécnico-científicos en la virtualidad. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos novedosos del sistema penal oral acusatorio (en adelante, SPOA) consiste en aparte del postulado de la permanencia de la prueba en el proceso, ya que deja de ser “escrita, secreta y valorada por un funcionario que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales” (Gómez, Herrera & Castro, 2013, pp. 802 - 803); ello representa un cambio de paradigma que comporta, entre otras cosas, que la prueba judicial debe ser practicada e introducida al juicio mediante un testigo de acreditación a través de la versión que este rinda en juicio oral, sometido a los parámetros del interrogatorio y contrainterrogatorio.

Pese a que el testimonio en el SPOA es el medio probatorio más trascendental, la valoración del testimonio ha producido bastante controversia en el ámbito penal, al punto de estudiarse factores, estrategias, mecanismos y herramientas que puede emplear el juez en su proceso de valoración a efecto de establecer su fiabilidad, generando un escenario que favorezca a una correcta búsqueda de la verdad procesal. Uno de los criterios que debe tener en cuenta el juez al momento de realizar el proceso de valoración es el comportamiento durante el examen cruzado, la fiabilidad de las respuestas y la personalidad del testigo. Es por todo lo expuesto que, se hace pertinente iniciar el estudio de la credibilidad del testimonio al momento de estar deponiendo ante el juez en medio de la virtualidad.

La evaluación de la verosimilitud del testimonio es trascendental al momento de proferir un pronunciamiento, toda vez que, la sentencia va a girar en torno



a lo manifestado por los testigos, entonces, comprender la credibilidad de un sujeto no solo implica el relato verbal, también deben ser objeto de análisis las manifestaciones no verbales (aparente seguridad del testigo, contacto ocular con quien interroga, prestigio, etc.) para determinar si lo percibido es cierto y es objeto de confianza; con la finalidad de que el juzgador cuente con suficientes medios de prueba que le permitan desvirtuar la presunción de inocencia del investigado y se pueda inferir con probabilidad de verdad que fue autor o participe dentro del delito investigado.

### **SISTEMAS DE APRECIACIÓN DE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO**

En materia de apreciación de la prueba, existen (3) métodos, que son: i) la *íntima convicción*, en este se exige que el juzgador arribe a una certeza moral, de ahí que este método de valoración se aplique en los países en donde existan jurados de conciencia; ii) La *tarifa legal*, en este método se establece previamente el valor que le asigna la ley a determinado medio probatorio y el juzgador simplemente la aplica, sin embargo, si exige motivación por parte del juez y; iii) La *sana crítica*, en este método el juzgador determina el valor de los medios probatorios, tomando como referencia las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, exigiendo la motivación por parte del juez (C. Cons., C-202 de 2005 y C-790 de 2006).

Ahora bien, con relación al método de íntima convicción, este no se puede aplicar en Colombia por no existir los jurados de conciencia. En cuanto al método de la tarifa legal o prueba tasada, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia interna en afirmar que en nuestro sistema de juzgamiento no existe asignación ex ante del mérito de las declaraciones o un mérito demostrativo único establecido por el legislador (C.S.J., Sala Penal, rad 45578, 45682, 35080 & 43367). Es así como, solo se reconoce como un sistema acorde con el ordenamiento nacional para la apreciación de la credibilidad del testimonio las pautas de la sana crítica.

Este ha sido definido como “la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (C. Cons., C-622-98 y C-202 de 2005). A partir de lo anterior, si bien es cierto la independencia y autonomía judicial permite que los jueces evalúen libremente los medios probatorios, es claro entonces que a los juzgadores le asiste la obligación de analizar los elementos de convicción que le permitieron reconstruir un supuesto de hecho, y de motivar la valoración de cada medio de prueba, aplicando las reglas de la sana crítica, estos son, la lógica, la ciencia y la experiencia; las cuales han sido definidas como las reglas del correcto entendimiento probatorio.

La sana crítica, es un criterio de valoración del testimonio en donde el juzgador se forma un libre convencimiento con base en los medios probatorios debidamente allegados e incorporados al proceso. En donde, la sola certeza subjetiva del juez no es suficiente, en tanto la conclusión a que arriba el funcionario debe corresponder a una de naturaleza racional teniendo en cuenta las reglas del correcto entendimiento probatorio. Esto quiere decir, que no se encuentra vinculado a reglas probatorias legales ni normas abstractas de apreciación del testimonio, ya que, será el juzgador quien determine el valor de cada uno de los testimonios en cada caso en particular (Parra 2003; Vivas 2005; Coloma, Carbonell, Alfaro, Avilés, Báez, Bugueño,..Toledo 2010; Verdugo 2010; Marza 2012; Sancinetti 2013; Acevedo 2014; Jaramillo 2015; Benfeld 2015; Correa 2017; Rojas 2017 & Escobar 2018).

La valoración del testimonio se debe realizar de forma “sana”, esto hace alusión al respeto de reglas de evaluación reconocidas como aplicables, es decir, tomando como punto de partida las reglas que reglamentan el razonamiento deductivo, y “crítica”, esto significa que, los hechos que deben ser valorados, se puedan confrontar para establecer si esto pudo suceder o si ello fue posible, por tal razón, los hechos deben encontrar una interpretación razonable una vez sometidos a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, y no ante la opinión de ver cada uno la realidad (C.S.J., Sala Penal, rad 15884).

Ahora bien, uno de los aspectos críticos sobre la valoración del testimonio aplicando la sana crítica radica en que, el juzgador no está vinculado a pautas legales, dictámenes periciales, ni ideas generales como la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, pero el legislador si debe señalar criterios generales que sirvan para facilitar la tarea de los jueces (Parra 2003; Vivas 2005; Rojas 2017 & Escobar 2018). Desde otro punto de vista, en la apreciación del testimonio son necesarios conocimientos no solo jurídicos, sino también psicológicos, respetando que no se contraríen las ideas generales de la sana crítica. Esta dinámica que externaliza los criterios de valoración, por lo menos parcialmente, a campos no jurídicos y que remite al juzgador al ámbito de otras disciplinas, presenta un reto significativo para los jueces que por lo general no cuentan con una formación distinta a la puramente jurídica.

### **CRITERIOS ADOPTADOS POR EL LEGISLADOR EN COLOMBIA PARA EVALUAR EL TESTIMONIO**

En la valoración de la credibilidad del testimonio se reconoce que los jueces actúan con cierta libertad para valorar los medios de prueba allegados e incorporados debidamente al proceso, entre los cuales se encuentra el testimonio. Si bien es cierto, esta forma de valorar la

credibilidad por parte de los juzgadores muy pocas veces se ve reflejada en sus decisiones, si refleja la discrecionalidad que se les reconoce a los jueces en sus ejercicios valorativos de la prueba testimonial, puesto que la valoración de la credibilidad del deponente no está sujeta a ninguna variable objetiva previamente establecida por el legislador.

La Corte en sus decisiones afirma que los operadores judiciales gozan de cierto ámbito de discrecionalidad en la apreciación de los medios de prueba, la cual sólo encuentra límite cuando se puedan llegar a ver vulnerados los postulados de la sana crítica (C.S.J., Sala Penal, radicado 27478; C.S.J., Sala Penal, radicado 29117). A lo dicho agréguese, que no es posible desatender que cuando del análisis de lo expuesto por los testigos se trata, los jueces están en la libertad de determinar las materias que resultan inverosímiles, separándolas de aquellos elementos que sí deben ser aceptados, por medio de los ejercicios de credibilidad confrontándolos con la universalidad del cúmulo probatorio obrante dentro del proceso. Para llevar a cabo este ejercicio el legislador ha definido los principios técnico-científicos de valoración del testimonio.

Los principios técnico-científicos son pautas objetivas que el legislador en su autonomía define como elementos básicos de orientación que permiten al juez realizar un ejercicio de valoración del testimonio acorde con la Ley (González 2008; Meroi 2009; Ayá 2010; Jiménez 2012; Jiménez 2015; Perdomo 2016; Pirazan, Sarmiento & Avilés 2017). En el ejercicio de apreciación del testimonio los jueces habrán de soportar la credibilidad en los criterios técnico científicos señalados en el código de procedimiento penal, estos son:

La percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el testimonio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad (Ley 906, 2004, art 404).

De ahí que el juzgador debe considerar tales criterios al momento de evaluar la verosimilitud del testimonio y la corroboración de lo manifestado con los otros medios probatorios existentes en el proceso.

No obstante, existen posturas discrepantes respecto de los principios técnico-científicos definidos por el legislador, dado que, consideran que la valoración de la prueba no debe tener en cuenta el comportamiento del testigo, esto es, por estar en esta actividad, se descuidará el trabajo lógico que le va a dar bases sólidas para la recuperación de la historia, la cual es un factor necesario para la revelación de la verdad (Meroi 2009 & Ayá 2010). Desde otra perspectiva, el juez si debe percibir y valorar el comportamiento del testigo al momento de responder las preguntas formuladas, teniendo en cuenta que le va a permitir identificar la

mentira voluntaria expresada al momento de rendir la declaración (González 2008; Jiménez 2012; Jiménez 2015; Perdono 2016).

La valoración del testimonio en materia penal se gobierna por los criterios establecidos por el legislador, entre los cuales se encuentra las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron los hechos, en este caso los jueces deben ponderar a efecto de establecer la idoneidad de la declaración del testigo, ya que ciertos factores pueden llegar a influenciar el proceso de percepción de lo ocurrido, por ejemplo, no es lo mismo percibir un hecho a plena luz del día que en altas horas de la noche en donde la falta de buena iluminación del lugar puede generar que la percepción se vea opacada o cuando se observa un hecho cuando se está en presencia de una fuerte lluvia, esto puede llegar a generar cierto grado de complejidad para percibir determinado suceso, de ahí que los jueces deben entrar a valorar estos episodios.

Siendo la evaluación del testimonio un análisis que se debe realizar desde diferentes ángulos, entre ellos, la existencia de intereses u algún motivo de parcialidad al momento de rendir su declaración sobre lo percibido, se reconoce que el testigo únicamente podrá declarar en el juicio sobre hechos que haya tenido la oportunidad de percibir de forma directa y personal, es decir, que la percepción directa se constituye en una regla esencial para establecer la veracidad de la declaración. Sin embargo, en ese contexto se debe destacar que se deben valorar así mismo las posibilidades que tuvo el testigo de prestar la atención al momento del suceso, con la finalidad de poderle reconocer a la versión rendida por parte del testigo verosimilitud y fiabilidad.

La percepción y la memoria del testigo al momento de rendir su versión de lo que tuvo la oportunidad de percibir, se puede verificar cuando el relato goza de naturalidad y especialmente de espontaneidad, ya que el testigo puede no lograr acordarse de algún pormenor de los hechos sobre los cuales está rindiendo su declaración o por el contrario narra de forma única y detallada el acto que constituye el evento delictivo, sin embargo, esto debe ser objeto de análisis por parte de los jueces, toda vez que se puede tratar de un testimonio que carece de espontaneidad y por el contrario se encuentra previamente preparado para dar mayor credibilidad a lo dicho por otros en sede judicial.

En el proceso de rememoración por parte del testigo al momento de rendir su versión sobre los hechos que se investigaban, es importante que exista uniformidad en los tópicos esenciales, los cuales se han denominado como el núcleo duro del testimonio cuya devaluación será importante cuando sea menos explicable la contradicción; de existir dicha uniformidad el testimonio gozará de plena credibilidad, sin embargo, se pueden presentar posibles contradicciones en las que

pueda incurrir el testigo relacionados con aspectos secundarios, los cuales no son suficientes para restar credibilidad en el proceso de rememoración, sino que deben ser valorados por los jueces a través de argumentos válidos que respalden y que brinden soportes para proferir la sentencia con la debida motivación.

La forma de responder del testigo se debe valorar para reconocerle credibilidad a lo manifestado por el testigo, de ahí que la forma de expresarse, el lenguaje empleado en la declaración y demás aspectos que permitan dar fiabilidad a la misma deben ser tenidos en cuenta por los jueces para reconocerle verosimilitud al testimonio. Aun cuando el aspecto relacionado con la personalidad o condiciones personales del testigo incide en su valoración, como lo dispone el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, sirven para establecer la correspondencia del relato con datos objetivos comprobables y poderle reconocer coherencia, solidez y concordancia.

### **VALORACIÓN DEL TESTIMONIO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS TÉCNICO-CIENTÍFICOS EN LA VIRTUALIDAD**

Para el año 2020 varios países adoptaron medidas sanitarias para frenar la transmisión y prevenir la propagación de la enfermedad infecciosa respiratoria causada por la nueva cepa del coronavirus (en adelante, COVID-19). Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) existe suficiente evidencia para indicar que esta nueva enfermedad respiratoria se transfiere de persona en persona por medio de gotículas que salen de nariz o boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar (OMS,2020). Un alto número de personas infectadas padecen una enfermedad respiratoria leve y se recuperan con el paso del tiempo, pero en otros casos puede ser más grave y causar la muerte. La velocidad de propagación de este virus traspasa fronteras geográficas, de ahí que el director general de la OMS lo calificó como una pandemia e invitó a los países a adoptar medidas extraordinarias, estrictas y urgentes para frenar sus efectos devastadores en la población mundial (OMS, 2020).

Las medidas adoptadas para combatir los efectos del COVID-19 en la población mundial no se hicieron esperar, hasta el punto de que se ordenaron aislamientos obligatorios y muchas actividades cotidianas sufrieron fuertes cambios, una de estos fue la presencialidad en los diferentes despachos judiciales, ya que ante un inminente contagio la administración de justicia debió adoptar la modalidad virtual para no suspender sus servicios y afectar el derecho al acceso a la justicia. De ahí que la pandemia ocasionó un cambio de paradigma en la modalidad de llevarse a cabo las diligencias, hasta el punto de llegar a modernizarla, ya que se comenzaron a emplear los medios tecnológicos en los diferentes procesos judiciales.

En materia penal se comenzaron a realizar de manera paulatina las diferentes audiencias por medio de aplicaciones tecnológicas. Sin embargo, se generaron nuevos debates académicos como lo fue el principio de intermediación del juez, especialmente al momento de valorar la credibilidad del testimonio. Es así como, un sector afirmó que no se puede valorar el comportamiento del testigo en el juicio al momento de rendir la declaración, sus respuestas y personalidad en la virtualidad; pues para este sector la no presencia del testigo en la sala de audiencia en donde el juez lo pudiese observar y llegar a un sano raciocinio sobre la credibilidad del testimonio resulta imposible.

Los principales argumentos por los cuales se oponen a la virtualidad tienen que ver con la posibilidad de que el testigo le mienta al juez, la declaración pueda estar viciada, la posibilidad de no valorar el lenguaje no verbal del declarante, la falta de acceso a internet en todas las partes del país, etc. Estos aspectos, sin lugar a duda generaron unos nuevos retos para los jueces, los cuales tuvieron que comenzar a adoptar medidas para controlar las audiencias y garantizar un debido proceso para el investigado. Entre estas medidas se impuso la obligación de mantener la cámara encendida de las partes e intervinientes en el proceso penal, especialmente del declarante cuando este deponiendo en juicio oral.

Esta medida se adopta con la finalidad de que el juez pueda observar al testigo y pueda valorar aquellos aspectos que se valoraban en la presencialidad, es así como se han tratado de flexibilizar y adoptar los criterios de valoración a una nueva realidad que nos trajo la pandemia del COVID-19. Sin embargo, los principios técnico-científicos siguen siendo los criterios bajo los cuales el juez debe valorar la declaración del testigo, adaptados a una nueva realidad como lo es la virtualidad.

Aunado a lo anterior los jueces al momento de valorar la credibilidad de los testigos tienen que lograr inferir de los demás medios de prueba debidamente allegados e incorporados en el proceso penal que lo manifestado por el testigo goza de credibilidad, es así que al momento de valorar las pruebas las debe analizar en conjunto aplicando los postulados de la sana crítica, de ahí que partiendo de estos postulados está en la capacidad de reconocerle credibilidad al testimonio o por el contrario no tenerlo en cuenta para adoptar la decisión que considere ajustada a derecho.

Según la Ley 599 de 2000, en la conducta punible pueden concurrir los autores y los partícipes. Autor, es quien lleva a cabo la conducta tipificada en la ley por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. A su vez, puede ser autor quien obra en representación de una persona jurídica. En cambio, los partícipes son el determinador y el cómplice. El primero incita a otro a desarrollar la conducta antijurídica y el segundo ayuda a que se cometa un hecho delictivo o presta una ayuda

posterior. Sin embargo, el legislador estableció una nueva figura a la cual le reconoció la calidad de interviniente dentro del artículo de los partícipes, con el propósito de sancionar, aunque con pena más benigna, al sujeto que no cuenta con las calidades especiales definidas en el tipo penal lleva a cabo la conducta punible.

La probabilidad de verdad sobre la comisión de un delito y sus posibles responsables, es decir, la autoría y participación, se deben lograr inferir de manera sana de los medios probatorios debidamente allegados e incorporados en el proceso penal, es así como el testimonio es el medio de prueba más importantes en el SPOA adoptado en Colombia. De ahí que la valoración que deben realizar los jueces en medio de la virtualidad demanda la aplicación de los principios científicos adoptados a una nueva realidad, es así como cuando un testigo al momento de deponer no mire la cámara no significa que este mintiendo o si voltea a mirar a otro lado, se puede inferir que está siendo constreñido por un tercero a declarar en determinado sentido.

No se puede desconocer que la virtualidad demanda una mayor concentración por parte del juez para adoptar las medidas correctivas respecto de la persona que está deponiendo con la finalidad de lograr que la declaración sea lo más natural, concreta, detallada y sensata. No obstante, la virtualidad ha significado un paso a una justicia moderna, con mayor accesibilidad, ya que el número de audiencias que no se pueden realizar o aplazar ha disminuido, es así como factores externos como la falta de un recinto adecuado para llevarlas a cabo a dejado de ser una causa de aplazamiento. También, las partes e intervinientes ya no deben esperar largas horas para llevar a cabo la diligencia ya que se encuentran a un clic de ingresar a una sala y desarrollarse la diligencia sin ningún contratiempo.

## **CONCLUSIONES**

La evaluación de la fiabilidad del testimonio en la virtualidad por parte de los juzgadores para arribar a un convencimiento más allá de toda duda sobre la autoría y participación del investigado debe seguirse bajo los principios técnico científicos establecidos por el legislador como criterios para la correcta valoración del testimonio. Los cuales deben ser analizados por los jueces a la luz del método de la sana crítica para arribar al convencimiento necesario para la emisión de la sentencia a que haya lugar. No obstante, estos postulados fueron diseñados en una realidad totalmente diferente a la que se vive hoy en día, sin embargo, se deben flexibilizar y adaptarse a la nueva realidad que se vive en la administración de justicia.

El uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación permite a la administración de justicia un proceso de modernización, de ahí que para hacer frente a esta nueva realidad en Colombia



se adoptó la Ley 2213 de 2022, la cual mantiene la virtualidad en las diferentes actuaciones judiciales. Esta nueva ley introduce modificaciones claves a la manera en la que se llevan los procesos a saber: i) la participación virtual en las actuaciones judiciales; ii) envío de memoriales de manera virtual; y iii) la posibilidad de acceder a las piezas procesales del expediente de forma digital. Este avance normativo, es una muestra de que la virtualidad es un excelente aliado en el acceso a la administración de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, Z. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Revista Acta Académica*, (54), 147 -186.
- Ayá, O. (2010). Teatralidad y derecho: visiones pedagógicas en la praxis procesal. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 13(25), 165 - 179.
- Benfeld, J. (2015). Una concepción no tradicional de la sana crítica. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, 65, 153 - 176.
- Coloma, C., Carbonell, B., Alfaro, M., Avilés, M., Báez, R., Bugueño, J., Toledo, C. (2010). Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal. *Revista Ius et praxis*, 16(2), 3 - 55.
- Colombia, Corte Constitucional (1998), *Sentencia; C- 622/ 98, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla*. Corte Constitucional de Colombia. Consultado (14 de septiembre de 2022) en [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria)
- Colombia, Corte Constitucional (2005), *Sentencia; C-202/ 05, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería*. Corte Constitucional de Colombia. Consultado (04 de octubre de 2022) en [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria)
- Colombia, Corte Constitucional (2006), *Sentencia; C- 790/ 06, Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis*. Corte Constitucional de Colombia. Consultado (04 de octubre de 2022) en [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2002), *Sentencia Sala Penal; 15884, Magistrado Ponente Carlos Augusto Gálvez Argote*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (03 de octubre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2007), *Sentencia Sala Penal; 27478, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (28 de septiembre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2008), *Sentencia Sala Penal; 29117, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (27 de septiembre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)



- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2011), *Sentencia Sala Penal; 35080, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (03 de octubre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2014), *Sentencia Sala Penal; 43367, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (25 de septiembre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2015), *Sentencia Sala Penal; 45578, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (24 de septiembre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia (2015), *Sentencia Sala Penal; 45682, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero*. Corte Suprema de Justicia. Consultado (24 de septiembre de 2022) en [www.cortesuprema.gov.co/corte/](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/)
- Correa, C. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(2).
- Escobar, B. (2018). La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(1).
- Gómez, O., Herrera, S., & Castro B. (2013). Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Bogotá, D.C., Colombia: Defensoría del Pueblo.
- González, D. (2008). La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. *Opinión jurídica*, 7(13), 163 - 174.
- Jaramillo, R. (2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas – UPB*, 45(123), 481 - 511.
- Jiménez, H. (2012). De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano. *Diálogos de saberes*, (36), 157 - 172.
- Jiménez, H. (2015). Receptación y dogmática penal Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano. *Advocatus*, 12 (24), 189 - 214.
- Marza, R. (2012). La víctima como testigo en los procesos penales por violencia de género: Especial referencia a la jurisprudencia de la comunidad valenciana. *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV – ReCrim*, (8), 67 - 118.
- Meroi, A. (2009). Problemas y límites de la oralidad en el proceso civil. *Revista de la maestría en derecho procesal*, 3(1).
- OMS (2020) Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Consultado en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

- OMS (2020) Organización mundial de la salud. Consultado en <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- Parra, A. (2003). Implementación del sistema acusatorio en Colombia principios que rigen la prueba. *Revista opinión jurídica*, 2(4), 21 - 28.
- Perdomo, S. (2016). Proceso penal colombiano. Interés superior del menor de edad víctima de abuso sexual versus la garantía de confrontación del acusado. *Diálogos de saberes*, (44), 113 - 144.
- Pirazan, P., Sarmiento, H., & Avilés, B. (2017). Personalidad y recobro en testigos presenciales. *Repositorio Institucional Craiusta*. Tesis de maestría. Consultado (03 de marzo de 2019) en <https://repository.usta.edu.co>
- Rojas, C. (2017). La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil. Una tarea inconclusa. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, 30(1), 287 - 310.
- Sancinetti, A. (2013). Testigo único y principio de la duda. *Revista para el análisis del derecho – Indret*, (3), 1 - 22
- Verdugo, M. (2010). Declaración de la parte como medio de prueba. *Revista Ius et praxis*, 16(1), 125 - 170.
- Vivas, T. (2005). Valoración judicial de la prueba en los delitos de violación sexual en agravio de los menores de edad. *Repositorio UNMSM*. Tesis doctorado. Consultado (03 de marzo de 2019) en <https://sisbib.unmsm.edu.pe>

# CAPÍTULO II

## Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial

# APLICABILIDAD DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN LOS PROCESOS DE CUSTODIA Y VISITAS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CIUDAD DE IBAGUÉ

*Geraldinn Thalia Cifuentes Londoño*  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Colombia  
geraldinn.cifuentes@campusucc.edu.co

*Carlos José Reyes Bonilla*  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Colombia  
carlos.reyesbo@campus.edu.co

*Lizeth Paola Romero Muñeton*  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Colombia  
ORCID: 0000-0002-5349-170x

## RESUMEN

Esta investigación hablará sobre el síndrome de alienación parental (SAP) el cual fue creado por Richard A. Gardner, como respuesta a rupturas conyugales conflictivas y traumáticas, se trata de una tipología de violencia ejercida por el padre o la madre que se podrá identificar como alienador, sobre su hijo menor de edad, el cual genera un impacto negativo del NNA sobre su padre ausente o también llamado alienado, la forma con la cual es ejercido el SAP es por medio de hechos falsos que nunca ocurrieron o por frases o comentarios malintencionados del padre alienador. Por esta razón se busca articulación en los procesos de custodia y visita de NNA de la ciudad de Ibagué con veras a identificar la vulneración a sus derechos, mediante una recolección de datos en la que se individualiza los derechos vulnerados en estos procesos, posterior, se realizan una serie de entrevistas a autoridades administrativas y judiciales, en la que se busca reconocer si este concepto es conocido y la importancia que tiene para los procesos que se llevan, puesto que en investigaciones de este tipo se ha encontrado que los comportamientos más comunes de los NNA son, rechazo sin motivo alguno y que generan reacciones sin fundamento, el niño no desea estar cerca a su padre alienado hasta el punto de tener reacciones agresivas, también puede desencadenar depresión, baja autoestima, entre otros, es por eso que se hace necesario introducir este síndrome a la legislación colombiana y que cuente con su respectiva regulación.

**Palabras claves:** Alienador, alienante, comportamientos, niños niñas y adolescentes, procesos, síndrome de alienación parental, violencia.

## ABSTRACT

This research will talk about the parental alienation syndrome (SAP) which was created by Richard A. Gardner, as a response to conflictive and traumatic marital breakups, it is a typology of violence exercised by the parent who can be identified as alienating, on his minor child, which generates a negative impact of the child on his absent parent or also called alienated, the way in which the SAP is exercised is through false facts that never happened or by malicious phrases or comments of the alienating parent. For this reason, articulation is sought in the processes of custody and visitation of children and adolescents in the city of Ibagué, in order to identify the violation of their rights, through data collection in which the rights violated in these processes are individualized, followed by a series of interviews with administrative and judicial authorities, in which it is sought to recognize whether this concept is known and the importance it has for the processes that are carried out, Since in investigations of this type it has been found that the most common behaviors of children and adolescents are rejection without any reason and that generate unfounded reactions, the child does not want to be close to his alienated parent to the point of having aggressive reactions, it can also trigger depression, low self-esteem, among others, that is why it is necessary to introduce this syndrome to the Colombian legislation and that it has its respective regulation.

**Keywords:** Alienator, alienating, behaviors, children and adolescents, processes, parental alienation syndrome, violence.

**Sumario:** I. Introduccción. II. Planteamiento del problema. III. Pregunta de investigación. IV. Justificación. V. Objetivos. VI. Marco teórico. VII. Antecedentes. VIII. Metodología de la investigación. IX. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca desarrollar él como en los procesos de custodia y visita, se maneja el concepto de alienación parental para los niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Ibagué, puesto que este tema no está regulado en el sistema jurídico del país, sin embargo no por ello quiere decir que no se den estos casos, es por esto que el objetivo de nuestra investigación es el analizar las articulaciones del concepto de alienación parental en los procesos de custodia y visita de NNA en la ciudad de Ibagué y que así podamos identificar las posibles vulneraciones de derechos que se puedan presentar. Como es sabido, la alienación parental se refiere a un conjunto de conductas negativas que tiene el padre que esta al cuidado del NNA, para con este y el otro progenitor, es por ello que se busca determinar que posibles derechos se le están vulnerando a las partes afectadas, además de ver el concepto desde un aspecto social y jurídico lo cual nos permitirá tener una visión más amplia de este, asimismo entrar a revisar los casos

en los que se ha desarrollado el concepto con la intención de que podamos ver el manejo que hasta el momento se le ha dado, aun sin estar regulado, y además que se podrá realizar el análisis comparativo con aquellos países que han adaptado y tipificado este concepto a su legislación, lo cual nos permitirá alcanzar los objetivos.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El síndrome de alienación parental clasifica como un tipo de violencia psicológica. En esos casos, “el padre o madre que tiene la custodia o cuidado de su hijo menor de edad ejerce un acto de manipulación con la intención de obstaculizar o destruir la relación filial con el otro progenitor”, en la mayoría de los casos, se ha identificado una motivación de venganza. “Se trata de castigar a la ex pareja. Este tipo de conducta se da frecuentemente en procesos como custodia y divorcio”, (Argote, 2021). A pesar de ser un tema tan importante y que ya empezó a ser tratado por los jueces de nuestro país indirectamente, es importante aclarar que no está regulado, si bien se conoce el término de este síndrome, realmente no está tipificado, por lo cual no existe sanción alguna para aquel que lo cause, lo que es una falencia del ordenamiento jurídico nacional, por cuanto se logra demostrar dentro del proceso judicial una conducta que tiene una intención de daño.

Luego de analizar la jurisprudencia de distintos países que ya incorporaron este “nuevo” concepto en sus ordenamientos jurídicos, estos lo han llegado a considerar y lo han añadido a su legislación como delito de violencia intrafamiliar, debido a que es un tema que se ve mucho en los despachos judiciales y que perjudica drásticamente al padre que no tiene la custodia del menor. Por ello en estos países se ha adaptado este nuevo término y ha provocado que tenga consecuencias legales, por ser dañino para el progenitor, y además de ser un comportamiento que afecta gravemente a los NNA. En la sentencia STC 16106/2018 se dice que; El comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el ex compañero transgresor. (Corte Suprema de Justicia de Colombia STC 16106, 2018)

La corte constitucional ya menciona este concepto en la Sentencia T-311/17, que habla de la alienación parental como “una forma específica y sutil de maltrato infantil”, en este sentido del síndrome de alienación parental, permite deducir que es un problema que se puede dar en cualquier tipo de separación de parejas con hijos, es decir, a pesar de que haya sido de mutuo acuerdo o haya habido conflictos a la hora de esta, la persona que queda con la custodia y cuidado del menor, al ver que la otra persona empieza una nueva relación puede empezar a crear

un nuevo concepto al hijo sobre su otro progenitor, o las parejas que se separaron en conflicto empezaran sin razón alguna a influir también en los pensamientos del niño, para así poner en contra y dañar el juicio del NNA, creándose una imagen completamente diferente del padre o madre.

La idea es proponer ante la doctrina colombiana la viabilidad de castigar este síndrome y adecuarlo a las leyes del país para que sea un hecho punible, puesto que estudios muestran que; incluso es posible identificar diferentes niveles de intensidad en el rechazo que muestran los niños y niñas afectados por el SAP las cuales se muestran de la siguiente manera:

- **El rechazo leve**  
Se evidencian signos de desagrado en la relación con el padre o la madre. No hay evitación y la relación no se interrumpe.
- **El rechazo moderado**  
Existe una manifestación de no querer ver al padre o la madre. El rechazo se generaliza a su entorno familiar y social. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe.
- **El rechazo intenso**  
El rechazo adquiere características fóbicas con fuertes mecanismos de evitación. Puede aparecer sintomatología psicósomática asociada. (C. Segura, 2006)

En este estudio superponen dos tipos de rechazo en función del momento en que aparecen: primario y secundario, el primero hacía referencia directamente al momento inmediato de la separación, y el segundo ya es donde hay una buena relación posterior al divorcio pero en cualquier momento el NNA la puede romper, claro está y como se mencionaba anteriormente en razón a las mentiras infundadas por el padre alienante. Es por esto que al no estar regulado en este país, el padre queda de algún modo desamparado por la ley y lo que es aún más importante, se le vulneran los derechos al menor, puesto que pueden llegar a causarle daños emocionales y psicológicos, también está el hecho de que no podrá tener su propia percepción sobre el progenitor y por ende los vínculos con este podrían llegar a ser nulos.

## **PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

¿En los procesos de custodia y visita de niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Ibagué se desarrolla el concepto de alienación parental?

## **JUSTIFICACIÓN**

La alienación parental es un conjunto de conductas negativas que tiene el padre que tiene la custodia y cuidado del NNA con este mismo y con el otro progenitor, este tipo de conductas, de inicio, se da en el “núcleo familiar” pero al ser parte de un proceso destructivo, provoca que tenga proyección y repercusión social.

La idea de esta investigación es ampliar este concepto, y lograr entrar a revisar los diferentes derechos que se le vulneran a los menores involucrados, puesto que en diferentes países donde este término ya ha sido adaptado en la jurisdicción, y donde se ha entrado a estudiar se han dado cuenta que; ante la simple presencia física del progenitor rechazado se han percibido, reacciones de ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación; además de atravesar diferentes situaciones que los hacen sufrir maltrato emocional, los problemas más frecuentemente detectados son:

- Trastornos de ansiedad
- Trastornos en el sueño y en la alimentación
- Trastornos de conducta
  - Conductas agresivas
  - Conductas de evitación
- Utilizan lenguaje y expresiones de adultos
- Dependencia emocional
- Dificultades en la expresión y comprensión de las emociones

En efecto, en el anterior estudio se ha evidenciado que se le causa al menor violencia psicológica, afectaciones emocionales y demás daños, que son perjuicios que no debería sufrir por ningún motivo un NNA, y menos si es por un problema que tienen sus padres, y que están afectando directamente sus derechos, pues son sus progenitores quienes deberían solucionar los conflictos entre ellos, sin necesidad de involucrar al menor.

Asimismo este síndrome es causado por uno de los padres del NNA, es decir que hay una parte que lo causa, y otra que es perjudicada por ello, este estaría siendo sometido a vivir distintas situaciones, de rechazo y desprecio de parte del NNA donde le demuestra, odio, rabia, resentimiento, miedo, que evidentemente ha sido infundado por el padre alienante, que muchas veces no permite ni siquiera que haya algún contacto, convivencia o relación, aunque este lo tenga permitido.

Principalmente lo que se quiere al proponer la formalización de la Alienación parental como una sanción, es que se le garantice al menor vivir en un ambiente sano, que este pueda tomar sus propias decisiones respecto a lo que piense, que el mismo sea quien cree la imagen sobre sus padres y pueda tener los vínculos que él quiera y necesite, que tenga sus espacios de esparcimiento y convivencia adecuados con sus padres, sin tener que escuchar a los demás opinar sobre lo que es o no su progenitor. Además de respetarle el derecho al otro padre de ver a su hijo, aprovechar y disfrutar del tiempo destinado a ellos, sin que tenga que tratar con desprecios y rechazos y por último proporcionar una sanción a aquellos padres que, con intención de dañar al otro padre, le causan un daño psicológico a su hijo creándose ideas erradas sobre este.



## **OBJETIVOS**

### **Objetivo General**

Analizar la articulación del concepto de alienación parental en los procesos de custodia y visitas de niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Ibagué e identificar la posible vulneración de derechos.

### **Objetivos específicos**

1. Determinar el concepto de alienación parental desde un aspecto social y jurídico.
2. Revisar y analizar los procesos de custodia y visita de niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Ibagué en donde se ha desarrollado el concepto de alineación parental.
3. Describir los posibles derechos que se vulneran a los niños y padres, al no articular la alienación parental.
4. Realizar un análisis comparativo de las legislaciones extranjeras que han tipificado la alienación parental.

## **MARCO TEÓRICO**

El estudio de la alienación parental para establecer su viabilidad de formalización en Colombia es el objeto de esta investigación, puesto que se quiere llegar a establecer las diferentes definiciones que se le han dado a este concepto, además de entrar a revisar los derechos que se le vulneran a las personas perjudicadas por este síndrome, para poder determinar si se puede incorporar este término como sanción legal en el ordenamiento jurídico colombiano, para ello es importante definir conceptos claves de esta investigación, las cuales serán; Síndrome de alienación parental, Padre alienante, Padre alienado, Derechos vulnerados, Incorporación del delito en otros países.

### **Síndrome de alienación parental**

La alienación parental consiste en las conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011)

## **ANTECEDENTES**

El término síndrome de alienación parental, fue urdido por el médico estadounidense Richard Gardner, quien lo cita por primera vez en una publicación en el año 1985, definido como: “...un lavado de cerebro” al

cual uno de los padres «generalmente la madre» somete al hijo, en contra del otro progenitor «generalmente el padre» logrando de este modo alienar. (Instituto de Las Mujeres). Richard Gardner durante años y a través de sus libros uso este concepto reiteradas veces, lo tomaba como relevante puesto que afirmaba que afectaba gravemente a la salud de los niños.

Otros autores como Aguilar lo definen como un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

Bolaños entiende el SAP como un síndrome familiar en el que cada uno de sus participantes tiene una responsabilidad relacional en su construcción y por tanto en su transformación; teniendo en cuenta que el elemento principal es el rechazo más o menos intenso de los hijos hacia uno de los cónyuges, propone modificar la nomenclatura clásica de Gardner por la de Progenitor Aceptado y Progenitor Rechazado. (C. Segura, 2006)

### **Padre alienador**

El progenitor alienador, es aquel que provoca este síndrome, el encargado de crearle una percepción distinta al menor sobre su padre, puede tener éxito en sabotear cualquier tipo de recuperación de la relación del hijo con el progenitor alienado, provocando un empeoramiento del desorden. (Huerta)

### **Padre alienado**

Aquel padre que ha sido afectado por el progenitor alienante, puesto que con sus mentiras ha logrado que el menor de alguna manera tenga un rechazo hacia él.

### **Derechos vulnerados**

#### ***Derechos del menor***

De acuerdo al tema planteado en esta investigación, es importante mencionar los derechos individuales que se le vulneran al menor, al ser abordado por el progenitor alienante, y que están establecidos en el código de infancia y adolescencia en la Ley 1098, los cuales consideramos que son:

- **Artículo 17.** Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano.
- **Artículo 18.** Derecho a la integridad personal.
- **Artículo 22.** Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.
- **Artículo 23.** Custodia y cuidado personal.
- **Artículo 30.** Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.

### **Incorporación del delito en otros países**

Estos son los países que han incorporado el concepto como delito:  
*Brasil:* Ley N° 12.318/10 de 26 de agosto de 2010 Contra la Alienación Parental.

*Argentina:* Código penal, Ley 24.270 Configurase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes

*Bolivia:* Artículo 246°.- (sustracción de un menor o incapaz). El que sustrajere a un menor de diez a seis años o un incapaz, de la potestad de sus padres, adoptantes, tutores o curadores, y el que retuviere al menor contra su voluntad, será sancionado con privación de libertad de uno a tres años.

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **Enfoque de la investigación**

El enfoque de la investigación de este proyecto es cualitativo debido a que este método se enfoca en la recopilación de datos de manera hermenéutica y etnográfica, esto con el fin de obtener resultados con sujetos que viven y experimentan estos fenómenos, buscando así obtener los datos e información necesaria para contestar el planteamiento del problema y así cumplir con los objetivos de esta investigación. Vamos a implementar la forma de estudio etnográfica de forma que se buscará por medio digital los juzgados de familia de la ciudad de Ibagué y se revisarán los casos de custodia y visitas, en que los jueces han tratado el concepto de alienación parental, del mismo modo investigaremos cuáles fueron los derechos que se le vulneraron a los NNA, revisando las situaciones que más se repiten y las más inusuales, para así poder llegar a una conclusión y determinar si se debería aplicar este concepto para todos los casos de la misma naturaleza. Después de identificar los casos en los cuales se evidencio que el juez utilizó este término, pasamos a la siguiente parte en el cual se pretenderá solicitar permiso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para poder realizar entrevistas y encuestas a los defensores de familia y al personal psicológico sobre la aplicación y empleo de este concepto al momento de recibir al NNA involucrado.

#### **Alcance de la investigación**

Según lo planteado anteriormente, la naturaleza de esta investigación empezará por ser descriptiva, puesto que se requiere iniciar por una obtención de datos, conceptos e información, pero conforme se avance, será un estudio explicativo, pues se buscará responder a preguntas

como: ¿conoce el concepto de alienación parental, si es así, cree que es favorable su implementación al ordenamiento jurídico del país?, ¿cómo se aplica este concepto a los procesos que se llevan en el ICBF? ¿cree que es importante la regulación de este síndrome?, de este modo poder comprender y poder proponer una solución a las problemáticas y vacíos que se encuentren.

### **Diseño de la investigación**

Con el fin de contestar la incógnita presentada en la preguntada formulada el diseño de este estudio se basará en la investigación cualitativa en la ciencia jurídica la cual combina dos métodos como lo son el método hermenéutico, el cual se ocupa de descubrir el significado de toda expresión de la vida humana y el método etnográfico es aquel que se aplica para estudios en el conocimiento de grupos étnicos, racial, por cuanto forman un todo donde los conceptos de sus realidades a estudiar adquieren significados especiales, su modo de vida.

La población que se tendrá en cuenta para dicha investigación, son los jueces de familia, comisarios de familia y defensores de familia que posiblemente conozcan de los procesos de custodia y visita de NNA en la ciudad de Ibagué, puesto que se entrará a revisar si se les han vulnerado sus derechos en estos casos en los que el síndrome de alienación parental ha estado presente.

### **Recolección de datos**

Se hará la recolección de datos individualizando los derechos vulnerados en los procesos de custodia y visitas de NNA, luego de obtener estos datos de los procesos que se encuentren en los juzgados de la ciudad de Ibagué, se harán las siguientes preguntas a los funcionarios y psicólogos del ICBF:

- ¿Conoce el concepto de Alienación parental, si es así, cree que es favorable su implementación al ordenamiento jurídico del país?
- ¿Cómo se aplica este concepto a los procesos que se llevan en el ICBF?
- ¿Cree que es importante la regulación de este síndrome?
- ¿Este síndrome (SAP) se presenta más en la pareja, hombre o mujer de la relación?

### **Entrevista semiestructurada**

Se pretende solicitar permiso a Jueces y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para poder realizar entrevistas y encuestas a los defensores de familia y al personal psicológico sobre la aplicación y empleo del concepto Síndrome de alienación parental al momento de recibir al NNA involucrado en este tipo de casos.

En este sentido la siguiente entrevista se va a realizar con el fin de obtener información específica sobre que conceptos manejan los jueces de familia, comisarios de familia, defensores de familia y psicólogos del instituto colombiano de bienestar familiar (ICBF) en el tema de alienación parental.

El objetivo principal de la entrevista es obtener resultados sobre si en los procesos de custodia y visita de los niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Ibagué manejan este síndrome y si consideran que los padres utilizan este método como forma de violencia intrafamiliar.

- ¿Conoce el concepto de alienación parental, si es así, cree que es favorable su implementación al ordenamiento jurídico del país?
- ¿Cómo se aplica este concepto a los procesos que se llevan en el ICBF?
- ¿Cree que es importante la regulación de este síndrome?
- ¿Este síndrome (SAP) se presenta más en la pareja, hombre o mujer de la relación

### **Posibles hipótesis**

Después de verificar todos los hallazgos encontrados, verificar los derechos vulnerados y luego de analizar en los casos de custodia y visitas en los que el SAP se hizo presente para poder resolver o argumentar una solución a dicho proceso, podemos observar que es viable incorporarse este síndrome como hecho punible a nuestro ordenamiento jurídico.

Este síndrome se está volviendo algo común en nuestra sociedad ya que se pudo evidenciar el alto número de parejas jóvenes que hoy en día se separan de sus parejas y emplean este tipo de violencia sobre el niño y el padre afectado para así obtener un beneficio, ya sea, económico, mental, sociológico.

El SAP a largo plazo si no se controla de manera adecuada puede ser de los principales delitos que se pueden evidenciar en violencia intrafamiliar debido a su alta utilización de este en los problemas que se presentan en pareja.

### **REFERENCIAS**

Argote, C.A. (14 de Octubre de 2021). Asuntos Legales. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-alienacion-parental-puede-llegar-a-tener-consecuencias-tanto-penales-como-civiles-3247194#:~:text=%E2%80%9CLa%20ley%20tipifica%2C%20en%20el,v%C3%ADctima%20es%20menor%20de%20edad.>

- C. Segura, M. G. (2006). El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil. Málaga.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2011). Alienación parental. Mexico D.F: Zeury.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia STC 16106. (5 de Diciembre de 2018). Magistrado Luis Armando Tolosa Villabon. Recuperado el 2022, de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20FEB2019/STC16106-2018.doc>
- Huerta, A. T. (s.f.). REFLEXIONES SOBRE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. Obtenido de <https://psicologiajuridica.org/psj147.html>
- Instituto de Las Mujeres. (s.f.). AMS. Obtenido de <https://www.mujeeresparalasalud.org/las-bases-teoricas-del-supuesto-sindrome-de-alienacion-parental/#:~:text=El%20t%C3%A9rmino%20s%C3%ADndrome%20de%20alienaci%C3%B3n,los%2Fas%20hijos%2Fas>.
- COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (MÉXICO) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>
- La lógica del Síndrome de Alienación Parental De Gardner (SAP): «terapia de la amenaza» <https://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>
- Alienación Parental o Maltrato al Niño En el Mundo. [http://www.afamse.org.ar/alienacion\\_parental\\_en\\_el\\_mundo.html](http://www.afamse.org.ar/alienacion_parental_en_el_mundo.html)
- Síndrome de Alienación Parental, defensores y detractores. <https://institutosalamanca.com/blog/sindrome-de-alienacion-parental-defensores-y-detractores/#:~:text=Richard%20Gardner&text=Para%20Gardner%2C%20en%20el%20s%C3%ADndrome,padres%20alienados%2C%20acusados%20de%20abuso>.
- Bibliografía para la futura investigación
- <https://cejfe.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/bolanos.pdf>
- [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-41062011000600002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062011000600002)
- [https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12387/finalmente\\_S.A.P.\[1\].pdf;jsessionid=BE33A6213E3435FDFDDBFEF3E28AF707?sequence=1](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12387/finalmente_S.A.P.[1].pdf;jsessionid=BE33A6213E3435FDFDDBFEF3E28AF707?sequence=1)
- <https://www.divorcios.me/sindrome-alienacion-parental/>
- <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/ba9bb3d4610ff1ea13bc9a35d6009373.pdf>
- <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc41/art06.pdf>
- [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-015\\_1918.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-015_1918.htm)
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-311-17.htm>
- [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-115\\_1914.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-115_1914.htm)
- <https://repositorioinstitucional.buap.mx/handle/20.500.12371/515>

# TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA. SUS AFECTACIONES EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE NEGOCIOS NO ESENCIALES

*Jonathan Vicente Barajas orozco*  
Universidad de Guadalajara  
México

jonathan.barajas.orozco@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-7612-5617

## RESUMEN

Con la aparición en México de la pandemia Covid-19 resultó necesario poner atención a lo que la legislación civil del Estado de Jalisco ha venido contemplando sobre la teoría de la imprevisión, por lo que ya con la experiencia que tuvo en los primeros meses de dicha pandemia es que se percató que la legislación civil no satisface las necesidades que la sociedad actual necesita para poder sobrellevar nuevamente los incumplimientos de contrato que surgieron por situaciones que no pudieron preverse por ninguna de las ambas partes, ocasionando para ambas tanto afectaciones jurídicas como económicas.

**Palabras clave:** teoría de la imprevisión, contrato de arrendamiento, negocios no esenciales, Covid-19.

## ABSTRACT

With the arrival to Mexico of the Covid-19 pandemic it became necessary pay attention to what the civil legislation of the State of Jalisco has been contemplating on the theory of unpredictability, so that already with the experience it had, the first months of the pandemic it was realized that the civil legislation does not meet the needs that today's society needs to cope again the breaches of contract that arose from situations that could not be foreseen by any of the parties, causing both legal and economic affectations for both.

**Keywords:** Theory of unpredictability, lease contract, non-core business, Covid-19.

**Sumario:** I. Introducción. II. Contenido. III. Referencias bibliográficas

## INTRODUCCIÓN

Una vez que el Covid-19 fue declarada como pandemia, el gobierno mexicano emitió medidas con el fin de evitar aglomeraciones y con ello mitigar el contagio, siendo una de estas medidas la de suspender actividades no esenciales. Una vez que los negocios no esenciales comenzaron a cerrar sus puertas, estos dejaron de generar ganancias y

con ello, los que contaban con contratos de arrendamiento no pudieron continuar con sus obligaciones contractuales ya que las condiciones habían cambiado. Siendo así, es que, la legislación del Estado de Jalisco únicamente menciona que ante una situación así, el arrendatario tiene derecho a rescindir el contrato sin penalidad alguna, sin embargo, los arrendatarios no querían rescindir sus contratos, sino la reducción de la renta, ya que las condiciones habían cambiado, al no conseguir ello, muchos negocios quebraron.

En cuanto a los objetivos de la investigación es el evaluar mediante análisis las afectaciones tanto jurídicas como económicas derivadas de la pandemia Covid-19 la necesidad sobre la restructuración a la legislación del estado de Jalisco en cuanto a lo que debería de contemplar sobre la teoría de la imprevisión.

## CONTENIDO

Los contratos de arrendamiento hoy en día se traducen como el manifiesto escrito de voluntades, cuya finalidad es económica, en el cual por medio del contrato se terminan creando o transmitiendo derechos y obligaciones, en la que por una parte se tiene al arrendador quien es la persona que transmite un derecho, es decir, cede un bien o servicio a favor de una segunda persona a la que se le denomina arrendatario, mismo que queda obligado a pagar un precio cierto por el aprovechamiento de la posesión que el arrendador otorga al arrendatario. Es preciso retroceder a la historia en materia de contratos de arrendamiento para así de esta forma conocer el surgimiento de ellos como un acuerdo de voluntades entre las partes que se relacionan en éste.

Amirante Luigui (1957, como se citó en Serrano Quintero, 2011) hace mención que desentrañar los orígenes del contrato de arrendamiento puede resultar una tarea bastante difícil, sin embargo, su surgimiento se puede ligar con el nacimiento de la *locatio conductio* el cual es un contrato consensuado entre ambas partes y de buena fe en el que uno de los contratantes denominado “*locator*” se obliga frente a otro que se le denomina “*conductor*”.

Por otro lado, González Alcántara (2021), comenta que los conocimientos más remotos que se tienen sobre el arrendamiento, se encuentran en el derecho romano, sobre las instituciones contractuales denominadas *locatio operartum*, *locatio rei*, y *locatio operaris fasciendi*, sin embargo las figuras de la *locatio*, inicialmente fue practicada principalmente en esclavos y animales, y ya hasta el siglo II A.C. fue cuando surgió la *locatio* en el arrendamiento de tierras y como consecuencia a ello, es así que en la época del Imperio, precisamente en Roma fueron construidas magnas edificaciones con fines de uso habitacional, cuyo fin, fue el comienzo de alquiler de viviendas.



Se puede definir que durante el tiempo que el ser humano ha tenido un espacio en la tierra, conforme va pasando el tiempo ciertas costumbres van cambiando junto al tiempo, asimismo, la creatividad que fue evolucionando en el ser humano han ido dejando atrás las formas bárbaras en las que se involucraba con la sociedad, por lo que con su evolución, las necesidades fueron cambiando, tal como menciona Engels Federico (1999, como se citó en Simental Franco 2012) el ser humano para lograr subsistir requiere del trabajo común, de la suma de esfuerzos individuales en beneficio de la colectividad, traducándose a un acuerdo de voluntades para así lograr la socialización humana.

En la edad media se dio paso al contrato feudal, que, aunque fuese primordialmente a palabra, mantiene un valor simbólico y representativo entre el vasallo y el señor, porque incluso llevaban a cabo un tipo de ceremonia para su celebración, no fue hasta a partir del siglo XII donde se sustituye este tipo de contrato por la realización de un documento donde se realizaba la confesión del vasallo donde reconocía la relación que tenía con el señor.

En cuanto al tema que se ocupa respecto a la forma en que eran realizados los contratos en el México precolombino, Máximo Carbajal Contreras (1992) hace referencia que en la época en mención los contratos eran meramente verbales, es decir, no requería de formalismos, sin embargo, era necesaria la presencia de testigos, los contratos de compraventa podían ser puros, simples o a plazo. Algo interesante por rescatar en el estudio realizado por el mencionado autor es que el comprador tenía en todo momento el derecho a rescindir el contrato, devolviendo el bien adquirido y obteniendo el precio pagado por ello. Existía ya desde este tiempo el contrato de fianza y su objetivo era garantizar el cumplimiento de los otros contratos, el cual consistía que, en caso de incumplimiento por el fiado, éste se convertía en esclavo del acreedor, es preciso señalar que este tipo de fianza de igual forma era transmitida a los herederos. En materia de contratos de arrendamiento, únicamente su existencia era válida cuando existían tierras vacantes de un calpulli, ello era forzosamente que perteneciera al clan azteca, el cual estaba formado por conjuntos de familias de ascendencia similar y poseían tierras comunales, así como un gobierno interno y compartían una escuela de formación para guerreros jóvenes.

En México, la evolución de los contratos fue inspirada en los principios de la escuela clásica para los códigos civiles del 70 y del 84, mismos en los cuales se establecían los principios de la libertad contractual, la intangibilidad de los contratos y la fuerza obligatoria. Como hace mención Aguilar Gutiérrez (sin fecha) fue la jurisprudencia la que estipuló en forma perpetua los principios como que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos y que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos.

Como se ha mencionado, anteriormente al no existir formalidades en los contratos ni encontrarse dentro del marco de la legalidad, una de las partes usualmente es la que se encontraba en desventaja del otro, por ejemplo, en el contrato de compraventa, de cierta manera el que compraba era el que tenía mayor beneficio ante el vendedor, ya que éste podría rescindir el contrato en cualquier momento, así como pasaba en los contratos de arrendamiento, donde el arrendador de igual forma siempre se encontraba por encima del arrendatario, tan es así que en caso de incumplimiento éste podría terminar sirviendo de esclavo. Con la evolución de los contratos denota la necesidad de crear circunstancias en las que ambas partes puedan estar en balance en cuanto a obligaciones y derechos se establezcan, es por ello por lo que comienzan a existir diversas disposiciones en las que se va modificando las formas de celebración de contratos. Una situación interesante que de igual forma hace mención Aguilar Gutiérrez (sin fecha) es que en las leyes de arrendamientos del 11 de febrero de 1946, 30 de diciembre de 1947 y del 24 de diciembre de 1948, disposiciones para el entonces Distrito Federal, mediante el Diario Oficial de la Federación con fecha 30 de diciembre de 1948, se estableció una congelación sobre las rentas y la prórroga indefinida en los contratos de arrendamiento, derogando las disposiciones de los Código Civil y Procedimientos Civiles que se opusieran a dichos decretos, es ahí donde se hace mención sobre salvaguardar los derechos de ambas partes, por lo que se considera realmente la evolución de los contratos en México.

Para que un contrato pueda denominarse como tal, para que se pueda presumir sobre la existencia de un contrato, es necesario que sean satisfechos algunos requisitos esenciales como lo puede ser la voluntad de las partes, es decir su consentimiento, y el objeto por el cual se va a contratar, ya que como el propio concepto del contrato lo caracteriza como el acuerdo de dos o más voluntades en la cual se crean o transmiten derechos y obligaciones.

Así pues, Bejarano Sánchez (2010) precisa que para la existencia del contrato debe de emitirse la declaración de voluntad por ambas partes para poder celebrar el acto, a lo cual se puede denominar como el consentimiento, en segundo plano es el contenido de sus voluntades, es decir, a que se están comprometiendo como puede ser la creación de derechos u obligaciones, ésta debe tener un contenido posible, una conducta posible que de acuerdo a las voluntades establecida por las partes, deberá ser física y jurídicamente posible, ya que de ser de un contenido imposible no existe el contrato como tal. Existe un tercer plano en el cual se expone la voluntad de las partes de manera de ritual, de forma solemne que debe ser indispensable para constituir el acto, sin embargo, en la legislación mexicana no se incluye la solemnidad

como requisito de existencia ya que no para todo contrato debe de establecerse, sin embargo, existen actos jurídicos como el matrimonio donde la solemnidad debe de prevalecer.

Para la legislación mexicana, el legislador ha enumerado una serie de requisitos para la validez del contrato como debe de ser que la voluntad debe de ser expresa tal como la ley exige, que dicha voluntad carezca completamente de vicios entre las partes, que el objeto del acto sea lícito, tal como se ha expresado con anterioridad, que este objeto sea posible, y por último que las partes sean capaces para adquirir derechos y obligaciones.

Para Bejarano Sánchez (2010) la manera en la que se manifiesta la voluntad de las partes debe de ser el conjunto de elementos sensitivos que envuelvan la declaración de voluntad, y para tal sentido, todo contrato deber tener necesariamente una forma. Cabe hacer mención que el autor expresa que existen algunos actos jurídicos llamados consensuales en los que la voluntad se expresa de cualquier forma, pero existe por otro lado algunos actos jurídicos en los cuales es necesario realizar la manifestación tal como lo estipula la ley.

Bejarano Sánchez (2010) menciona que la voluntad es fundamental dentro del acto jurídico, debiendo ser cierta y libre, dando como resultado una manifestación real y espontáneamente decidida, entonces si dicha decisión proviene de una afirmación errada (denominada como el error), que dicha decisión haya sido obtenida mediante engaños (denominado como el dolo o la mala fe), o que dicha decisión ha sido generada con amenazas como bien puede ser mediante violencia o temor, entonces dicha voluntad se encuentra viciada, y es situación suficiente para anular el contrato.

El tercero de los requisitos para que los contratos tengan validez es que la ley exige que el objeto por el cual haya de realizarse un contrato o el motivo que lleve a generar este acto jurídico, es que dicho objeto o motivo tenga un fin lícito, es decir, que la conducta de aquel a lo que se obliga y por qué se obliga, sea un acto posible, lícito.

Es así como se llega al análisis de la capacidad como uno más de los elementos primordiales para la validez del contrato, con ello quiere decir que las partes que contratan sean capaces de poder adquirir derechos y obligaciones, por lo que una persona jurídica que se ha obligado en dicho acto jurídico, el contrato podrá carecer de validación.

Es importante mencionar que para llevar a cabo el acto jurídico las partes deben de gozar de su capacidad de goce, ser titular de un derecho, pueden llegar a carecer de su capacidad de goce por poner un ejemplo las personas que han sido sentenciada por delitos en contra

de la propiedad, personas a las que se les ha limitado de conformidad a lo estipulado por la ley su capacidad de goce. Así pues, por el otro lado de acuerdo a la capacidad de ejercicio, es posible poner como ejemplo a un menor de edad, el cual no goza de esa capacidad de ejercicio por sí mismo, necesita de un tutor o representante que actúe bajo su representación en el acto jurídico, por lo tanto para que el contrato pueda contener este último elemento para su validez como es la capacidad tanto de goce como ejercicio, es necesario que las partes estén dotadas de plena capacidad para obrar, ya que sin alguno de estos elementos, el contrato podrá declararse nulo, por la falta de sus elementos de validez.

La propia legislación civil para el Estado de Jalisco establece que, para el cumplimiento o el pago del contrato, deberá ser la entrega del bien o cantidad debida, o la prestación de hacer o no hacer que se hubiere prometido (Código Civil del Estado de Jalisco, 2021, Artículo 1577).

De las interpretaciones anteriores, se puede deducir que el cumplimiento de los contratos termina siendo el pago de la obligación en que los sujetos se comprometen estipuladas en el acto legal, que para ello, existen distintas formas de cumplimiento como puede ser el cumplimiento a un plazo determinado o en tracto sucesivo, como lo pueden ser los contratos de arrendamiento, en los cuales se llega a estipular un pago por el arrendamiento de un bien inmueble, mismo pago que se realiza en un cumplimiento sucesivo como generalmente se sabe que en dichos contratos se estipula un pago cada cierta temporalidad, y que sin embargo, en caso de incumplimiento es necesario someter al arbitrio de un tribunal que determine o ya sea su cumplimiento tal como se estipula o pago por los daños y perjuicios que se ocasionaron por alguna de las partes por su incumplimiento.

Para la inexistencia de los contratos Miramón Parra (sin fecha) establece que se considera como inexistencia a la conducta del ser humano que carece de existencia como un acto jurídico para la doctrina del derecho, es decir, cuando no se encuentra alguno de los elementos esenciales para poder definir un acto jurídico, la autora refiere que un acto inexistente se puede confundir con la nada y por lo tanto el derecho no puede ocuparse de él, ya que un acto inexistente carece de efectos jurídico.

En los actos de nulidad se subclasifican en nulidad dominante o de colmado derecho, y en nulidad relativa, pero para ello Miramón Parra (sin fecha) hace mención que la nulidad se da cuando sí concurren los compendios de existencia, pero de manera imperfecta y por tal motivo el acto jurídico no produce efecto legal, aun así, es la autoridad judicial la que determinará sobre la nulidad del acto. Ahora bien, para

entender más afondo sobre la nulidad, la autora explica que la nulidad absoluto o de pleno derecho se origina cuando el acto jurídico va en contra de alguna norma que integre el orden público, como puede ser que el objeto del acto jurídico sea ilícito, por otro lado, sobre la nulidad relativa o anulabilidad, el acto jurídico nace viciado desde su concepción, sin embargo sí produce plenamente sus efectos, pero los cuales, una vez que alguna de las partes invoque la nulidad ante autoridad competente, ésta declarará su nulidad, por ser apto de convalidarse por ratificación o por prescripción.

Zamora y Valencia (2014) realiza una concepción de lo que se considera como un contrato de arrendamiento, donde menciona que es aquel donde existen dos contratantes, los cuales uno de ellos es nombrado el arrendador, este contratante es obligado al llevar a cabo la celebración del contrato de arrendamiento se obliga a conceder de manera temporal la usanza y gozo de un bien al otro contratante que en este acto se le denomina el arrendatario, mismo que al concederle el uso y goce de manera temporal un bien, éste se obliga a pagar una contraprestación por un precio del que ambos contratantes se ponen de acuerdo. De igual forma, el autor menciona que los contratos de arrendamiento se clasifican en tres supuestos, como mercantiles, administrativos o civiles, en ese sentido es necesario realizar la distinción entre lo que es en contrato de arrendamiento civil y el mercantil ya que se suele llegar a confundir, por lo tanto el autor hace referencia que el mercantil recae sobre muebles con un propósito de especulación mercantil, y por otro lado, el contrato de arrendamiento civil recae sobre bienes muebles, aún y cuando estos bienes muebles sean utilizados con propósito comercial, y por otro lado los de corte administrativo, corresponden cuando los bienes que son objeto del contrato, atañen a la federación, a los estados o municipios.

Domínguez Martínez (2000) hace mención que las partes en el contrato de arrendamiento son dos, por un lado es el arrendador quien en primer lugar le corresponde la obligación de transmitir el uso o goce del bien que será objeto del contrato de arrendamiento, a la otra parte, por lo que fruto de dicha transmisión le corresponde el derecho al pago de un precio justo, también como segunda persona participante dentro del contrato de arrendamiento, se encuentra el arrendatario quien dentro de su participación es su obligación el pagar el precio pactado al arrendador, teniendo el derecho correlativo del uso y goce del bien arrendado. También es importante hacer mención que el autor difiere en cuanto a igualdad de las partes, puesto que menciona que en los contratos de arrendamiento las partes se encuentran en condiciones totalmente opuestas, ya que el arrendatario como parte del acto jurídico, su participación es meramente para satisfacer una necesidad como lo es el de rentar un lugar para

habitar, por lo tanto para satisfacer dicha necesidad lo orilla a contratar en condiciones que probablemente por dicha necesidad puede llegar a dudar que vaya a cumplir, y por el otro lado el arrendador como parte del contrato de arrendamiento y como propietario del bien inmueble, tiene una recuperación de inversión nula, mencionando que es provocado por el raquitismo económico de sus contratantes aunado a las medidas ofrecidas por el orden legal, que dice busca el menor desequilibrio entre las partes.

Pérez Fernández del Castillo (2019) señala como primera obligación del arrendador que es el otorgar el uso o goce temporal de una cosa, el autor señala que esta obligación se establece como una obligación de dar, de conformidad a esta obligación del arrendador, hace referencia que, de acuerdo con la legislación civil, si el uso del bien inmueble es suspendido por reparaciones, el arrendatario podrá solicitar la suspensión o reducción de rentas, o bien, la rescisión del contrato. Como segunda obligación del arrendador es el hacer entrega del bien arrendado, es decir, el arrendador debe de entregar al arrendatario el bien en arrendamiento con todas las pertenencias para su uso y estar en buen estado para el uso que se haya estipulado en el contrato de arrendamiento. Una tercera obligación es el conservar el bien en el mismo estado en que la entrega, salvo el propio deterioro que vaya sufriendo el bien durante el uso del arrendamiento, sin embargo, haciendo todas las reparaciones necesarias y el mantenimiento que se necesite para conservar el bien tal y como fue entregado. Como cuarta obligación del arrendador es no estorbar en el uso del bien, ya que el arrendatario tiene derecho a utilizar el bien arrendado durante el lapso que dure el arrendamiento, ello sin que el arrendador intervenga en el sentido de que quiera alterar o modificar el bien. De igual forma, debe de garantizar el uso pacífico del bien, pero con ello no quiere decir que deba de responder por las sendas de hecho ni de abusar de la fuerza de un tercero, que éste sin tener el derecho, impida el uso o gozo del bien arrendado. Es obligación del arrendador el responder por los defectos ocultos que impidan el uso del bien arrendado, ello, aunque el arrendador no los hubiese conocido o sean vicios sobrevinientes, siempre y cuando no sean culpa del arrendatario. Y, por último, es necesario que el arrendador haga entrega de los recibos de la renta por cada mensualidad o pago que realice el arrendatario como concepto del uso o goce del bien arrendado, y a falta de ellos por más de tres meses, se entiende que el pago ha sido debidamente realizado por el arrendador.

Por otra parte, en cuanto a los derechos del arrendador, González Alcantará Carrancá (2016) menciona que el arrendador tiene derecho a recibir el pago de las rentas tal y como se haya estipulado en el contrato de arrendamiento en cuanto forma, modo y lugar, asimismo, tiene derecho a que el arrendatario le informe sobre daños que el bien inmueble sufra para que el arrendador realice las necesidades de

reparación necesarias, de igual forma, el arrendatario debe poner a su conocimiento al arrendador sobre toda usurpación o daño que el bien haya sufrido a causa de un tercero, si en el contrato se haya establecido pagar un precio de la renta mediante frutos y el arrendatario no lo haya realizado en tiempo, el arrendador tendrá derecho a exigirle que le pague conforme al precio mayor que los frutos haya alcanzado durante el tiempo del arrendamiento, en caso de algún incendio y que este sea imputable al arrendatario, el arrendador tiene derecho a que le pague los daños que sufra el bien inmueble a causa del arrendatario, de igual forma, tiene derecho a que el bien inmueble sea utilizado únicamente conforme se haya escrito en el contrato de arrendamiento, también, en dado caso de que el arrendatario haya realizado modificaciones al bien sin consentimiento expreso del arrendador, éste tendrá derecho a que se restablezca al estado en que se encontraba al momento de haber sido arrendado, además pagando los daños y perjuicios ocasionados, por último, el arrendador tiene derecho a que en caso de que el arrendatario no cumpla con sus obligaciones contractuales del pago mensual de las rentas, se le pague los intereses moratorios que resulten.

Pérez Fernández del Castillo (2019) expone que como una de las primeras obligaciones hacia el arrendatario es el pagar la renta y para ello debe de realizarlo en tiempo y forma conforme a lo que se plasmó en el contrato de arrendamiento. El arrendatario según el autor en mención, también tiene la obligación de conservar la cosa arrendada, es decir, el arrendatario responderá por los daños ocasionados al bien, toda vez que existe la presunción de que los daños que lleguen a surgir fueron por culpa de éste, tal es el caso de un incendio, donde se llega a presumir que fue creado por la negligencia del arrendatario, sin embargo, podrá demostrar con pruebas suficientes que haya sido por causa de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de la construcción, en sentido contrario deberá de responder por los daños. Como tercera obligación que tiene el arrendatario es que debe de utilizar el bien conforme al uso estipulado en el contrato de arrendamiento, para en ese sentido haya una causa de rescisión de contrato por no cumplir el uso convenido, es necesario que el cambio de uso u ocupación sea diferente de manera esencial. Es obligación el realizar las reparaciones por los deterioros que tengan poca importancia, como lo son los causados por los individuos que se encuentran en propiedad durante el plazo del arrendamiento, de igual forma, en conjugación a esta obligación se encuentra que es obligación del arrendatario el informar al arrendador sobre las reparaciones que sean necesarias realizar, por lo que en caso de que no dé aviso y sea omiso en realizar dichas operaciones deberá de pagar los daños y menoscabos ocasionados por su omisión, otra de las obligaciones que también va ligada a éstas dos últimas es que en caso de una usurpación o alguna novedad dañosa ocasionada



por un tercero, el arrendatario debe de dar informe inmediatamente al arrendador, en caso contrario cualquier daño ocasionado, el arrendatario deberá de responder por ellos. El arrendatario no deberá de realizar modificaciones al bien inmueble en arrendamiento sin antes tener el consentimiento expreso del arrendador, sin embargo, en dado caso de que lo haga, al momento de devolver el bien, deberá de restablecerlo en el estado en el que le fue recibido, y además siendo responsable de los daños y menoscabos que dicha decisión haya ocasionado. Y, por último, es obligación del arrendatario el restituirle el bien al arrendador, ello ya que la transmisión que le realiza es sobre el uso y gozo temporal de la cosa y una vez fenecido el tiempo del arrendamiento, el arrendatario deberá de hacer entrega del bien inmueble junto con el inventario si es que se realizó.

Por otro lado, también debe de considerarse los derechos que tiene el arrendatario y para ello González Alcántara Carrancá (2016) menciona que el principal de los derechos del arrendatario es que se le haga entrega del bien arrendado con todas las pertenencias y en buen estado para el funcionamiento o fin con el que se haya arrendado y para los plazos establecidos. De igual forma tiene derecho a que se le garantice el uso y goce pacífico de la posesión que tendrá por el arrendamiento durante el tiempo que se haya establecido. En cuestión de reparaciones, el arrendatario tiene derecho a que se le realicen las reparaciones que necesite el bien inmueble y que sean necesarias para su ocupación, excluyendo los daños que sean causados por deterioros que son ocasionados usualmente por las habitantes que estén ocupando el bien inmueble, así como de las obras que sean por mantenimiento para su conservación, funcionalidad y seguridad del inmueble.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Gutiérrez, Antonio. (S.F.). La Evolución del Contrato. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/9023/8120>
- Amirante Luigui. (1957). Locazione: In generale (Diritto romano). (ed. NNDI, IX). Vnionne Tipografico-Editrice Torinese.
- Bejarano Sánchez, Manuel. (2010) Obligaciones Civiles. Grupo editorial Oxford. 2010. [Obligaciones Civiles de Manuel Bejarano Sanchez.pdf](#)
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. (2000) Derecho Civil Contratos. Editorial Porrúa, SA de CV.
- Engels, Friedrich. (2013) El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre. (5ª ed.). Grupo editorial Éxodo.
- González Alcántara Carrancá, Juan Luis. (2016) Derechos de las personas arrendadores y arrendatarios. Nuestros Derechos I (Tercera ed.) Instituto de Investigaciones Jurídicas.



- González Alcántara Carrancá, Juan Luis. (2016) Derechos de las personas arrendadores y arrendatarios. Nuestros Derechos I (Tercera ed.) Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Alcántara, Juan Luis. (2021) El arrendamiento. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (Núm. 78). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3133/3486>
- H. Congreso del Estado de Jalisco (2022, 10 de septiembre). Código Civil del Estado de Jalisco.
- Máxima Uriarte, J. (2021, 7 de mayo). Culturas precolombinas. Humanidades. Consultado el 27 de enero de 2022. <https://www.caracteristicas.co/culturas-precolombinas/#ixzz7RKcWdhxl>
- Miramón Parra, Araceli. Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. (2019) Contratos Civiles (Decimoséptima ed.). Editorial Porrúa, SA de CV.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. (2019) Contratos Civiles (Decimoséptima ed.). Editorial Porrúa, SA de CV.
- Zamora y Valencia, Miguel Ángel. (2014) Contratos Civiles (Decimocuarta ed.). Editorial Porrúa, SA de CV.

## **CAPÍTULO III**

**Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual**

## ANÁLISIS REGIONAL: LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

*Ramiro Fernando Pozo U.*  
Universidad Americana (UAM)  
Nicaragua  
ramiro.pozo@uamv.edu.ni

*Armando B. Martínez Campos*  
Universidad Americana (UAM)  
Nicaragua  
abmartinez@uamv.edu.ni  
ORCID: 0009-0003-0642-9764

### RESUMEN

El creciente reconocimiento legal del usuario en el sector de las telecomunicaciones ha sido el reflejo de una continua revolución digital. Actualmente, el desarrollo exponencial de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), obliga al derecho a renovarse constantemente, en aras de establecer el régimen de protección de los usuarios. Es por ello que, en el presente escrito se reflexiona y analiza sobre la situación jurídica de aquella parte contractualmente más débil: El usuario. ¿Cuáles son los derechos que el ordenamiento jurídico le confiere?, ¿qué asimetrías existen entre este y el operador?, ¿qué puede hacer el derecho para garantizar una lozana y legítima protección?, son interrogantes que se responden a partir de conocer el posicionamiento de la doctrina contemporánea en la materia y el tratamiento normativo de cada país, cuya respuesta se plantea en el presente texto. Lo cual, nos permitirá examinar con pertinencia el funcionamiento de la relación trilateral en el sector telecomunicaciones, graficada en tres elementos inescindibles: la autoridad reguladora, el operador (prestador del servicio) y el usuario.

**Palabras claves:** Revolución digital, TIC, derecho de las telecomunicaciones, operador, usuario, reclamo.

### ABSTRACT

The growing legal recognition of the user in the telecommunications sector has been the reflection of a continuous digital revolution. Currently, the exponential development of Information and Communication Technologies (ICT), forces the Law to constantly renew itself, in order to establish the protection regime for users. For this reason, this paper reflects on and analyzes the legal situation of the contractually weaker party: the user. What are the rights conferred by the legal system, what asymmetries exist between the user and the Operator, what can the law do to ensure a legitimate protection, are questions that are answered from knowing the position of contemporary doctrine on the subject and

the regulatory treatment of each country, whose response is raised in this text. Which, will allow us to examine with relevance the functioning of the trilateral relationship in the telecommunications sector, graphed in three inseparable elements: the Regulatory Authority, the Operator (Service Provider) and the User.

**Keywords:** Digital revolution, ICT, telecommunications law, operator, user, complaint.

**Sumario:** I. Introducción. II. Generalidades sobre los usuarios. III. La relación trilateral en el sector telecomunicaciones: La autoridad reguladora, el operador (prestador de servicio) y el usuario. IV. Derechos de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones. V. La situación del usuario del sector de telecomunicaciones. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

## INTRODUCCIÓN

Actualmente las personas nos intercomunicamos por medios modernos de comunicación, resultado de múltiples métodos de expresión desarrollados durante siglos. Las sociedades que se intercomunican entre sí han necesitado cada vez más la agilización de sus comunicaciones, especialmente para mejorar los procesos productivos, así lo evidencian estudios de organismos especializados como el BID y CEPAL, así pues el incremento del uso de la banda ancha incide significativamente en el PIB de los países de América Latina. Anteriormente los medios de comunicación de mayor uso eran el correo y el telégrafo, sin embargo, con la tecnología de vanguardia, su uso ha declinado, dando paso a otros sistemas mucho más sofisticados y efectivos que se adecuan a las exigencias modernas; estamos y asistimos a la denominada “Revolución 4.0”.

En este contexto, uno de los sujetos relevantes en la relación de la prestación de los servicios de telecomunicaciones es el “usuario”, por lo que uno de los caracteres que ha definido el “derecho de los consumidores” ha sido la heterogeneidad de supuestos que son objeto de protección, son diversas las prestaciones que pueden quedar englobadas bajo su marco normativo. A esta gran transversalidad se agrega el plus de regulación específica al cual han estado sometido a varios ámbitos sectoriales concretos tales como energía, telecomunicaciones etc. Desde sus inicios el legislador planteó quién debía ser el sujeto a tutelar con una especial regulación: las normas de protección de los consumidores. Sin embargo, la compleja situación de supuestos, cada vez más diversos, y la distribución material de competencias en el ordenamiento jurídico interno de los países, han encauzado el “derecho de consumo” hacia una regulación parcialmente sectorial que ha devenido adaptando algunas disposiciones protectoras de aquella parte contractualmente más débil en cada materia específica.

## GENERALIDADES SOBRE LOS USUARIOS

¿Qué significa ser un usuario de telecomunicaciones? Las definiciones sobre la persona usuaria son prolíferas. Las nociones del término en cuestión han variado a lo largo de los años, de forma que, su acepción es el reflejo de una larga evolución tecnológica, acompañada de una progresiva labor codificadora. En concreto, la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT), refiere que: “A lo largo de los últimos 150 años, la definición del concepto de consumidor de servicios de telecomunicaciones ha evolucionado sustancialmente” (2017, p.1).

Usuario final, abonado y cliente, son algunos de los términos por los cuales se denominan a los usuarios de telecomunicaciones en el derecho latinoamericano. Habiendo realizado un mapeo en distintos instrumentos legales y normativos de 7 países de Latinoamérica<sup>1</sup>, encontramos un total de 19 definiciones relacionadas a la persona usuaria o consumidora. Conviene destacar que, en la mayoría de estas legislaciones, la acepción del término se reduce a dos escenarios.

Por un lado, el usuario visto como una persona que utiliza un servicio de telecomunicaciones como destinatario final. Bajo esta lógica, se regula en Argentina, México y Panamá. En el contexto costarricense, la definición cambia el verbo ‘utilizar’ por ‘recibir’. Mientras que Nicaragua<sup>2</sup>, Perú y República Dominicana optan por la perífrasis verbal ‘tiene acceso’.

Dicha regulación se acompaña con la premisa expuesta por Acedo Penco (2012), en la que el consumidor es identificado como destinatario final de bienes y servicios. En este sentido, se hace alusión a las distintas clasificaciones y subclasificaciones de servicios públicos de telecomunicaciones, a los que el usuario puede adquirir, utilizar o disfrutar como receptor final de los mismos.

En un segundo escenario, cuando las disposiciones legales incorporan el término de ‘abonado o cliente’, aluden a una persona física o jurídica que está vinculada contractualmente con un operador o prestador de servicios de telecomunicaciones. Así lo recepta el ordenamiento de Argentina, Costa Rica, Panamá, Perú y República Dominicana.

---

1 Los ordenamientos jurídicos en análisis, refieren a la República de Argentina, la República de Costa Rica, los Estados Unidos Mexicanos, la República de Nicaragua, la República de Panamá, la República del Perú, y la República Dominicana.

2 A nuestro parecer, el caso del derecho nicaragüense es excepcional. Veamos que, de conformidad a la Ley No. 200, Ley General de Telecomunicaciones, sobre la definición de usuario: “Es toda persona natural o jurídica que, mediante el uso de un equipo terminal, tiene acceso autorizado a un determinado servicio de telecomunicaciones” (Art. 74). Al hilo de ello, dentro de esta definición, se considera usuario, siempre y cuando, ocupe un “Equipo terminal telecomunicaciones”, antes denominado bucle de abonado, en materia de telefonía básica. Por consiguiente, es necesario que dicha definición se armonice ante los nuevos contextos de la transformación digital.

Cabe destacar que, este término responde a la idea del consumidor visto como cliente, ya que, actúa como sujeto pasivo de una relación jurídica, que se sustenta a través de un contrato de adhesión que ha pactado con un concesionario de telecomunicaciones.

Otro aspecto relevante a considerar, es si incluir dentro de la definición de “usuario”, lo relacionado con la venta o adquisición de bienes (por ejemplo, teléfonos de cualquier clase, router, modem etc.). Esta actividad no forma parte de los servicios de telecomunicaciones, sino que, devienen actividades colaterales, propias de empresas u operadores dedicadas a la promoción y venta de esta clase de equipos. Lo que debe estar bien diáfano y regulado, es la obligación del operador de brindar las condiciones técnicas, incluyendo los equipos para garantizar los servicios a los usuarios (a modo de ejemplo en el caso del servicio telefónico básico el abonado, para el servicio de internet o TV digital los router, modem o set box).

Lo cierto es que, la evolución de las nuevas tecnologías obliga al derecho, a estar en una constante actualización de la acepción del usuario, de modo que se adapte a las nuevas realidades de un mundo globalizado. Al respecto, la UIT (2017), considera que entre los retos que deben afrontar los usuarios y consumidores, destacan entre otras, la constante ampliación de la gama de productos y servicios y la transformación del concepto de usuario para abarcar asimismo objetos.

Nos atrevemos a aseverar que, ante los nuevos retos de la transformación digital, el término seguirá en construcción. Por consiguiente y a manera de *lege ferenda*, se podría considerar esta propuesta como parte de las definiciones de usuario en los distintos ordenamientos jurídicos:

*Usuario del sector de telecomunicaciones:* Persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta de servicios, bienes o equipos, como destinatario final, incluyendo al Estado y sus Instituciones cuando actúan como usuarios, y que mediante el uso de un equipo terminal, recibe un determinado servicio de telecomunicaciones autorizado por el ente regulador.

### **LA RELACIÓN TRILATERAL EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES: LA AUTORIDAD REGULADORA, EL OPERADOR (PRESTADOR DEL SERVICIO) Y EL USUARIO**

El sector telecomunicaciones, caracterizado con el desarrollo tecnológico continuo, se ha modificado la posición del consumidor, con un escenario de constante concientización de derechos y deberes, convirtiéndolo, en un sujeto más activo. Lo anterior tiene como referencia la existencia de una relación trilateral en los servicios públicos (telecomunicaciones) que se grafica en tres elementos esenciales:

1. Regulador (Administración pública).
2. Operador (Prestador del servicio).
3. Usuario (Sujeto protegido).

Estos tres actores se relacionan entre sí, generando derechos y obligaciones, ajenos a los principios del derecho civil (autonomía de la voluntad de las partes), ya que los contratos son de “adhesión”. El usuario, ocasionalmente, puede discutir, negociar o modificar sus cláusulas. De tal manera que esta relación (operador–usuario), aún está poco desarrollada, esencialmente a regular la protección de la calidad del servicio, obligación de modernización, sistema de atención de reclamos; por lo que debe establecerse como prioridad una verdadera protección del usuario.

Si bien, se han logrado mejores condiciones para la contratación de los servicios, sin embargo, resulta insuficiente ante la desigualdad en el manejo de la información (“asimetría informativa”) que obliga a los reguladores tomar en cuenta, tanto el poder de dominio que tiene el operador (agente económico para maximizar sus utilidades, reducción de costos etc.) y la defensa y protección de los derechos del usuario.

Las iniciativas regulatorias de protección a los usuarios, adoptadas por países con mercados convergentes, se basan en establecer comités consultivos para el consumidor, foros para promover su participación en la formación de políticas, la obligación de servicio universal, desarrollo de agendas específicas e iniciativas regulatorias específicas para mejorar opciones del usuario tales como: preselección del operador, portabilidad numérica, desarrollo de estándares y códigos de beneficios para el usuario, desarrollo y funcionamiento de programas de educación, difusión de calidad del servicio, establecimiento de nuevos indicadores de calidad, programas específicos sobre internet y el comercio electrónico, privacidad, el fraude y las leyes cibernéticas.

### **DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

Una de los sectores en que se ha dado una regulación específica sobre protección de los usuarios, es las telecomunicaciones<sup>3</sup>. Sin embargo, la protección de los usuarios se ha enfrentado a tres grandes dificultades: i. Una dispersión normativa cuya regulación ha atendido a las necesidades de cada momento. ii. El avance tecnológico ha colaborado en la complejidad normativa del sector. iii. La mayor parte de las regulaciones del sector en un principio, fueron el resultado del proceso de privatización bajo un objetivo eminentemente liberalizador del mercado.

Enlistar los distintos derechos que resultan de esta regulación sectorial en cada ordenamiento jurídico recopilado, extravasa los espacios del presente escrito. Por tal razón, nos hemos propuesto comentar de manera breve, algunas de las principales directrices que fundamentan los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.

---

3 El Art. 76 de la Ley No. 200, define: “Usuario es toda persona natural o jurídica que, mediante el uso de un equipo terminal, tiene acceso autorizado a un determinado servicio de telecomunicaciones”.

Los sistemas jurídicos tienen la misión de franquear el paso, que permita garantizar los derechos de cada persona en sus distintas esferas cotidianas. Reconocer al usuario como un sujeto de derechos, es una tarea indispensable en las agendas legislativas. Lo que conduce a sostener que, el marco normativo de cada Estado, debe regular de manera clara, explícita y organizada, la protección del usuario en este sector. Ello se materializa a través de leyes sectoriales, reglamentos y/o normativas específicas, encaminadas a legislar en la materia<sup>4</sup>.

Unido a lo anterior, y en igual línea de pensamiento, la UIT (2017) estipula que:

La protección de los clientes de servicios de telecomunicaciones se rige por textos de índole jurídica. En el marco de los principios rectores sobre protección de los consumidores establecidos por las Naciones Unidas a nivel internacional, las legislaciones nacionales pertinentes varían en gran medida en función del contexto nacional de que se trate y de su grado de desarrollo tecnológico (p. 29).

A la luz de lo expuesto por la UIT, el entorno digital de cada país determinará el régimen jurídico que ampare la protección de los usuarios. Por ejemplo, en el caso de países como Costa Rica, México, Perú y República Dominicana, regula lo relacionado a la ‘portabilidad numérica’, siendo uno de los derechos más contextuales. Con ello se pretende que el usuario pueda mantener su número telefónico, no solamente cuando decida cambiarse del servicio, sino también, en caso que el SIM Card, se haya extraviado, presente fallas de inoperatividad o se requiera un nuevo modelo del mismo; caso contrario ocurre en algunos países de la región, lo que aún sigue siendo una laxitud normativa y un reto de cara al futuro.

Ahora bien, dentro de los derechos inherentes al usuario, destacamos el derecho de acceso a los servicios de telecomunicaciones; implica que cualquier persona, sin importar su condición social, sea capaz de acceder, en la medida posible y en los medios razonables, a los servicios de telecomunicaciones<sup>5</sup>, esto guarda estrecha relación con el derecho a no ser discriminado y por tanto impone que el Estado (autoridad reguladora) como parte de la relación trilateral entre usuarios y operadores, sea el encargado de promover y facilitar las condiciones a través de las cuales,

---

4 En contexto, y por mencionar algunos: Costa Rica dispone de un Reglamento sobre el régimen de protección al usuario final de los servicios de telecomunicaciones. México cuenta con una Ley Federal de protección al consumidor y un Acuerdo entre la PROFECO y el IFT para establecer los derechos mínimos que debe contener la “Carta mínima de los Derechos de los Usuarios”. Panamá, decretó un Reglamento sobre los Derechos y Deberes de los usuarios, el cual ha sufrido diversas modificaciones y rige sobre todos los servicios públicos. En el derecho peruano, se encuentra un Texto Único Ordenado de las Condiciones de uso de los servicios Públicos de Telecomunicaciones.

5 Acordes al principio de accesibilidad y asequibilidad. Fondos universales. En relación a ello, se han establecido en las Leyes sectoriales de los países analizados, la creación de Fondos Universales para impulsar el desarrollo de las TICs.



los usuarios puedan inserir en la sociedad digital. De ahí que, diversas legislaciones establezcan como objetivos de sus leyes sectoriales, lo análogo al principio de acceso universal de los servicios en aras de disminuir la brecha digital de cada nación.

Además, el derecho a la información, reviste de relevancia para cualquier usuario, es decir, no se trata solamente de poder acceder a los servicios de telecomunicaciones, sino, disponer de la información —transparente, clara, veraz, y precisa— sobre el servicio que pretende contratar. Generalmente, los operadores optan por difundir a través de medios publicitarios planes, paquetes o promociones dirigidos al usuario. Esto a su vez implica, suministrar toda la información necesaria de los servicios que presten, ofertas, vigencias, tarifas, características del equipo, medios para rescindir el contrato y garantías<sup>6</sup>.

Si realizamos una hermenéutica interpretación del derecho a la libertad desde la perspectiva del usuario, podemos enumerar diversos derechos que comulgan de este primero. De ahí que, toda persona usuaria está en la facultad de elegir libremente al operador que mejor se adecúe y satisfaga sus necesidades; empero, esto será posible siempre que el Estado promueva el principio de libre competencia, apertura del mercado, de modo que no exista un oligopolio comercial y en cambio, se desarrolle una liberalización sectorial, en la medida que cada legislación lo permita.

Respecto al derecho a la libertad contractual, debe analizarse desde el punto de tutelar legítimos derechos a la luz de garantizar la protección de la parte más débil del contrato: el usuario. Por lo que, este es libre de escoger y contratar un servicio, así como de suspender o rescindir el mismo. Para ello, se hace necesario que se establezcan cláusulas que no limiten este derecho y/o impongan sanciones o plazos forzosos que no sean justificables; siendo un deber de la autoridad reguladora aprobar los modelos de contratos pertinentes que proporcionen seguridad jurídica.

El panorama legal en Argentina y México, permiten ejemplificar lo antes cotejado; siendo que, en el derecho argentino, se regula como obligación de los operadores, informar y publicar en los sitios de internet y oficinas comerciales, los modelos de contratos aprobados por la autoridad reguladora. En México, se regula la obligación de los concesionarios de registrar ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), previamente a su utilización, los modelos de contratos de adhesión que pretendan celebrar con los usuarios.

---

6 Con relación a la publicidad de los servicios y capacitación a los clientes, por ejemplo, el Reglamento de clientes de los servicios de las TICs en Argentina, regula que el Ente Regulador (ENACOM) publicará en su portal de Internet una tabla comparativa actualizada con la información relevante de cada uno de los servicios y planes que componen la oferta de todos los prestadores, y respecto a las capacitaciones, los prestadores están obligados incluir en sus sitios web un programa que permita a clientes o terceros, simular un ejercicio de contratación de los planes comerciales que los mismos ofrezcan, a fin de poder conocer el monto que deberán pagar en caso de optar por un plan comercial.

Distinción especial de la legislación mexicana, es lo concerniente a los derechos de las personas en situación de discapacidad.<sup>7</sup> No cabe duda que incorporar este tipo de disposiciones en los instrumentos jurídicos, permite visibilizar y respaldar a personas que son parte de microsistemas de protección, lo que fomenta y erige una sociedad digital más inclusiva y respetuosa. Así lo reafirma Naciones Unidas (2016, p.6) al instaurar directrices que procuren atender “la protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja”.

Otro derecho relevante, es el de interponer reclamos y que sean atendidos. Dentro de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, se prevé que: “Las empresas deben poner a disposición de los consumidores mecanismos de reclamación que les permitan resolver controversias de manera rápida, justa, transparente, poco costosa, accesible y efectiva sin cargas ni costos innecesarios” (2016, p.9).

Dicho derecho es reconocido de forma ostensible en los cuerpos jurídicos analizados; muchos países disponen de normativas específicas que regulan la interposición, tramitación y solución de los reclamos de los usuarios de telecomunicaciones.<sup>8</sup> En resumen, se visualizan dos momentos torales: el primero sucede ante el operador; el segundo, ante la autoridad reguladora, en los supuestos que la respuesta al reclamo haya sido insatisfactoria o irresuelta.

A continuación, indicamos algunos de los principales derechos recopilados de las legislaciones y normativas analizadas. Ante el mundo dinámico y globalizado en el que vivimos, nuevos derechos se irán incorporando en pro del baluarte de los usuarios. Ya lo decía Álvarez (2018), al expresar que: “la finalidad última de las telecomunicaciones es que los usuarios puedan contar con más servicios, de mejor calidad y a precios asequibles” (p. 177). Entre estos, destacan los siguientes derechos:

1. Disponer libre acceso a los servicios de telecomunicaciones, en igualdad de condiciones y sin discriminación;
2. Elegir y cambiar libremente al operador, el tipo de servicios y el medio de pago;
3. Recibir información veraz, transparente, gratuita y completa de los servicios, y disposiciones contractuales;
4. Recibir atención a los reclamos: operadores-autoridad reguladora;
5. Respeto a la privacidad de las telecomunicaciones y/o sus datos personales;

---

7 Estos se regulan a partir del artículo 199 hasta el 203, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Destacamos que, además de evocar una serie de derechos, se establece que los portales de Internet de las dependencias de la Administración Pública Federal y demás instituciones, deben contar con funciones de accesibilidad para personas en situación de discapacidad.

8 Por citar algunos de estos, Panamá cuenta con la Resolución AN No. 5161-AU de 05/03/2012 en la que se establece el Procedimiento para la presentación, tramitación y decisión de las reclamaciones que presenten los clientes de los servicios públicos; Perú dispone de un Reglamento para la atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de Telecomunicaciones, del año 2015, con reformas de la Resolución No. 170-2020-CD/OSIPTel; y República Dominicana, a través de la Resolución No. 091-2020, incorpora un Reglamento para la solución de controversias entre los usuarios y las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

6. Recibir original del contrato (condiciones y términos, rescisión contractual);
7. Acceder gratuitamente a los números de emergencia establecidos legalmente;
8. Recibir un servicio de manera ininterrumpida, en condiciones de calidad y continuidad;
9. Mantener el número telefónico si decide cambiar de operador; y
10. Recibir la factura mensual en los medios o formas establecidos por el Usuario.

## **LA SITUACIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES**

La realidad del usuario y la protección de sus intereses, es el “objetivo” de los marcos regulatorios; estos buscan evitar circunstancias que atenten contra el derecho a recibir un servicio idóneo. En el ámbito de la protección de estos derechos, las legislaciones analizadas otorgan a la autoridad competente, regular el mercado de las telecomunicaciones en un ámbito de competencia y proteger los derechos de los usuarios (calidad del servicio, facturaciones, servicios complementarios, etc.). En el caso de Nicaragua, la Ley de Protección de los Derechos de los Usuarios, traslada las competencias de esta materia al ente regulador del sector.

Se debe considerar que las legislaciones de cada país, en base al principio de “soberanía legislativa” pueden ampliar o restringir su aplicación; en la legislación precitada de Nicaragua, se regula, que tanto personas naturales o jurídicas, incluyendo el Estado, son considerados usuarios, al utilizar los verbos: adquirir, utilizar o disfrutar de bienes o servicios.

Además, los operadores deben informar a sus usuarios sobre sus derechos (consumos, no pagar servicios no contratados o no recibidos, reclamos, no suspensión del servicio, etc.) y ser informados oportunamente de las fases y resultados de sus quejas o reclamos.

Como observamos, el principal derecho de los usuarios será: ser informados sobre el servicio y tarifas que se aplicarán a sus consumos; en consecuencia, el usuario no puede ser sometido a la aplicación de una disposición no comunicada. Por lo que, la regulación es un instrumento de intervención del Estado, que atiende la dimensión social y económica del mercado, la libre competencia y la protección de los usuarios, orientada al reconocimiento de sus derechos, al mejoramiento de la calidad de vida, considerando los avances tecnológicos y la necesidad de garantizar esos derechos independientemente de la evolución de los servicios.

## CONCLUSIONES

En principio, observamos que la definición de “usuario” es diferente en cada una de las legislaciones analizadas. En cuanto a los derechos de los usuarios, todas las legislaciones aplican el principio indubio pro-usuario, en caso de existir discrepancia entre las cláusulas contractuales, prevalecen las disposiciones más favorables para éste; no obstante, se deben considerar todavía la existencia de asimetrías en la relación entre usuario-operador.

Se destaca en las legislaciones, la obligación del operador de mantener un servicio especializado de atención al cliente, para atender y resolver los reclamos formulados, centros de atención presencial o virtual, se deja claro que este servicio será totalmente gratuito y preverá la entrega de una constancia del reclamo formulado.

Otro aspecto relevante, es lo referido a la prohibición relacionada con los datos personales de los usuarios, regulándose que no podrán ser utilizados para fines distintos a los autorizados, las legislaciones de Costa Rica, México, Perú y Argentina establecen el “Régimen de Protección a la Intimidad y Derechos del Usuario Final”, se obliga a los operadores a garantizar el secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y la protección de los datos de carácter personal de los abonados y usuarios finales, mediante la implementación de los sistemas y las medidas técnicas y administrativas necesarias; varias legislaciones analizadas han establecido inclusive como un derecho constitucional un derecho novedoso *habeas data*.

En relación al derecho de presentar reclamos, todas las regulaciones analizadas establecen diversas vías de reclamación carentes de formalidades; en cuanto a la carga de la prueba, le corresponde al operador así como la gratuidad en los procesos de reclamos, siendo la característica general en todas las legislaciones analizadas, así como la asignación de un código de atención consecutivo que servirá al usuario para el seguimiento.

Las legislaciones, establecen de forma clara las causales para interponer los reclamos, otras estipulan la modalidad de quejas, como el caso del Perú y Panamá. También se condiciona para acudir ante el ente regulador, haber agotado la primera línea ante el operador. Así mismo se destaca la aplicación del “silencio positivo” por omisión de respuesta al reclamo. Con relación al procedimiento de reclamos se debe considerar las regulaciones establecidas en Argentina, México, Perú, entre otras lo relacionado con las instancias para presentar reclamos, siendo la primera línea, ante el operador, los tipos de reclamos y los plazos para su presentación. En el caso de Panamá,

llama la atención que la normativa dispone que los usuarios pueden presentar dos reclamos ante el operador. De mucha relevancia es la prohibición que tienen casi todas las legislaciones analizadas, de que se prohíba la suspensión del servicio, mientras tanto la autoridad reguladora no haya resuelto el reclamo.

Dentro de las competencias del ente regulador en relación a la protección de los derechos del usuario, es notorio destacar que en la legislación de México, a diferencia de las otras legislaciones, se establece el derecho de la educación para el consumo responsable e inteligente. Además, las legislaciones analizadas otorgan a los entes reguladores, facultades normativas para ampliar y mejorar los derechos de protección de los usuarios. Al respecto, las disposiciones legales y reglamentarias, establecen normativas o reglamentos específicos de calidad del servicio en los casos de las legislaciones de Costa Rica, Argentina y Perú, protección de los usuarios, procedimiento de reclamos y quejas, así mismo se establecen de forma clara las causas para presentar quejas o reclamos, los plazos de solución para cada uno de ellos.

Recalcamos que una de las normativas más completas en cuanto a definiciones, modalidades de quejas o reclamos, procedimientos, formulario, entre otros aspectos relevantes que hemos analizado es la de Republica Dominicana, así como las legislaciones de Argentina, Perú en materia de procedimientos de protección de los usuarios.

Indicamos que el ordenamiento jurídico nicaragüense dispone de un modelo híbrido de protección de los usuarios, contempla una coexistencia entre una norma general en materia de consumo (Ley No. 842, Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarías) junto a una legislación sectorial específica para determinadas materias que pretenden proteger al usuario (Normativas de telecomunicaciones).

A manera de conclusión, a nuestro criterio, consideramos, si bien la mayoría de las legislaciones estudiadas apuntan al mejoramiento del marco jurídico de protección de los usuarios del sector de telecomunicaciones, queda la incógnita de su aplicabilidad y efectividad por medio de la actuación de los órganos competentes; de tal manera que se debería promover el funcionamiento de una procuraduría especial que vigile el cumplimiento efectivo de las resoluciones favorables a los usuarios. ¿Podrá el derecho cimentar las grietas de la sociedad?

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Acedo Penco, A. (2012). *Derecho de consumo: análisis jurídicos-privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007*. Madrid. Editorial Dykinson.
- Álvarez, C. L. (2018). *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Naciones Unidas (2016). *Directrices para la Protección del Consumidor*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. [https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)

Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT (2017). *Cuestión 6/1: Información al consumidor, protección derechos: leyes, reglamentación, bases económicas, redes de Consumidores*. UIT-D Comisión de Estudio 1 Informe Final. 6°. Periodo de Estudios 2014-2017. [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-d/opb/stg/D-STG-SG01.06.3-2017-PDF-S.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/stg/D-STG-SG01.06.3-2017-PDF-S.pdf)

### **Legislación consultada**

#### **Argentina**

Ley 27.078 de 2014. Por la que se establece la Ley Argentina Digital, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 19 de diciembre de 2014. Boletín Oficial No. 33034.

Resolución 733-E de 2017. [Ministerio de Modernización de Argentina] Por la cual se establece el Reglamento de Clientes de los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 15 de junio de 2017.

#### **Costa Rica**

Ley 8642 de 2008. Por la cual se establece el marco legal general de las Telecomunicaciones. 30 de junio de 2008. La Gaceta D.O. No. 125.

Decreto Ejecutivo 34765 de 2008 [Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones] Por la cual se reglamenta la Ley General de Telecomunicaciones. 26 de septiembre de 2008.

#### **México**

Ley Federal de 2014. Por la cual se regula las Telecomunicaciones y Radiodifusión. 14 de julio de 2014.

Carta de Derechos Mínimos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

#### **Nicaragua**

Ley 842 de 2021. Por la cual se protegen los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarías. 09 de febrero de 2021. La Gaceta, D.O. No. 27.

Ley 1003 de 2019. Por la cual se establece el Digesto Jurídico Nicaragüense en materia de Telecomunicaciones y Servicios Postales. 18 de diciembre de 2019. La Gaceta, D.O. No. 242.

#### **Panamá**

Ley 31 de 1996. Por la cual se establece el marco legal de las Telecomunicaciones. 9 de febrero de 1996. La Gaceta D.O. No. 22.

Resolución JD-254 de 2000. [Autoridad Nacional de los Servicios Públicos] Por la cual se reglamentan los Derechos y Deberes de los Usuarios. 18 de octubre de 2000.

Resolución 5161 de 2012. [Autoridad Nacional de los Servicios Públicos] Por la cual se establece el procedimiento de reclamos para los servicios públicos, incluyendo las Telecomunicaciones. 5 de marzo de 2012.

**Perú**

Texto Único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo No. 013-93.

Texto Único ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo No. 020-2007.

Resolución 138 de 2012. [Órgano Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones] Por la cual se crea el Texto único Ordenado de las condiciones de uso de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Resolución 047 de 2015. [Órgano Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones] Por la cual se establece el reglamento para la atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

**República Dominicana**

Ley 153 de 1998. Por la cual se establece el régimen legal de las Telecomunicaciones. 27 de mayo de 1998.

Resolución 062 de 2017. [Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones] Por la cual se reglamentan los Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Resolución 091 de 2020. [Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones] Por la cual se establece la solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.