



Facultad  
de Derecho

# In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



Red de Universidades  
**Anáhuac**

México Año 5

Primera Época

Número 10

Primavera 2017.



**UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB**

Ing. Miguel Enrique Pérez Gómez, M. A.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

**DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FACULTAD DE DERECHO**

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

**CONSEJO EDITORIAL**  
**REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB**

Absalón Álvarez Escalante  
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo  
DIRECTORA GENERAL

**CONSEJEROS EDITORIALES**

**Andrés Botero Bernal**

*Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander,  
Colombia.*

**José Antonio Caballero Juárez**

*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia  
Económicas A.C., México.*

**Ramiro Contreras Acevedo**

*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la  
Universidad de Guadalajara, México.*

**Miriam de los Ángeles Díaz Córdoba**

*Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México*

**Eduardo A. Fabián Caparrós**

*Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.*

**Dora García Fernández**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac,  
México.*

**Jorge Alberto González Galván**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional  
Autónoma de México, México.*

**María del Pilar Hernández Martínez**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional  
Autónoma de México, México.*

**María Carmen Macías Vázquez**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional  
Autónoma de México, México.*

**José Antonio Núñez Ochoa**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad  
Anáhuac, México.*

**Francisco José Paoli Bolio**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional  
Autónoma de México, México.*

**Ruperto Patiño Manffer**

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,  
México.*

**Rocío del Pilar Peña Huertas**

*Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia*

**Luciano Carlos Rezzoagli**

*Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad  
Nacional del Litoral, Argentina.*

**Alma de los Ángeles Ríos Ruiz**

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,  
México.*

**María Guadalupe Sánchez Trujillo**

*Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Ana Lilia Ulloa Cuéllar**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana,  
México*

**Enrique Uribe Arzate**

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de  
México, México.*

## COMITÉ EDITORIAL

**Raúl Andrade Osorio**, *Poder Judicial de la Federación, México.*

**María Cristina Burgos Montes de Oca**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Iliana Galilea Cariño Cepeda**, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

**Mónica Patricia Castillo Salazar**, *Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*

**Erika Joullieth Castro Buitrago**, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

**Gerardo Centeno Canto**, *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, México,*

**Víctor Manuel Collí Ek**, *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México.*

**Julia Amanda Díaz Aguilar**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Genny Alejandra Falcón Gual**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Carla Angélica Gómez MacFarland**, *Dirección de Análisis Legislativos, Instituto Belisario Domínguez, Cámara de Senadores, México.*

**Luz María Guzmán Lozano**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Alma Gabriela Lima Paul**, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.*

**Luis Alfonso Méndez Corcuera**, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

**Joaquín Ordóñez Sedeño**, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

**Armando Peraza Guzmán**, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

**Dalia Isela Piña Alberto**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Jorge Rivero Evia**, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

**Rebeca Rodríguez Minor**, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Cancún, México.*

**Julia Ruiz Buzo**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Maricarmen Sabido Basteris**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Ángel Daniel Torruco González**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Luis Federico Vázquez Elizondo**, *Universidad Autónoma de Nuevo León, México.*

In Jure Anáhuac Mayab, Año 5, Núm.10, Enero – Junio de 2017, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida-Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número y de la página <http://anahuacmayab.mx/injure>: Dirección de Comunicación Institucional de la Universidad Anáhuac Mayab, Mtra. Florángely Herrera Baas. Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 11 de Septiembre de 2017.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.



**IN JURE ANÁHUAC MAYAB**  
**Revista de la Facultad de Derecho**  
**Universidad Anáhuac Mayab**

**Estudios Jurídicos:** Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

**Crónica Jurídica Anáhuac:** Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

**Recensiones:** Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

**Colloquium:** Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

**Normas para la presentación de colaboraciones:**

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados). 9

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para

recensiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. La Revista cuenta con el apoyo de pares de distintas Universidades nacionales y extranjeras que evalúan las contribuciones. Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: [maria.sanchezt@anahuac.mx](mailto:maria.sanchezt@anahuac.mx)

## ÍNDICE

**Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 12**

### **Estudios Jurídicos**

La afectación negativa a la fiabilidad de la democracia ante la violación a la libertad de expresión periodística en México **Pág. 13**

**Joaquín Ordóñez Sedeño**

**Adriana Guadarrama Chaparro**

Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones **Pág. 37**

**Liris Solanch Ávila De La Cruz**

**Remberto A. Sánchez Martínez**

A propósito de la teoría del delito: ¿es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano? **Pág. 69**

**Jorge Rivero Evia**

# PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE\*  
Director de la Facultad de Derecho

Lo hemos expresado con anterioridad. La dinámica social será siempre el impulso que genera la renovación y la actualización continua y permanente del Orden Jurídico. Consecuentemente, estará en constante evolución la interpretación de cada institución o del contenido normativo de todas las disciplinas jurídicas; su análisis, comprensión, crítica y valoración, como medio para lograr los fines superiores del derecho: la equidad, la justicia y la armonía entre los hombres.

En este número podemos confirmar lo anterior observando los temas de los trabajos compartidos por nuestros colaboradores.

El Dr. Joaquín Ordóñez Sedeño, investigador del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, con la contribución de Adriana Guadarrama Chaparro, hace un estudio sobre “La afectación negativa a la fiabilidad de la democracia ante la violación a la libertad de expresión periodística en México”.

La asesora legal Liris Solanch Ávila de la Cruz y el profesor asistente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Dr. Remberto A. Sánchez Martínez, disertan sobre las “Cláusulas Paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones”.

Se complementa la variedad temática de éste número con la aportación del Dr. Jorge Rivero Evia, quien reflexiona sobre el cuestionamiento: “A propósito de la teoría del delito: ¿Es aún necesaria en el sistema acusatorio mexicano?”

Gracias a nuestros autores, como siempre, por su invaluable trabajo y gracias a todos los lectores, por seguir acompañándonos en este proyecto institucional de difusión de la cultura jurídica.

---

\* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, [absalon.alvarez@anahuac.mx](mailto:absalon.alvarez@anahuac.mx)

# LA AFECTACIÓN NEGATIVA A LA FIABILIDAD DE LA DEMOCRACIA ANTE LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PERIODÍSTICA EN MÉXICO

## THE NEGATIVE IMPACT TO DEMOCRACY CREDIBILITY DUE TO FREEDOM THE VIOLATION OF FREEDOM OF SPEECH RIGHTS IN MEXICO

Joaquín ORDÓÑEZ SEDEÑO\*

Adriana GUADARRAMA CHAPARRO\*\*

**RESUMEN.** Se pone de relieve la importancia que tiene el Derecho a la libertad de expresión periodística como un Derecho fundamental en una sociedad que se jacte de ser democrática, para luego determinar que la violación a ese derecho afecta a la democracia y de qué manera lo hace. Se resaltan los dos tipos de afectación que pueden ocurrir: por un lado, la relación existente entre el respeto al derecho a la libertad de expresión y su afectación positiva traducida en democracia participativa que redundan en una fiabilidad de la democracia, mientras que, por otro lado, la violación a ese derecho (con la excepción pertinente relacionada con el Derecho de réplica) produce una afectación negativa traducida en abstención, silencio y apatía que, por el contrario, redundan en la *des-fiabilidad* de la democracia.

**Palabras clave:** libertad, expresión, libertad de expresión, democracia, fiabilidad democrática.

---

\* Doctor en Derecho; Profesor e Investigador de Tiempo Completo por oposición adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México; teléfono: (722) 214 43 72 ext. 186; reconocido como profesor con "Perfil Deseable"; miembro del Cuerpo Académico consolidado "Estudios Constitucionales" y del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel "C"; ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6447-7188>; <http://www.redalyc.org/autor.oa?id=157>; correo electrónico: joaquin.o@me.com

\*\* Pasante de la Licenciatura en Derecho y Asistente de Investigador adscrita al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México; teléfono: (722) 214 43 72 ext. 186; correo electrónico: adryana.g@icloud.com

**ABSTRACT:** This paper highlights the importance of the right to freedom of expression as a fundamental right in a society that boasts of being democratic, and then determine the impact of this violation upon democracy. Firstly, the paper studies the relationship between respect of the right to freedom of expression and participatory democracy resulting in democracy reliability; then delves into the study of the violation of that right (with the relevant exception regarding the right of reply) which produces a negative affectation translated in abstention, silence and apathy, resulting in the *un-reliability* of democracy.

**Keywords:** freedom, expression, freedom expression, democracy, democratic reliability.

## I. Introducción.

En México, como en el mundo, existen principios que sirven como base del sistema jurídico, los cuales tienen por objeto garantizar la protección de derechos de carácter humano y fundamental con el fin de generar una mejor convivencia entre los individuos de una sociedad. La afectación de estos derechos transgrede la integridad de un Estado. Por ello, si analizamos el modelo democrático que tenemos hoy en día, el mismo se ve afectado y vulnerado por la violación del derecho a la libertad de expresión que le sirve como uno de sus fundamentos. Se le da el rango de derecho fundamental a la libertad de expresión, por tanto, debe garantizarse a través de medidas preventivas ante la existencia —cada día mayor— de violación a este derecho, lo que implica que en el ámbito periodístico el individuo que desea ejercerlo se sienta amenazado, intimidado o agredido y, por lo tanto, tenga prejuicios que le impiden ejercer su libertad de expresión y que, como consecuencia, el efecto en el ciudadano es la falta de fiabilidad en el modelo democrático. Por el contrario, el adecuado ejercicio del Derecho a la libertad de expresión se traduce en una afectación positiva que produce verdadera democracia y participación de los miembros de la sociedad en los asuntos del Estado.

Uno de los elementos indispensables para una democracia es la participación, la cual se da gracias a un proceso de toma de decisiones que está soportado a su vez por un sub-proceso de adquisición de datos e información relativo a la realidad social en la que se vive. Esos hechos sociales tienen que recibir un tratamiento adecuado para ser transformados en información o en noticia que, eventualmente, deberá llegar a la mente del ciudadano; el mismo proceso debe seguir las ideas políticas y sociales nuevas para que puedan tener una posibilidad de concreción en la realidad. Con lo anterior, el ciudadano —y de forma amplia todas las personas que forman parte del elemento pueblo de un Estado— tiene la posibilidad de formarse un criterio acerca de la realidad política y social en la que es necesaria su toma de decisiones y con lo que se puede concretar una efectiva participación al seno de un Estado democrático a través del ejercicio de la libertad

de expresión, es decir, no puede haber una efectiva expresión de las ideas o de las decisiones públicas del ciudadano si éste no cuenta con los elementos cognoscitivos suficientes para hacerlo. Tales elementos le son proporcionados al ciudadano, precisamente, por el ejercicio de la libertad de expresión en otra etapa del ciclo mencionado: cuando los hechos o las ideas son difundidos como información por quienes hacen periodismo. La pregunta es: ¿podemos fiarnos de la democracia en México cuando los hechos y los fenómenos sociales indican que el ejercicio de la libertad de expresión está limitado, incluso para quienes profesionalmente hacen uso de ella, atentando contra la esencia de libertad de ese derecho establecido constitucionalmente? Por ello, el análisis realizado en este trabajo está referido específicamente a la relación existente entre la libertad de expresión como derecho surgido de la democracia y las represiones sufridas por el gremio periodístico que afectan de manera negativa al aspecto democrático mexicano, sin que sea un objetivo la profundización en la problemática de los límites conceptuales ni sociales en la práctica periodística.<sup>1</sup>

Hay en México varios cuerpos reguladores<sup>2</sup> cuyo objetivo es hacer efectiva la fiabilidad democrática derivada de las relaciones jurídicas entre los miembros de la colectividad procurando evitar que exista la violación a este derecho. Tales instrumentos nacionales se complementan con aquellos que otorgan la adecuada regulación a los estados para que tengan un criterio universal de lo que comprende la libertad de expresión y, de haber limitaciones, cuál sería la manera de tratarlas, mismos que se han suscrito en el ámbito internacional<sup>3</sup>. Todos esos medios jurídicos están dirigidos (de forma directa o indirecta) a la protección de derechos y/o principios de la democracia (como la libertad y la igualdad sin omitir otros relativos a diversidad, pluralidad, tolerancia y diálogo), lo cual converge en el hecho de que toda democracia debe ser participativa, ya que los principios y características de la misma obligan a que los miembros de una comunidad se involucren tomando parte (participando) en los asuntos de la misma; *a contrario sensu* la falta de respeto o la violación de esos principios democráticos pueden representar lo contrario de

---

<sup>1</sup> Por tal razón no será necesario proporcionar mayores elementos de análisis respecto a, por ejemplo, la “Ley Sobre Delitos de Imprenta” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2017) o la “Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014), ya que algunos de esos conceptos, si bien están relacionados a la libertad de expresión, no lo están con aquellos que son estrictamente necesarios para comprender el fenómeno democrático abordado.

<sup>2</sup> Como la “Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2012) o la “Ley Reglamentaria del 6º, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Derecho de Réplica” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de noviembre de 2015).

<sup>3</sup> Como el “Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales” (emitido por el Comité Internacional de la Cruz Roja en 1977), donde refiere, entre otras, que los periodistas serán considerados como personas civiles cuando realicen misiones peligrosas en zonas de conflicto armado, en línea: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm#22>, consultado el 04 de julio de 2017; también el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (suscrito en 1976 en la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas).

la participación, es decir, abstención democrática, y si consideramos que esa participación tiene su fundamento en la expresión, es decir, en la posibilidad de que el ciudadano (y todas las personas) digan lo que piensan, lo que sienten, lo que prefieren, etc., entonces cualquier variación o modificación a esa intención de expresarse, ya sea por intimidación o por miedo, puede socavar la libertad de expresarse, produciendo una afectación negativa que provoca violación a la libertad de expresión. Ante esa violación, es decir, ante la intimidación a la libertad de expresión que produce temor y miedo, se tiene —entre otras— la abstención democrática, ya que ese temor y miedo producen la no manifestación de ideas y opiniones, por ello, la sociedad se encuentra en un estado contrario a la fiabilidad, es decir, existe una *des-fiabilidad* o desconfianza que al final afecta de forma negativa a la democracia.

## II. La libertad de expresión como derecho democrático del periodismo.

La *libertad* es definida por la Real Academia Española como “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, por lo que es responsable de sus actos”<sup>4</sup>, y para *expresión* tiene la siguiente: “manifestación de los afectos y de las emociones por medio de la gesticulación”<sup>5</sup>, pero no sólo es a través de la gesticulación que se llega a esa manifestación para el contexto de este trabajo, sino que también puede ser verbal o escrita, ya que posibilita que la manifestación sea externada al grado de poder ser percibida por otros miembros de la sociedad. En cuanto a la *libertad de expresión*, la define como “el derecho a manifestar y difundir libremente ideas, opiniones e informaciones”.<sup>6</sup> Si analizamos la cuestión de por qué el derecho a la libertad de expresión es de rango elevado, al grado de ser considerado, por su importancia en un Estado Constitucional, de carácter fundamental, la razón es la organización política del país, ya que este derecho es considerado como uno de los ejes rectores que consolida y a su vez constituye el buen funcionamiento de las instituciones democráticas. Ahí encontramos su naturaleza, ya que como se ha visto últimamente en los tribunales, especialmente constitucionales, se le da mayor peso a este derecho precisamente porque tiene un gran nivel de importancia con relación a la situación de fiabilidad en la democracia a través de la participación en la política de un país.

Derivado de lo anterior, y desde el punto de vista iuspositivista, queremos como juristas buscar el fundamento de este importante derecho, sin embargo, hay quienes postulan que para encontrar una explicación meta-jurídica es necesario considerar a la filosofía y a la política como ciencias que nos ayudarán a hallar su esencia y sus fines como

---

<sup>4</sup> Real Academia Española, en línea: <http://dle.rae.es/?id=NEeAr5C>

<sup>5</sup> *Ibidem*, en línea: <http://dle.rae.es/?id=HL12F3g>

<sup>6</sup> *Ibidem*, en línea: <http://dle.rae.es/?id=NEeAr5C>

parte de una organización política, a fin de que sea garantizado y respetado.<sup>7</sup> Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento en su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley...<sup>8</sup>

El Derecho a la libertad de expresión es un instrumento del que pueden hacer uso los periodistas (y, desde luego, los ciudadanos), a través de la manifestación de sus ideas y de la divulgación informativa por cualquier medio, lo que afecta de modo positiva al desarrollo sociopolítico del país. Sin embargo, se debe garantizar que el ejercicio de este Derecho no genere perjuicio o daño a la reputación e integridad física o moral de las personas, ya que de ser así, no se podría calificar de libre la expresión que se practique con tales finalidades con la consecuente afectación a la sociedad y al orden público como factores indispensables para la estabilidad de un Estado. Es así como, al ser reconocido este Derecho, se ve la trascendencia e importancia que puede tener su práctica en un ambiente que es (o que pretende ser) democrático.

Ahora bien, en el Estado Mexicano el origen de la libertad de expresión surgió como la necesidad de que las personas exteriorizaran sus ideas y que de esta manera no exista perjuicio hacia la democracia estatal, por no considerarse su opinión en la toma de decisiones; por ello es importante destacar lo que se estableció constitucionalmente: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público...”<sup>9</sup> Si nos detenemos a analizar las particularidades de lo que trata este precepto constitucional, una manifestación es *declarar o dar a conocer*<sup>10</sup> por ello entendemos que es una forma de exteriorización de nuestras

---

<sup>7</sup> Cfr. Faúndez, Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, p. 34

<sup>8</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se adopta en Nueva York, EUA, el 16 de diciembre de 1966, y México se adhiere el 24 de marzo de 1981, en línea: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consultado el 04 de julio de 2017.

<sup>9</sup> Ver: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6, párrafo primero, fuente: Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Tomo V, 4ª Época, número 30, México, lunes 5 de febrero de 1917.

<sup>10</sup> Real Academia Española, en línea: <http://dle.rae.es/?id=ODoJqWE>, consultada el 5 de diciembre de 2015.

ideas, pensamientos, datos e información que se van a transmitir a través de un medio determinado; también, respecto al vocablo *inquisición*, lo encontramos derivado de “inquirir que es indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo”<sup>11</sup>, mismo que jurídicamente no será objeto de controversia procesal. En cuanto a las excepciones tenemos que, a pesar de que es un derecho de carácter fundamental, debe ejercerse siempre que éste no afecte la integridad moral. En ese mismo tenor, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> dice que la *libertad* es considerada como un derecho fundamental e inalienable (en todas sus formas y manifestaciones), y relacionada con la expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas (por ello es un derecho fundamental), contribuyendo al desarrollo social y dice también que este derecho debe ser un instrumento y requisito indispensable para el funcionamiento de la democracia y para la existencia, desarrollo y consolidación de una sociedad.

Un derecho fundamental es aquel precepto que constituye una base normativa suprema de un país. Se ha considerado que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es nuestra ley suprema y que se divide en dos partes: dogmática y orgánica, la primera contiene derechos humanos y de carácter fundamental; pero ¿por qué se dice que son fundamentales? porque su naturaleza exige mayor rigurosidad y atienden a las necesidades básicas e imprescindibles para vivir y desenvolverse en sociedad. De esta manera, el ser humano (a pesar de su carácter individual), debe tener una serie de derechos que le permitan formar parte de una colectividad en la que exista una entidad superior que le garantice sus derechos individual o socialmente. Asimismo, la individualidad, que en su conjunto forma parte de un grupo social, se puede definir así: “Junto con nuestra imagen física, que constituye el primer dato de nuestra identidad, se encuentra nuestra imagen social que viene integrada por un conjunto de valoraciones sobre distintos aspectos de nuestra personalidad y nuestro comportamiento.”<sup>13</sup> La simple manifestación de ideas es considerada como un derecho fundamental, ya que constituye las bases en un sistema político y democrático y, como tal, este derecho y la garantía del mismo le permite a un Estado, a través de la manifestación la voluntad del pueblo, evitar inconformidades y coadyuvar con los principios de transparencia, igualdad y no discriminación. Tal es la importancia de la labor periodística, de esa magnitud es la relevancia de su actividad que, al llevar al conocimiento de la población los hechos sociales

---

<sup>11</sup> *Ídem*.

<sup>12</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de expresión, en línea: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>, consultada el 03 de julio de 2017.

<sup>13</sup> Pérez de los Cobos Hernández, Elisa, *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen libertad de expresión y de información como derechos fundamentales*, en línea: <http://www.congreso175.org/web/sites/default/files/PONENCIA%20-%20Der.%20al%20honor%20C%20intimidad%20y%20propia%20imagen%20vs.%20libertad%20expresión%20e%20información.pdf>

remotos y las ideas políticas y liberales distantes, coadyuva en el impulso y realización de los elementos de la democracia: la participación. He ahí la relación existente entre el derecho a la libertad de expresión y los fundamentos de un Estado democrático para el periodismo, lo que significa que la libertad de expresión tiene esa función dual: soportar y legitimar jurídicamente la función y actividad de los periodistas y satisfacer las necesidades sociales de las personas al interior de un Estado:

La libertad de expresión nos permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales para guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad donde vivimos (...) En parte, la libertad de expresión ejercida tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.<sup>14</sup>

La democracia surge como un modelo en el cual se ve reflejada la participación de todos a fin de que tengamos la oportunidad de exteriorizar nuestras ideas y opiniones, y es de esta manera como existe una estrecha relación entre la libertad de expresión y la democracia. Pero el ejercicio de este derecho no implica solamente la manifestación de la voluntad a través de un voto en una urna, sino también es considerable la exposición de ideas, opiniones e información por cualquier medio lícito a fin de transmitir a la población datos que les ayude a generar un criterio en la población que sirva como base para determinar cuáles serán las mejores decisiones que fijen el rumbo de una Nación. La democracia definida como “forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos”<sup>15</sup>, ¿de qué otra manera puede intervenir el pueblo si este no es un ente con la capacidad de manifestarse libremente y de tomar decisiones? En este sentido es de suma importancia la participación ciudadana a través de la libertad de expresión, ya que se brinda la información a la población misma que se ve influida al momento de participar democráticamente o de tomar una decisión, por ejemplo, en el ejercicio del sufragio. En tanto, si no hay libertad de expresión simplemente no existe la democracia, sino que, como

---

<sup>14</sup> Carbonell, Miguel, *El fundamento a la libertad de expresión en la democracia constitucional*, Vázquez, Ramos, Homero (coord.) en *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 80.

<sup>15</sup> Real Academia Española, en línea: <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>, consultada el 5 de diciembre de 2016.

afectación negativa, genera desconfianza, porque son como dos partículas que deben estar estrechamente unidas para su buen funcionamiento, y no podría haber una democracia derivada de la participación en la que la libertad de expresión sea limitada, ya que entonces las restricciones contribuyen a la abstención democrática a través de la no manifestación de ideas, y de esa manera se obstaculiza el funcionamiento de dicho sistema:

En este sentido, se parte del criterio de que, en un sistema de democracia representativa, la participación de los ciudadanos por vías legalmente reconocidas es complementaria a la idea de representación, refuerza los principios y valores democráticos, además de que evita que las demandas y puntos de vista de la ciudadanía se difundan y se pierdan valiosas contribuciones de la sociedad al ámbito público.<sup>16</sup>

Respecto al concepto de libertad de expresión es necesario reflexionar y profundizar sobre sus fundamentos y las formas en las que se puede ejercer este derecho adecuándolo a los nuevos parámetros de los estados de derecho constitucional, así, hay una serie de principios que nos permiten entender mejor el propósito que persigue la creación de este derecho: "...como los de "verdad", "auto-realización" y "democracia"; hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas interesantes para los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas..."<sup>17</sup>; es de suma importancia que consideremos cuál es el tipo de conducta que tiene como fin la libertad de expresión. El autor menciona el concepto de *verdad*, relacionado con la conducta que permita validar los actos verídicos en los que exista congruencia con lo establecido en las normas, con lo que estaremos ante una libertad de expresión como Derecho; además, la *auto-regulación* comprende saber cuáles son las limitantes de la libertad en un sistema jurídico y que individualmente debemos tener conciencia de hasta donde llegar con cada una de las conductas que tengamos. Una vez perfeccionando el uso correcto de este Derecho y su realización, se contribuye a un buen ejercicio del modelo democrático. De esta manera la libertad de expresión es una característica muy particular de la humanidad, ya que es muy natural que todo individuo quiera manifestar sus ideas, sentimientos, pensamientos, descubrimientos, conocimientos, críticas, análisis, reflexiones, etc., a través de medios de comunicación que le permitan dar

---

<sup>16</sup> Balbuena Cisneros, Armind y Frago Lugo, Lucero, *Las figuras de la participación ciudadana en México*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez Fernando, (coords.), en: "Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones", México, Universidad de Guanajuato, Instituto Federal Electoral, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010, p. 61.

<sup>17</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 85.

divulgación y que sean conocidos por los demás miembros de una sociedad. Es así como a través de una conducta en pleno goce de este derecho contribuye a "...la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida (...). De esta manera estamos listos para pasar a la última cuestión, la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera de distinguirlos de otras manifestaciones de la conducta humana."<sup>18</sup>

La participación es una vertiente derivada de la democracia, misma que busca enfatizar y contextualizar una base fundamental e importante para la vida política de un país. Debe haber congruencia entre la participación, la democracia y la representación, ya que la primera constituye parte importante donde el pueblo a través de la elección va a decidir quiénes sean sus representantes; así mismo, consta como resultado de esa participación, la democracia representativa donde las personas que se quieran postular para estar en un cargo público son votadas. La democracia y la representación se concretizan cuando hay representantes que han sido meramente elegidos por el pueblo, es decir, cuando ya está materialmente manifestada la voluntad del pueblo y se puede ver reflejada de esta manera al existir funcionarios que están a cargo de instituciones gubernamentales para el buen funcionamiento social. También hay una "...regulación de las figuras de participación ciudadana en las legislaciones de cada una de las entidades federativas de México con base en el grado de precisión con el que la ley las define, las instancias encargadas de su organización, los requisitos y procedimientos para ejercerlas, y sus implicaciones legales."<sup>19</sup> De esta manera, cuando los ciudadanos puedan formar parte de las decisiones a través de la opinión pública, se estará haciendo uso de la participación y de la representación a través de la libertad de expresión.

En el mismo tenor, es necesaria la participación ciudadana en un país (como México) en el que hay mayor exigencia política, para que los ciudadanos actúen de manera activa, efectiva y plena, por ello es estrictamente fundamental que la libertad de expresión sea un factor que aporte a mejorar su participación para que sean capaces de inmiscuirse con el medio político a través del debate y con la plena ideología libre de ideas: "La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas."<sup>20</sup> Además, el Derecho a la libertad de expresión (como un insumo del instrumento democrático de la rendición de cuentas) es indispensable ya que a través de la participación podemos manifestar las inquietudes y necesidades que requiere nuestro país, esto como una contribución a los planes de desarrollo que permite verificar

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>19</sup> Balbuena Cisneros, *op. cit.*, p. 61.

<sup>20</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 80.

que éstos sean materializados para mejora del Estado. Por tal motivo, no podemos excluir un elemento fundamental: "...la democracia participativa se perfila como alternativa que promueve la ampliación de los derechos de los ciudadanos, a través de la participación proactiva en el proceso de consolidación democrática para la crisis de confianza institucional."<sup>21</sup> Por todo ello, la democracia constitucional y la libertad de expresión tienen gran relación e importancia en un Estado de Derecho, ya que en un Estado democrático como el nuestro deben existir los fundamentos de la libre manifestación de ideas, para que a través de éstas se comparta la información y la decisión de la mayoría sea pertinente al momento de elegir a sus representantes y que esto contribuya en mejora de las necesidades del país.

### **III. Violación a la libertad de expresión y su afectación negativa a la democracia.**

En nuestro país se presentan altos índices de violación a los derechos humanos derivado de la deficiencia en la práctica jurídica que cada vez más protege intereses particulares y que no es capaz de garantizar la protección de este derecho; así, Guerrero Agripino dice que: "El sistema de justicia penal se encuentra en crisis, sus instituciones y sus políticas no han logrado sancionar ni prevenir eficazmente los delitos, pese a los reiterados esfuerzos por endurecerlo."<sup>22</sup> Por tal situación no existe fiabilidad<sup>23</sup> de las instituciones judiciales para sancionar y prevenir la vulneración de los derechos humanos y, dada esta situación, cada día la población se siente amenazada e intimidada y prefiere no manifestar sus ideas ni opiniones (lo cual ya representa una real abstención democrática), ante los asesinatos de periodistas y de aquellos que por el hecho de ejercer su derecho a manifestarse de manera pacífica sufren represalias: "En el seno de la Sociedad Civil se ha producido un cambio que se expresa no sólo en la exteriorización de la sensación de malestar por la pérdida del bienestar general, sino también en el fortalecimiento de los nuevos movimientos sociales entre el debilitamiento y retroceso del Estado para atender la demanda social."<sup>24</sup> A veces nos preguntamos el porqué del aumento de las manifestaciones y encontramos que es por el descontento existente de las personas por la falta de accionar en la protección y garantía de los derechos humanos: "La libertad

---

<sup>21</sup> Bin, Elisa, *Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia participativa*, Romero, Ricardo (Comp.). *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones experiencias y análisis del caso porteño*, Buenos Aires: Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005, en línea: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep.pdf>, consultada el 1 de diciembre del 2015.

<sup>22</sup> Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Cultura política y ejercicio ciudadano especial referencia a la prevención del delito*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez, Fernando, (coords.), en "Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones", México, Universidad de Guanajuato, IFE, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010. p. 244.

<sup>23</sup> Fiabilidad: cualidad de fiable, probabilidad de buen funcionamiento de algo; cfr.: Diccionario de la Real Academia Española, en línea: <http://dle.rae.es/?id=Hpsj999>, consultado el 03 de julio de 2017.

<sup>24</sup> Bin, Elisa, *op. cit.*

de expresión es un pilar de la democracia de un país. En México las violaciones graves a derechos humanos no existen si no se hablan y las voces de inconformidad pueden ser silenciadas sin que exista consecuencia alguna.”<sup>25</sup>

Por tanto, la violencia infligida a los periodistas es un fenómeno que debe revisarse con relación al funcionamiento adecuado o no de la democracia al interior de un Estado. Por ello, es pertinente la revisión estadística de los casos de lesión a los profesionales del periodismo en México, ya que ese dato es un indicador sobre lo preocupante de la situación en torno del respeto a tales principios democráticos. Al respecto, en México se cuenta con algunos datos estadísticos que son alarmantes acerca de la violación a la libertad de expresión: las cifras oficiales exponen el registro de algunos delitos en contra de periodistas, el cual fluctúa entre 89 y 103 homicidios y entre 23 y 25 desapariciones en México<sup>26</sup> y en el ámbito interamericano 102 periodistas asesinados y 23 desaparecidos en México, solamente por debajo de Colombia, que registra 135 asesinados.<sup>27</sup> La realidad de México denota una serie de actos que lesionan a estos profesionistas y que les impiden el correcto ejercicio de su profesión: “Los periodistas actualmente están en la mira de personas, grupos de poder y organizaciones al margen de la ley que los intimidan cuando, con su trabajo, tocan temas vinculados a la corrupción, la seguridad pública o el crimen organizado.”<sup>28</sup> Pero también las recientes acusaciones de los periodistas al gobierno por los intentos de espionaje a través de la infección a sus dispositivos celulares para poder vigilarlos: “...la vigilancia ilegal a los periodistas constituye una grave violación a la libertad de información y a la protección del secreto de fuentes, cuando de por sí en el país ya es complejo y arriesgado investigar los actos de corrupción.”<sup>29</sup>

En algunos países continúa la práctica de sancionar penalmente las expresiones emitidas sobre asuntos de interés público, lo que ha desembocado en penas de prisión

---

<sup>25</sup> *México: sin prensa no hay democracia*, en Article 19, 3 de mayo de 2016, en línea: <https://www.article19.org/resources.php/resource/38352/es/mexico:-sin-prensa-no-hay-democracia>, fecha de consulta: 1º de julio de 2017.

<sup>26</sup> De acuerdo a datos relativos al periodo enero de 2000 a junio de 2015, publicados por la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos Contra la Libertad de Expresión, *Informe estadístico*, en línea: <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/feadle/Documents/INFORMES/2015/ESTADISTICAS%202015%2006%20JUNIO%202015%20totales.pdf>, consultado el 8 de enero de 2016. Como ejemplo de la gravedad de la situación está la noticia de que la policía mexicana encontró en una carretera en el municipio de Nueva Italia, Michoacán, el cuerpo calcinado del periodista Salvador Adame Pardo, desaparecido el 18 de mayo de 2017, siendo el 7º periodista asesinado en lo que va del año, fuente: Reporteros Sin Frontera, *México. Encuentran el cuerpo de periodista mexicano Salvador Adame Pardo, secuestrado hace un mes*, 27 de junio de 2017, en línea: <http://m.rsf-es.org/news/mexico-encuentran-el-cuerpo-del-periodista-mexicano-secuestrado-hace-un-mes/>, consultado el 2 de julio de 2017.

<sup>27</sup> De acuerdo con datos relativos al periodo que va del año 1987 al 2015, publicados por la Sociedad Interamericana de Prensa, *Periodistas asesinados y desaparecidos (1987-2015) 23 de noviembre de 2015*, en línea: <http://www.sipiapa.org/notas/1200036-estadisticas>, consultado el 11 de enero de 2016.

<sup>28</sup> Hernández, Luz María, *A la libertad de expresión y el ejercicio periodístico*, Dignitas no. 16, mayo-agosto de 2011, p. 169.

<sup>29</sup> Emmanuel Colombié, citado en “Reporteros sin Fronteras. Por la libertad de la información”, *México, varios periodistas denuncian haber sido espionados por el gobierno de mexicano*, 23 de junio de 2017, en línea: <http://m.rsf-es.org/news/mexico-varios-periodistas-denuncian-haber-sido-espionados-por-el-gobierno-mexicano/>, consultado el 2 de julio de 2017.

para quienes han hecho uso de la libertad de expresión; asimismo, el 2016 fue un año crítico para la democracia ya que hubo casos de periodistas asesinados en varios países como Brasil, Honduras, Guatemala, Estados Unidos, el Salvador, Perú, Venezuela y también México, los cuales cubrían noticias relacionadas con el crimen organizado o corrupción política; por ello, se ha recomendado a los estados:

...adoptar mecanismos de prevención adecuados para evitar la violencia contra las y los comunicadores, incluyendo la condena pública a todo acto de agresión; la adopción de medidas eficaces de protección para garantizar la seguridad de quienes se encuentran sometidos a un riesgo especial por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión; la realización de investigaciones serias, imparciales y efectivas sobre los hechos de violencia cometidos contra periodistas y trabajadores de medios de comunicación social; el juzgamiento y la condena a todos los responsables de estos hechos, y la reparación adecuada a sus víctimas y familiares.<sup>30</sup>

De forma correlativa, la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México se ha pronunciado en el sentido de que el derecho a la información es uno de los complementos que se deben respetar al interior de un estado en el que se tenga como objeto de protección a la libertad de expresión:

La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir la información que los demás les comunican sin interferencias que la distorsionen.<sup>31</sup>

Por otro lado, el periodismo es un instrumento a través del cual se puede transmitir información que le permita a la sociedad darse cuenta de actos fraudulentos que impiden el buen desarrollo y la seguridad social y que obstaculizan el buen funcionamiento de la democracia (es decir, se perjudica la fiabilidad de la democracia), sin embargo, a los

---

<sup>30</sup> Ver: "Resumen Ejecutivo del Informe anual 2016, un año crítico para la democracia y la libertad de expresión en el hemisferio", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2016, en línea:

[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/basicos/RESUMEN\\_EJECUTIVO.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/basicos/RESUMEN_EJECUTIVO.pdf), fecha de consulta: 04 de julio de 2017.

<sup>31</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Recomendación General No. 7 sobre las violaciones a la libertad de expresión de periodistas o comunicadores*, México, D. F., 9 de agosto de 2004.

autores de la corrupción no les conviene que dicha información sea revelada ya que esto afecta a sus intereses particulares. La infracción a la libertad de expresión puede adoptar varias formas, no es exclusivo del fenómeno de matanza o desaparición de periodistas; de acuerdo con Ferrajoli se puede clasificar en:

a) La represión (es decir, prohibiendo la manifestación y la difusión de opiniones); o bien, b) apropiándose de los medios de información. El primero es el método de los regímenes abiertamente autoritarios. El segundo es el método que actualmente experimentamos y que consiste en la concentración económica y el control político de los medios de comunicación; se trata de un método que no necesariamente excluye el primero...<sup>32</sup>

Por todo ello, la represión y el control gubernamental de los medios de comunicación, así como el control de la información y la corrupción que afecta a la actuación de los periodistas, redundan en una clara violación a la libertad de expresión, en sus diferentes modalidades, y confluye en la afectación negativa a la democracia y sus principios esenciales.

Ahora bien, el problema está en una afectación negativa, ya que, si bien es cierto que este derecho está catalogado como uno de los más importantes ejes rectores del modelo democrático, también es cierto que dar la certeza y la seguridad a la ciudadanía de que esos derechos serán respetados por terceros es algo muy diferente.<sup>33</sup> Dada esta situación, en fechas recientes podemos observar la afectación, en especial a los periodistas, quienes en su mayor parte como ejercicio de su profesión transmiten la información a la ciudadanía, misma que se retroalimenta para tomar decisiones públicas; sin embargo, hay gran impunidad y afectación negativa a la democracia cuando a éstos se les vulnera ese derecho como consecuencia del temor generado por los asesinatos y desapariciones de periodistas. Lo anterior es un fenómeno que impacta de forma negativa a: 1. La libertad de expresión; 2. La participación ciudadana; y 3. La democracia; es decir, la problemática trasciende a la sociedad y también a los usos democrático-estatales: "Cuando se agrede a la prensa se vulneran los derechos de los ciudadanos a la libre expresión y a la información, y termina por desestimar la labor de los periodistas en la sociedad. Sin embargo, el Estado es omiso y negligente en su obligación de brindar justicia,

---

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*. Madrid, Trotta, 2008, p. 269.

<sup>33</sup> Todo lo cual influye en la relación trilateral de libertad de expresión-participación ciudadana-democracia, por una parte y, por otra, aquellos que por obtener un resultado favorable realizan actos corruptos que dañan a quienes quieren manifestarse libremente y hacer uso de la democracia participativa como principal acción cuyo fin es fomentar la convivencia armónica de la sociedad.

verdad y reparación del daño en los casos de violencia contra la prensa.<sup>34</sup> Al respecto, hay una recomendación internacional<sup>35</sup> referente a que el Derecho a la libertad de expresión no es sólo la posibilidad de manifestarse, sino que también consiste en el respeto de ese derecho a que, como miembro de una colectividad, se reciba información, se conozca y se tenga la plena libertad de poder expresar, publicar, difundir y recolectar información e ideas. Así, dicha libertad es elevada a una dimensión individual pero también social.

Por ello, dentro de una afectación positiva para el funcionamiento de la democracia es importante mencionar que concurren varios elementos que le dan eficacia en su funcionalidad, tal es el caso de que primero exista la libertad expresión, que sirve de base para que se permita la declaración y divulgación de hechos e ideas en medios de comunicación y para mantener informadas a las personas, evitando que se cierren en un mundo donde todo parece perfecto y que visualicen las diversas problemáticas y las necesidades de tipo social, económico y político. Si el acceso a la información se ve restringido, estrictamente no hay trascendencia y utilidad de este derecho para fines democráticos:

El acceso a los medios puede verse restringido por las dos situaciones: la primera es la represión proveniente del poder político, la cual se manifiesta a través de la censura, cierre del medio, la persecución periodística, el chantaje, el soborno, entre otras muchas, es una restricción vertical; la segunda viene desde el propio medio, ya sea público o privado, que a través de la concentración deviene en monopolio, absorbiendo cualquier ente que le representa competencia, lo que a la postre extermina el pluralismo político y mediático, corrompe al periodismo, limita el derecho a la información y obstaculiza una auténtica participación democrática.<sup>36</sup>

Esos fenómenos sociales de la violencia contra la libertad de expresión y en contra de aquellos que de manera cotidiana deben hacer uso de ella en razón de su actividad (además, claro está, de los ciudadanos que también tienen interés en ejercer la libertad de expresión), afectan de forma negativa a fiabilidad de la democracia, pues su buen funcionamiento se ve comprometido afectando la seguridad que se tenga en los buenos

---

<sup>34</sup> Article 19, *op. cit.*

<sup>35</sup> *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004.

<sup>36</sup> Pérez Pintor, Héctor y García Tinajero, Leonel, *Democracia y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez Fernando, (coords.), en: "Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones", México, Universidad de Guanajuato, Instituto Federal Electoral, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010. p. 275.

resultados<sup>37</sup> que se esperan de ella: “(...) Al matar a un periodista se atenta contra la libertad de expresión, sustento de cualquier democracia. Corresponde no sólo al gobierno vigilar, proteger y defender las libertades de información y prensa. También es obligación de los ciudadanos luchar por un periodismo ejercido desde la independencia y la verdad.”<sup>38</sup>

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>39</sup> dice que la censura, la restricción en la circulación de las ideas y opiniones, así como la imposición arbitraria de información, violan ese Derecho. También establece que los Estados serán incompatibles con ese Derecho cuando existan condicionamientos previos, por ejemplo la veracidad, oportunidad e imparcialidad; dice que el comunicador social tendrá el derecho a reservarse las fuentes que haya consultado así como sus archivos personales y que los actos que dañen la integridad de estas personas estarán violado este derecho, por lo cual los estados deben prevenir e investigar los hechos y sancionar a sus autores a fin de asegurar una reparación adecuada de las víctimas. Con lo anterior se provoca una afectación negativa para la sociedad en general ya que al privarnos de la libertad de expresarnos nos están restringiendo la participación en las decisiones políticas del país; asimismo, esa afectación es meramente un factor que evita la realización de supuestos en donde la democracia juega un papel muy importante en la libertad de expresión ya que una se fundamenta en la otra y, derivado del sistema jurídico en el que vivimos, podemos darnos cuenta que no puede existir libertad de expresión sin democracia, y viceversa. Al ser la libertad de expresión un derecho plasmado solamente en el papel y no dársele la garantía necesaria ni los instrumentos que garanticen la protección del mismo, surge como afectación negativa la falta de credibilidad en el modelo democrático del país.

#### **IV. Medidas preventivas para el buen funcionamiento social y democrático en torno a la libertad de expresión.**

Todo lo anterior nos hace concluir con el viejo dilema acerca del cumplimiento o no de lo señalado en los instrumentos legales (e incluso constitucionales o convencionales), el cual pone en duda la eficacia de lo establecido legalmente, al grado que, en el tema que nos ocupa, podemos razonablemente preguntar acerca de lo que es necesario hacer para que un Estado que se jacta constitucionalmente de ser democrático (a través de

---

<sup>37</sup> Fiable: digno de confianza, que ofrece seguridad o buenos resultados, que es creíble, fidedigno, sin error; *cfr.*: Diccionario de la Lengua Española, en línea: <http://dle.rae.es/?id=HpsmYNC>, consultado el 03 de julio de 2017.

<sup>38</sup> Hernández, Luz María, *op. cit.*, p. 172.

<sup>39</sup> *Cfr. Declaración de principios sobre la libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º periodo ordinario de sesiones, octubre del año 2000, en línea: [http://www.itait.org.mx/marco\\_juridico/Declaracion\\_de\\_Principios\\_Sobre\\_la\\_Libertad\\_de\\_%20Expresion.pdf](http://www.itait.org.mx/marco_juridico/Declaracion_de_Principios_Sobre_la_Libertad_de_%20Expresion.pdf), consultado el 03 de julio de 2017.

instrumentos internacionales), lo sea de verdad. De acuerdo con Morlino<sup>40</sup> una democracia de calidad es “aquella que presenta una estructura institucional estable que hace posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos”; de la misma forma, el autor dice que hay cuatro principales vertientes que contribuyen a generar una mayor respuesta por parte de la población en una democracia, a través de la libertad de expresión: 1. Participación electoral; 2. Nivel de libertad de prensa; 3. Índice de desarrollo humano; y 4. Recursos cognitivos.

El tema de la democracia es muy singular, ya que al haber una gran variedad de fenómenos no podemos pensar que existe un solo concepto de democracia, pues estaríamos creando una distancia en el contexto de la política,<sup>41</sup> por tal razón, la libertad de expresión como Derecho fundamental es importante para la convivencia social; así, si consideramos pertinente la presencia de esos elementos entonces es importante la obtención, distribución, y aplicación de recursos meramente educativos a fin de generar un criterio en las personas; lo anterior es así, ya que para los ciudadanos es de suma importancia conocer el Derecho a la libertad de expresión, el cual se debe aplicar a fin de generar mayor fiabilidad democrática al momento de manifestar las ideas. Se trata de una exigencia constitucional, ya que se podrá fortalecer la fiabilidad de la democracia participativa al instituir principios doctrinales que sustenten y que fundamenten lo que dice la Constitución en cada uno de sus artículos (sobre todo cuando éstos se ven violentados), de esta manera es innegable la necesidad de protección, seguridad y garantía de esos principios.

Ahora bien, la pregunta obligada en este punto sería ¿cuáles son, entonces, las medidas preventivas para la fiabilidad democrática en torno a la libertad de expresión? Si hay en nuestro país el conjunto de varios elementos reguladores que fortalecen la fiabilidad de los miembros de una colectividad evitando que se den violaciones a los derechos humanos de los mismos, entonces la libertad de expresión tiene un papel de gran importancia, ya que por una parte está el modelo democrático que tenemos en nuestro país y como sustento de éste modelo la participación ciudadana, misma que a su vez tiene gran relación con el Derecho humano a la libertad de expresión; de esta forma podemos establecer una relación tripartida entre: democracia, participación y libertad de expresión. La regulación constitucional y legal deberá tener presente cómo proteger este Derecho y generar un buen funcionamiento social entre estos factores. Necesitamos órganos

---

<sup>40</sup> Morlino, Leonardo, *Calidad de la democracia notas para su discusión*, Ponencia Anual de Ciencia Política Sociedad Italiana, Trento Italiana, 2005. p. 66.

<sup>41</sup> Cfr. Córdova Vianello, Lorenzo, *La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias Reales en América Latina*, en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2198/6.pdf>, consultado el 3 de octubre de 2015.

especializados que nos brinden la posibilidad de garantizar este Derecho y que instauren entre las limitantes de los derechos algún tipo de conducta ilegal o atípica y que utilice mecanismos de ponderación para dirimir tales controversias suscitadas en los supuestos de que el acceso a la información, así como la libertad de expresión, no justifique también los daños hechos a la integridad de una persona; las restricciones deben ser congruentes con otros derechos garantizados por los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>42</sup>

En el ejercicio del periodismo es indispensable actuar con ética y bajo una responsabilidad extremadamente eficaz ya que la manipulación de la información debe tratarse con bastante delicadeza: “El derecho a la información tiene tres vertientes: la primera es el “derecho a saber, es decir, a ser informado”; la segunda es el “derecho del individuo a transmitir a los demás la verdad”, la tercera es el derecho a discutir, pues la comunicación “debe ser un proceso abierto de respuestas, reflexión y debate”.<sup>43</sup> Pero no basta con establecer los parámetros del ejercicio del periodismo para coadyuvar con la democracia en un Estado regido por una Constitución y por leyes, sino que además es necesario evitar toda intimidación como consecuencia de los asesinatos y desapariciones de periodistas, es indispensable restablecer la confianza de quienes trabajan para hacer llegar la información y la noticia a la población, para que la democracia no se vea afectada. Por ello, es importante precisar que la relación del Derecho a la libertad de expresión en torno a la democracia existe en tres momentos: primero, cuando el individuo se expresa y manifiesta parte de su criterio como producto de investigación e intelectualidad; segundo, cuando éste divulga a través de los diversos medios de comunicación la información que adquirió, y tercero, cuando llega a la población y con base en ello se forman un criterio que les impulse a actuar manifestando este Derecho democráticamente. Esto es como un círculo virtuoso que contribuye a la mejora dentro de sistema político:

La facultad de recibir información implica el derecho a ser informado de manera objetiva, oportuna, completa y veraz, sin discriminación de ninguna índole y la obligación de los órganos del Estado y de la empresa informativa de carácter privado de informar observando la objetividad, la veracidad, la eticidad, y la imparcialidad, al sujeto organizado de la información; y (..) la facultad de difundir es la posibilidad para expresar ideas, ya sea manifestándolas de manera oral, escrita o por cualquier otro mecanismo; es la libertad de expresión.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Escobar Salgado, María, *Libertad de expresión*, dignitas 26, septiembre noviembre 2014, p. 97.

<sup>43</sup> Márquez, Daniel, *La tutela de los Derechos de los telespectadores, la ley federal de la radio y la publicidad subliminal*, en Fernández, Ruíz, Jorge y Santiago (coords.), en: *Régimen jurídico de la radio y telecomunicaciones en general. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, 2007, p. 248.

<sup>44</sup> Pérez Pintor, Héctor y García Tinajero, Leonel, *op. cit.*, p. 272-273.

Es importante la práctica de valores en la libre manifestación de ideas y el derecho a la libertad de expresión, ya que si todos aplicamos los valores y principios éticos nos manifestaremos sin afectar a otros utilizando la información de forma responsable y con honestidad, lo cual es muy importante para influir positivamente y generar mayor fiabilidad tanto del ejercicio de ese Derecho como de su aplicación como papel importante en la democracia. La preocupación no está en cómo terminar con este problema desde el punto de vista actual, sino cómo vamos a evitar que futuras generaciones caigan en el mismo error, para ello:

Es necesario consolidar la institucionalización política del Estado a partir de la conjunción de la representatividad y la participación, donde el aparato público reconozca y garantice el ejercicio de los derechos fundamentales, entre ellos la participación ciudadana en la forma de decisiones en el ámbito de su competencia: los asuntos de interés público vitales para el crecimiento democrático, y donde la sociedad participe de manera responsable en la búsqueda de soluciones a los problemas que la aquejan. Esto requiere compromiso de los actores, gobierno con apertura y sociedad responsable.<sup>45</sup>

Existen maneras en las que se pueden aplicar instrumentos que favorezcan la participación, pero lo más importante no es sólo erradicar, sino prevenir; Leonardo Avritzer menciona cuatro:

1. La implementación de mecanismos de deliberación *cara a cara*, libertad de expresión y asociación. El papel de estos mecanismos es identificar temas problemáticos que deban canalizarse y resolverse en el ámbito político. Un ejemplo de ello son los recorridos de quien detenta el Poder Ejecutivo local por las colonias de su demarcación, donde escucha de viva voz las peticiones de la gente.
2. La idea de que los movimientos sociales y las asociaciones voluntarias hacen frente a temas polémicos al introducir prácticas alternativas en el nivel público. Por ejemplo, la ayuda voluntaria de los miembros de agrupaciones ciudadanas en caso de alguna emergencia o la organización de foros de discusión.
3. Se preserva un espacio para el entramado administrativo y, al mismo tiempo, se desafía el acceso exclusivo de los *técnicos* en el escenario de la toma de

---

<sup>45</sup> Polimeni, Florencia, *¿Democracia representativa vs. Democracia participativa? La falsa disyuntiva*, Romero, Ricardo (Comp.) en *Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones experiencias y análisis del caso porteño*, Buenos Aires: Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno. 2005, en línea: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep.pdf>; consultada el 1 de diciembre del 2015.

decisiones. Los ciudadanos que forman parte de la política de participación tienen la prerrogativa de monitorear la implementación de las decisiones en el terreno administrativo. El ejemplo más ilustrativo son los consejos ciudadanos que supervisan el trabajo de las dependencias gubernamentales y proponen acciones para que éstas mejoren su desempeño.

4. Los ciudadanos vinculan sus deliberaciones a la búsqueda de formatos institucionales capaces de dar respuesta a los asuntos que les preocupan. Un conjunto de ciudadanos que, por ejemplo, pueden proponer que se someta a plebiscito la realización de alguna obra pública que la autoridad tiene planeada.<sup>46</sup>

Es indispensable la creación de mecanismos que favorezcan el desarrollo social de la democracia, donde se vea detonada la participación, es decir tener un contacto más directo con la administración a través de la rendición de cuentas, el apego a derecho de los instrumentos jurisdiccionales que garanticen la protección de este derecho y que además sancionen por violaciones graves. Es importante que existan los elementos orgánicos reguladores contenidos en la Constitución a fin de garantizar la eficacia de la protección de los derechos: "... más allá de esos modelos teóricos, todavía sería necesario precisar por qué la libertad de expresión es un derecho humano, y qué es lo que justifica la garantía y protección de la misma."<sup>47</sup>

Además de que como miembros de una nación tenemos la obligación de participar en la toma de decisiones que fijen el rumbo de la misma, y es a través de la democracia participativa que se da la exteriorización de ideas que todos como ciudadanos podemos hacer y que también tomamos decisiones políticas, que influyan en nuestro entorno.<sup>48</sup> Así mismo, el ámbito periodístico tiene gran influencia en la decisión que individualmente adoptamos:

Es así que como individuos debemos tener esa convicción de que al ejercer nuestro derecho a la libertad de expresión manifestándolo al elegir a nuestros representantes o por qué no tener la libertad de ser quienes queramos representar al pueblo, siendo en nuestro país un modelo democrático representativo en el que todos como ciudadanos podamos gozar de derechos políticos, de tal manera que

---

<sup>46</sup> Avritzer, Leonardo, *Democracy and public spaces in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 52.

<sup>47</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 34.

<sup>48</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, México, editorial Taurus, 2009, p. 35.

podamos participar de una manera u otra en cualquier toma de decisión como producto de la voluntad política colectiva.<sup>49</sup>

Es necesario un buen funcionamiento que el Estado tenga como garantía social, para brindar una mayor regulación y organización de las políticas públicas, a través de la participación y uso de mecanismos que están al alcance de la población, asimismo que brinde protección, o de lo contrario:

La movilización de sectores sociales interesados en promover la concreción de políticas públicas (salud, educación, seguridad pública) mediante actos de presión en el parlamento y el gobierno y, por otro, la posibilidad de emplear y promover figuras de participación ciudadana como el plebiscito, el referéndum o la consulta con el fin de que los ciudadanos tengan espacios para procesar sus demandas en el plano institucional.<sup>50</sup>

Para que exista una mejora en el desarrollo democrático es necesario implementar medidas que faciliten el mejoramiento de la participación ciudadana, pero no sólo que sea la creación de instituciones, sino que realmente brinden un apoyo a la población en general para que, de forma activa, manifieste sus ideas a partir de criterios selectivos que le den la oportunidad a la población de informarse, pero es importante que el Estado garantice pronta y expeditamente la protección de ese Derecho, ya que últimamente hemos visto amenazados a los transmisores de la información especialmente de carácter sociopolítico. Cuando se intimida o se pone en riesgo la vida de estas personas incitan a otras a evitar transmitir este tipo de información o, peor aún que no se dediquen a esta profesión, y es así como a través del miedo y la intimidación la ciudadanía incurre en abstención, afectando negativamente e impidiendo la fiabilidad de la democracia.

## **V. Conclusión.**

La democracia tiene como uno de sus elementos indispensables para su funcionamiento, es decir, para su fiabilidad, a la libertad de expresión, la cual a su vez es un elemento del ejercicio de los profesionales de la comunicación (los periodistas), quienes tienen como principal insumo el derecho fundamental y también democrático de la libertad de expresión, ya que es a través de ella como pueden realizar la transmisión de las ideas y de los hechos al interior de un estado. En un medio político y social, como el mexicano,

---

<sup>49</sup> Cfr. Salazar, Luis y Woldenberg, José, *Principios y valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1993, p. 18.

<sup>50</sup> Balbuena Cisneros, Armind y Frago Lugo, Lucero, *op. cit.*, pp. 65-66.

en el que los periodistas han sido ultrajados por el ejercicio de su profesión, en realidad estamos ante una verdadera y latente afectación a uno de los elementos de la democracia: la libertad de expresión, por lo tanto, no es posible calificar de democrático a un estado que restringe la actividad periodística por ser ésta la actividad icónica y representativa de esa libertad. Idealmente, la afectación positiva a la democracia procedente del respeto al Derecho a la libertad de expresión se podría traducir en una democracia participativa, la cual podría redundar en una fiabilidad de la democracia. *A contrario sensu*, la afectación negativa a la democracia derivada de la violación a ese derecho produce la abstención democrática, así como el miedo o temor a manifestar las ideas u opiniones. En consecuencia, los atentados ocurridos con relación a la restricción en la manifestación de las ideas y al ejercicio profesional del periodismo, indican la existencia de una *des-fiabilidad* en la democracia mexicana.

## VI. Fuentes de información.

Article 19, *México: sin prensa no hay democracia*, 3 de mayo de 2016, en línea: <https://www.article19.org/resources.php/resource/38352/es/mexico:-sin-prensa-no-hay-democracia>.

AVRITZER, Leonardo, *Democracy and public spaces in Latin America*, Princeton: Princeton University Press, 2002.

BALBUENA Cisneros, Armind y Frago Lugo, Lucero. *Las figuras de la participación ciudadana en México*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez Fernando, (coord.), Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones, México, Universidad de Guanajuato, IFE, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010.

BIN, Elisa, *Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia participativa*, Romero, Ricardo (Comp.). Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones experiencias y análisis del caso porteño. Buenos Aires: Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno. 2005. p. (disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar//ar/libros/libros/gedep.pdf>; consultada el 1 de diciembre del 2015).

CARBONELL, Miguel, *El fundamento a la libertad de expresión en la democracia constitucional*, Vázquez Ramos, Homero, (coord.), en: "Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

COLOMBIÉ, Emmanuel, citado en "Reporteros sin Fronteras. Por la libertad de la información", *México, varios periodistas denuncian haber sido espiados por el gobierno de mexicano*, 23 de junio de 2017, en línea: <http://m.rsf->

es.org/news/mexico-varios-periodistas-denuncian-haber-sido-espiados-por-el-gobierno-mexicano/.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, *Declaración de principios sobre la libertad de Expresión*, adoptada en su 108º periodo ordinario de sesiones, octubre del año 2000, en línea: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Resumen Ejecutivo del Informe anual 2016, un año crítico para la democracia y la libertad de expresión en el hemisferio*, año 2016, en línea: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/basicos/RESUMEN\\_EJECUTIVO.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/basicos/RESUMEN_EJECUTIVO.pdf).

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Recomendación General No. 7 sobre las violaciones a la libertad de expresión de periodistas o comunicadores*, México, D. F., 9 de agosto de 2004.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, año 1977, en línea: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm#22>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

CÓRDOVA Vianello, Lorenzo, *La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias Reales en América Latina*, en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2198/6.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.

Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, tomo V, 4ª Época, número 30, México, lunes 5 de febrero de 1917.

Diccionario de la Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, edición del Tricentenario, en línea: <http://www.rae.es>.

ESCOBAR Salgado, María, *Libertad de expresión*, dignitas 26, septiembre noviembre 2014.

FAÚNDEZ Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*. Madrid, Trotta, 2008.

Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Cometidos Contra la Libertad de Expresión, *Informe estadístico*, en línea: <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/feadle/Documents/INFORMES/2015/ESTADISTICAS%202015%2006%20JUNIO%202015%20totales.pdf>.

- GUERRERO, Agripino, Luis Felipe, *Cultura política y ejercicio ciudadano especial referencia a la prevención del delito*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez Fernando, (coord.), en: “Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones”, México, Universidad de Guanajuato, IFE, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010.
- HERNÁNDEZ, Luz María, *A la libertad de expresión y el ejercicio periodístico*, Dignitas 16, mayo a agosto de 2011.
- Ley de sobre delitos de imprenta*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1917.
- MÁRQUEZ, Daniel, *La tutela de los Derechos de los telespectadores, la ley federal de la radio y la publicidad subliminal*, En Fernández, Ruíz, Jorge y Santiago (coords.), en: “Régimen jurídico de la radio y telecomunicaciones en general. Culturas y sistemas jurídicos comparados”, México, 2007.
- MARTÍNEZ Silva y Salcedo, *Diccionario electoral*, México, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 2002.
- MORLINO, Leonardo, *Calidad de la democracia notas para su discusión*, Ponencia Anual de Ciencia Política Sociedad Italiana, Trento Italiana, 2005.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se adopta en Nueva York, EUA, el 16 de diciembre de 1966, y México se adhiere el 24 de marzo de 1981, en línea: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- PÉREZ DE LOS COBOS Hernández, Elisa, *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen libertad de expresión y de información como derechos fundamentales*, en línea: <http://www.congreso175.org/web/sites/default/files/PONENCIA%20-%20Der.%20al%20honor%2C%20intimidad%20y%20propia%20imagen%20vs.%20libertad%20expresión%20e%20información.pdf>.
- PÉREZ Pintor, Héctor y GARCÍA Tinajero, Leonel, *Democracia y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Revuelta Vaquero, Benjamín y Patrón Sánchez Fernando, (coord.), en: “Democracia Participativa. Visiones, avances y provocaciones”, México, Universidad de Guanajuato, Instituto Federal Electoral, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2010.
- POLIMENI, Florencia, *¿Democracia representativa vs. Democracia participativa? La falsa disyuntiva* Romero, Ricardo (Comp.), en: “Democracia participativa, una utopía en marcha, Reflexiones experiencias y análisis del caso porteño” Buenos Aires: Red Argentina de Ciencia Política Mariano Moreno, 2005, en línea: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar//ar/libros/libros/gedep.pdf>.
- SALAZAR, Luis y WOLDENBERG, José, *Principios y valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1993.

SARTORI, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, México, editorial Taurus, 2009.

Sociedad Interamericana de Prensa, *Periodistas asesinados y desaparecidos (1987-2015)*,  
23 de noviembre de 2015, en línea: <http://www.sipiapa.org/notas/1200036-estadisticas>.

Recepción: 20 de febrero de 2017.

Aceptación: 31 de mayo de 2017.

# CLÁUSULAS PARAGUAS: ESQUEMA NORMATIVO PARA SU INTERPRETACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

## UMBRELLA CLAUSES: NORMATIVE SCHEME FOR ITS INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION

Liris Solanch ÁVILA DE LA CRUZ\*

Remberto A. SÁNCHEZ MARTÍNEZ\*\*

**RESUMEN:** En el área del Derecho Internacional, se ha manifestado con apreciable relevancia la ambigüedad entre obligaciones convencionales y obligaciones contractuales internacionales, que a su vez ha generado diversidad de criterios en determinar la jurisdicción competente, específicamente en materia de inversión extranjera, para dirimir los conflictos derivados de su incumplimiento. Estas contradicciones encuentran su basamento en la interpretación de las denominadas Cláusulas Paraguas (*Umbrella Clauses* -por su traducción en inglés-) que se incluyen en los Tratados Bilaterales de Inversiones para el acceso al arbitraje como mecanismo de solución de controversias; labor hermenéutica que se ha agrupado por la doctrina desde las tendencias restrictiva y extensiva, que servirán como sustento teórico-doctrinal para la formulación de un esquema normativo de interpretación equitativa.

**Palabras clave:** Tratados Bilaterales de Inversión, Cláusulas Paraguas, interpretación restrictiva, interpretación extensiva, equidad.

**ABSTRACT:** In International Law, it has become relevant the ambiguity between conventional obligations and international contractual obligations. This has generated diversity of criteria in determining the competent jurisdiction, specifically about foreign investment conflict resolution. These contradictions find its foundation in the interpretation of the named umbrella clauses, included in the bilateral investment treaties, in order to rely on arbitration as dispute settlement mechanism. This hermeneutical approach was created

---

\* Asesora Legal perteneciente a la Empresa Provincial de Servicios Legales en Holguín, Cuba. E-mail: lirissolanch@nauta.cu , liris-avila@fh.uho.edu.cu

\*\* Profesor Asistente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. E-mail: rembertosm@gmail.com

by doctrine from restrictive and extensive tendencies, which will be useful as theoretic doctrinal foundation for the formulation of well-balanced equity regulation.

**Keywords:** bilateral investments treaties, umbrella clauses, restrictive interpretation, extensive interpretation, equity.

## INTRODUCCIÓN

Doctrinalmente, se ha abordado sobre la necesaria distinción que debe existir entre las obligaciones convencionales o de consenso y las obligaciones contractuales para el acceso al arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de controversias, lo cual ha generado grandes discrepancias.

Al respecto, se ha identificado que las obligaciones convencionales constituyen: “aquellas emanadas de las disposiciones establecidas en el marco de un tratado como contenido de un acto jurídico que les da precisamente el carácter convencional”<sup>51</sup>. Mientras que, se han definido como obligaciones contractuales, en sentido general, las que surgen de los contratos y, en materia específica de inversión, las “asumidas por uno de los Estados parte con algún inversionista en un contrato de inversión”<sup>52</sup>.

La disyuntiva antes mencionada ha originado diversidad de criterios al determinar la jurisdicción competente para dirimir los conflictos derivados del incumplimiento de dichas obligaciones. Se plantea que, “para conocer de los litigios en los que se pretende hacer valer un derecho contractual, la vía dispuesta por la cláusula de resolución de controversias contemplada en el contrato de inversión, generalmente establece que serán los tribunales del Estado de recepción de la inversión”<sup>53</sup>, a diferencia de las violaciones de lo dispuesto en el tratado o acuerdo bilateral de inversión, “en el que se escoge de forma general como competente la vía que esté dispuesta en su propio texto, pactándose al Tribunal Arbitral Internacional”<sup>54</sup>.

Esa dicotomía tiene su basamento en la interpretación de las llamadas Cláusulas Paraguas, cuya inclusión dentro de los tratados bilaterales de inversiones (TBIs -por sus siglas en español-; BITs<sup>55</sup> -por sus siglas en inglés-) está encaminado a la internacionalización de los contratos y obligaciones surgidas en dichos instrumentos, al colocar en el plano internacional cualquier violación a lo dispuesto por ambos. De esto se deriva que se hayan agrupado en dos tendencias: extensiva y restrictiva, los

---

<sup>51</sup> Fernández Masiá, Enrique, “*Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 130.

<sup>52</sup> Monardes V., Rodrigo, “*Las Cláusulas Paraguas en los Acuerdos Bilaterales de Inversión*”, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009, p. 31.

<sup>53</sup> Fernández Masiá, Enrique, *op. loc. cit.*

<sup>54</sup> *Ídem.*

<sup>55</sup> Conocidos también como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

planteamientos doctrinales y prácticos que se han pronunciado sobre este tema en cuanto a la exigencia de responsabilidad tanto al Estado como al inversionista, y su formulación en los referidos acuerdos internacionales.

La complejidad de estas contradicciones ha merecido su análisis por diferentes autores en textos académicos de relevancia en la doctrina jurídica internacional, que constituyen sus antecedentes investigativos. Tal es el ejemplo de: Sonia Rodríguez<sup>56</sup>, González de Cossío<sup>57</sup>, Rodrigo Monardes<sup>58</sup>, Yannaca-Small<sup>59</sup>, Elina Mereminskaya<sup>60</sup>, Castelo Guerrero<sup>61</sup>, Anthony Sinclair<sup>62</sup> y Fernández Rozas<sup>63</sup>.

Es por esto que, ante la ausencia de uniformidad de criterios en cuanto al tema resultante de la expresión de la contradicción externa, se considera pertinente intentar una aproximación hacia la concepción de un esquema normativo de interpretación equitativa que, según las actuales condiciones del arbitraje internacional de inversiones resulta de significativa novedad y utilidad, argumentos que a su vez configuran el basamento de esta investigación.

Por consiguiente, se presenta como cuestión de análisis el siguiente problema científico: ¿Qué incidencia tienen los modelos de interpretación de las Cláusulas Paraguas en el acceso al arbitraje de inversiones?

Las Cláusulas Paraguas constituyen el Objeto de Investigación, y su Campo de Acción está determinado por la interpretación de las Cláusulas Paraguas en el arbitraje de inversiones.

Se declara como Idea Científica a Defender: Los diferentes modelos de interpretación de las Cláusulas Paraguas, a partir de la diversidad de modos de su formulación, condicionan directamente el acceso al arbitraje de inversiones lo que permite sostener la proposición de un esquema normativo de interpretación equitativa.

Se establece como Objetivo General de la Investigación: Argumentar la necesidad de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas.

Para aportar solución al problema científico y cumplir con el objetivo general se proponen los siguientes Objetivos específicos: Sistematizar los fundamentos teóricos

---

<sup>56</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.), *op. cit.*

<sup>57</sup> González de Cossío, Francisco, *¿Cuándo Pacta es Servanda?: Las Cláusulas Paraguas en el Arbitraje de Inversión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

<sup>58</sup> Monardes V, Rodrigo, *op. cit.*

<sup>59</sup> Yannaca-Small, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", en *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/3, *OECD Publishing*. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment>. (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>60</sup> Mereminskaya, Elina, "Las cláusulas paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos", en *Ensayos Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre, 2009.

<sup>61</sup> Castelo Guerrero, Daniel, "El alcance de la cláusula paragua en los tratados bilaterales de inversión", Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2008.

<sup>62</sup> Sinclair, Anthony A., "The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", en *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004.

<sup>63</sup> Fernández Rozas, José Carlos, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009.

acerca de las concepciones doctrinales de las Cláusulas Paraguas, valorar las implicaciones y argumentos de los modelos de interpretación restrictiva y extensiva de las Cláusulas Paraguas, así como, formular la propuesta de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas en el arbitraje de inversiones.

En la realización de esta investigación los métodos teóricos utilizados son:

- Histórico-lógico: Propicia el estudio de las denominaciones que se han realizado para la formulación de las Cláusulas Paraguas a través de la evolución histórica de instrumentos jurídicos internacionales como muestra de su interpretación para la protección de las inversiones.
- Análisis-síntesis: Permite la descomposición de las definiciones de las Cláusulas Paraguas y de los argumentos doctrinales para su interpretación, a fin de analizar cada uno con sus implicaciones y lograr una definición y formulación uniformes que justifiquen la realización de una interpretación equitativa.
- Abstracción-concreción: Posibilita resaltar las particularidades y las propiedades necesarias y estables de los conceptos de las cláusulas analizadas; distinguiéndolas de lo general, lo casual, lo secundario y lo mutable.
- Inducción-deducción: Facilita, a partir de casos de inversiones, alcanzar un nivel de generalización en el que se destaca lo común de las individualidades analizadas. A partir de esta operación, se degrada y particulariza de nuevo ese conocimiento en niveles de menor totalidad.

También, se emplea como método empírico de investigación:

- Análisis de contenido: Para describir la interpretación de las cláusulas analizadas y caracterizar la información relacionada con la temática investigada en las diferentes fuentes consultadas: literatura general y jurídica, especializada y publicaciones periódicas jurídicas. Igualmente, como método particular de la investigación cualitativa de la Ciencia Jurídica se emplea:
- Hermenéutico: Para la decodificación detallada de los criterios de interpretación de las Cláusulas Paraguas en aras de comprender los argumentos realizados desde las tendencias restrictiva y extensiva para la posterior sustentación de una interpretación equitativa.

La utilización y desarrollo de los métodos anteriormente explicados posibilita asumir la obtención de los siguientes resultados:

- Sistematización teórica de las formulaciones de las Cláusulas Paraguas a través de su inclusión en instrumentos jurídicos para la protección de inversiones, no concebida unilateralmente en la actualidad por la doctrina de Derecho Internacional, que servirá en el ámbito académico como material de consulta bibliográfica.

- Proposición de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas en el acceso al arbitraje de inversiones, a partir de la valoración de las implicaciones y los argumentos que sostienen los modelos de interpretación restrictiva y extensiva para la formulación de una concepción teórica novedosa con implicaciones en la práctica de esta vía de solución de conflictos.

## I. Definición de Cláusula Paragua

Ciertamente, las relaciones jurídicas surgidas entre los Estados para concertar la realización y promoción de las inversiones (como estrategias de desarrollo económico), han estado sustentadas por la inclusión, dentro de los TBIs., de ciertas cláusulas conocidas como “paraguas” por su finalidad. La cual consiste, según algunos autores, en proveerles protección adicional a los inversionistas y cubrir los acuerdos de inversiones que los Estados anfitriones, concluyen frecuentemente con los Estados de los cuales aquellos son nacionales, criterio cuestionable desde la óptica de su interpretación, que se analizará posteriormente.

En cuanto a su definición, la doctrina iusinternacionalista no es uniforme. Ello se explica en las clasificaciones que se pudieran formular al respecto como forma de agrupar los distintos criterios expuestos. De ahí que, de acuerdo a su compleja naturaleza, las Cláusulas Paraguas han encontrado disímiles denominaciones doctrinales como: provisiones legales<sup>64</sup>, disposiciones y estándares.

Según criterios de K. Small, las Cláusulas Paraguas constituyen “provisiones legales que implican un acuerdo de respeto a lo pactado en el contrato de inversión”<sup>65</sup>. Se opina que esta denominación restringe el alcance y, por tanto, los efectos de las Cláusulas Paraguas, al significarlas como recurso legal de protección exclusiva de los contratos de inversión, excluyendo a los TBIs, escritos legales donde se regulan.

Gamboa Morales, también refiere que: “se conciben como tales las que permiten elevar al nivel de raigambre internacional, el surgido con relación a un contrato entre un inversionista y el Estado receptor.”<sup>66</sup> Por el significado de esta concepción, de manera similar con la definición que le precede, se infiere el reparo de las Cláusulas Paraguas como provisiones o recursos legales. Esto se justifica al afirmar la extensión del alcance de su protección a los contratos de inversiones una vez establecidas. En otras palabras,

---

<sup>64</sup> Se incluye como sinónimo del término recursos, el que para definir Cláusula Paragua se entiende como recurso legal.

<sup>65</sup> Yannaca-Small, K., *op. cit.*, p. 3.

<sup>66</sup> Gamboa Morales, Nicolás, “*Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de las Cláusulas Paraguas*”, en *Revista de Arbitraje y Doctrina Internacional*, núm. 22, Brasil, abril-junio de 2009, p. 117.

se comprenden como una vía de internacionalización de los compromisos contractuales adquiridos entre Estado e inversionista.

Por su parte, Elina Mereminskaya entiende su denominación como: “aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión”<sup>67</sup>. Con esta introduce el término Estado como parte del compromiso contractual inversionista.

Rodrigo Monardes, menciona que dichas cláusulas constituyen “disposiciones que obligan a los Estados Parte del Acuerdo a cumplir con todo tipo de obligaciones asumidas con los inversionistas de la otra Parte”<sup>68</sup>, al aportar denominaciones tales como: “cláusula de cumplimiento de compromisos o cláusulas de inviolabilidad de contratos”.

Tawil Guido ha expuesto que se trata de cláusulas “... destinadas a proteger el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación doméstica no sea dejado sin efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el tratado y su violación acarree responsabilidad.”<sup>69</sup>

De igual modo se refleja en esta designación la esencia que compone la finalidad de estas cláusulas: la obediencia a lo pactado para mantener la equidad entre las partes contratantes al exigirles responsabilidad sin privilegios.

En sentido contrario, Castelo Guerrero ha estimado que las Cláusulas Paraguas son “estándares<sup>70</sup> de protección de inversiones”<sup>71</sup>, o sea, modelos protectores. Se coincide con esta denominación, pero se aclara que debe contener límites, pues al ser analizada desde puntos de vista amplios o restrictivos sobre los ámbitos de aplicación de los TBIs, ningún Estado o inversionista signatarios de inversiones pueden invocarla para proteger o esgrimir un derecho que no esté consignado en el contrato o tratado de inversión, siempre y cuando esta se haya pactado.

Rafael Velázquez ha concebido que la Cláusula Paragua constituye un estándar expansivo de protección al inversor extranjero: “Por ella, los Estados receptores asumen el compromiso de respetar los acuerdos y obligaciones que han adquirido mediante un APPRI, en relación con las inversiones de los inversores de la otra Parte contratante.”<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 13.

<sup>68</sup> Monardes V., Rodrigo, *op. cit.*, p. 42.

<sup>69</sup> Guido S., Tawil, “*Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional.*” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D, p. 1106.

<sup>70</sup> “*Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse.*” González de Cossío, Francisco, Estándares en arbitraje de inversiones, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 57.

<sup>71</sup> Castelo Guerrero, Daniel, *op. cit.*, pp. 20-22.

<sup>72</sup> Velázquez Pérez, Rafael-Andrés, *Inversiones extranjeras sostenibles*, Bosch Editor, España, 2015, p. 401.

En cierto modo, el citado autor realiza una denominación expansiva de las mencionadas cláusulas. Si bien es cierto que reconoce el propósito de su regulación en los APPRI o TBIs, se infiere que coloca también bajo su amparo aquellas obligaciones que dicho Estado receptor haya asumido con los inversionistas nacionales del otro Estado parte, a través de los contratos de inversiones. Sin embargo, en materia de responsabilidad para cumplir lo pactado, le será exigible únicamente a los Estados receptores, por ser estos quienes se obligan con la redacción de la cláusula. Por lo que, si se asume este criterio, se entraría en contradicción con diferentes posiciones doctrinales que se han adoptado para la interpretación de las Cláusulas Paraguas.

Por otra parte, estas cláusulas han sido comúnmente llamadas como: “el efecto del espejo”, por reflejar la protección del TBI en otras obligaciones, “el elevador”, por elevar las obligaciones al ámbito internacional, “el efecto paralelo”, por otorgar una protección paralela, “la santidad del contrato”, por obligar el respeto de los contratos, “cláusula de respeto” por obligarse los Estados a respetar las obligaciones contraídas, “*observation of commitments*” (cumplimiento de compromisos) y “*observance of undertakings*” (cumplimiento de obligaciones).<sup>73</sup>

Después de haber analizado las diferentes denominaciones que han sido elaboradas para identificar las Cláusulas Paraguas, se puede determinar que se trata de disposiciones normativas que, al ser incluidas dentro de un tratado de inversión, encierran la obligatoriedad de ser cumplidas por las partes, otorgándoles amparo legal ante cualquier violación de lo dispuesto, posibilitar su cumplimiento de la forma y en la instancia que proceda según lo pactado, como forma de mantener la equidad en materia de derechos y condiciones jurídicas a las cuales se comprometieron.

## **II. Punto de partida: interpretación de tratados**

Dentro del controvertido campo del Derecho Internacional contemporáneo en el que con acrecentada dimensión se continúan produciendo relaciones de carácter jurídico entre sus sujetos, teniendo como plataforma fundamental el expansionismo económico a través de las inversiones, la modalidad mediante la cual son legitimadas y que más se impone es el tratado. Por consiguiente, se vuelve ineludible examinar qué métodos o reglas se utilizan para la interpretación de los tratados en sentido general, así como los sujetos legitimados para efectuarla. De lo que se deriva que, la exégesis de un tratado puede ser efectuada por diversos sujetos o entidades, atribuyéndoseles diversos efectos jurídicos en cada

---

<sup>73</sup> Weissenfels, A., “*Umbrella clauses*”, en Reinisch, A. (director), *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007, p. 5. Disponible en: [www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

caso<sup>74</sup>, debiendo quedar esclarecido primeramente qué se entiende por interpretación de tratados.

A tenor de lo expresado por la jurista soviética L. Calenskaya, interpretar un tratado consiste en “clarificar lo que las partes han acordado en él, o sea, determinar el sentido de lo expresado en sus cláusulas”<sup>75</sup>. Ello se traduce en que constituye la operación intelectual que se debe realizar para comprender su sentido y alcance.

En apoyo a lo antes expuesto, se precisa analizar las distintas concepciones que sobre la interpretación de tratados se han formulado. Para esto, a tenor de lo regulado en la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969 en su Artículo 31, la regla general de interpretación de los tratados consiste en que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto<sup>76</sup> de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.<sup>77</sup> Como principio rector se impone la buena fe y se deja expedita a las partes la posibilidad de conferir a los términos del tratado el significado que dispongan, siempre y cuando no transgredan su objeto y fin. Esta es una forma de proteger que la voluntad expresa o manifiesta durante la redacción del acuerdo no sea vulnerada, dada la solemnidad contenida en esta clase de documentos.

Limita además, que la exégesis se realizará con exclusividad al contexto que comprende, de lo que se infiere que las partes no podrán alegar, ante cualquier incumplimiento del tratado un derecho no contenido en el mismo.

Se tendrá en cuenta conjuntamente con el contexto:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
- c) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.<sup>78</sup> Se dará un término en sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.<sup>79</sup>

La Convención admite la posibilidad de acudir a medios de interpretación complementarios. Con esto se propone esclarecer términos cuyo sentido sea oscuro o

---

<sup>74</sup> Novak Talavera, Fabián. “Los criterios para la interpretación de los tratados”, Universidad Pontificia Católica del Perú, *Revista de Derecho-THÉMIS*, Perú, núm. 63, 2007, p. 2

<sup>75</sup> Tunkin, G. *et. al. Curso de derecho internacional*, trad. de Federico Pita, Moscú, Editorial Progreso, Vol. I, 1979, p. 255.

<sup>76</sup> “(...) estará constituido por el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica.” Vid. Gómez-Robledo Verduzco, A., “Interpretación de tratados en Derecho Internacional”, en *Temas selectos de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 3.

<sup>77</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Artículo 31, párrafo 1º.

<sup>78</sup> *Ibidem.*, párrafo 3º.

<sup>79</sup> *Ibidem.*, párrafo 4º.

ambiguo y puedan ocasionar incorrectas aplicaciones del tratado, e incluso consecuencias jurídicas nefastas.

Se apoya también la Convención en la teoría que la presunción del texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y que, por resultado, el éxodo de la interpretación está en elucidar el sentido del texto, y no en buscar *ab initio* la intención de las partes. Por tal razón, la Comisión de Derecho Internacional comentó respecto al proyecto de artículos de la Convención lo siguiente: “cuando un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación.”<sup>80</sup>

Con apreciable simplicidad, la Comisión se pronuncia hacia una interpretación adecuada del tratado. Lo que se entiende al deducirse que, adecuada será la interpretación que surta los efectos deseados y suscritos en el contenido del tratado de manera textual. Se impone una vez más interpretar a tenor del significado de los términos.

Indica también que cuando el citado Artículo 31 expresa el vocablo “regla” en singular y no en plural, los principios de interpretación consagrados en él deben ser aplicados integralmente en una sola operación combinada. De ahí que, todas las reglas consagradas en dicha norma deben ser tomadas en cuenta y poseen igual valor.<sup>81</sup>

En similitud de criterio con la Convención de Viena, la Corte Internacional de Justicia se afilia a una interpretación textual y además subjetiva del tratado. Deja abierta la posibilidad de aplicar otros métodos interpretativos, únicamente si el significado de las palabras es desacertado. Esta tarea sería compleja, pues acudir a otros métodos hermenéuticos para encontrar la intención inicial de las partes, cuando en su momento redactaron el acuerdo, puede no coincidir con la que transmiten los significados de los términos empleados en él. Se debe dejar claro que, entre dos interpretaciones entre las cuales una de ellas asegura al tratado una eficacia que corresponde a su objetivo real, mientras que la otra lo despoja de este, debe darse preferencia a la primera. Esto podría conducir a proporcionarle a los términos utilizados un alcance más amplio que aquel que se hubiera inferido primariamente.

Han sido propuestos por la doctrina, tres métodos para la labor hermenéutica de los tratados: el método textual, según el cual el texto de un tratado es suficiente como elemento de interpretación (anteriormente analizado en la Convención de Viena de 1969); el método subjetivo, para el cual lo importante en la labor interpretativa es descubrir la voluntad real de las partes (establecido por la Corte Internacional de Justicia) y el método funcional o

---

<sup>80</sup> Proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, A/Conf.39/12/Add2, párrafo 6º, p. 41.

<sup>81</sup> Novak Talavera, Fabián. “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *op., cit.*, p. 4

teleológico, que plantea que el tratado debe interpretarse en función del objeto y el fin buscado en su conclusión<sup>82</sup>.

Para la realización de cada uno de ellos se elaboraron distintos procedimientos. Así, para el método textual sería conveniente emplear medios lingüísticos, lógicos, exegéticos o analógicos. El subjetivo, se apoya, con especial atención, en los ordenamientos históricos al poner *plus ultra* el valor de los trabajos preparatorios en los que las partes habrían dejado huellas de la real motivación que los llevó a plasmar el acuerdo de voluntades. El funcional, en el que se amparan los órganos de las organizaciones internacionales para interpretar el tratado constitutivo o marco, se sustentará en la búsqueda del objeto y fin del tratado tal como lo concibieron las partes en el momento de concluirlo, lo expresaron en su texto y se perfiló en la práctica posterior de la organización.

Al volver al comentado Artículo 31 párrafo 3 inciso c) de la Convención, se debe aclarar que, al plantear el problema surgido de determinar cuáles son las normas de Derecho Internacional aplicables a las relaciones de las partes signatarias del tratado, o sea, si lo son aquellas que se encontraban en vigor al momento de su concertación o las que se encuentran vigentes al momento de su interpretación, nada se esclarece al respecto. Para cuya solución se deja al arbitrio del intérprete el poder determinarlas, siempre y cuando haga uso de la buena fe.

También existen criterios complementarios en materia de hermenéutica que se incluyen en el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, consistentes en los trabajos preparatorios, propiciada por la concepción voluntarista del Derecho Internacional. Dentro de estos se incluyen las actas que contienen las deliberaciones realizadas en la negociación y las notas diplomáticas versadas entre los Estados en las mismas circunstancias<sup>83</sup>.

Se han formulado además otros métodos de interpretación como: *la regla del efecto útil*, la cual consiste en interpretar el tratado a modo de asegurar el cumplimiento de su objeto y fin, que ha sido recepcionada por la jurisprudencia internacional en el caso sobre “La interpretación de los Tratados de Paz” de junio de 1950, y *la regla de la interpretación restrictiva*, la que se refiere al fallo sobre las zonas francas de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que en caso de limitación de soberanía debe ser interpretado restrictivamente<sup>84</sup>.

También se ha deducido que, dentro del citado Artículo 31 de la Convención de Viena

---

<sup>82</sup> Gutiérrez Posse, Moncayo Vinuesa. “*Derecho Internacional Público*”. Tomo I, Edit. Zavalia, Argentina, 1999, p. 120.

<sup>83</sup> Halajczuk T., Bohdan y Moya Domínguez, María del R. *Derecho Internacional Público*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 3<sup>ra</sup> ed., Buenos Aires, 1999, p. 106

<sup>84</sup> Corte Internacional de Justicia, Serie A/B, No. 46, p. 167. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

de 1969, se incluyen otros métodos de interpretación para los tratados internacionales. Estos se fundamentan en la doctrina del sentido corriente (*ordinary meaning*) y consisten en: la interpretación gramatical, literal, textual o natural; la interpretación sistemática y la interpretación teleológica.

Esta doctrina incluye la premisa que un significado diferente al del sentido corriente puede ser establecido, pero el partidario de un significado especial tendrá la carga de la prueba. Agrupa a su vez, los principios de contemporaneidad, *ejusdem generis* y el *expressio unius est exclusio alterius*<sup>85</sup>. Según el primero de ellos, el lenguaje del tratado debe ser interpretado a la luz de las reglas generales del Derecho Internacional en vigor durante el momento de su celebración y conforme al significado contemporáneo o actual de los términos empleados en este.

Ciertamente, al querer encontrar el sentido y alcance de cualquier norma jurídica, y específicamente las de Derecho Internacional debe tomarse en cuenta la vigencia<sup>86</sup> de las normas que serán interpretadas y bajo qué régimen u ordenamiento jurídico se someten. La cuestión radica en que, a tenor de lo regulado en la multicitada convención, amén que no se establecen los patrones o condiciones para la vigencia de los tratados y que se pueden inferir en los artículos que regulan las causales de su terminación. Regúlese para ello:

- a) conforme a las disposiciones del tratado,
- b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.<sup>87</sup>

Además que “si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

- a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.”<sup>88</sup>

Por tanto, entiéndase con especial detenimiento en lo regulado que es condición *sine qua non* que los tratados, de manera general, deben estar vigentes para poder interpretarlos. De lo contrario, se tendrá como concluida la relación convencional y no

---

<sup>85</sup> Utilizado en el sentido de la presunción lógica que las palabras generales seguidas o quizás precedidas de palabras especiales son limitadas al género indicado por las palabras especiales. Cfr. Brownlie, Ian. *Principles of International Law*, Oxford, 6<sup>ta</sup> ed., 2003, p. 604

<sup>86</sup> (...) tiene, a su vez, dos dimensiones: la posibilidad de su aplicación por parte de los jueces o tribunales de justicia, y la exigibilidad de obediencia a cuantos están sometidos a ella, en tanto no haya sido técnicamente derogada. Cfr. Martínez Paz, Fernando, *Introducción al Derecho*, Editorial Depalma, 2<sup>da</sup> ed., Buenos Aires, 2005, p. 315.

<sup>87</sup> Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Artículo 54.

<sup>88</sup> Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Artículo 59

tendrá sentido alguno realizar esta función.

En relación con las reglas de interpretación general de los tratados internacionales antes expuestos, se coincide en aplicar *la regla del efecto útil*. Ello se explica al afirmar que un tratado, por contener la expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en el que se pactan obligaciones de las que se derivan derechos y deberes internacionales para el cumplimiento de un objetivo común, requiere que, más allá del significado de sus términos, el contexto en que se realiza o la intención que se manifestó durante las fases de su elaboración, la instancia ante la cual se someta debe interpretar su contenido en pos de garantizar que se cumpla el verdadero objetivo del mismo, siempre y cuando no se vulnere alguna norma o principio de Derecho Internacional.

## **II.1 Interpretación Restrictiva de las Cláusulas Paraguas. Implicaciones y argumentos**

Según se ha adoptado por la Teoría del Derecho, la interpretación restrictiva “restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal entrarían dentro de él”.<sup>89</sup>

Ahora bien, en lo concerniente a la interpretación de las Cláusulas Paraguas, C. N. Brower señaló, cuando se refirió al primer borrador de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que “estas cláusulas no se aplican a cualquier tipo de contrato, sino que sólo a inversiones de gran escala y a contratos de concesión, ya que en estos casos el Estado ejerce deliberadamente su soberanía, quedando excluidos los contratos comerciales ordinarios”.<sup>90</sup>

El autor T. Wälde refiere que, “bajo estas cláusulas, sólo serán protegidas las violaciones de contratos efectuadas por el Estado, que en el ejercicio de prerrogativas soberanas busca eludir sus compromisos contractuales o interferirlos sustantivamente”.<sup>91</sup>

De esta manera se ha querido comenzar a abordar lo que en cuanto a la interpretación restrictiva de las Cláusulas Paraguas se ha pronunciado desde la óptica de algunos autores iusinternacionalistas que han escrito sobre el tema. Lo común a estos discernimientos radica en considerar que las Cláusulas Paraguas constituyen estrategias del Estado signatario del acuerdo de inversión para el mejor y eficaz ejercicio exclusivo de su soberanía, que deberá delimitar hacia dónde se extiende dicho ejercicio, y ser de

---

<sup>89</sup> Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, p. 39.

<sup>90</sup> Brower, C. N., “*Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*”, en *Working papers on international investment*, OECD, Francia, 2006, p. 39. Disponible en: [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 40.

conocimiento y aprobación por el inversionista, para proteger que sus intereses no sean afectados.

Visto de esta forma, se coincide con la expresión que el Estado posee un rol significativo cuando de inversiones se trata, pero se debe dejar claro que dichas interpretaciones excluyen todo tipo de garantías de protección para los inversionistas. Estos, amparados por el principio de equidad en materia de contratos, toman partido en la consignación de dichas cláusulas.

Lo cierto es que, desde el punto de vista restrictivo, cuando la función principal de una Cláusula Paragua es la internacionalización de los acuerdos o contratos de inversión, decir que su utilización es facultad del Estado como parte del despliegue de su soberanía implicaría limitar sus efectos y aplicación dentro del terreno internacional. Además, se crea un desequilibrio en la exigencia de responsabilidad contractual por su incumplimiento al otorgarle ciertos beneficios al Estado que la establece.

Por lo que, en esencia, una interpretación restrictiva de estas disposiciones ha consistido en que por obligaciones contraídas no se debe entender cualquier obligación asumida por el Estado. De ahí que, la inobservancia de una obligación contractual inversora no implica la violación del tratado de inversión.

Esta tendencia fue sostenida también en el caso del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de El Paso vs. Argentina<sup>92</sup>, sobre la cual el tribunal arbitral se pronunció al disponer que:

“En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el Juez Feliciano, Juez Guillaume, y el Profesor Orrego Vicuña, una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, han sido bien entendidos y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada “cláusula paraguas” en el caso SGS vs. Pakistán que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras en el Tratado y

---

<sup>92</sup> El Paso Energy International Company vs. República de Argentina, caso CIADI, No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párr. 84 y 85.

convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso de derecho nacional o internacional “con respecto a las inversiones”<sup>93</sup>.

Amparados en esta interpretación, se han formulado diversos argumentos que la sustentan, los cuales serán desarrollados a continuación.

- **Interpretación amplia perjudicial para los Estados demandados**

Uno de los principales motivos por los cuales algunos tribunales arbitrales se han negado a darle una interpretación amplia a las Cláusulas Paraguas, es la consecuencia que una aproximación de este tipo tendría para los Estados inversionistas, pues colocaría todos los contratos y las obligaciones adquiridas por los Estados con los inversionistas dentro del ámbito de un TBI, al dar la posibilidad de ser presentadas y revisadas por un tribunal arbitral, lo que favorecería que contratos, concesiones e incluso leyes locales pudieran ser atacados por un TBI, y obstaculizar las facultades de regulación de los mencionados Estados inversionistas.

En el laudo del caso SGS vs. Pakistán, el primer argumento y principal motivo por el cual el tribunal se negó a interpretar de una manera amplia la cláusula, fue que una interpretación así sería muy perjudicial para los Estados, puesto que cualquier obligación o contrato, por mínimo e insignificante que este sea, sería susceptible de ser llevada a un tribunal internacional; en palabras del propio tribunal: su alcance sería “casi de una expansión indefinida”<sup>94</sup>. Dicha situación constituiría un desbalance entre los derechos y obligaciones del Estado y el inversor<sup>95</sup>.

Advirtió además, que una interpretación que permita el reconocimiento de reclamos contractuales como internacionales pondría en riesgo y dejaría sin efecto las garantías establecidas en los TBIs. Por lo que sería suficiente una supuesta violación de un contrato u otra obligación para acudir a un tribunal arbitral, sin necesidad de invocación del resto de las garantías dispuestas en el tratado bilateral de inversión.<sup>96</sup>

En los laudos emitidos en los casos de El Paso y BP América contra Argentina<sup>97</sup> por los tribunales arbitrales en los que, (dos de los tres miembros del tribunal incluido el presidente, fueron los mismos en los dos casos), llegaron a la conclusión que una interpretación amplia sería “destrutivo para la distinción entre orden legal nacional y orden legal internacional”. Por lo que cualquier contrato y leyes nacionales pudieran ser interpretados y juzgados por

---

<sup>93</sup> González de Cossío, F, *¿Cuándo Pacta es Servanda?...*, op. cit., p. 7.

<sup>94</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, CIADI, No. ARB/01/03, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párr. 166.

<sup>95</sup> UNCTAD, “*Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*”, en *UNCTAD series on International Investment Policies for Development*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 21.

<sup>96</sup> SGS vs. Pakistán, laudo citado en nota 29, párr. 168.

<sup>97</sup> El Paso Energy International Company vs. República de Argentina, laudo citado en nota 27 y, BP America Production Company, Panamerican Sur y otros vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/8, 27 de julio de 2006.

un tribunal arbitral internacional al provocar que la línea entre contratos regidos por el derecho local y el ámbito del derecho internacional se torne difícil de delimitar.

Al respecto, ante la emisión del laudo del caso *Eureko vs Polonia* el árbitro Rajski, al acusar a la mayoría del tribunal arbitral, del cual formó parte, de convertir una disputa puramente contractual en una internacional advirtió que tal decisión: “Podría llevar a una clase privilegiada de partes extranjeras de contratos comerciales que fácilmente pudieran transformar sus disputas contractuales con compañías del Estado en disputas en base al TBI”<sup>98</sup>.

De este modo, al aplicarse una interpretación amplia de manera exclusiva, los inversionistas que, de acuerdo a su nacionalidad estén favorecidos con un tratado que contenga una Cláusula Paragua, podrían convertir sus reclamos contractuales en disputas basadas en los TBIs. Mientras que los nacionales de ese país y otros inversores extranjeros que no estén favorecidos por ellas, únicamente podrían recurrir al método de resolución de controversias contemplados en el contrato, generándose así una “clase privilegiada”.

Además, dejaría sin efecto todas las cláusulas de resolución de disputas reguladas en los contratos de inversiones. Esto se produciría porque la generalidad es que las mismas abarquen soluciones consistentes en la subordinación a cortes locales o a un centro arbitral dentro del país, lo que se favorece al interpretar restrictivamente la Cláusula Paragua por entrañar el sometimiento a la jurisdicción arbitral dispuesta en el TBI como solución de controversias.

Es significativo consignar también las palabras de Christoph Schreuer quien advirtió, en su estudio sobre las Cláusulas Paraguas que: “podrían surgir problemas si los inversionistas empezaran a valerse de las cláusulas paraguas en el caso de controversias triviales. No puede ser la función de una cláusula paraguas convertir a todo desacuerdo de poca importancia respecto de un detalle del cumplimiento de un contrato en una cuestión para la cual se pueda disponer del arbitraje internacional”<sup>99</sup>.

Con certeza se apoya esta afirmación, pues si se toma en cuenta el objetivo de la redacción de las Cláusulas Paraguas, como mecanismo de internacionalización de contratos concertados entre inversionista y Estado para la protección de las inversiones, el hecho que se incumpla alguna disposición contenida en el TBI o contrato que no afecte directamente el objeto y fin para el cual fueron redactados, debe ser razón más que suficiente como para no invocarlas innecesariamente. De ahí que se estaría en concordancia con la regla del efecto útil para la interpretación de tratados de forma general, abordada con anterioridad.

---

<sup>98</sup> *Eureko B.V. vs. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 de agosto de 2005, Profesor Jerzy Rajski's Dissenting Opinion*, párr. 3

<sup>99</sup> Schreuer, C., “*Travelling the BIT Route of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*”, en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 225.

- **En caso de cláusula de resolución de controversias en el contrato esta prevalece sobre el TBI**

El principal problema que surge al intentar aplicar una Cláusula Paragua en disputas relacionadas con un contrato ocurre ante la existencia de un método de solución de controversias establecido en el mismo que se contrapone con el determinado en el TBI. Esta situación se convierte en una disputa de reclamos contractuales frente a reclamos internacionales.

En el laudo del caso Vivendi vs. Argentina,<sup>100</sup> y su posterior anulación, es donde se trata a fondo el límite entre lo contractual y lo internacional. Si bien dicho caso fue basado en el TBI entre Francia y Argentina que no contiene una Cláusula Paragua, en muchos supuestos como los de SGS vs. Pakistán y SGS vs. Filipinas, se ha tratado este tema para aclarar la situación antes de aplicar las Cláusulas Paraguas. En el caso Vivendi, el tribunal resolvió que en procesos en que la demanda principal sea un reclamo contractual, el CIADI no tiene jurisdicción para conocerlas, pues a tenor de lo dispuesto en el contrato sus reclamos deben ser resueltos por el foro competente para dicho instrumento<sup>101</sup>.

Por lo general, una interpretación amplia de una Cláusula Paragua lleva a que se dé prioridad a lo dispuesto en el TBI, puesto que se acepta la protección del tratado en los contratos y obligaciones celebradas por el Estado. Para ello fundamentó su declaración en alegar que “la naturaleza de los hechos en los que se basan los reclamos presentados en este caso hace imposible para el tribunal distinguir o separar las violaciones del TBI de las rupturas del contrato de concesión, sin interpretar primero las provisiones del acuerdo”<sup>102</sup>, y se negó a resolver el caso.

Sin embargo, en el proceso de anulación del laudo, el comité ad-hoc<sup>103</sup> revirtió la decisión del primero, y criticó su posición al decir que si bien existe una diferencia entre reclamos contractuales e internacionales, un tribunal del CIADI no puede abstenerse de conocer un caso, bajo el Artículo 42 apartado 2 de sus Reglas de Arbitraje. Por lo que, para resolver sobre una posible ruptura de una garantía de un TBI, tiene toda la facultad de utilizar y analizar los términos del contrato con el fin de determinar si hubo o no una violación del TBI, sin ejercer una jurisdicción contractual: *“It is one thing to exercise contractual jurisdiction. And another to take into account the terms of a contract in determining whether*

---

<sup>100</sup> Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 de noviembre de 2000.

<sup>101</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>102</sup> C. Schreuer. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-The Vivendi I case considered”, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron, 2005, p. 284.

<sup>103</sup> Compañía de Aguas del Aconguija, S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 de julio de 2002.

*there has been a breach of a distinct standard of international law, such as the reflected in Article of the BIT<sup>104</sup>*

En donde una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato no puede operar como una barrera para la aplicación de una garantía del tratado<sup>105</sup>. A pesar de esto, el comité admitió que cuando la reclamación es esencialmente una ruptura del contrato, el tribunal debe dar efecto a la solución de controversias establecidas en el contrato.

Lo cierto es que, por el hecho que un tribunal del CIADI está facultado para determinar su propia competencia<sup>106</sup>, la cuestión que se plantea por el caso anterior, a pesar de estar referida con exclusividad al contrato deja bien claro que aunque se produzca la superposición o confusión de requerimientos respecto al contrato o al TBI, la decisión que tome el tribunal no afectará a uno ni otro. Simplemente, si el litigio es de naturaleza contractual deberá limitarse a resolver conforme se señala en el mismo.

Por otra parte, al analizar el caso SGS vs. Filipinas el criterio de este tribunal fue que “las provisiones generales del TBI no deben, a menos que esté claramente expresado, sobreponerse sobre cláusulas específicas y exclusivas de solución de controversias establecidos en los contratos entre el inversionista y el Estado”<sup>107</sup>. Por lo que una jurisdicción exclusiva determinada en un contrato debe ser respetada, salvo que haya otra disposición válida que la anule.

Por su parte, la defensa del Estado de Pakistán en el caso SGS vs Pakistán mencionó que el principio *maxim generalia specialibus non derogant*<sup>108</sup> debe ser aplicado con el objetivo que el mecanismo de solución de controversias contemplado en el contrato tenga precedencia sobre el establecido en el TBI.

De lo anterior expuesto debe analizarse que, darle precedencia o superponer las disposiciones que contienen los mecanismos de solución a los que las partes se someterán en caso de litigios, configurados tanto en el contrato de inversión como en el tratado, no constituye la mejor solución. Ambas coexisten y deben ser respetadas.

- **Sólo aplicable en los casos en que el Estado actúe como soberano y no simplemente en casos comerciales**

Bajo el principio *ratione materiae*, algunos autores y tribunales han limitado la aplicación de la cláusula por considerar que los tratados bilaterales de inversión, y las cláusulas establecidas en él (incluida la Paragua), fueron redactadas con la intención de proteger las

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>106</sup> Convención CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003, Artículo 41.

<sup>107</sup> SGS Société Generale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, laudo citado en nota 29, párr. 126.

<sup>108</sup> Refiere que “*las disposiciones generales no derogan a las disposiciones especiales*”. *Ibidem*, párr. 141.

inversiones de los nacionales de la otra parte del poder del Estado receptor de la inversión. Por lo que sus disposiciones, y en este caso una Cláusula Paragua, son efectivas en casos relativos a inversiones en los que el Estado actúe en su papel de soberano.

Brower<sup>109</sup>, quien en el tiempo de la redacción del borrador de la Convención de la OECD, menciona que en razón de *ratione materiae*, la Cláusula Paragua únicamente puede ser aplicable a grandes inversiones y contratos de concesión en donde el Estado esté ejerciendo su soberanía.

Sinclair asume ese criterio y reconoce que: “el principal motivo para la redacción de este tipo de cláusulas, se debía precisamente a proteger los contratos de concesión frente a los procesos de nacionalización que varios gobiernos habían llevado a cabo”.

Thomas Wälde, por su parte, opta por una posición intermedia en el debate, al considerar que la cláusula únicamente protege los contratos y obligaciones realizados por el Estado en los cuales estén sujetos al poder del mismo, o sea, para él dichas cláusulas tienen efectos únicamente cuando el Estado utilice sus prerrogativas para escapar de alguna obligación adquirida con el inversionista. En caso contrario, cualquier disputa contractual debe ser resuelta por el método de resolución de conflictos establecido en el contrato.

Como ejemplo que corrobora dichos criterios, se puede adoptar el modelo de TBI del 2004 de los Estados Unidos, que en su Artículo 24 apartado 1 inciso(a), limita la jurisdicción del tribunal a reclamos contractuales en los que el Estado actúe como soberano.

- **En caso de ambigüedades, interpretación favorable al Estado**

Algunos tribunales han argumentado que la redacción y términos utilizados en estas cláusulas son tan amplios y extensos que su significado se vuelve ambiguo y de difícil interpretación. Ante esta dificultad, surge la pregunta de cómo interpretar estas disposiciones, si a favor del inversor o a favor del Estado.

Por un lado se encuentra la soberanía de los Estados y la facultad de estos de tener un margen de libertad para implantar sus políticas, mientras que por otro, el derecho de los inversores de obtener protección para sus inversiones en caso del incumplimiento de una obligación por parte del Estado. Lo que se encuentra amparado por las disposiciones establecidas en los tratados bilaterales de inversión y otros instrumentos.

Ejemplo de ello lo constituye el citado caso SGS vs. Filipinas, en el cual el tribunal tuvo una interpretación favorable al inversor por considerar que el propósito de un TBI es el de proteger las inversiones de los nacionales de otra parte y, en consecuencia, todas sus disposiciones deben interpretarse en el sentido que beneficie al inversor.

---

<sup>109</sup> Brower C. N., *op. cit.*, p. 7

Criterio opuesto a que las ambigüedades deban ser interpretadas a favor del Estado con el objetivo de resguardar su soberanía, se manifiesta en el caso Methanex<sup>110</sup> presentado por EE.UU., cuya posición es respaldada por el principio de interpretación restrictiva o *indubio mitius*. El mismo consiste en interpretar las disposiciones que tengan un significado ambiguo o poco claro a favor de la soberanía del Estado, usado como argumentación para colocarse de forma moderada entre el inversor y el Estado.

Al tratar el tema, el tribunal que asumió los casos de El Paso y BP América contra Argentina, adoptó la posición asumida por Estados Unidos como argumento y concluyó que: “Este tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de este de un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante”<sup>111</sup>.

- **No aplicable en personalidad jurídica distinta del Estado**

Se ha apreciado como limitación igualmente, que para acudir al mecanismo de solución de controversias establecido en el TBI sólo puede ser utilizado por los dos Estados parte y los sujetos que a raíz del tratado estén legitimados para concurrir a dicho mecanismo. Estos sujetos son los nacionales de las respectivas partes que tengan inversiones dentro del otro Estado parte.

Sin embargo, aquello no impide que los Estados en el libre ejercicio de su soberanía pacten el incluir otro tipo de sujetos protegidos bajo el TBI. Pero para que el inversor de una de las partes pueda acudir a los tribunales arbitrales por una violación del tratado, necesariamente su queja debe estar dirigida al otro Estado parte.

La trascendencia de este criterio respecto a una Cláusula Paraguas, radica en que las demandas presentadas ante los tribunales arbitrales amparadas en una de estas cláusulas, son por supuestas violaciones a contratos protegidos bajo el TBI. Lo cierto es que muchos inversionistas realizan contratos de inversión no sólo con el Estado sino también con empresas estatales y, ante cualquier incumplimiento de estos son llevados al CIADI o a cualquier otro foro para dirimir conflictos en materia de inversiones, cuya solución determinará si dichos reclamos están amparados por el TBI o no.

Ello se manifiesta en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilegales también conocidos como los artículos (ILC -por sus siglas en inglés-) de la Convención. Los mismos, no forman parte de ningún Tratado multilateral, sino que fueron presentados como un borrador para

---

<sup>110</sup> *Metanex Corporation vs. United States, Ad hoc-ICSID arbitration rules, Decision on Jurisdiction, January 15, 2001.*

<sup>111</sup> El Paso vs. Argentina, laudo citado en nota 27, párr. 70.

la discusión y estudio de sus miembros, con la probabilidad que en algún momento fueran adoptados como parte de un tratado multilateral.

A pesar de ser un borrador, sirven como una especie de *Soft Law*, sobre todo en el tema de inversiones, en el que aparte de los tratados bilaterales de inversión existen muy pocos textos legales en los cuales apoyarse. Tal es así que su Artículo 4 al referirse a la conducta de los órganos de los Estados establece que “la conducta de cualquier órgano del Estado será considerado un acto del Estado bajo el derecho internacional”<sup>112</sup>; sin importar la función que este órgano ocupe.

En los comentarios hechos por la comisión, se aclara que este artículo se rige por dos principios. El primero que consiste en que la conducta de un órgano estatal es atribuible al Estado en sí. El segundo es el principio de unidad del Estado, en el cual las cuestiones relativas a la responsabilidad estatal internacional, los actos u omisiones de cualquier órgano estatal se consideran del Estado en sí mismo.

En estas observaciones, se especifica que el término “órganos del Estado” debe ser entendido en su sentido más amplio, no sólo al gobierno central sino a “cualquier tipo o clasificación, que ejerzan cualquier función y a cualquier nivel jerárquico, incluidos aquellos a nivel provincial e incluso local. Sin distinción entre organismos legislativo, ejecutivo o judicial”.

Entonces se puede concluir que, el solo hecho de ser órganos del Estado, subdivisiones o empresas, si se realiza una interpretación amplia del artículo anterior, implica que cuando cualquiera de ellos realice una violación de un contrato de inversión estará sujeto a las obligaciones adquiridas por el Estado en el TBI y particularmente de una Cláusula Paragua. Ello le permitirá al inversionista acudir ante el mecanismo de solución de controversias regulado en el TBI.

- **Sólo en garantías cubiertas por el TBI**

Se ha tenido en cuenta además por los tribunales arbitrales, que para que un reclamo contractual pueda ser llevado a un tribunal internacional en virtud de una Cláusula Paragua debe equivaler a una violación de otra garantía sustancial de un TBI (trato nacional o no discriminación).

Ello se ejemplifica a través de la posición asumida por el tribunal del caso *Joy Mining vs. Egipto* cuando consideró que para que una violación contractual “equivalga” a una violación del TBI, se necesitaba una clara violación de los derechos contemplados en el tratado; es decir, de las garantías del TBI.

---

<sup>112</sup> International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts with commentaries, 2008, United Nations.

Este argumento entra diametralmente en contradicción con el principio de efectividad (*effect utile*), el cual busca que las disposiciones sean interpretadas de una manera que las vuelvan efectivas. Por lo que, al aceptar que los reclamos contractuales en virtud de un Cláusula Paraguas sólo son equivalentes a reclamos del TBI cuando se ha violado alguna garantía del tratado, se despoja de todo efecto a dicha cláusula. Razón por la cual resultaría inútil invocar esta disposición, pues al existir una violación de las garantías y derechos contemplados en el tratado, los reclamos se basan directamente en dicha violación y no en una Cláusula Paragua.

## II.2 Interpretación Amplia

Desde la óptica de la Teoría del Derecho, tal como se verificó en la tendencia restrictiva, se considera interpretación amplia o extensiva “aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal no entrarían dentro de él”<sup>113</sup>.

Así, amparados en ella, otros autores han sostenido una interpretación amplia de las Cláusulas Paraguas. Esto se evidencia en F. Mann, para quien las Cláusulas Paraguas en los acuerdos de inversión protegen al inversionista en contra de cualquier incumplimiento contractual que interfiera con sus derechos<sup>114</sup>.

Al respecto se entiende que, la protección de las Cláusulas Paraguas se circunscribe especialmente a los inversionistas tras colocar bajo el amparo del TBI a los contratos de inversión. Con ello, le otorgan mayor garantía a estos sujetos pero a su vez propician un marco de exclusividad respecto al otro sujeto, el Estado, quien quedaría desprotegido. De esta forma, el efecto de las Cláusulas Paraguas, según esta opinión, se alejaría de su objetivo real.

Para Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, estas disposiciones buscan “asegurar que cada Parte en el tratado, respetará los compromisos específicos hacia los nacionales de la otra Parte”. Esta disposición tiene particular importancia porque protege los derechos contractuales de los inversionistas en contra de cualquier interferencia que pueda ser causada por un simple incumplimiento contractual o por actos administrativos y porque no está del todo claro que bajo el Derecho Internacional tales medidas constituyen violaciones de una obligación internacional.”<sup>115</sup>

Ambos autores definen el contenido esencial de las Cláusulas Paraguas e igualmente particularizan el alcance de su protección a los inversionistas. También, analizan la dicotomía al plantear la ausencia de claridad en cuanto a si las medidas referidas

---

<sup>113</sup> Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 34.

<sup>114</sup> Brower C. N., *op. cit.*, p. 40.

<sup>115</sup> Dolzer, Rudolf y Stevens, Margrete, “*Bilateral Investment Treaties*”, Kluwer Law International, 1995, pp. 81-82

constituyen violaciones de la obligación internacional asumida por el Estado.

Ello se podrá esclarecer en el propio texto del contrato de inversión, en el que deberán quedar regulados el alcance y los límites de su soberanía, con lo que detallará las acciones que podrá realizar, siempre y cuando no afecte los intereses de la otra parte. De ahí que, una vez pactado el contrato, cualquier acción arbitraria constituirá violación de la obligación internacional asumida.

Por su parte, Stanimir Alexandrov opina que: “el propósito y efecto de una Cláusula Paragua en un Acuerdo de Inversión es transformar el incumplimiento de las obligaciones que el Estado ha adquirido con inversionistas extranjeros y sus inversiones, incluyendo a las obligaciones contractuales, en incumplimientos del tratado o acuerdo”<sup>116</sup>.

Christoph Schreuer, en concordancia con los planteamientos anteriores, se suma al expresar que: “cláusulas de este tipo han sido agregadas en los Acuerdos de Inversión para otorgar protección adicional a los inversionistas, más allá de los estándares internacionales tradicionales. Son conocidas como Cláusulas Paraguas porque ponen a los compromisos contractuales bajo el paraguas protector del Acuerdo de Inversión. De esta forma, un incumplimiento contractual se convierte en una violación del Acuerdo de Inversión”<sup>117</sup>.

Como se puede apreciar, dirigen sus interpretaciones hacia el razonamiento basado en que la existencia de las *Umbrella Clauses* se debe a la intención de salvaguardar a los inversionistas frente a los Estados, fuera de los límites del tratado bilateral de inversión. Esto implica mayores posibilidades de acudir ante otros mecanismos de resolución de controversias que no sean los únicamente pactados en el TBI, por extender al amparo de este las obligaciones pactadas en el contrato de inversión. Con esto garantiza que les sean preservados además sus intereses como sujeto del Derecho Internacional.

De ello se deriva que la doctrina internacional se haya pronunciado para apoyar esta tendencia de interpretación, emitiéndose diversos argumentos que serán analizados a continuación:

- **Significado Ordinario de los Términos (Artículo 31 Convenio de Viena)**

El primer tribunal arbitral que al tratar el alcance de la Cláusula Paraguas se refirió a este artículo de la Convención de Viena, fue el de SGS contra el Estado de Filipinas. El mismo tenía que resolver el alcance de una Cláusula Paraguas<sup>118</sup> establecida en el TBI

---

<sup>116</sup> Alexandrov A., Stanimir, “Breaches of contract and breaches of treaty”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, núm. 4, agosto de 2004, p. 556.

<sup>117</sup> Schreuer, Christoph, “Traveling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, núm. 2, abril de 2004, p. 250.

<sup>118</sup> *Each Contracting Part shall observe any obligation it has assumed with regard to specific Investments in its territory by investor soft the other Contracting Party.*

entre Suiza y Filipinas.

Para ello, el tribunal procedió a analizar la disposición de buena fe, de acuerdo al significado ordinario de las palabras, en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado como lo dispone el Artículo 31 de la Convención.

El análisis consistió en determinar las palabras importantes de esta cláusula para delimitar su alcance. Tales fueron “*shall*” y “*any obligation*”, entendidas como “deberá” y “cualquier obligación”. Con ellas, el tribunal concluyó que el primero es un término mandatorio al igual que otras obligaciones sustantivas del TBI, y el segundo expande ese mandato a “cualquier obligación”, dentro de la cual se incluyen las obligaciones contractuales y otros tipos de obligaciones que el Estado haya adquirido.

Finalmente, el término “*specific investments*” entendido como “inversiones específicas”, limita el mandato de cumplir cualquier obligación a las relativas con las inversiones hechas por los inversores provenientes de la otra parte.

La mayoría de los tribunales arbitrales que han utilizado como principal argumento la Convención de Viena y el significado de los términos, han considerado que el lenguaje de estas cláusulas es lo suficientemente extenso y claro como para interpretar estas disposiciones de una manera amplia. Por lo que, cualquier obligación que el Estado asuma con el inversionista está protegida por el tratado bilateral de inversión suscrito con el Estado de donde el inversionista es originario.

- **Intención de las partes**

Otro argumento, que tanto la doctrina como varios tribunales arbitrales han sostenido al analizar el alcance de las Cláusulas Paraguas, y que fue analizado igualmente para la interpretación de los tratados, ha sido dilucidar cuál es la intención de las partes al momento de redactar dichas cláusulas.

Para esto, el principal documento jurídico que lo verifica ha sido la Convención de Viena, que en su Artículo 32 sostiene como método complementario de interpretación acudir a los trabajos preparatorios y circunstancias de celebración del tratado para confirmar lo interpretado en virtud del Artículo 31, o para interpretar cuando esté redactado de una manera ambigua y oscura. Adicionalmente, hay que tomar en cuenta el numeral 4 de dicho artículo, el que establece que para dar un sentido especial a un término debe tomarse en cuenta la intención de las partes.

Para determinar cuál fue el propósito de las partes al incorporar las Cláusulas Paraguas en los tratados bilaterales de inversión, la mayoría de los autores y tribunales arbitrales han acudido a su historia. Ella facilita comprender que la principal intención de su origen era lograr que los contratos de inversión celebrados entre inversionista y el Estado receptor de la inversión, fueran incorporados dentro de algún tratado internacional, con el propósito de

otorgar protección jurídica internacional al inversionista en caso de una violación del contrato por parte del Estado.

De ahí que tenga significado recordar la carta que el gobierno de Suiza envió a la Secretaría del CIADI, por razón de la decisión tomada por el tribunal en el caso SGS vs. Pakistán, que interpretó restrictivamente la Cláusula Paragua contenida en el TBI entre Suiza y Pakistán. Al hacer esto declaró ausencia de jurisdicción para conocer las controversias provenientes de contratos. Ante lo que Suiza respondió en desacuerdo, amparada en el argumento que la intención de ese país al negociar el TBI y la cláusula había sido proteger los contratos de los inversionistas originarios de su país.

Sin embargo, se debe examinar el Artículo 25, apartado 1 de la Convención CIADI que contiene los requisitos o condiciones de jurisdicción del Centro. Estos consisten en: que el Estado receptor donde se ubica la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista hayan ratificado la Convención (*rationae personae*), que exista el consentimiento escrito de las partes de sometimiento al CIADI (*rationae voluntatis*) y que se esté frente a una disputa legal derivada directamente de una inversión (*rationae materiae*)<sup>119</sup>.

Como se aprecia, no se especifica que la naturaleza de la diferencia deba ser de un TBI o un contrato de inversión, basta con que su objeto sea la transgresión de alguna disposición legal relacionada con la inversión. Pero, por otra parte, a tenor de lo establecido en el Artículo 36, apartado 3 de la referida Convención, el consentimiento puede darse en las cláusulas de un contrato de inversión que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, sin la necesidad que se haga constar en un mismo instrumento.<sup>120</sup> Por tanto, se puede deducir que la actuación del tribunal CIADI en ese caso carece de fundamento legal.

De ahí que, la actuación del Estado suizo no estuvo desacertada cuando alegó la interpretación de la Cláusula Paragua para invocar la protección del contrato de inversión dentro de la jurisdicción del tribunal ante la presencia de un conflicto de jurisdicción. Por lo que, no debió alegarse el contenido de la Cláusula Paragua presente en el TBI como argumento para demostrar la intención inicial de Pakistán en la negociación del tratado.

Lo anterior encuentra su explicación en que el contenido de estas disposiciones faculta a las partes para someter sus disputas relativas a inversiones, sin importar su naturaleza contractual o convencional, ante la jurisdicción que estimen conveniente; siempre que para esto medie el acuerdo entre ambas. Además, los efectos de su aplicación no deberán lesionar los intereses de una o de la otra, y sí resolver la transgresión o conflicto que se origine por incumplimiento de cualquiera de las dos. Por tanto, en el caso anterior, las

---

<sup>119</sup> Kundmuller Caminiti, Franz y Rubio Guerrero, Roger. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.", en *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006, p. 79.

<sup>120</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, Capítulo V Jurisdicción del Centro, Artículo 24, pp. 43-44.

alegaciones del Estado suizo son ventajosas con exclusividad para los inversionistas como intención inicial de la contraparte, lo que resulta de difícil verificación y ofrece margen de dudas.

- **Principio de efectividad (*Effect Utile*)**

Forma parte del derecho consuetudinario internacional<sup>121</sup> y también ha sido considerado para interpretar las Cláusulas Paraguas. Su contenido, propone que las disposiciones legales sean interpretadas con el fin de generar un efecto jurídico.

Lo anterior se ejemplifica en el fallo emitido por el tribunal CIADI del caso Noble Ventures vs. Rumania, en donde consideró que “para que una Cláusula Paragua cumpla con el principio de efectividad, esta debe ser interpretada ampliamente para permitir que las obligaciones y contratos celebrados por los Estados estén bajo el amparo de un TBI. Ya que en caso contrario, se estaría privando de cualquier efecto jurídico a dicha cláusula, considerando que cualquier otra interpretación la privaría de un sentido práctico”.<sup>122</sup>

Resulta oportuno revisar la concepción de este principio desde la Teoría del Derecho en la óptica de uno de sus teóricos clásicos. De ahí que, para Kelsen<sup>123</sup>: “es una norma del derecho positivo internacional que determina tanto el fundamento de validez como los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos estatales particulares (...) Significa la primacía del orden jurídico internacional”.

Al comparar la definición kelseniana del principio de efectividad con la exégesis que sobre este realizó el tribunal arbitral en el caso CIADI antes mencionado se observa que la primera concibe la efectividad como sustento de validez, mientras la segunda se limita a atribuir su existencia si se interpreta de forma amplia la Cláusula Paragua. Lo cierto es que, para que un tratado sea válido, basta con que sea redactado bajo los preceptos legales y por los sujetos legitimados para ello, del Derecho Internacional que así lo estipulan, es decir, no exige que su contenido sea sometido a interpretaciones para que surta efecto jurídico y por tanto sea efectivo.

Por tanto, para que una Cláusula Paragua sea efectiva y coloque bajo su tutela las obligaciones y contratos concertados por los Estados, basta con el sólo hecho que exista en el propio texto del TBI, pues esta protección forma parte de su finalidad, que además le otorga la validez pragmática que necesita para ser respetada y cumplida. De esto se concluye que, interpretarla ampliamente no condiciona su efectividad sino la extiende, y a

---

<sup>121</sup> Gaffney, J. y Loftis, J. “*The effective ordinary meaning of BITs and the jurisdiction of treaty – based tribunals to hear contractual claims*”, en *The Journal of world Investment & Trade*, Geneva, Vol. 8, núm. 1, febrero de 2007, p. 8.

<sup>122</sup> Caso CIADI No. ARB/01/11 Noble Ventures Inc. v Republic of Romania. Párrafo 53.

<sup>123</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 338.

su vez permite afirmar que, interpretar restrictivamente esta disposición limitaría sus efectos.

Por lo que se puede deducir que, bajo la redacción de una Cláusula Paragua, no se favorece a una u otra parte signataria del contrato o tratado de inversión particularmente, porque se protegen los intereses y garantías de ambas, se generan obligaciones que contienen responsabilidades recíprocas, su cumplimiento es exigible tanto en el territorio nacional como internacional, y autoriza la aplicación de la vía de resolución de conflictos que dará solución amigable a la controversia. Argumentos que favorecen la proposición de un esquema para una necesaria interpretación equitativa.

### **III. Esquema normativo para una interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas**

Para comenzar el estudio de este epígrafe es preciso aclarar que, en lo sucesivo, se considerará como esquema normativo al conjunto de reglas que orientarán la realización de una propuesta de interpretación equitativa<sup>124</sup>.

Se impone dar inicio al estudio de lo que se ha escrito conceptualmente sobre el término equidad, el que, a los efectos de esta tesis se entenderá como criterio de operacionalización mediante las reglas de interpretación que se proponen. Para ello, es imprescindible analizar las posiciones teórico doctrinales que se han formulado al respecto desde la Filosofía y Teoría del Derecho.

Máximo Pacheco, concibe “la equidad como la justicia del caso particular”, en similitud con Aristóteles, para quien “lo equitativo es también justo y vale más que lo justo en determinadas circunstancias (...)” Para ambos, la equidad es equiparable a la justicia, que ha sido entendida según su naturaleza, como solución de conflictos.<sup>125</sup>

De la justicia conceptualizada por Radbruch, se han derivado dos formas de entenderla. Así, por un lado, la conmutativa o igualitaria (propia del derecho privado) y del otro, la distributiva (de relevancia en esta investigación), que considera la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, presupone al menos tres actores en la relación, de modo que uno de ellos está colocado en un plano superior para imponer cargas o conferir beneficios al resto que se le subordinan, y en tal sentido, es la característica del derecho público<sup>126</sup>.

Por lo que, el término equidad que se adoptará para la formulación de la interpretación

---

<sup>124</sup> Se aclara que, en lo sucesivo, el término equilibrada podrá ser utilizado como sinónimo de equidad, dado que se ha equiparado desde la Teoría del Derecho a la justicia distributiva como equilibrio en la función jurisdiccional del juez.

<sup>125</sup> Rodríguez Gómez, Edgardo, “La idea del Derecho en la Filosofía Jurídica de Gustav Radbruch”, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, Perú, julio de 2007, p. 15.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 41-42

propuesta estará sustentado en la forma de justicia distributiva, la que se ajusta a la actuación de jueces y árbitros en la solución de conflictos.

Ahora bien, Kant, por su parte, expresa que: “la equidad no es en absoluto un motivo de apelación a la obligación ética de otros, a su benevolencia o bondad, sino que aquél que exige algo basado en la equidad se apoya en su derecho, y lo único que ocurre es que le faltan las condiciones necesarias, de acuerdo con las cuales el juez podría determinar en qué medida o de qué manera deberían serle satisfechas sus pretensiones.”<sup>127</sup>

Como se aprecia en la definición kantiana, la equidad consiste en un medio o instrumento de sustento jurídico sobre el cual el juez deberá apoyarse para tomar sus decisiones frente a la exigencia de derechos en un determinado litigio. De tal forma, estará obligado a considerar de qué manera lo soluciona sin afectar desproporcionadamente a la parte que incumple o sin lesionar el derecho demandado.

Desde otra perspectiva, la equidad como corrección de la ley, parte de una comprensión pragmática de las reglas positivas, una vez que el propio razonamiento del emisor del cual resultan las generalizaciones de predicados fácticos y normativos que configuran las reglas, se revela como un razonamiento práctico originariamente dirigido por valores, propósitos, y fines que el decisor tiene que identificar para poder emprender su propio discurso de aplicación<sup>128</sup>. En otras palabras, se define como método de interpretación para la impartición de justicia.

En similitud de conceptualización, se ha enunciado que el vocablo equidad significa justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad, moderando el rigor de la letra en la aplicación de la ley, sin dejar de mencionar que se ha asumido como principio general que debe guiar la facultad discrecional del juez.

Por consiguiente, amparados en las anteriores delimitaciones, se define la equidad, como criterio de interpretación normativa para ser empleado por quien esté legitimado para la acción de impartir justicia (juez o árbitro), que posibilitará mantener el equilibrio y proporcionalidad de las acciones entre las partes en litigio, sin que ninguna quede en estado de desprotección, y otorgando a cada una lo que le corresponde legalmente cuando se transgreda la norma jurídica por la cual se invoque.

De tal modo, se podrá puntualizar entonces la interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas como aquella que realizan los árbitros que conocen de controversias surgidas por incumplimientos de estas disposiciones, que pueden ser realizados tanto por el Estado como el inversionista, cuya naturaleza sea contractual o convencional, para proteger a ambos sujetos y exigir el cumplimiento por igual de la responsabilidad surgida, a quien de

---

<sup>127</sup> Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Filosofía del Derecho*, Instituto Electoral del Estado de México, 2009, p. 151.

<sup>128</sup> Vega, Jesús, “La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, Alicante, junio de 2014, p. 20.

ellos realice la transgresión, sin afectar los intereses de ambas partes.

La definición propia formulada *a priori* sobre lo que se entenderá como equidad, encuentra apoyo en la doctrina jurídica internacional. Ello se comprueba a través de los tres modos distintos en los que esta puede operar como criterio de interpretación de los tratados internacionales.

En primer lugar, la concibe como un medio de carácter alternativo que, con el consentimiento previo de las partes, autoriza al intérprete a decidir con arreglo al Derecho Internacional, al invocar para ello lo dispuesto en el Artículo 38.2 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia<sup>129</sup>. Paralelamente, desempeña una función complementaria o integradora, ofreciendo al juez o árbitro internacional un criterio para resolver las cuestiones de detalle que la norma aplicable no contempla de manera específica. Por último, cuando forma parte de la propia regla de Derecho Internacional que se trate, en la aplicación del Derecho positivo, un tribunal puede elegir la que le parezca más conforme a las exigencias de justicia según las circunstancias del caso, entre las varias interpretaciones posibles.<sup>130</sup>

Se crean entonces los fundamentos teóricos y doctrinales para concebir el esquema normativo para la interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas, cuyo empleo se realizará durante la etapa del procedimiento ordinario Actuaciones Orales y consistirá en:

1. Proteger bajo la Cláusula Paragua las obligaciones contraídas, tanto al amparo del TBI como del contrato de inversión.
2. Tratar a las partes con igualdad, basada en darle a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, admitirles sus argumentaciones y pruebas, así como permitirles impugnar las de los contrarios.
3. El tribunal arbitral a cuyo juicio se sometan las reclamaciones por incumplimiento de una Cláusula Paragua, cuando no medie el acuerdo entre las partes, deberá aplicar la ley más justa<sup>131</sup> para resolver el fondo del asunto.
4. El árbitro que tenga a su cargo la solución del conflicto deberá analizar los límites de la soberanía del Estado<sup>132</sup> que delimitan su actuación, así como las inmunidades y concesiones que le otorga al inversionista para realizar la inversión en su territorio.

---

<sup>129</sup> El apartado 2 de este artículo enuncia lo siguiente: “*La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono si las partes así lo conviniere*”.

<sup>130</sup> Esta fórmula hace referencia a la llamada equidad contra *legem*. Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 6a ed., Madrid, 1996, pp. 184 y 185.

<sup>131</sup> Entiéndase como tal, a la ley que sea capaz de resolver en materia de equidad la controversia.

<sup>132</sup> Se entenderán para los efectos de esta interpretación como los límites de la soberanía del Estado, a las normas jurídicas constitucionales de su ordenamiento jurídico interno, los recursos naturales del Estado receptor de la inversión, las disposiciones jurídicas que regulen las relaciones que el inversionista establezca con los nacionales de dicho Estado en su territorio como en el del Estado del cual es nacional el inversionista, así como las normas relativas al mantenimiento de la paz, seguridad jurídica interna e internacional, independencia e integridad territorial.

5. El árbitro tendrá el deber fundamental de apreciar con imparcialidad y buena fe las razones invocadas por las partes, sin pretender imponer juicio intransigente, aunque sea basado en la aplicación estricta del derecho. Además, se constituirá en colaborador imparcial que procure un arreglo equitativo.

6. Se exigirá en igual medida y procedimiento la responsabilidad por conducta ilícita<sup>133</sup> en lo concerniente a la transgresión de las disposiciones que establecen las obligaciones pactadas dentro del tratado o contrato de inversión amparadas bajo la cláusula invocada, tanto a Estado como a inversionista, o al Estado de procedencia del segundo, en correspondencia con la naturaleza de la reclamación (contractual o convencional).

7. El fin de la interpretación será lograr restablecer el equilibrio en la protección de los intereses de ambas partes para garantizar el eficaz y efectivo cumplimiento del tratado bilateral de inversión en el que quedó pactada la Cláusula Paragua.

De esta forma se ha querido concebir lo que, para la actividad arbitral, constituirá un instrumento que facilitará la tan compleja labor de solucionar litigios en materia inversionista. Favorecerá que los procedimientos arbitrales estén provistos de mayores garantías para la protección del régimen de las inversiones extranjeras en el Derecho Internacional y asegurará una mayor calidad en el ejercicio de la impartición de justicia, haciendo del arbitraje un mecanismo más garantista en la solución de conflictos internacionales.

## **Conclusiones**

Después de haber dado cumplimiento a los objetivos específicos que han direccionado el desarrollo de la presente investigación, cabe entonces la posibilidad de arribar a las siguientes conclusiones:

No cualquier incumplimiento contractual en materia de inversiones origina responsabilidad internacional, y por tanto internacionalización de las obligaciones contractuales, dado que las obligaciones internacionales operan a un nivel independiente y singular. No obstante, es posible que el contenido de los derechos de un tratado y de los derechos contractuales se superponga.

Se denominan Cláusulas Paraguas a las disposiciones normativas que, al ser incluidas dentro de un tratado de inversión, encierran la obligatoriedad de ser cumplidas por las partes, otorgándoles amparo legal ante cualquier violación de lo dispuesto al posibilitar su

---

<sup>133</sup> Se entiende por conducta ilícita la que ha sido llevada a cabo por un sujeto del Derecho Internacional Público (DIP) con violación a sus obligaciones y en perjuicio de otro sujeto de este Derecho.

cumplimiento de la forma y en la instancia que proceda según lo pactado, como forma de mantener la igualdad de derechos y condiciones jurídicas a las cuales se comprometieron.

En relación con las reglas de interpretación general de los tratados internacionales antes expuestos, se coincide en aplicar *la regla del efecto útil*. Ello se explica al afirmar que un tratado requiere que, más allá del significado de sus términos, el contexto en que se realiza o la intención que se manifestó durante las fases de su elaboración, la instancia ante la cual se someta debe interpretar su contenido en pos de garantizar que se cumpla el verdadero objetivo del mismo. Siempre y cuando no se vulnere alguna norma o principio de Derecho Internacional.

Con relación a los casos estudiados se infiere que bajo su redacción no se beneficia a una u otra parte signataria del contrato o tratado de inversión particularmente; sino que se protegen los intereses y garantías de ambas y se generan obligaciones que contienen responsabilidades recíprocas. Su cumplimiento es exigible tanto en el territorio nacional como internacional, y autoriza la aplicación de la vía de resolución de conflictos que dará solución amigable a la controversia.

Lo que permite afirmar que el esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas propuesto constituirá para la actividad arbitral un instrumento que facilitará la tan compleja labor de solucionar litigios en materia inversionista. Posibilitará que los procedimientos arbitrales otorguen mayores garantías para la protección del régimen de las inversiones extranjeras en el Derecho Internacional y asegurará una mayor calidad en el ejercicio de la impartición de justicia, haciendo del arbitraje un mecanismo más garantista en la solución de conflictos internacionales.

### **Bibliografía y Hemerografía recomendada**

ALEXANDROV A., Stanimir, “*Breaches of contract and breaches of treaty*”, en *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, Núm. 4, agosto de 2004.

BROWER, C. N., “*Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*”, en *Working papers on international Investment*, OECD, Francia, 2006. Disponible en: [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

CASTELO GUERRERO, Daniel, “*El alcance de la cláusula paragua en los tratados bilaterales de inversión*”, Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2008.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, “*Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “*América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?*”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009.
- GAFFNEY, J. y LOFTIS, J. “*The effective ordinary meaning of BITs and the jurisdiction of treaty – based tribunals to hear contractual claims*”, en *The Journal of world Investment & Trade*, Geneva, Vol. 8, Núm. 1, febrero de 2007.
- GAMBOA MORALES, Nicolás, “*Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de las Cláusulas Paraguas*”, en *Revista de Arbitraje y Doctrina Internacional*, núm. 22, Brasil, abril-junio de 2009.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “*Estándares en arbitraje de inversiones*”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- \_\_\_\_\_, *¿Cuándo Pacta es Servanda?: Las Cláusulas Paraguas en el Arbitraje de Inversión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999.
- GUIDO S., Tawil, “*Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional.*” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.
- KUNDMULLER CAMINITI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. “*El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.*”, en *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006.
- MEREMINSKAYA, Elina, “*Las cláusulas paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos*”, en *Ensayos Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre, 2009.
- MONARDES V., Rodrigo, “*Las Cláusulas Paraguas en los Acuerdos Bilaterales de Inversión*”, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 6a ed., Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, “*La idea del Derecho en la Filosofía Jurídica de Gustav Radbruch*”, en *Universitas*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 6, Perú, julio de 2007.

- RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Filosofía del Derecho*, Instituto Electoral del Estado de México, 2009.
- SCHEREUER, C., “*Travelling the BIT Route of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*”, en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004.
- \_\_\_\_\_, “*Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-The Vivendi I case considered*”, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron, 2005.
- SINCLAIR, Anthony A., “*The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*”, en *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004.
- UNCTAD, “*Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*”, en *UNCTAD series on International Investment Policies for Development, United Nations*, New York and Geneva, 2005.
- VEGA, Jesús, “*La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Alicante, junio de 2014.
- VELÁZQUEZ PÉREZ, Rafael-Andrés, *Inversiones extranjeras sostenibles*, Bosch Editor, España, 2015.
- WEISSENFELS, A., “*Umbrella clauses*”, en Reinisch, A. (director), *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007. Disponible en: [www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).
- YANNACA-SMALL, K., “*Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*”, en *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/3, OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment>. (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

Recepción: 29 de agosto de 2016.

Aceptación: 30 de mayo de 2017.

# A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DEL DELITO: ¿ES AÚN NECESARIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO MEXICANO?

## ON THE SUBJECT OF CRIME THEORY: IS IT STILL NECESSARY IN THE MEXICAN ACCUSATORY SYSTEM?

Jorge RIVERO EVIA\*

**RESUMEN:** La reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia, entre otras cosas, desterró de la Carta Magna elementos referentes a la teoría del delito. Ello conduce a razonar si la práctica probatoria sustituye ahora a la teoría en el nuevo enjuiciamiento criminal mexicano y por tanto, si se necesitan aun conocimientos de dogmática penal.

**Palabras clave:** Teoría del delito – Causalismo – Finalismo – Funcionalismo – Título de imputación – Orden de aprehensión – Auto de vinculación a proceso – Sistema acusatorio

**ABSTRACT:** The constitutional amendment of 2008 in safety and justice banished from its founding document elements related to criminal theory. This leads to question if evidentiary practice now substitutes criminal theory in the new Mexican indictment process and therefore, if knowledge about penal dogma is still needed.

**Keywords:** Criminal theory –cause- finalism – functionalism- imputation title – arrest warrant – criminal action- accusatory system

### 1. Introducción

La necesidad de perfeccionar las leyes penales y su aplicación es ineludible, la política criminal debe estar constantemente atenta a todo aquello que garantice una mejor convivencia social, sin detrimento de los derechos humanos. Esta labor es en extremo

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac Mayab, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán.

ardua, tortuosa y difícil; constituye aun una asignatura pendiente en el derecho penal mexicano la correcta definición de los elementos que conforman el título de imputación.<sup>134</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha incluido expresamente, en los artículos 14 y 16 cuestiones atinentes a la teoría del delito, como baremos de imputación procesal penal, perfilándose en un momento dado hacia la “Teoría final de la acción” (elementos del tipo) o hacia la “Teoría causalista” (cuerpo del delito). Asimismo, la gran reforma en materia de seguridad y justicia penal de 2008, prescindió de tales referencias a una teoría en específico. Por su parte, las técnicas de litigación oral sugieren el planteamiento de la denominada “Teoría del caso”, consistente en la exposición que cada una de las partes verifica frente al juzgador, respecto de su correspondiente versión de los hechos y con base en los datos que cada una de ellas aporte al proceso.

Ello permite plantear como problema central si la denominada teoría del delito o dogmática penal ha quedado a un lado del enjuiciamiento criminal mexicano y si ha sido sustituida por una mera práctica argumentativa (oral) llamada teoría del caso. Así, nos preguntamos si: ¿podemos prescindir de la teoría del delito? ¿Carece de aplicación práctica la teoría del delito? ¿Es válido, con el afán de reducir estándares de imputación, sustituir lo teórico por lo práctico?

## **2. Concepto y Evolución de la Teoría del Delito**

El análisis de las ciencias penales nos permite entrever la serie de materias que conforman su contenido, algunas con un carácter eminentemente dogmático y otras puramente técnicas, pero al referir su ámbito es preciso ubicar a la parte de la ciencia encargada de efectuar la tarea del análisis y sistematización de los elementos que la abarcan, siendo la teoría la encargada de aportar las explicaciones respectivas.<sup>135</sup>

La teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de una acción. Se incluyen ahí no solo los delitos propiamente dichos, sino todas las acciones punibles. Si se habla de los presupuestos de la punibilidad, se piensa primero, de manera natural, en la parte especial del derecho penal, donde se hallan regulados los distintos tipos penales, como homicidio, robo, daño en propiedad ajena, fraude, etc. Sin embargo, la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos

---

<sup>134</sup> Por “Título de imputación”, entendemos el conjunto de circunstancias que exige la normatividad para que una persona sea sometida a un proceso penal. Es un status que gradualmente (conforme avanza el enjuiciamiento) asciende en cuanto a la exigencia probatoria: elementos de la investigación- datos de prueba- medios de prueba-prueba.

<sup>135</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 192, 1998, p. 11.

componentes del concepto de delito que *son comunes a todos los hechos punibles*. Se trata, particularmente, de las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se dividen a su vez en numerosos subconceptos, como elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, y elementos positivos y negativos de la culpabilidad.

Interesa entonces la cuestión acerca de en qué condiciones un hecho puede ser imputado al autor a nivel del correspondiente delito.<sup>136</sup>

Es decir, resulta conveniente referir los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite a un análisis sistemático de la ley penal, pues solo estas leyes pueden establecer los delitos y sus correspondientes penas.

La teoría del delito es muy moderada en tanto a los elementos que integran el delito, pues su análisis se centra en los hechos punibles *lato sensu*. Así, la dogmática penal identifica como componentes del delito a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. O sea, la teoría general del delito debe deducirse en la ley, o al menos, ser compatible con ella. Jescheck, refiriéndose al derecho alemán, comenta que:

(...) antes, los elementos de la estructura del delito solo fragmentariamente podían ser extraídos de la Parte General del derecho penal. Por el contrario, la nueva Parte General permite reconocer mucho más claramente la estructura del concepto del delito que le sirve de base. Así, los elementos “hecho”, “hecho antijurídico” y “hecho punible”, en relación con las descripciones delictivas de la Parte Especial, muestra que el objeto de la relación jurídico penal es el hecho individualizado y no la vida parasitaria o asocial del autor (...).<sup>137</sup>

La proyección de la teoría del delito sobre el derecho penal, específicamente sobre la ley penal, no es ni ha sido siempre la misma, pues en el transcurrir del desarrollo histórico de la sociedad, las reformas legales han incorporado nuevos conceptos surgidos a la luz de nuevas teorías.

Estas nuevas ideas, -anquilosadas en algunos casos- han trazado un gran número de direcciones teóricas en la dogmática jurídico penal, por esta razón, existen serias contradicciones y, a su vez, una confusión respecto de la definición más adecuada para

---

<sup>136</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, 4a. ed., Granada, Comares, 1993, p. 175.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 177.

conceptos de categorías fundamentales de la teoría del delito, por lo que resulta difícil en ocasiones comprender los conceptos en toda su extensión, si no son tomadas en cuenta las direcciones doctrinales de las cuales proceden.

Los diferentes momentos por los que ha atravesado la teoría del delito a nivel universal, son el producto de más de 150 años de discusión y elaboración de conceptos basados en la reflexión jurídica. La influencia europea que existió en la época colonial de los países latinoamericanos provocó, entre otras cosas, la asimilación de dichas teorías en nuestro continente, no obstante que llegaban con un retardo de al menos dos o tres décadas.<sup>138</sup>

Para los fines del presente trabajo, se toman en cuenta tres sistemas: el Causalista, el Finalista y el Funcionalista, con la aclaración de que la intención de este breve ensayo, no es desarrollar de manera profunda las ideas que dieron pie a esas corrientes doctrinales, pues esa tarea se la reservamos a tratados específicos de la Teoría del Delito.

## **2.1. El Sistema Causalista**

El sistema jurídico penal llamado “Causalista”, nació a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoyó en el concepto de “acción”, como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.<sup>139</sup>

Liszt recogió las ideas de la escuela Clásica y la Positivista y aplicando el método naturalístico, en boga a finales del siglo XIX, emprendió el estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho cuerpo legislativo la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, que no es otra cosa más que el conocimiento del delito, a través del dogma, que es la ley.

Para el código punitivo germánico de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esa ley, Von Liszt realizó un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o la acción humana; por ende, su teoría fue denominada “Causalista”, que comprende a toda la doctrina que acepta como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.<sup>140</sup>

Para este sistema, la explicación del acto o acción humana, se fundamenta en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un

---

<sup>138</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. cit.*, p. 35

<sup>139</sup> Véase: Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007.

<sup>140</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. cit.*, p. 10 y 11.

proceso, que origina un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

Sobre la denominación que debe recibir la “acción” como elemento del delito, se han utilizado conceptos como acto, conducta, hecho, acontecimiento, etc. En lo atinente a la naturaleza del acto o acción, se plantea la discusión de la imposibilidad de unificar los conceptos de acción y de omisión en uno solo que los abarque. Otro punto de debate ha sido el que considera al acto o acción dependiente de la imputabilidad; otros lo refieren al injusto. A la par, surge la discusión a que el acto o acción es “acromático”, frente a quienes otorgan a la acción un valor “cromático” o finalista.<sup>141</sup>

En general, puede decirse, siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema Causalista, que la “omisión” se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal “esperado” que debía de producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva).

Todavía resulta más controversial el concepto de la comisión por omisión donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violen tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

En la teoría Causalista en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa; la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo. En esa virtud, surge la figura del “cuerpo del delito”, entendido como el conjunto de elementos externos de la conducta que reflejan la existencia de un hecho. De esta suerte la acción es un factor de orden naturalístico desencadenante de un resultado material; es simple y sencillamente, un proceso causal.<sup>142</sup>

Es Vives Antón<sup>143</sup> –según el punto de vista de quien escribe estas líneas- quien mejor explica el concepto naturalístico de acción, que permite vincularlo a la idea del cuerpo del delito:

(...) si el delito es básicamente acción a la que se sobreañaden tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, parece claro que la acción ha de ser el género común

---

<sup>141</sup> Es decir, con independencia del dolo o las calificativas del delito (“acromático”, o sea, sin color); este criterio es la distinción clave que el Causalismo presenta frente al Finalismo, que se dice es “cromático”, pues enfatiza en la “finalidad de esa acción” (dolosa o culposa). Véase: Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 12

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 11

<sup>143</sup> Vives Antón, Tomás S, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 105.

del que quepa desgajar las diversas especies delictivas (...) Juega así el concepto de acción un papel semejante al de cuerpo: los sólidos, líquidos o gases son estados de la materia o, dicho en lenguaje ordinario, clases de cuerpos que se delimitan porque, como tales, presentan ciertas características específicas que, en todo caso, remiten a una condición material común (...).

Por otro lado, el segundo elemento del delito, dentro de la sistemática causalista, es la tipicidad, concepto cuya implementación debemos al jurista alemán Ernst Von Beling, a partir de 1906.

Este concepto parece arrancar del concepto de “cuerpo del delito”, pero el mérito de Von Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo estatal.<sup>144</sup>

De tal suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Esta teoría fue evolucionando, pues Von Beling la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. De esta forma Beling, propugnaba que además del respeto a la máxima *no hay pena sin ley*, debía consagrarse el principio *no hay delito sin tipicidad*, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuera típica; pero tal encuadramiento debería ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica.<sup>145</sup>

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad<sup>146</sup>, que excede el marco de la tipicidad; más aún, si tal

---

<sup>144</sup> (...) El concepto de tipo fue heredado del *corpus delicti*, de ahí que el *corpus delicti* se convirtiera en *tadb Bestand*. La palabra *tadb Bestand* por primera vez apareció en el Código Penal Alemán de 1871 (...). Véase: Quintino Zepeda, Rubén, *La Ciencia Penal a través de sus autores*, México, Flores Editores, 2009, p. 29.

<sup>145</sup> Con el siguiente ejemplo ilustra lo anterior Muñoz Conde: (...) *Del hecho de que A haya matado a B o haya dañado una cosa ajena de C, no se desprende sin más, que el comportamiento de A sea antijurídico. Ciertamente A puede haber realizado un tipo de homicidio o de daños, pero su hecho puede estar justificado, es decir, no ser antijurídico, por la concurrencia de alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, etc. (...)*. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989., p. 49.

<sup>146</sup> Por antijuridicidad debemos entender el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.

conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto corresponde a la culpabilidad.<sup>147</sup>

De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad, según la teoría Causalista, que constituyen el punto de diferencia con la corriente Finalista, que sitúa a la culpa en el tipo.

En ello redunda, otro de los temas más trascendentales para la teoría del tipo y que incide en forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, esto es, los llamados elementos subjetivos del injusto.

El tipo se conforma por elementos objetivos, pero en ocasiones, en forma expresa, involucra elementos subjetivos, como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, cuando por ejemplo el tipo dice: *...al que con ánimo; ...al que con el propósito; ...al que engañando; etc.* También puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicos o culturales, como cuando señala: *al que sin derecho;... cosa ajena;... mala fama.*<sup>148</sup>

La existencia de los elementos subjetivos y normativos además de los objetivos, primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo normales aquellos que solo que contenían elementos objetivos y, anormales, los que consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

El debate sobre los elementos subjetivos del injusto parece ser aun a la fecha, terreno de múltiples discusiones y matices, de ahí que nuestro derecho penal tiende a la confusión no solo de estos elementos, sino de cuestiones acerca de la identificación del llamado “cuerpo del delito” y de los “elementos del tipo penal”, problemática que como hemos visto, surge desde la concepción de la tipicidad como elemento del delito.

Por su parte como la corriente de la acción Finalista, ubicó dentro de su sistema el dolo y la culpa en el del terreno de la teoría del tipo y no de la culpabilidad, es lógico que

---

<sup>147</sup> No existe en la doctrina una *communis opinio*, pues son muy diversas las concepciones acerca de la noción y límites de la culpabilidad. La concepción que ha dominado durante siglos y que aún cuenta con numerosos seguidores es la llamada “psicológica” o “naturalista”, Esta se basa en un vínculo de carácter subjetivo que une el hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa. Véase: Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2000, pp.4-5.

<sup>148</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 21

los llamados elementos subjetivos del injusto se examinaron de modo muy distinto del que lo hacían los Causalistas.<sup>149</sup>

## 2.2 El Sistema Finalista

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada “teoría de la acción Finalista” que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática “Causalista”.<sup>150</sup>

A partir de la década de 1930, aparecen publicados los trabajos de Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que esta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad; no como explica la teoría Causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea el fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencias que conforman la teoría finalista de la acción.

El fundador del Finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse solo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc. (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.<sup>151</sup>

La teoría Finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría Causalista, es decir, acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son empleados con un esquema distinto, constituyendo un sistema que busca la solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría Causalista no resolvía satisfactoriamente.

El punto de partida de la teoría Finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría Causalista.

Esa nueva teoría, hizo del concepto de la acción (finalísticamente entendida), la base de la estructura del delito. Según ello, el actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso causal. Es “ejercicio de la actividad final”. Con la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan su actuación para alcanzar una meta. La dirección final

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 23

<sup>150</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *Op., cit.*, pp. 64-65.

<sup>151</sup> Véase: Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002.

de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real.<sup>152</sup>

Se asevera que la teoría Causalista redujo el concepto de acción a un proceso causal; prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoció la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar los fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. O sea, al Causalismo si bien le importa que el individuo haya actuado voluntariamente, no le es relevante lo que el sujeto haya querido (el contenido de su voluntad).<sup>153</sup> Y no es que el Causalismo desconociera esa afirmación del Finalismo (que toda conducta se encuentra dirigida a fines), sino que en el concepto de acción, tales fines no debían ser considerados, por estimar que pertenecían a diverso elemento del delito (la culpabilidad).

Acorde con el principio de acción de la teoría Causalista, tenemos que la *acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de este movimiento) que produce un resultado o cambio en el mundo exterior*. Es pues, un proceso causal, donde la “acción” es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la “acción” y su “resultado”.

Ahora bien, para la teoría Finalista de la acción, *la acción humana es el ejercicio de una actividad finalista*. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus objetivos. Por eso, se afirma la finalidad es “vidente” y que la causalidad es “ciega”.

En efecto, el legislador cuando describe una conducta de tipo penal (por ejemplo: “quien prive a otro de la vida”), no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de una persona), sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.<sup>154</sup>

Para la teoría Finalista, la acción pasa por dos fases, una interna y una externa. En la interna, el autor se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo: realizar

---

<sup>152</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>153</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 27.

un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección solo puede hacerse a partir del fin. Es decir, solo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y este es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.<sup>155</sup>

En la fase externa, se presentan: a) la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal; b) el resultado previsto y el o los resultados concomitantes; y c) el nexo causal.

Es decir, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr este, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

El sujeto en la teoría Finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y esta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría Causalista.

De esa manera, como indica Roxin<sup>156</sup>, el sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto.

Dicho en pocas palabras, en la teoría de la acción final, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no en el ámbito de la culpabilidad, sino en el de la acción típica. Es decir, dejarán de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría Causalista, para constituir ahora el fin de la acción.

---

<sup>155</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.*, p. 89

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 92

Cabe hacer mención especial de que la sistemática Finalista concibe a la omisión dentro del concepto de conducta humana, es decir, el concepto de acción envuelve al de omisión.

De esta manera, el Finalismo coincide en parte con el pensamiento de Von Liszt, en cuanto a que puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan compartimentos dominados por una voluntad, pero difieren en que el Finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin determinado.

Si la acción (y omisión) para que sean típicos, deben tener una finalidad, entonces, se matizan de dolo o culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria del fin, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

En este preciso punto, el Finalismo difiere radicalmente del sistema Causalista pues la acción (u omisión) va a dejar de ser “objetiva” y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo al propio tiempo. Se dice objetivo en cuanto que la voluntad se manifiesta como un movimiento corporal, o como su ausencia (acción u omisión), y subjetivo dado que la voluntad la va a dirigir en forma dolosa o culposa.

El esquema Causalista atinente a que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo a la culpabilidad, es desechado por la teoría Finalista, por reñir con la realidad, por mostrarse incapaz, por aferrarse a esa situación de irrealidad, que le impide resolver los problemas teóricos y prácticos que esa dualidad plantea.<sup>157</sup>

En el apartado anterior, se refirió a Von Beling, como quien concibió la teoría del tipo y la tipicidad que viene a ser un valioso instrumento por consagrar el principio *nullum crimen sine lege*. Sin embargo, la función descriptiva que aquel autor asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el Causalismo, no es aceptada por el sistema Finalista.

Esto es en virtud de que la teoría Causalista se aferró a que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, al igual que la acción; en este orden de ideas, se encontró esta teoría con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Con el transcurso del tiempo se puso en evidencia que el tipo no solo contempla elementos objetivos; en efecto, si examinamos el tipo de homicidio<sup>158</sup>, encontraremos que

---

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 95

<sup>158</sup> El artículo 368 del Código Penal del Estado de Yucatán dispone: (...) *Comete el delito de homicidio quien sin derecho priva a otro de la vida* (...).

en este delito, además del elemento objetivo “privación de la vida”, se incluye que esta sea “sin derecho”, siendo un elemento normativo.

El elemento “sin derecho” no es objetivo, ya que para serlo tendrá que ser percibido por los sentidos y tal elemento tiene connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por esos medios, y de ahí fue como nacieron los elementos subjetivos y normativos, quiebre fundamental de la teoría Causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad, la subjetiva.

Es decir, para el Finalismo, el tipo está compuesto no solo de elementos objetivos, sino también subjetivos y normativos, ampliando en la esfera de la teoría del delito los conceptos que el Causalismo había desarrollado.

### **2.3. El Sistema Funcionalista**

El derecho y sus instituciones, en particular el derecho penal y los organismos de procuración y administración de justicia, así como el aparato de seguridad pública, son funciones que responden a las exigencias de la estructura social.

Con frecuencia, podemos constatar que en nuestro campo de estudio (el derecho penal) se habla de crisis, de reformas, de nuevos modelos, es decir, del planteamiento de sistemas funcionales.

Generalmente los estudiosos de la materia punitiva no se proponen el cambio de la estructura social, se ocupan de la problemática de la función de las instituciones de procuración y administración de justicia, destacándose las reformas jurídico penales que permitan enfrentar con más eficacia al fenómeno de la criminalidad; así, se proponen cambios en la legislación penal, pero sin una visión clara de la función que deben desempeñar, no existe percepción precisa del cometido que deban llevar a cabo; por ejemplo, se piensa en combatir la delincuencia simplemente con elevar las penas a las conductas típicas, suponiendo que ello bastará para desalentar los hechos delictivos, sin atender las raíces del problema. En México se piensa que basta cambiar la ley para cambiar la realidad, abundan los ejemplos y para muestra las múltiples reformas constitucionales que a su vez, recalcan en una pléyade de adición normativa secundaria, en todas las ramas del derecho.

En el campo del derecho penal, en particular en la teoría del delito, ha surgido una sistemática denominada Funcionalista, que es una de sus principales corrientes, misma que se ocupa de la función que la política criminal debe tener en el campo del derecho punitivo.

En palabras de Friedrich Nietzsche<sup>159</sup> “por regla general, el valor o el no valor de un precepto se demuestra por el hecho de que se consiga o no se consiga el resultado propuesto, siempre y cuando se siga aquel escrupulosamente”.

Jescheck y Schüler-Springorum<sup>160</sup> ven a la política criminal como una disciplina que se ocupa y preocupa de la criminalidad, del derecho penal, de las normas y de los valores.

Es decir, que el precepto o conjunto de preceptos (leyes) solo tienen valor si se consiguen las finalidades trazadas en un principio, y es mediante la política criminal como se podrá llegar a la consecución de la meta del derecho penal: la seguridad y la paz de las personas.

El Funcionalismo se puede decir que surge en 1970 con las ideas del penalista germano Claus Roxin,<sup>161</sup> quien consideró que la explicación de la llamada “teoría Finalista de la acción”, si bien superaba a la explicación del sistema Causalista, tampoco era del todo satisfactoria, principalmente por que no resolvía la *función* que debía desempeñar la política criminal en el campo del derecho penal, en especial en la teoría del delito. Su teoría se caracteriza por tres aspectos:<sup>162</sup>

- a) La vinculación de la dogmática penal a ciertos fines político-criminales de carácter preventivo;
- b) La responsabilidad penal entendida como la suma de la reprochabilidad, más el merecimiento y la necesidad de pena; y
- c) La teoría de la imputación objetiva como un elemento regulador del nexo causal.

Así, la imputación objetiva de un resultado presupone positivamente dos puntos: la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido y la realización de ese peligro en el hecho concreto causante del resultado.

Dicho de otro modo, para esta inclinación doctrinal, se requiere en primer lugar, que el autor haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido (vida, libertad, propiedad, etc.), es decir, justamente con la violación de las normas penales que tienen por objeto la tutela ese valor.

---

<sup>159</sup> Nietzsche, Friedrich, Aurora, Biblioteca conmemorativa Nietzsche, Aurora, El Anticristo, Edición Editorial Libsa, Madrid, 2000; Coedición Edivisión, Compañía Editorial S.A., México 2000, pág. 26

<sup>160</sup> Beristáin Ipiña, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 554-555.

<sup>161</sup> Véase: Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1999.

<sup>162</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *Op. Cit.*, p. 175.

En un segundo nivel, debe añadirse que precisamente el riesgo jurídicamente desaprobado, creado por el autor es el que se realiza en la producción concreta del resultado.

Vale la pena citar el ejemplo de Rudolphi<sup>163</sup> "... A lesiona mortalmente a B, y sin embargo, este no muere a causa de esa herida, sino que fallece camino al hospital como consecuencia de un accidente de tráfico..."

Como se advierte, "A" creó aquí antijurídicamente el riesgo para que "B" muera (primera condición de la imputación objetiva) a causa de las heridas que aquel le proporcionó. Sin embargo, este peligro no se ha realizado en la producción del resultado concreto. Más bien, se ha hecho realidad otro riesgo de un accidente mortal que está unido con todo viaje de un vehículo. Entonces, a "A" no puede imputársele objetivamente el resultado de la muerte de "B", incluso con independencia de que "A" actuó o no con dolo.

En otro orden de ideas, para Roxin, la política criminal se encuentra muy cerca de las realidades que se presentan en el seno de la sociedad, particularmente de la criminalidad, y esta disciplina debe compaginar los hechos fácticos con la teoría del delito (que se materializa en conceptualizaciones como conducta típica, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) La Política Criminal, a su juicio, se encuentra en un punto medio entre teoría y práctica.<sup>164</sup>

Es decir, que la política criminal se ocupa de cómo deba conformarse el derecho penal para cumplir mejor su función de proteger a la sociedad. Se conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas por el Derecho Penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal.<sup>165</sup>

Para la sistemática Funcionalista es de primordial importancia determinar qué función se le va a asignar a la pena como expresión fundamental de la sanción penal.

Claus Roxin, continúa exponiendo que la teoría general del delito debe ordenar los preceptos legales y los conceptos abstractos en su indudable conexión, esto es lo que llamamos *sistema* y agrega, que se debe a Von Liszt el desarrollo de la ciencia penal con las generalizaciones conceptuales del delito y la pena, apoyadas en la legislación penal.

---

<sup>163</sup> Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación objetiva*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998, p. 39.

<sup>164</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Op. Cit.*, p. 169

<sup>165</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Op. Cit.*, p. 18

Sin embargo, debe superarse la idea que Von Liszt concibió de una separación entre la dogmática jurídico penal (en el sentido de la teoría del delito) como un campo separado de la política criminal.

De esta suerte, la política criminal y el sistema jurídico penal, lejos de transitar por distintos caminos lo deben hacer unidos, no se puede pensar en una teoría del delito que no tenga consecuencias jurídicas, que a su vez, deben originarse en criterios y directrices político-criminales. Característica del derecho penal es la sanción, la pena; consecuencia jurídica del delito. De ahí, que para la postura Funcionalista, la dogmática penal debe estar orientada político-criminalmente por los principios rectores de una teoría de la pena.

Así pues, como criterios de la justicia en la política criminal destacan: 1) El principio de culpabilidad; 2) El principio del Estado de Derecho y; 3) El principio de humanidad.<sup>166</sup>

El principio de culpabilidad significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho. Del principio de culpabilidad se infiere, por un lado, que la pena presupone en todo caso culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*<sup>167</sup>) y de otro, que la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena respetando el máximo de la culpabilidad*). Aquí, la esencia de la culpabilidad no radica en un defecto del carácter, adquirido culpablemente por el modo de vida que se ha llevado, sino en que el autor ha cedido a la tentación en la situación concreta y de esa forma se ha hecho culpable por su actuación (*culpabilidad por hecho*).

El principio del Estado de Derecho puede verse desde dos ópticas: la formal y la material. En cuanto a la formal, cabe decir que destacan en el derecho penal aquellos elementos del principio del Estado de Derecho que deben garantizar la seguridad pública. Puesto que el derecho penal posibilita las más graves injerencias en la esfera de la libertad de los ciudadanos, admitidas por el ordenamiento jurídico, han de tomarse precauciones especiales contra su abuso. El principio de la preferencia y la reserva de la ley se encuentran por ello, más enraizados en el derecho penal que en cualquier otra parte del derecho vigente. La vinculación del juez al contenido de la ley es asimismo más estrecha que en la restante jurisprudencia: resulta inadmisibles aplicar la ley penal, en perjuicio del acusado, a un supuesto fáctico no comprendido directamente en el sentido de la misma (la denominada prohibición de la analogía).

---

<sup>166</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Loc. Cit.*

<sup>167</sup> Jescheck comenta que esta idea se encuentra ya en la Ley de las XII Tablas y que pertenece, por lo tanto, a la cultura europea más antigua. *Ibidem*, p. 19

En sentido material, el principio del Estado de Derecho indica cómo ha de configurarse el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea del Estado justo. Ahí se encuentra, en primer plano, la salvaguarda de la dignidad humana, como norma básica de todo nuestro sistema constitucional de valores. De ello se desprende para el derecho penal, con la garantía de la libertad general de actuación, su limitación a las intervenciones necesarias para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad<sup>168</sup> (principio de mínima intervención).

Fundamento de la política criminal ha de ser, finalmente, el principio de humanidad. A su tenor, todas las relaciones humanas que surgen del derecho penal en su más amplio sentido deben ordenarse sobre la base de la solidaridad recíproca, de la responsabilidad social para con los reincidentes, de la libre disposición hacia la ayuda y la asistencia sociales, y de la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes condenados. Jescheck<sup>169</sup>, refiriéndose al derecho alemán, menciona: *“De ahí se infiere para la República Federal la abolición de la pena de muerte y de la castración de los delincuentes sexuales peligrosos, así como la supresión en el nuevo derecho de la pena de presidio (Zuchthausstrafe) y de las penas contra el honor”*.

La tendencia represiva del derecho penal ha cedido el paso a la idea de la resocialización del delincuente. De esa manera, el principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el pensamiento rector de la ejecución penal.<sup>170</sup>

En este contexto, Roxin considera que en la teoría del delito se han propuesto varias sistemáticas, por ejemplo, las teorías clásicas de Von Liszt y Von Belling, que propusieron la separación de los elementos objetivos de los subjetivos del hecho como criterio diferenciador sistemático y entender lo injusto como el lado objetivo del hecho, la culpabilidad como el lado subjetivo; entonces aparece el dolo como una característica central de la culpabilidad. Pero también es posible igualmente, como lo sostiene la influyente teoría de la acción final, convertir el fenómeno de la acción humana como un proceso causal dirigido desde el fin, en fundamento de la teoría general del delito; entonces el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino es un factor decisivo de la acción típica.

---

<sup>168</sup> Con frecuencia se piensa que la “dañosidad social del hecho”, conectada al concepto de bien jurídico, debe configurar el límite para la intervención represiva del Estado.

<sup>169</sup> Jescheck, Hans Heinrich. *Op. Cit.*, p. 23

<sup>170</sup> Cómo haya de configurarse en cuanto a su contenido la resocialización en el Derecho Penal, resulta dudoso y la doctrina no se pone de acuerdo, incluso, se habla de un modelo “integrador”. Véase: García Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 318-328

Los funcionalistas insisten en que los conceptos jurídicos de la parte general del derecho penal tienen que prever las consecuencias jurídicas de sus disposiciones, las que tienen que originarse en criterios directrices de política criminal.

### **3. La Orientación Sistemática-Penal en México**

Nuestro país ha adoptado en el devenir histórico, con mayor o menor énfasis, a cada una de estas teorías, como se verá a continuación.

#### **3.1. Primer Época. Causalismo (1857-1993).**

Nótese que en primer lugar, la Constitución de 1857 no aludió a concepto sistemático alguno:

En efecto, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, contempló en los artículos 16 y 19 como título de imputación para detenciones, lo siguiente:<sup>171</sup>

(...) Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata (sic) (...).

(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley (sic) (...).

A su vez, el Código de Procedimientos Penales de 1894 (promulgado por Porfirio Díaz), en su artículo 104, indicaba:

(...) Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por este en su artículo 9º (...).<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Carbonell, Miguel; Cruz Barney, Óscar; Pérez Portilla, Karla (comp), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa, 2004, p. 454.

<sup>172</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*, t I, México, Porrúa, 2005, p. 627.

Por su parte, el artículo 9º, del Código Penal de 1871 (promulgado por Benito Juárez), establecía: “Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito”.<sup>173</sup>

Compartimos la idea de Colín Sánchez<sup>174</sup> cuando sostiene que los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban al delito con el cuerpo del delito. Ahora bien, la Constitución de 1917, en la redacción original (hoy pluri-reformada) de los propios artículos 16 y 19, refirió:<sup>175</sup>

(...) Artículo 16.- (...). No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas, por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los caso de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora ante la autoridad inmediata ( sic). (...).

(...) Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado (énfasis añadido). (...).

Como se observa, el concepto del cuerpo del delito se erigió como el título de imputación para justificar el auto de formal prisión en una Constitución mexicana desde 1917. Empero, el constituyente no definió qué era lo que se entendía por dicha entelequia.

Peniche López<sup>176</sup> comenta que –en oposición a grandes juristas de esa época, como González Bustamante y Franco Sodi-, solamente en tratándose del auto de formal prisión y del dictado de la sentencia definitiva, se requería de la comprobación del cuerpo del delito,

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>174</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1997, p. 376.

<sup>175</sup> Carbonell, Miguel, *et. al. Op. Cit.*, pp. 497-498.

<sup>176</sup> Peniche López, Vicente, *Garantías y Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007 (Serie: Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX -1929), p. 272.

pues el estándar de la orden de aprehensión era mínimo, ya que bastaba la existencia de un hecho determinado susceptible de ser delito. Otro dato importante que destaca el propio autor, es que "... la Ley Orgánica del Artículo 103 de la Constitución de 1857, que para dictar una orden de aprehensión exigía la comprobación del cuerpo del delito, ya no puede ser aplicada por encontrarse derogada..."<sup>177</sup>

Así, con independencia de que si esa exigencia redundaba o no en el dictado de la orden de aprehensión, es patente que al menos, desde el siglo XIX, al aludirse en la normatividad, al cuerpo del delito, hay evidencia de la tendencia Causalista en México en esa época.

Y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ante la indefinición normativa del concepto del cuerpo del delito, su jurisprudencia tuvo que acotarlo, estimando que por aquel debía entenderse "... el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo..."<sup>178</sup>

### **3.2. Segunda Época. Finalismo (1993-1999).**

Es hasta el 4 de septiembre de 1993, que entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la CPEUM, y de dichas reformas es digno de resaltar que se sustituyó la tendencia Causalista denotada, al apartarse de la noción de "cuerpo del delito", por el concepto Finalista de "elementos del tipo", ya que para librar una orden de aprehensión, o decretar un auto de formal prisión era necesario –además de otros requisitos de procedibilidad-, la existencia de datos que hicieran probable la responsabilidad del acusado y acreditaran los elementos del tipo penal.

Tipo delictivo y *corpus delicti*, son conceptos relacionados íntimamente; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente.<sup>179</sup>

Aun cuando la expresión de "tipo" ha sido utilizada en sentidos muy diversos, dogmáticamente el tipo penal es, ante todo, *tipo de injusto*, esto es, delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>178</sup> Tesis aislada de rubro: "CUERPO DEL DELITO.", Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. CIII, p. 1897, registro 300352.

<sup>179</sup> Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 377

<sup>180</sup> Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 306.

El tipo legal se presenta, en ocasiones, como mera descripción de conducta, en otras, alude al resultado material, o bien, hace referencia a calidades determinadas en los sujetos, o a los medios de comisión, o a las modalidades de la conducta; puede hacer referencia, en fin, a estados de ánimo, finalidades de la acción, tendencias del sujeto, etc., de ahí la necesidad de clasificar los distintos elementos de que puede estar compuesto el tipo penal.

A partir de las citadas reformas a nuestra Carta Magna, los juzgadores quedaron obligados a precisar en sus resoluciones, relativas a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias, que se habían comprobado estos elementos del tipo penal.

Como consecuencia de lo anterior, los códigos penales y de procedimientos penales federales, cuyas reformas entraron en vigor a partir de 1º de febrero de 1994, también hacían referencia constante a los elementos del tipo penal.

El Causalismo y el Finalismo son parte de la evolución progresiva e infinita del derecho, implican manifestaciones perfectibles de la obra humana, estos sistemas ya son escalones de otros. La meta, un derecho perfecto, que no por ser inalcanzable, deja de ser faro que ilumina el camino del hombre y del penalista en particular.<sup>181</sup>

Estas reformas constituyeron un paso adelante en la evolución de la teoría del delito en México, subiendo un escalón más hacia un derecho penal más justo, apoyado en la moderna criminología, que participe de una imagen compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los muy diversos factores que convergen e interactúan en el “escenario” criminal.<sup>182</sup>

Sin embargo, nuestro derecho regresó al punto de partida del Causalismo, como se expone en las líneas siguientes.

### **3.3 Tercera Época. Causalismo “afinalizado” (1999-2008).**

El 8 de marzo de 1999 se publicó nuevamente otra reforma a los artículos 16 y 19 de la CPEUM. La iniciativa del Ejecutivo de la Nación que culminó en esas reformas señaló en su exposición de motivos –entre otros muchos-, los siguientes:

---

<sup>181</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Op. Cit.*, p. 206

<sup>182</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Op. Cit.*, p. 879.

a) La reforma de 1993 al artículo 16 consideró teorías y escuelas de otras naciones que no corresponden al desarrollo del Derecho Penal Mexicano, al exigirse acreditar los elementos del tipo penal como uno de los requisitos para librar una orden de aprehensión.

b) Después de 4 años de aplicarse la reforma de 1993 se ha observado que por “tecnicismos legales”, presuntos delincuentes evaden la acción de la justicia, y en 1997 de todas las averiguaciones consignadas a la autoridad judicial, solo se obsequiaron el 20% de ellas, debido al grado excesivo de “exigencia probatoria” impuesta al Ministerio Público, lo que ha provocado mayor delincuencia e impunidad.

La reforma aludida, fue objeto de análisis en consulta con grupos sociales, y al parecer se mostró rechazo por parte del foro nacional considerando que la reforma sacrificaba la seguridad jurídica del ciudadano y favorecía al aparato de procuración de justicia que había demostrado ineficiencia en la integración de las averiguaciones.<sup>183</sup> Es decir, la reforma suprimió en los artículos 16 y 19 el concepto de “elementos del tipo” y los sustituyó por “cuerpo del delito”. Empero, no se definió en sede constitucional, qué debía entenderse por ese concepto y ello ocasionó una confusión mayúscula, porque los códigos procesales de las entidades federativas (que en aquel tiempo aun conservaban la facultad de normar leyes de procedimiento penal) y el entonces vigente Código Federal de Procedimientos Penales no pudieron definir con concreción y unidad, qué es lo que debía entenderse por “cuerpo del delito”.

Si bien la tradición apuntaba en el sentido de que su contenido son “los elementos objetivos, externos o materiales apreciables por los sentidos” (más o menos como había entendido la SCJN) que se desprenden de la descripción típica; sucedió que las correspondientes legislaciones abarcaron un contenido más amplio.

En efecto, veamos el siguiente cuadro comparativo entre las legislaciones procesales federal, del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) y del Estado de Yucatán (en ese entonces en vigor):

---

<sup>183</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. cit., pp. 206-207.

Código Federal de Procedimientos Penales	Código de Procedimientos Penales del D.F.	Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán
<p>Art. 168.-...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.</p>	<p>Art. 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.</p> <p>El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.</p>	<p>Art. 255.-...Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, y se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de esos elementos por cualquier medio de prueba siempre que no sea de los prohibidos por la ley.</p>

Como puede advertirse de este cuadro comparativo, existió cierta propensión a equiparar los conceptos del “cuerpo del delito” y “los elementos del tipo”, sobre todo en la legislación del Distrito Federal que si bien no definió lo que se entendía por “cuerpo del delito”, aludió a que este se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho (todos, incluidos los objetivos, subjetivos y normativos), lo cual denota la comparación aludida. En cambio, tanto en la legislación federal como en la estatal, bastaba el criterio eminentemente Causalista de comprobar los elementos objetivos o materiales, que son los mínimos y que acusan siglos de retraso intelectual.

Con respecto a los elementos “normativos” que incluye en su fórmula del *corpus delicti* la ley adjetiva federal, cabe mencionar que González Quintanilla<sup>184</sup> opina que “... el tipo se desglosa en elementos objetivos (entre los que se encuentran los normativos) y elementos subjetivos...”.

<sup>184</sup> González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, México, Porrúa, 1996, p. 275

Por su parte, con respecto a los “elementos normativos”, Díaz y García Conlledo<sup>185</sup>, niega su existencia en estos términos:

(...) lo principal es que, ni estas ni otras definiciones, como las que desde la Filosofía analítica del lenguaje, distinguen entre hechos naturales y hechos institucionales o por la referencia a cualidades naturales y cualidades convencionales, satisfacen plenamente; las nuevas definiciones en realidad son reformulaciones, según creo, de la idea de la referencia a normas. Pero ninguna convence plenamente, porque en realidad no existen –o no existen apenas- elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases; piénsese en el tantas veces citado por la doctrina ejemplo de elemento “persona” u “otro” en el homicidio, que parece claramente descriptivo, pero sin embargo se carga de tintes normativos en tanto se plantean los límites de la vida humana (comienzo y fin), por ello, desde antiguo hay autores que propugnan incluso el abandono de la distinción (...).

De aquí se ve que no existió consenso sobre cuáles serían los elementos normativos, y ante tal circunstancia el problema se acrecentó, dado que hoy por hoy la doctrina no puede definir siquiera a los conceptos mínimos de los elementos objetivos del delito y la legislación positiva no orientó al respecto, de modo que su delimitación residió en última instancia a criterio de los tribunales federales encargados del control constitucional.

El dilema que se plantea en adoptar determinado contenido para el concepto “cuerpo del delito” radica, a nuestro modo de ver, entre la seguridad de la protección de la garantía de libertad para el individuo y la seguridad de la protección a la sociedad de las conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos. Es decir, si se opta por asignar al “cuerpo del delito” el tradicional contenido referido a “elementos objetivos o materiales” se pone en riesgo la garantía de libertad; si elegimos otorgar al “cuerpo del delito” la suma de los elementos objetivos, subjetivos y normativos ello redundará en mayor seguridad jurídica a quien se le impute la comisión de un delito; pero ello obligará a un mayor esfuerzo del aparato de procuración de justicia de allegarse los elementos probatorios que acrediten los elementos del tipo.

---

<sup>185</sup> Díaz y García Conlledo, Miguel, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (comps.), *“Cuestiones actuales de la Teoría del Delito”*, con motivo del seminario hispano-alemán sobre “Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad”, celebrado en la Universidad de Alcalá, España, 1995, Madrid, Editorial Mc-Graw Hill, 1999, p. 65.

En ese sentido, la reforma constitucional de 1999, a fin de no ser retrógrada se consideró bajo la óptica de que el “nuevo” cuerpo del delito –aunque se escuche como una aseveración impropia- tuviese una perspectiva Finalista, es decir, asignándosele un contenido ampliado al referido hace más de 150 años que incluía únicamente a elementos materiales u objetivos, dado que de quedarse las cosas como se encontraban –sobre todo en nuestro Estado de Yucatán- nos veríamos frente a un estado totalitario.

También, aceptar como contenido del “cuerpo del delito” únicamente a los elementos objetivos o materiales previstos en el tipo llevaría a plantear los problemas de la tentativa, de los elementos subjetivos del tipo y del injusto, de la responsabilidad objetiva, etc., que el Finalismo ya había superado.

Por esa razón, el Poder Judicial de la Federación emitió variada jurisprudencia al respecto, llegando a la conclusión de que en México, la sistemática penal que imperaba en ese momento histórico, era ecléctica, pues si bien el ordenamiento constitucional aludía al concepto de “cuerpo del delito”, la normatividad secundaria presentaba tintes finalistas.<sup>186</sup>

### **3.4. Cuarta Época. Sistema Acusatorio (2008- fecha actual).**

La CPEUM volvió a ser reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008,<sup>187</sup> a fin de sentar las bases de un proceso penal radicalmente diverso al que se venía practicando en la nación.

El nuevo paradigma, denominado "acusatorio" presenta notas muy peculiares que transforma el ámbito competencial de las autoridades judiciales, así como la estructura de la averiguación previa (la que desaparece como tal), del proceso (con la inclusión de jueces de control y tribunales de juicio oral) y de la ejecución de las sanciones (contando con jueces de ejecución). Asimismo, entre otras cosas destaca la nueva concepción constitucional de los componentes de dos de las resoluciones más importantes en el proceso penal que dictará el Juez de Control (diverso a la autoridad que determinará la

---

<sup>186</sup> Muestra de ello es la tesis pronunciada por el entonces, el Tercer Tribunal Colegiado del XIV Circuito, de rubro: “MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN.”. Tesis aislada IV.3o.7 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p.1336, registro 186521.

<sup>187</sup> Conforme a los artículos transitorios respectivos, el nuevo sistema de justicia, entraría gradual y paulatinamente en vigor en el Estado Mexicano, teniendo como fecha límite el 2016 para que abarcara a todo el territorio nacional. En esos 8 años de derrotero, la gran mayoría de las Entidades Federativas emitieron sus propios códigos procesales penales y otro tipo de leyes afines. No obstante, en ese periodo que podemos llamarle de “calibración”, la Federación se irrogó la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal. Ello dio como resultado, en 2014, la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, que es un código único en materia adjetiva penal.

culpabilidad, denominada Tribunal de juicio oral o de enjuiciamiento); a saber, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso, que sustituye a la "formal prisión".<sup>188</sup>

En su actual redacción, el párrafo tercero del artículo 16 de la CPEUM, ordena:

(...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).

Por su parte, el artículo 19 de la misma Constitución establece:

(...) Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (...).

En efecto, en el tema que interesa, llama la atención la sustitución de los conceptos "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" por los diversos de "hecho" y "probabilidad de comisión o participación".

---

<sup>188</sup> El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el sistema acusatorio son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez solo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez solo podrá decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos contemplados en el artículo 19 Constitucional (delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, y que pongan en riesgo el libre desarrollo de la personalidad y la salud).

Se dispone en la CPEUM que los puntos cardinales tanto de la orden de aprehensión, como del auto de vinculación a proceso sean:

- El hecho en sí mismo; y
- La probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Todo ello con base en “datos”.

O sea, se ha vuelto a modificar el título de la imputación, prescindiendo de elementos de la teoría del delito, y aludiendo a cuestiones fácticas.

En lo atinente a la supresión del *corpus delicti*, por el concepto de *hecho*<sup>189</sup>, debe decirse que ello guarda congruencia con la acepción constitucional que la Primera Sala de la SCJN<sup>190</sup>, le ha dado a la palabra delito:

(...) la palabra ‘delito’, en el citado precepto constitucional (el 19), no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso y que, por ser perjudiciales a la sociedad, son reprimidos y castigados por la autoridad pública (...).”

A su vez, el CNPP<sup>191</sup> desarrolla dicho nuevo título de imputación penal, en los siguientes términos:

- a. En tratándose de la emisión del citatorio, orden de comparecencia o de aprehensión. (Artículo 141), se exige:
  - Denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.
  - Elaboración por parte del Ministerio Público de una carpeta de investigación.
  - Anuncio del Ministerio Público al juez de control de la existencia en esa carpeta de investigación, de datos que establezcan que se ha cometido

---

<sup>189</sup> Llamémosle "hecho punible".

<sup>190</sup> Véase ejecutoria de: MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INCULPADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia 1a./J. 15/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, Noviembre de 1995, p. 97.

<sup>191</sup> El Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de marzo de 2014), obedece a la diversa reforma a la CPEUM de 8 octubre de 2013, que irrogó al Congreso de la Unión, la facultad exclusiva para legislar en materia de procedimiento penal, quedando el artículo 73, fracción XXI, de la siguiente forma: (...) *El Congreso tiene facultad para expedir: (...) c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común(...).*

ese hecho y haya la probabilidad de que el imputado lo hubiese cometido o participado en su comisión.

- Con base en ello, el juez de control podrá emitir; 1. Citatorio al imputado para la audiencia inicial; 2. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, o 3. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

- En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

b. En cuanto al auto de vinculación a proceso (Artículo 316), las exigencias serán:

- La solicitud del Ministerio Público al juez de control donde formule la imputación;<sup>192</sup>

- Que se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

- Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

Debe destacarse que el artículo 260 del CNPP define como “antecedente de investigación”, a todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba, y por “dato de prueba”, el diverso numeral 261, entiende la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para

---

<sup>192</sup> En este sistema, cabe diferenciar dos momentos claves, y diferentes en su evolución probática y argumentativa; a saber: a. La formulación de la imputación (en la audiencia inicial, ante el juez de control, quien con base en ella y otros datos, resolverá en su caso la vinculación a proceso o su contraria); y b. La formulación de la acusación (tras la fase de investigación complementaria –que se apertura con la vinculación a proceso–, en la audiencia intermedia, también ante el juez de control).

establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Finalmente, el Tribunal de enjuiciamiento, al momento de resolver en definitiva, podrá absolver o condenar al imputado.

Si se trata de sentencia absolutoria, determinará la causa de exclusión del delito que aparezca demostrada, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad.

El artículo 405 del CNPP refiere que son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible.

Como causas de justificación, el mismo numeral incluye al consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Y como causas de inculpabilidad distingue al error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

Asimismo, se faculta al Tribunal de enjuiciamiento también para tomar como referencia al error de prohibición vencible como atenuante, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

En tratándose de sentencia condenatoria, el artículo 406 indica que solamente será emitido un pronunciamiento de esa índole, cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate. Al dictarse sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico. Se hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y

la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica. Finalmente, se argumentará por qué al sentenciado no se le favorece por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

### **3.5 Nota marginal. El Funcionalismo en la Legislación Tabasqueña de Adolescentes.**

Un aspecto del funcionalismo recaló en la legislación mexicana; a saber, la teoría de la imputación objetiva, que fue contemplada en la *Ley que establece el Sistema integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco*.<sup>193</sup>

En efecto, el artículo 18, fracción II, de dicho cuerpo normativo, refirió como una de las causas de atipicidad, la falta de imputación objetiva del resultado típico al comportamiento del autor, en los siguientes términos:

(...) Un comportamiento lo es objetivamente imputable al autor, siempre que se pruebe que este:

- a) Creó un riesgo jurídicamente desaprobado.
- b) Que dicho riesgo jurídicamente desaprobado se concretizó en un resultado típico.
- c) Que el resultado típico pertenezca al ámbito protector de la norma de que se trate.

En este, sentido, la tipicidad del hecho se excluye cuando se prueba que el autor creó un riesgo jurídicamente permitido; o cuando se pruebe que la víctima, de manera auto responsable, actuó a propio riesgo, de modo que se aprecie que su comportamiento estuvo fuera del ámbito protector de la norma.

El aumento de gravedad proveniente de las circunstancias particulares de la víctima no será atribuido al autor si este las desconocía al momento de su acción u omisión. Si el autor estuviese obligado a conocer las circunstancias particulares de la víctima que propiciaron el aumento de su gravedad, la imputación al autor será a título culposo...

---

<sup>193</sup> Ya abrogada, toda vez que en la actualidad la CPEUM establece en el artículo 73, fracción XXI, inciso "c", como facultad exclusiva del Congreso, la de emitir normatividad en materia de justicia penal para adolescentes, para regir en la República en el orden federal y en el fuero común.

#### 4. Balance

Como se ha visto, a lo largo de 160 años (tomando como punto de partida 1857), nuestro país ha ido adoptando en momentos determinados teorías Causalistas, Finalistas o Funcionalistas.

Si bien, a la presente fecha, la CPEUM no se decanta por alguna de aquellas teorías, ello no significa que la dogmática penal sea inútil en el sistema acusatorio.

En efecto, se ha destacado en las líneas anteriores, que uno de los cambios más drásticos de la reforma constitucional de 2008, en virtud de la cual se incorporó el sistema acusatorio en México, fue la eliminación del concepto de “cuerpo del delito” como requisito para librar una orden de aprehensión o emitir un auto de plazo constitucional.

La reforma penal ahora exige, para que se dicten esas dos resoluciones, requisitos concernientes al proceso y al nivel probatorio exigido en cada etapa procesal.

Los criterios que desarrolla el CNPP se relacionan con la probática necesaria en cada una de esas decisiones jurisdiccionales; así como en lo atinente al dictado de una sentencia con base en un estándar de prueba que trascienda más allá de toda duda razonable. Así pues, queda claro que la intención del Constituyente Permanente, fue eliminar los criterios dogmáticos prevalecientes con la frase “cuerpo del delito” y, en su momento, “elementos del tipo penal”.

El otrora diseño constitucional, centraba el debate en torno a su contenido, aludiendo a criterios derivados de la teoría del delito: ¿por cuerpo del delito se entienden los elementos objetivos? ¿Se incluyen los elementos subjetivos? ¿Qué sucede con los tipos penales que incluyen elementos subjetivos como el “ánimo de dominio en el robo”<sup>194</sup>

Es cierto cuando se asevera que la prueba y sus reglas de valoración han sustituido a la teoría del delito en la Constitución Federal y que la teoría del delito ha quedado desterrada de aquélla. No obstante preserva su relevancia.

La teoría del delito proporciona el camino lógico para la incriminación penal, que incluye la conformación de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En la tipicidad se encuentran los elementos objetivos, entre los que se hallan los descriptivos y los normativos y, por último, los elementos subjetivos específicos o aquellos denominados como requeridos por el tipo penal.

---

<sup>194</sup> Dondé Matute, Javier, *Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción* (Artículo en línea), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://bit.ly/2kV0Npb>, Recuperado el 24 de febrero de 2017.

Ahora bien, los elementos normativos involucran cierto tipo de valoración para su verificación que puede provenir de: i) un aspecto jurídico, en cuyo caso el juez debe considerar lo previsto en la ley para determinar el contenido y alcance del concepto en análisis; o, ii) un carácter cultural, en donde el juzgador habrá de remitirse a un aspecto social o cultural para determinar el contenido del elemento que se desea definir.

Así, el ejercicio de verificación, consistente en la delimitación del alcance y contenido de los elementos positivos (la suma de todos sus elementos) y negativos del delito (la existencia de alguna causa de exclusión del delito), se encuentran de la mano del derecho probatorio y de la argumentación jurídica básica, tanto al sostener la acusación y la defensa sus correspondientes teorías del caso, como cuando los órganos judiciales resuelven el dictado de sus sentencias.

Es decir, acorde con la teoría del delito que más le acomode, desde su perspectiva al Fiscal, al imputado, a la víctima o al juzgador, es que sus argumentos se expresarán en el enjuiciamiento. Por tanto, al no delimitarse constitucional o legalmente como exigencia una doctrina determinada (Causalista, Finalista o Funcionalista) el operador jurídico echará mano de aquella que le convenga a sus propios intereses, lo cual, lejos de restringir la importancia de la dogmática jurídico penal, potencia su relevancia en el actual sistema y nos obliga a todos a conocer sus contenidos.

## **Fuentes**

### ***Bibliográficas***

BERISTÁIN IPIÑA, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

CARBONELL, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar; PÉREZ PORTILLA, Karla (comp), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1997.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Historia del derecho penal y procesal penal mexicanos*, t I, México, Porrúa, 2005.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en Luzón Peña, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago (comps.), *“Cuestiones actuales de la Teoría del Delito”*, con motivo del seminario hispano-alemán sobre

- “Cuestiones básicas de la teoría del delito en la actualidad”, celebrado en la Universidad de Alcalá, España, 1995, Madrid, Editorial Mc-Graw Hill, 1999.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, México, Porrúa, 1996.
- JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, 4a. ed., Granada, Comares, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- NIETZSCHE FRIEDRICH, Aurora, Biblioteca conmemorativa Nietzsche, Aurora, El Anticristo, Edición Editorial Libsa, Madrid, 2000; Coedición Edivisión, Compañía Editorial S.A., México 2000.
- PENICHE LÓPEZ, Vicente, *Garantías y Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007 (Serie: Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX -1929)
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie G: Estudios doctrinales, núm. 192, 1998.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *La Ciencia Penal a través de sus autores*, México, Flores Editores, 2009.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1999.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e Imputación objetiva*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998.
- VIVES ANTÓN, Tomás S, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007.
- WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002.

### **Ordenamientos legales**

CPEUM (artículo 73, fracción XXI, inciso “c”)

Código Penal del Estado de Yucatán (artículo 368)

### ***Semanario Judicial de la Federación***

Jurisprudencia 1a./J. 15/95, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, t. II, noviembre de 1995, p. 97, registro 200442, de rubro: "MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INCULPADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL."

Tesis aislada sin número, Quinta Época, t. CIII, p. 1897, registro 300352, de rubro: "CUERPO DEL DELITO."

\_\_\_IV.3o.7 P, pronunciada por el entonces, el Tercer Tribunal Colegiado del XIV Circuito, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p.1336, registro 186521, de rubro: "MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN."

### ***Electrónicas***

Dondé Matute, Javier, *Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://bit.ly/2kV0Npb>, Recuperado el 24 de febrero de 2017.

Recepción: 16 de marzo de 2017.

Aceptación: 30 de mayo de 2017.