









# DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

COORDINADOR

Prof. Dr. Juan Marcelino González Garcete

AUTORES

David Alfonso Mata Aldana  
Manuel de Jesús Corado de Paz  
Carlos Enrique Herrera Ruiz  
Gerardo Durango Alvarez  
Luis Canales Cortés  
Manuel Bermúdez Tapia  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano  
Edwin Gabriel Teira Boniche  
Marcelo Sebastián Midón

© de los autores  
**Derecho comparado latinoamericano**

Editorial Arandurã  
Tte. Fariña 1028  
Asunción-Paraguay  
Tel.: (595 21) 214 295  
e-mail: arandura@hotmail.com  
www.arandura.com.py

Enero 2016  
ISBN:

DEDICATORIA:

Al Dr. Juan Ramón Buenojará

Miembro del Consejo de la Magistratura



“Algunas veces me pregunté si en países como el mío, con escasos lectores y tantos pobres, analfabetos e injusticias, donde la cultura era privilegio de tan pocos, escribir no era un lujo solipsista. Pero estas dudas nunca asfixiaron mi vocación y seguí siempre escribiendo, incluso en aquellos períodos en que los trabajos alimenticios absorbían casi todo mi tiempo...”.

**MARIO VARGAS LLOSA:**  
ELOGIO DE LA LECTURA Y LA FICCIÓN<sup>1</sup>.

---

1 DISCURSO NOBEL. 7 de diciembre del 2010. FUNDACIÓN NOBEL 2010.





*"Sólo los buenos sentimientos  
pueden unirnos; el interés jamás  
ha forjado uniones duraderas."*

*Auguste Comte*



# ÍNDICE

## TEMA 1

El Habeas Corpus Correctivo como mecanismo de control al ejercicio de los Poderes Públicos..... 19

**David Alfonso Mata Aldana**

Capítulo I.....	21
Capítulo II .....	26
Capítulo III.....	31
A manera de conclusión.....	37
Bibliografía.....	42

## TEMA 2

Los derechos de los pueblos indígenas..... 45

**Manuel de Jesús Corado de Paz**

## TEMA 3

El derecho de defensa en el nuevo proceso penal panameño ..... 51

**Carlos Enrique Herrera Ruiz**

I. Introducción .....	53
II. Concepto de Derecho de Defensa .....	54
III. Finalidad del Derecho de Defensa .....	55
IV. El Derecho de Defensa y la Adquisición del Status de Parte en el Proceso .....	55
V. Derecho de la Persona Imputada .....	56
VI. Derecho a la Autodefensa .....	57
VII. Derecho a la Asistencia del Letrado.....	58
VIII. Derecho de Defensa Material y Técnica o Formal .....	59
IX. Indefensión.....	60
XX. Derecho de Defensa como Garantía Fundamental (Constitución Política).....	61
XXI. Derecho de Defensa antes los Convenios - Tratados	

Internacionales .....	61
XII. Derecho de Defensa en el Código Procesal Penal (Ley 63 de 2008).....	64
XIII. Derecho de Defensa en el Derecho Comparado .....	65
XIV. Jurisprudencia.....	68
XV. Sentencia .....	71
XVI. Conclusión.....	74
Bibliografía.....	75

**TEMA 4**

Responsabilidad de los servidores público – internacionalización de derecho disciplinario.....	77
--	----

**Juan Marcelino González Garcete**

1. Introducción .....	79
2. Las exigencias éticas y la responsabilidad de los funcionarios públicos .....	82
3. Entendimiento exacto de la verdadera dimensión de la finalidad del ejercicio disciplinario.....	86
4. Límite a la Actividad Disciplinaria: Derechos y garantías del Funcionario Público. ....	91
5. El procedimiento administrativo como requisito sine qua nom para establecer la responsabilidad disciplinaria.....	93
6. La proporcionalidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias y su relación con el principio de preservación o conservación del agente público. ....	94
7. Prescripción de la acción disciplinaria como cortapisa temporal al poder disciplinario .....	96
8. Principios rectores del derecho disciplinario y su distancia de los contenidos del derecho Penal.....	97
9. A modo de cierre .....	101
10. Bibliografía .....	104

**TEMA 5**

Los derechos fundamentales y el método de la ponderación. Un análisis desde la teoría de R. Alexy .....	107
---	-----

**Gerardo Durango Alvarez**

Introducción.....	109
1. La teoría de la ponderación en el planteamiento de R. Alexy	109
2. Ponderación y derechos fundamentales .....	113
Bibliografía.....	123

## TEMA 6

El amparo por omisión. Costa Rica .....	127
---	-----

### Lic. Luis Canales Cortés

Aspectos Generales del Amparo	
Concepto .....	129
Naturaleza jurídica .....	129
Orígenes del amparo .....	130
El amparo en Costa Rica .....	131
El amparo en las normas internacionales de Derechos Humanos .	132
Casos en que no procede el amparo.....	133
Características del amparo .....	134
Cuando procede el recurso de amparo.....	134
Del amparo por omisión.....	134
Legitimación para presentar un recurso de amparo.....	136
Legitimación pasiva.....	137
Agotamiento de la vía administrativa .....	138
Conclusiones.....	138

## TEMA 7

La tenencia en la jurisprudencia dinámica peruana .....	141
--	-----

### Manuel Bermúdez Tapia

I. Introducción .....	143
II. El derecho de familia en el desarrollo jurisprudencial .....	144
III. La jurisprudencia dinámica en materia de derecho de familia ... 150	
Bibliografía.....	153

## TEMA 8

El poder y los Derechos Humanos.....	155
---	-----

### Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Introducción.....	157
I. Poder.....	158
III. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....	165
IV. Reflexión .....	171
Conclusiones.....	174
Bibliografía.....	177

**TEMA 9**

La tutela de los derechos fundamentales en la mediación y conciliación penal ..... 181

**Edwin Gabriel Teira Boniche**

- 1. Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos ..... 183
- 2. Aclarando conceptos ..... 183
- 3. Acuerdo víctima-agresor ..... 186
- 4. Principios ..... 187
- 5. Los Métodos Alternos en el Proceso Penal Panameño ..... 189
- 6. Tutela de Derechos Fundamentales en la Mediación y Conciliación ..... 192
- 7. Cuestiones Prácticas ..... 195
- 8. Conclusiones ..... 199
- Bibliografía ..... 200

**TEMA 10**

Prueba científica y nulidad de la sentencia firme  
¿Es hábil revisar la cosa juzgada en virtud del descubrimiento de nuevas técnicas probatorias? ..... 203

**Marcelo Sebastián Midón**

- I. Introducción ..... 205
- II. El concepto de “prueba científica”: ..... 206
- III. Caracteres. Diferencias y similitudes con las pericias clásicas ..... 208
- IV. Los avances de la ciencia y la revisión de la cosa juzgada: .... 210

## PRESENTACIÓN

La presente obra jurídica abarca temas de derecho comparado y será editado en dos volúmenes, la idea es presentar la autorizada opinión de destacados juristas internacionales sobre diferentes temas jurídicas, entre los que se destacan ex – Ministros de Cortes, Decanos de prestigiosas Universidades extranjeras y otros que se inician en la investigación científica con una pluma prodigiosa.

La idea es básicamente desarrollar aquellos temas de singular importancia en el derecho comparado y realizar desde esa óptica una comparación acerca de la evolución y contraste con los institutos que actualmente existen en el Paraguay.

En ese sentido agradezco a todos los maestros que gentilmente han dedicado tiempo y pasión para la edición de esta primera entrega a todos los lectores.

Nobleza obliga a destacar la trayectoria del miembro del Consejo de la Magistratura Dr. Juan Ramón Buenojará en su lucha titánica y perseverante en la construcción de una nueva Administración de Justicia, proba, transparente y que esté integrada por los mejores abogados, de bien y con compromiso y fe en la justicia, por ello, este testimonio de agradecimiento por esa alta labor en pro de un País mejor.

*Dios bendiga al Paraguay*



# TEMA 1

---

## **El Habeas Corpus Correctivo como mecanismo de control al ejercicio de los Poderes Públicos**

David Alfonso Mata Aldana

**David Alfonso Mata Aldana:** Abogado, Docente Universitario e Investigador, Asesor del Centro de Práctica Jurídica de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente, Universidad de El Salvador. Magister en Profesionalización de la Docencia Superior, Candidato a Magister en Métodos y Técnicas de Investigación Social. Expositor Internacional en diferentes foros de Derecho Constitucional, Procesal Penal, Derecho Penal Juvenil y sociedades Post Conflicto.

# Capítulo I

## I. El Habeas Corpus

### 1. *¿Qué debemos entender por Habeas Corpus?*

El habeas corpus es un mecanismo procesal que el ser humano activa ante el aparato jurisdiccional, considerado no solo en un momento de detención, sino también, para las restricciones de libertad por autoridades, así como para las detenciones hechas por otras personas. Pero resulta interesante abordarlo desde cuatro perspectivas que se detallan a continuación: a) Como Recurso, b) como Derecho, c) como Garantía y d) como Proceso. (Landa Arroyo 2010)

#### 1.1 *Habeas Corpus visto como recurso.*

Si se observara el habeas corpus como un recurso, en principio diríamos que no tiene sentido, porque no se está revisando una resolución dada por una autoridad, por tanto se podría descartar, pero también podemos encontrar una similitud, y ésta es, que ambos son medios procesales establecidos en el ordenamiento jurídico y cuestionan una decisión judicial o administrativa que le causa agravio; mientras tanto el recurso nace en el seno de un proceso judicial, el habeas corpus es una solicitud autónoma; el habeas corpus es para objetar actos de autoridades o particulares; en cambio el recurso es para objetar decisiones judiciales. Por otra parte el agravio tiene esferas diversas, en el habeas corpus el agravio es cualificado porque tiene su base en la percepción que la persona tenga de la afectación a su libertad ambulatoria, en cambio en el recurso es por un objeto discutido en la materia. (Gutiérrez Gutiérrez Barcelona 2005)

Cabe añadir que, para presentar un reclamo a través del hábeas corpus, no es requisito esencial que exista un procedimiento o un proceso en el cual se haya generado la vulneración a los derechos fundamentales que protege; por ejemplo, en casos en que la persona se encuentre materialmente detenida por cualquier autoridad, sin existir una decisión judicial o administrativa que lo autorice<sup>29</sup>, así como en supuestos en los que la restricción de libertad esté siendo realizada por un particular, entre otros.

**1.2 Como derecho:** En un primer orden de ideas, hay que aclarar que entendemos por un derecho y luego verifiquemos si la figura del habeas corpus en un derecho como tal; ahora, los derechos fundamentales son derechos de los individuos que garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia<sup>35</sup> y que son directamente exigibles frente a otros sujetos de Derecho. Estos son auténticos derechos subjetivos pues vinculan a los poderes públicos y a los particulares, y en caso de vulneración, esta puede reclamarse directamente y de forma autónoma ante los tribunales, ya que dichas categorías tienen eficacia directa. Un rasgo, por lo tanto, relevante de tales categorías es que otorgan por sí solos facultades ejercitables al individuo ya que tienen una dimensión subjetiva autónoma. (*Gutiérrez Gutierrez Barcelona 2005*)

Entonces, partiendo de ésta concepción se establece que el Habeas Corpus no es un derecho como tal, sino, que es un medio para reclamar derecho, el habeas corpus está dispuesto para otro tipo de categorías, ejemplo: Para reclamar, la libertad, integridad, se trata de un instrumento de protección de derechos, pero no de un derecho que pueda ser reclamado ante los tribunales.

El habeas corpus es una categoría que tiene fundamento para la tutela jurisdiccional.

### **1.3 Como Garantía Constitucional**

El hábeas corpus puede considerarse, entonces, una garantía de carácter jurisdiccional y específico, ya que se trata de un mecanismo jurídico-procesal.

### **1.4 Como Proceso**

De las disposiciones constitucionales para el caso de El Salvador, específicamente en la Ley de Procedimientos Constitucionales que se refieren al hábeas corpus puede extraerse, sin mayor esfuerzo, que este es un mecanismo judicial para tutelar la libertad y la integridad de las personas detenidas, sin embargo, habrá que acudir a otros insumos para determinar si puede calificarse como proceso. (*Piza Escalante. R. E y otros, San José, 2008*)

Algunos cuestionamientos que se han hecho a la consideración del hábeas corpus como proceso es que no se dan todos los elemen-

tos de aquel, debido al protagonismo del juez sobre las partes, la forma de auto y no de sentencia de la resolución y la marginación del conocimiento judicial sobre el tema de fondo.

En cuanto al primer aspecto habría que definirse qué se entiende por protagonismo del juez. Si se trata de una actuación ilimitada del juzgador por sobre las facultades y oportunidades de las partes o del establecimiento de alguna intervención judicial oficiosa en el proceso, motivada por la condición en que se encuentra la persona que se pretende favorecer con el hábeas corpus.

Ahora, en cuanto a los demás elementos sobre la forma de resolver, mediante auto, claramente es una resolución que recoge circunstancias de hecho y de derecho acompañados de medios probatorios que al final servirán para motivar un fallo sobre el tema de fondo de la pretensión que es una detención ilegal o arbitraria. Lo anterior nos lleva a pensar que dicha figura definitivamente puede considerarse un proceso. (*Quezada Mora, J. G San Jose 2004*)

## **2. ¿Cuál es el objeto de la figura del Habeas Corpus?**

Es reconocer que el ser humano posee autonomía y toda posibilidad para decidir respecto a su libertad, a su ubicación y desplazamiento. Comúnmente se dice que es el derecho a no sufrir detenciones y otras perturbaciones de similar naturaleza que no estén autorizadas por la ley; y dentro de su manifestación más básica requiere que se ponga al detenido a disposición de una autoridad judicial para que decida sobre su restricción.

Por la libertad se entenderá: “Como el derecho de disponer de la propia persona, a determinar la propia voluntad de actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima” (*Rivera Beiras I y Otros, Buenos Aires 2005*).

Pero hay autores como el Doctor Costarricense Quezada Moros expresa que también este derecho de libertad abarca el derecho a no ser compelido a abandonar el país y otros derechos que le rodean como el libre tránsito, integridad personal. Cuando se violan la presunción de inocencia, defensa, también pueden afectarse el derecho a la libertad.

### 3. *¿Cómo puede entenderse la naturaleza jurídica del Habeas Corpus?*

Es un proceso constitucional que genera el derecho fundamental de las garantías constitucionales de integridad personal física, psicológica y moral; es un mecanismo para prevenir y curar lesiones. (Sanguéz N. P 2008)

Dentro de este proceso quienes participan: a) El sujeto pasivo, b) el sujeto activo; y c) El órgano judicial.

El habeas corpus puede ser solicitado por el agraviado o por un particular; así también por la misma autoridad judicial que para el caso de El Salvador le compete a la Sala de lo Constitucional o a las Cámaras de lo penal es decir Tribunales de Segunda Instancia.

Dentro de los sujetos que intervienen están el sujeto activo, que corresponde al beneficiado es decir el agraviado, y el sujeto pasivo que son las autoridades administrativas, judiciales, o los particulares, que restrinjan ilegalmente la libertad de una persona o estando detenidas haya una vulneración a derechos fundamentales como la integridad física, moral e intelectual. Esto tendrá que ver más con el habeas corpus correctivo.

Pero también aparece el Juez ejecutor que es un delegado del tribunal y no una persona más. (Este intimara a la autoridad).

### 4. *¿Cuáles son las características del Habeas Corpus?*

Siguiendo las ideas de (Soriano R, Barcelona 1986), se establece que el Habeas Corpus tiene las siguientes características:

- a) La Jurisdiccionalidad, esto en razón que no hay otra autoridad que decida sobre los derechos fundamentales afectados.
- b) El antiformalismo, para el caso de El Salvador, puede hacerse a través de un telegrama o una carta, sin mayores formalismos, más que los necesarios para su ubicación: 1) La especie de restricción a su libertad, 2) el lugar donde se encuentra y 3) La persona o autoridad que efectuó la restricción.
- c) La brevedad o el elemento sumarísimo, justificando en la resolución que es necesario emitir con prontitud. Y además la resolución que se emita, debe ser rápidamente obedecida por la autoridad o persona.

- d) Especificidad: Es decir que es un proceso para defender derechos fundamentales especialmente la libertad física e integridad personal; este se interpone para beneficio de cualquier persona nacional o extranjera, adulto o menor, con jurisdicción militar o no.

5. *¿Posee el Derecho Internacional regulación específica sobre la figura del Habeas Corpus?*

Los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, como el hábeas corpus, constituyen mecanismos a través de los cuales se concreta el derecho a la protección judicial de aquellos. Dicho derecho a la protección judicial se encuentra reconocido en diversas disposiciones de instrumentos internacionales, entre ellos los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales se refieren a la necesidad de la existencia de un “recurso” en caso de vulneración a los derechos fundamentales. Así también lo prevé la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 18

Pero las normas internacionales también se refieren a mecanismos de protección específicamente en relación con la libertad física, de forma que en los artículos 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece el derecho de las personas de acudir a un juez o tribunal para que decida sobre la legalidad de su privación de libertad y, en caso de que fuera ilegal, se ordene su libertad. Cabe añadir que en similar sentido se encuentra redactado el último párrafo del artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Este último instrumento internacional, adicionalmente a establecer la exigencia de un mecanismo para que un juez pueda verificar la legalidad de una medida privativa de libertad, también se refiere en el mismo artículo al derecho del afectado con tal privación a tener un tratamiento humano, haciendo así una especial referencia a cómo deben de ser las condiciones de reclusión.

De forma que, aunque no se mencione explícitamente el hábeas corpus en los instrumentos internacionales citados, sí se especifica la necesidad de establecer un mecanismo en garantía de la protección del derecho de libertad física y del tratamiento humano que debe darse al privado de libertad mientras dure tal situación.

## Capítulo II

### II. El Habeas Corpus Correctivo.

#### 2.1 *¿Qué es el Habeas Corpus Correctivo? ¿Cuál es la noción general?*

Puede afirmarse que modernamente el hábeas corpus extiende su campo a situaciones en las cuales, existiendo, en principio, orden de autoridad competente, se puede producir una ilegítima agravación de la privación de la libertad o del cumplimiento de las condiciones penitenciarias. De tal forma que la aludida modalidad de hábeas corpus ha sido establecida ya no para objetar la ilegalidad, arbitrariedad o inconstitucionalidad de una privación o restricción a la libertad física –derecho fundamental originariamente tutelado a través de dicho proceso– sino para cuestionar las condiciones en que se cumple la referida privación o restricción. (Díaz Muñoz. V, E El Salvador 2008). Por ello, con él no se pretende estrictamente obtener la libertad del favorecido, sino cesar las condiciones en que se cumple la detención y que pueden afectar otros derechos fundamentales, como por ejemplo la integridad personal.

Ahora bien, el ámbito de acción del hábeas corpus correctivo, es decir los límites de la tutela de los derechos de los detenidos a través del mismo, vendrán dados por la regulación que provea cada ordenamiento jurídico. En el caso salvadoreño este está dispuesto para tutelar la integridad física, psíquica o moral de aquellos, en relación con su dignidad.

Esta es una figura que tiene relación con las condiciones en las cuales se encuentra una persona detenida, es decir aquellas circunstancias que vulneran derechos como ya se mencionó antes de integridad física, psíquica y moral. Por tanto se hace necesario tras-

ladar a una persona del lugar de reclusión donde está sufriendo o ha sufrido grave violación a su integridad física.

En El Salvador, la Sala de lo Constitucional tuvo que emitir una resolución de habeas corpus correctivo, cuando un agente de la Policía Nacional Civil, quiso violar a una persona en su lugar de reclusión y por tanto hubo una violación al derecho a la intimidad e integridad de la persona independientemente se persiga penalmente al agente policial. Así también cuando las personas no tenían alimentación adecuada, registros corporales en los lugares de celda en condiciones degradantes, etc. (*Sánchez Escobar, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador 2004*)

Respecto al contenido del derecho a la integridad expresó que estaba conformado por: a) la conservación de todas las partes del cuerpo; b) no recibir tortura ni tratos crueles, inhumanos o degradantes; c) no ser objeto de procedimientos que afecten la autonomía síquica (como la hipnosis, por ejemplo); y d) el derecho a ser respetado en las más profundas convicciones.

Recientemente se ha considerado que los atentados contra la salud de los detenidos, es decir aquellos que no tenían un tratamiento adecuado cuando se tiene una enfermedad terminal, desde luego constituyen motivo para la invocación de un Habeas Corpus Correctivo.

## **2.2 ¿Quiénes pueden ser beneficiados del Habeas Corpus Correctivo?:**

- a) Aquellos que cumplen pena de prisión o medida de seguridad consistente en internamiento, en cualquiera de los centros penitenciarios o en algún otro establecimiento destinado, aunque sea temporalmente, para tal efecto (por ejemplo un hospital o bartolina policial).
- b) Los que cumplen la medida cautelar de detención provisional o de internamiento provisional en los referidos lugares.
- c) Los sujetos que se encuentran en detención administrativa o detención para inquirir, en bartolinas policiales o judiciales.

Surge entonces la pregunta:

*¿Procederá el alcance del habeas corpus para una persona que tenga una medida alternativa a la Detención Provisional como es el arresto domiciliario o cuando ha sido condenado a cierta cantidad de pena de arresto domiciliar, en donde hay presencia de autoridades estatales custodiando a la persona?* Al respecto considero importante señalar, como primer aspecto, que no existe identidad entre el arresto domiciliario, ya sea como medida cautelar o pena, y la detención provisional y la prisión, ya que estas últimas representan una injerencia mayor en los derechos de las personas, al cumplirse en un establecimiento destinado para ello, en el que la posibilidad de auto determinar la conducta de los internos está seriamente limitada por normas preestablecidas; mientras que en el arresto domiciliario, a mi juicio, la injerencia en sus derechos es menor, pues si bien la libertad física también se restringe hasta impedir su salida de un determinado lugar, conservan márgenes más amplios para desarrollar otros derechos por estar en su residencia, entre ellos por ejemplo el derecho a la intimidad.

## ***2.2 Casos de Procedencia en El Salvador.***

**En El Salvador, son muchos los casos en donde procede la figura del Habeas Corpus Correctivo, a continuación comentamos algunos de ellos:**

### **2.2.1 Torturas, tratos crueles y tratos inhumanos o degradantes**

Según se indicó anteriormente, las torturas son actos intencionales con los que una autoridad estatal o un particular –por orden o bajo la aquiescencia de aquella–provocan graves sufrimientos físicos o mentales a una persona, con distintas finalidades. Las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, también generan sufrimientos de tal naturaleza, pero menos intensos que la tortura. Como parte del contenido del derecho a la integridad personal, la Sala ha sostenido de forma reiterada que este tipo de actos pueden reclamarse a través del planteamiento de un proceso como el mencionado, si se realizan en

Personas privadas de libertad. No obstante, debe aclararse, en ninguna ocasión ha reconocido la existencia de los mismos, así

como tampoco se ha ocupado de indicar supuestos concretos en los que se advierten este tipo de prácticas. Sin embargo sí ha admitido, implícitamente, que la utilización simultánea de grilletes para pies y esposas para manos, podría constituir un trato inhumano para el detenido; pues únicamente descartó la vulneración constitucional planteada por no existir evidencia física de que ello hubiere acontecido (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 1552005, sobreseimiento; Exp. de hábeas corpus 1652005, sobreseimiento.*)

### **2.2.2 Desatención de la salud o atención inadecuada de padecimientos de salud**

El tribunal constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre reclamos en los que se ha expuesto que personas privadas de libertad se encuentran padeciendo enfermedades y estas no han sido atendidas debidamente en los centros de reclusión en los que se encuentran. A partir del año 2011, según se explicó en el apartado precedente, la Sala ha considerado como parte integrante del derecho a la integridad personal el derecho a la conservación del estado de salud física y psíquica de las personas. Así, ha estimado varias pretensiones de dicha naturaleza, en relación con personas detenidas, de acuerdo a lo indicado con anterioridad. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 175-2011, auto; Exp. de hábeas corpus 49-2012, auto.*)

### **2.2.3 Malos tratos durante los traslados de centros penitenciarios**

También ha afirmado, de forma expresa, que los malos tratos prodigados a los detenidos durante su traslado de un centro penal a otro, pueden ser objeto de malos tratos (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 782006, auto.*)

#### **2.2.4 Abusos sexuales por parte de los encargados de la custodia de los detenidos**

En la primera sentencia de la modalidad de hábeas corpus en estudio, emitida después de la adición del inciso 2º al artículo 11 de la Constitución, se estimó la pretensión planteada en virtud de que un agente policial intentó abusar sexualmente de una mujer que se encontraba en las bartolinas policiales y se consideró atentatorio a su dignidad. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 46797, sentencia.*)

#### **2.2.5 Trato discriminatorio, degradante o humillante que se da a una persona en razón de su inclinación sexual**

Esto se afirmó en el contexto de un reclamo planteado por una persona homosexual, sin embargo no se llegó a resolver el fondo del asunto, por no haberse indicado, según el tribunal, quiénes lo realizaron, cuáles eran las acciones u omisiones constitutivas del mismo y por qué se consideraba que presentaba tales características. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 672005, sentencia.*)

#### **2.2.6 Golpes durante la captura**

Sobre dicho tópico, el tribunal constitucional ha establecido que ello es constitutivo de lesión al derecho de integridad física del detenido, toda vez que estos carezcan de justificación o hayan sido causados por la utilización de fuerza desproporcional. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 3752000Ac, sentencia*)

#### **2.2.7 No proporcionársele alimentos a una persona reclusa**

Este es otro de los supuestos sobre los que el tribunal constitucional no ha emitido sentencia estimatoria, sin embargo puede entenderse implícitamente que a criterio de la Sala tiene cobertura por el derecho de integridad personal, pues la pretensión del actor no fue acogida debido únicamente a que no se probó la omisión reclamada. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 28298, sentencia.*)

### **2.2.8 Inspecciones corporales**

Sobre el aspecto en análisis la Sala se ha pronunciado y ha indicado que, en determinadas condiciones, estos pueden atentar contra la integridad personal. En el único caso en el que ha resuelto favorablemente una pretensión con fundamento en un reclamo de tal naturaleza, consideró que el registro efectuado durante el procedimiento de la detención a dos imputadas a quienes se les ordenó desnudarse y saltar y fueron revisadas en sus órganos genitales, todo lo cual aconteció en un baño, con la puerta abierta y en presencia de agentes policiales hombres, vulneró su integridad física y moral. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 598, sentencia.*)

### **2.2.9 Falta de separación entre procesados y condenados**

La Sala ha manifestado que la permanencia de ambos tipos de reclusos en un mismo centro penitenciario solo es aceptable si existe una debida separación entre ellos, por lo cual, si no la hubiera, ello provocaría una situación controlable a través del hábeas corpus correctivo. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 12006, sobreseimiento.*)

### **2.2.10 Incomunicación durante la cual se obstaculice el ejercicio de la defensa técnica**

El tribunal constitucional también ha afirmado que la incomunicación de una persona detenida que impida el ejercicio de su defensa técnica, se encuentra proscrita en relación con la dignidad y el derecho de defensa. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Exp. de hábeas corpus 2512002, sentencia.*)

## **Capítulo III**

### **Algunos supuestos de vulneración reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte también se ha encargado de ir definiendo, a través de sus resoluciones, los supuestos en los que se vulnera la integridad

física, psíquica o moral de las personas detenidas. Dentro de ellos se ha referido a:

- a. **Exhibiciones públicas con traje infamantes:** ello en relación con la exposición al público de personas acusadas de delito utilizando un traje a rayas, lo cual se considera un trato cruel, inhumano o degradante. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia*, párrafos 46 y 58)
- b. **Aislamiento prolongado, en celda reducida y/o en celda oscura:** La Corte no ha proscrito la utilización del aislamiento de los reclusos, sin embargo este debe ser utilizado excepcionalmente, como medida disciplinaria o para la protección de las personas, por el tiempo estrictamente necesario y en aplicación de criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. De lo contrario podrían constituir, según sus características, tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia*, párrafo 58)
- c. **Incomunicación con el mundo exterior:** la imposibilidad de que los internos se comuniquen con personas que se encuentran fuera de sus lugares de reclusión y, sobre todo, con sus familiares, también es constitutivo de vulneración a su integridad personal. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, sentencia*, párrafos 325)
- d. **No recibir tratamiento médico adecuado a los padecimientos de la persona:** ambas omisiones son, a criterio del tribunal, constitutivas de vulneraciones a la integridad de las personas detenidas. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela, sentencia*, párrafo 103.)
- e. **Desmejoras de la salud como resultado de las condiciones de privación de libertad:** no únicamente la falta de atención a padecimientos de salud vulneran la integridad física de los privados de libertad, sino también el surgimiento de enfermedades derivadas de las propias condiciones inadecuadas de reclusión.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Lori Berenson contra Perú*, sentencia, párrafo 106.)

- f. **Mala alimentación:** la ausencia de alimentación no es el único supuesto que podría lesionar el derecho de los detenidos en este rubro, sino también que se les suministre en cantidad o calidad inadecuada. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Lori Berenson contra Perú*, sentencia, párrafo 88.74. También en López Álvarez declaró que el recluso no contó con alimentación adecuada. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso López Álvarez contra Honduras*, sentencia, párrafo 108. En similar sentido lo reconoció en Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Instituto de Reeducción al Menor contra Paraguay*, sentencia, párrafo 166.)
- g. **Amenazas de someter a una persona a lesiones físicas:** La Corte ha considerado que estas son consideradas tortura psicológica, cuando son suficientemente reales y eminentes.
- h. **Obligar a un interno a presenciar actos en detrimento de la integridad de otras personas:** lo cual, por la angustia que genera en quien es testigo de ello, es constitutivo de un trato degradante. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, sentencia, párrafo 279)
- i. **Propinar golpes y heridas, por parte de agentes estatales a personas que se encuentran recluidas, así como la posterior desatención a la salud de tales heridos:** La Corte ha analizado supuestos en los que se narran diversos tipos de golpes y maltratos a los que se someten a los privados de libertad los cuales, según sus características, pueden ser considerados como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Una vulneración adicional al derecho a la integridad personal viene representada, en tales casos, por la desatención a las lesiones provocadas por las actuaciones de los propios agentes estatales. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, sentencia, párrafos 295 y 304.)

- j. Traslado de heridos en hacinamiento y siendo golpeados a pesar de su condición:** siempre en conexión con el tratamiento que se brinda a las personas que han resultado heridas en centros de reclusión, la Corte ha manifestado que su traslado en condiciones que continúan menoscabando su integridad física, constituyen vulneraciones agregadas a tal derecho. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, sentencia, párrafos 296)
- k. Actos de violencia sexual perpetrados en contra de mujeres detenidas:** un supuesto de vulneración específico reconocido por la Corte ha sido el relativo a atentados sexuales en contra de mujeres, a los que se ha referido como actuaciones especialmente graves y reprobables, por la vulnerabilidad de la víctima, el abuso de poder que despliega el victimario y el gran daño físico y psicológico que genera en la mujer. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, sentencia, párrafos 308 al 312.)
- l. No realizar investigaciones serias y el procesamiento de los responsables de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes realizadas en una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales:** El tribunal interamericano ha reconocido transgresión al derecho de tutela judicial efectiva en casos en los que no se realicen verdaderas investigaciones y procesamientos sobre las violaciones a derechos humanos reclamadas, pero ha ido más allá, pues cuando se trata de la falta de indagación sobre tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes de personas privadas de libertad ha afirmado que constituye una lesión adicional al derecho de integridad personal. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Tibi contra Ecuador*, sentencia, párrafo 159.)
- m. Privación de recibir visitas en conjunto con la prohibición de leer, trabajar e ir al patio, en determinadas situaciones:** El tribunal ha estimado que el conjunto de dichas privaciones a los internos, por ejemplo, después de haber sido golpeados en un operativo, transgreden su integridad personal por que los coloca en situaciones de mucho estrés, ansiedad y desesperación.

(CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, sentencia, párrafo 328.)

- n. Malos tratos durante la detención:** Tanto tratos humillantes como los que generen afectación al aspecto físico de la persona. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso López Álvarez contra Honduras*, sentencia, párrafo 107.)
- ñ. Inadecuadas condiciones para el descanso:** Generalmente los casos decididos por el tribunal se refieren a la falta de asignación de camas o colchones para el descanso de los reclusos, quienes, por lo tanto, deben dormir en el suelo. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso López Álvarez contra Honduras*, sentencia, párrafo 108.)
- o. Permanencia conjunta de condenados y procesados:** Debido a la regulación expresa del artículo 5.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte asevera que es inaceptable la situación aludida y que ella vulnera el derecho a la integridad personal, pues al convivir los procesados con los condenados, quedan expuestos a mayor violencia. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso López Álvarez contra Honduras*, sentencia, párrafos 111-113)
- p. Falta de separación entre niños y personas adultas:** Esto tiene su razón de ser en la especial posición de vulnerabilidad en que se encuentran los niños. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Instituto de Reeducación al Menor contra Paraguay*, sentencia, párrafo 175).
- q. Aplicación de métodos que produzcan graves sufrimientos físicos y mentales:** como cierto tipo de golpes, quemaduras, descargas eléctricas, sumersión de la cabeza en agua, los cuales son constitutivos, a consideración de la Corte, de torturas. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Tibi contra Ecuador*, sentencia, párrafos 148 y 149)
- r. Negligencia al omitir acciones mínimas frente a la posibilidad de siniestros en los centros de detención:** la ausencia de prevenciones suficientes de las autoridades estatales correspondientes para impedir sucesos de tal magnitud que afecten la

integridad física de los privados de libertad también vulneran dicho derecho. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Instituto de Reeducación al Menor contra Paraguay, sentencia*, párrafos 148 y 149)

- s. **Utilización de penas corporales, como flagelación:** La estimación de que dichas prácticas son contrarias al artículo 5 de la Convención se ha hecho en relación con casos de aplicación de las mismas en algunos países que contemplan las mismas como sanción por la comisión de un hecho delictivo. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Caesar contra Trinidad y Tobago, sentencia*, párrafos 70, 77, 79, 82.)
- t. **El “fenómeno del corredor de la muerte”:** Dicho tema se ha analizado en casos de países en los que aún se encuentra vigente la pena de muerte. Aunque la Corte considera dicha pena es contraria a las disposiciones de la Convención, adicionalmente ha señalado que, por los efectos que la espera de la ejecución de la condena a muerte provoca en sus destinatarios, esta constituye un trato cruel, inhumano y degradante. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia*, párrafos 167-169.)
- u. **La notificación de órdenes de ejecución de pena de muerte, mientras se encuentran pendientes procedimientos reconocidos para dejar sin efecto la condena, así como la decisión de la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos:** También transgrede la prohibición de trato cruel, según el tribunal, la conducta de las autoridades estatales que, teniendo conocimiento de que existen mecanismos pendientes de resolución incoados con el objeto de que se deje sin efecto la pena de muerte, continúan comunicando a los condenados nuevas fechas de ejecución. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *caso Boyce y otros contra Barbados, sentencia*, párrafo 114.)

## **A manera de conclusión**

El hábeas corpus es un mecanismo originalmente dispuesto, en la Constitución, en la legislación nacional y en los instrumentos internacionales, para la tutela del derecho fundamental de libertad física, entendido este como la facultad de autodeterminarse y autoorganizarse de acuerdo a la propia voluntad, de manera que su reconocimiento normativo es amplio. En la Constitución y en la legislación está reconocido de manera expresa y, aunque los tratados internacionales no se refieran explícitamente a dicha figura, sí especifican la necesidad de establecer un mecanismo en garantía de la libertad física, así como de los restantes derechos fundamentales.

En general, el hábeas corpus se caracteriza por la amplitud en cuanto a la configuración de los sujetos que pueden solicitarlo y contra quiénes se puede pedir. En relación con los primeros, existe lo que se denomina una “acción popular”, es decir la posibilidad de que cualquier persona solicite hábeas corpus, en beneficio de quien sufre una restricción de libertad física; descartándose exigencias referidas a que se promueva el proceso por un apoderado o a la existencia de algún nexo familiar o de cualquier otro tipo entre el solicitante y el afectado. Respecto a los segundos, a través de dicho proceso se puede reclamar tanto de actuaciones u omisiones de autoridades pertenecientes al Estado, como de particulares. En cuanto a la autoridad que deberá conocer de dicho proceso, la propia Constitución señala que es la Sala de lo Constitucional y las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, estas últimas, según la jurisprudencia de la Sala, no tienen restricciones adicionales para tramitar y decidir los hábeas corpus, ni en razón de la materia ni en razón del territorio.

La decisión del hábeas corpus se ha encargado a autoridades judiciales, en muchos casos a los tribunales constitucionales, como es el nuestro. Además, debido a su objeto de tutela, debe ser un mecanismo caracterizado por su antiformalismo y brevedad; esto con la finalidad de que se brinde una protección eficaz a quienes se pretende favorecer con el mismo, ya que debe de tomarse en cuenta que se trata de personas sobre las que pesan restricciones a su libertad y, en caso de estar detenidos se encuentran en una

situación de mayor vulnerabilidad, expuestos a limitaciones en sus derechos, por lo que debe facilitárseles la utilización de dicha garantía. La proclamación de dichas características debe permear el desenvolvimiento completo del proceso y su decisión, especialmente impidiendo que se exija el cumplimiento de requisitos excesivos a los solicitantes.

En cuanto a los sujetos involucrados en el hábeas corpus correctivo, debe decirse que únicamente procede a favor de las personas privadas de libertad, término que debe interpretarse de forma no restrictiva, con el objeto de incluir en él, no solo a quienes se encuentran específicamente detenidos –administrativa o judicialmente–, sino también a quienes se encuentran en otras condiciones equiparables a la detención. Los demandados, por su parte, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, ya no pueden ser particulares, sino únicamente autoridades estatales. La modificación que existe, en comparación con el hábeas corpus originario, en relación con el elemento subjetivo tiene su razón de ser en que el hábeas corpus correctivo es una garantía destinada a salvaguardar los derechos de quienes se encuentran bajo la responsabilidad del Estado, por haber decidido este su reclusión, y aun así son sujetos de vulneraciones sistemáticas por parte de los mismos agentes encargados de su custodia.

La integridad personal, considerada indiscutiblemente como un derecho subjetivo y, más específicamente, como un derecho fundamental de la esfera personal, está intensamente vinculado a la dignidad humana, pues protege la inviolabilidad de la persona contra cualquier intervención en su dimensión física, psíquica y moral que carezca del consentimiento de su titular, y además proporciona dignidad a la vida, impidiendo que la persona sea instrumentalizada. Este requiere del Estado ausencia de intromisión pero también representa un mandato de protección, existiendo un mayor énfasis en este último aspecto del derecho en relación con grupos vulnerables, entre ellos los privados de libertad, debido a la particular condición de los mismos y a la relación especial que se entabla entre los reclusos y la administración penitenciaria. Su contenido se define en relación con tres aspectos relativos a la per-

sona: físico, psíquico y moral; y, a grandes rasgos, puede sostenerse que está compuesto por la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y por la intangibilidad, salvo que medie consentimiento. El primero de los componentes mencionados se reconoce como una posición iusfundamental definitiva, es decir un contenido absoluto que no puede vulnerarse en ningún caso, por lo que al someterse al ejercicio de la ponderación, siempre prevalecerá.

Su carácter de derecho fundamental incide directamente en su eficacia jurídica y, de conformidad con la jurisprudencia constitucional salvadoreña, lo hace parámetro de constitucionalidad tanto de un proceso de inconstitucionalidad, como de amparo y de hábeas corpus, en este último caso si quien se encuentra afectado es una persona detenida.

La disposición constitucional que establece que procede el hábeas corpus en caso de transgresiones a la “dignidad o integridad” de los detenidos, admite al menos tres interpretaciones en cuanto al objeto de control del hábeas corpus correctivo. Por considerarla más consistente con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, más coherente con la protección dispuesta por los constituyentes y en virtud de la celeridad con la que deben atenderse reclamos de lesión a la integridad, me adscribo a la interpretación elaborada por el mismo tribunal constitucional: el objeto de control de la estudiada modalidad de hábeas corpus consiste en el derecho fundamental de integridad personal de los detenidos que, acompañado de la dignidad humana en el inciso 2º del artículo 11, reafirma vinculación intensa de esta última con el aludido derecho que, en la práctica, se traduce en la aceptación de la existencia de contenidos absolutos del derecho e implica que, en la dinámica de la ponderación con otros bienes y derechos constitucionales, el derecho a la integridad personal ingresará en una posición privilegiada.

Ahora bien, existen parámetros importantes y cercanos a nuestra experiencia nacional, que pueden orientar sobre los supuestos en los que se vulnera el derecho a la integridad personal de los detenidos. Estos se encuentran fijados en la jurisprudencia de los casos contenciosos resueltos por la Corte Interamericana de Dere-

chos Humanos. Si bien este tribunal regional y la Sala de lo Constitucional coinciden en que uno de los contenidos del derecho es la proscripción absoluta de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como en diversos supuestos que transgreden dicha prohibición o, en general, el derecho a la integridad personal, existen divergencias en cuanto a otros casos. Y es que mientras el primero afirma con contundencia la vulneración al aludido derecho que se produce con el hacinamiento carcelario, la restricción de las visitas, las deficientes medidas sanitarias, así como la ausencia de ventilación en las celdas y las salidas restringidas de las mismas, la segunda se rehúsa a reconocer vulneraciones constitucionales, que se apoyan en dichas circunstancias. Esto ubica al tribunal constitucional en un estándar visiblemente más bajo en cuanto a protección de la integridad física, psíquica y moral de los detenidos, en comparación con el tribunal interamericano.

Lo anterior, además de que coloca al Estado en una situación de incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y puede acarrearle condenas en la Corte, no solo por violaciones a tales derechos sino también al derecho de protección jurisdiccional, está obstaculizando que el hábeas corpus correctivo despliegue todas sus consecuencias útiles y se convierta en un instrumento de transformación, caso por caso, de las condiciones en que se cumplen las privaciones de libertad en El Salvador que, como es generalmente conocido, son frecuentemente inadecuadas e incompatibles, no solo con la integridad personal de los reclusos, sino con su dignidad humana. La situación evidenciada, es decir la falta de coincidencia del estándar de la Sala de lo Constitucional con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser el primero más bajo, debe superarse con la adaptación de la jurisprudencia nacional a la interamericana, con el objeto de no volver nugatoria la garantía dispuesta por los constituyentes a favor de los detenidos y de honrar los compromisos sobre derechos humanos adquiridos por El Salvador y que deben ser cumplidos de buena fe. En consecuencia, la Sala debería reevaluar su posición en cuanto a los temas de hacinamiento, restricción de visitas, falta de ventilación en celdas y salidas restringidas de la

misma y ausencia o deficiencia en las medidas sanitarias, y estimar tales prácticas como transgresoras de la integridad personal de los reclusos.

No obstante es innegable la evolución que se ha tenido en cuanto a la definición del objeto de control del hábeas corpus correctivo y a los supuestos que se tutelan mediante este –sobre todo con la inclusión de aspectos referidos a la conservación de la salud de los reclusos–, también es incuestionable que falta mucho camino por recorrer en la jurisprudencia constitucional al respecto.

Las dificultades provenientes de la necesidad de superación de una situación generalizada en que se encuentran los centros penales del país; de los obstáculos económicos que ello pueda representar en una situación de crisis del Estado; así como la desidia de las autoridades en que se mejoren las condiciones de los reclusorios, ya sea por indiferencia ante la situación de los privados de libertad, por considerar que la pena también conlleva esos sufrimientos adicionales o por estimar que existen problemáticas de mayor importancia que deben ser abordadas antes que la expuesta; lejos de representar un freno a las resoluciones jurisdiccionales que modifiquen dichas condiciones –que, aclaro, no han sido planteadas por el tribunal constitucional como tales–, deben constituirse en alicientes para generar una transformación paulatina que involucre a diversos actores estatales, unidos para erradicar las constantes vulneraciones que se producen a los derechos de este grupo vulnerable de personas, de seres humanos que conservan intacta su dignidad y que, según la Constitución, están en proceso de reinserción a la sociedad, pero que en la práctica han sido casi completamente olvidados a su suerte en esta especie de submundo penitenciario que impone sus propias reglas.

## Bibliografía

### AUTORES

- ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid 1999. APARICIO PÉREZ, M. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2009.
- BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid 1996. BACRE, A. Y OTROS, *Teoría General del Proceso tomo I*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. BARRIOS DE ANGELIS, D., *Teoría del Proceso* Editorial B de F, Buenos Aires 2005 BENDA, E.Y OTROS, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2001.
- BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional tomos I y II*, Centro de Información Jurídica, San Salvador 1998. BIDART CAMPOS, G. J. y otros, *Los valores en la Constitución Argentina*, EDIAR, Buenos Aires 1999. BIDART CAMPOS, G. J., *Compendio de Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires 2004.
- BIDART CAMPOS, G. J., *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires 1994. BURGOA, I., *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México 2006. CÁDER CAMILOT, A. Y OTROS, *Commemoración de 20 años. Constitución de la República de 1983*, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador 2005. CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2006. CASTAÑEDA OTSU, S.Y. y otros, *Introducción a los procesos constitucionales*, Jurista Editores, Lima 2005.
- CESANO, J. D. y otros, *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Editorial B de F, Buenos Aires 2010. COMISIÓN REVISORA DE LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA, *La Justicia Constitucional*, San Salvador 1939. DE SANTO, V., «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía», Editorial Universidad, Buenos Aires 1999. DÍEZPICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Arazandi, Madrid 2008.
- GARCÍA BELAUNDE, D., *El habeas corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1979. GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá 2001.
- GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995. GARCÍA MORILLO, J. Y OTROS, *Constitución y Derecho Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995. GIMENO SENDRA, V.Y OTROS, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid 1986. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2005. HERNÁNDEZ VALLE, R., *El Derecho de la Constitución tomos I y II*, Editorial Juricentro, San José 2004. JAUCHEN, E.M., *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2007.

LANDA ARROYO, C., *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Palestra Editores, Lima 2010. LÓPEZ GUERRA, L., *El Derecho Constitucional Español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.

## SENTENCIAS

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 3-H-95Ac, sentencia de 5/7/1995. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 1-F-96, sentencia de 9/2/1996. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 23-S-95, sentencia de 24/1/1996.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 144-98, sentencia de 15/4/1998. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 23-99, sentencia de 11/2/1999. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 254-2000, sentencia de 12/9/2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 89-2008, sentencia de 2/3/2009. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 424-2000, sobreseimiento de 26/2/2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 1172007, sentencia de 29/7/2009. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 7-2008, sentencia de 26/6/2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 124-2004, sentencia de 18/12/2009. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 1-T-95, sentencia de 22/8/1995.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 132-2011R, sentencia de 16/12/2011. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 28-2008R, sentencia de 18/3/2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 21-2010, decreto de 10/3/2010. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 152-2008, sentencia de 6/10/2010.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 354-2011, sentencia de 6/6/2012. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. de hábeas corpus 185-2010, sentencia de 30/11/2011.

## TEMA 2

---

# Los derechos de los pueblos indígenas

Manuel de Jesús Corado de Paz

**Manuel de Jesús Corado de Paz.** Profesor Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Investigador Nivel I del Sistema Estatal de Investigadores. Fundador del despacho jurídico Corado y Molina. Asesores Jurídicos Corporativos y Contractuales. Columnista en el periódico El Diario de Chiapas.

Los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica de éste en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Sin embargo, la conciencia de su identidad es un criterio fundamental para la aplicación de las disposiciones referidas a estos grupos, sobre el particular, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado Mexicano; esto es, se trata de una manifestación de identidad y expresión de pertenencia cultural que no depende de la anuencia del Estado o de algún proceso para su reconocimiento. Reafirmando con ello que la “autoconciencia” o la “autoadscripción” realizada por el propio sujeto, debe ser el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena. De esta forma, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca a sí mismo como tal, lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Internacional de Derechos Humanos ha transitado, de manera paulatina, de una visión eminentemente individualista hasta llegar a ser reconocidos como sujetos colectivos. En este proceso, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha jugado un papel fundamental, al haber diseñado dos instrumentos internacionales que hacen referencia a una relación hasta entonces inobservada, la de los Estados con los pueblos indígenas, nos referimos al Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (Convenio 107) y al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169).

De esta manera, en 1957, la Conferencia General de la OIT consideró que diversos pueblos indígenas, tribales y semitribales,

aún no se encontraban integrados en la colectividad nacional de los diversos países independientes, situación que les impedía beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades que disfrutaban otros elementos de la población, por lo que adoptó el Convenio 107, que tuvo como objetivo la protección e integración de las poblaciones indígenas a través del establecimiento de diversos parámetros en temas económicos, políticos y culturales, sin embargo, éstos propendían a la asimilación de estos pueblos a los proyectos de nación de los Estados, lo que generó diversos cuestionamientos durante los casi treinta años previos a su revisión, que aconteció en 1985 y que derivó en un nuevo instrumento, el Convenio 169.

Por su parte, el Convenio 169, adoptado en 1989, trajo consigo diversos avances en la materia en relación con las disposiciones del Convenio 107, entre los que destacan el cambio en la designación, de poblaciones a pueblos, sin embargo, el parágrafo 3 del artículo 1 limitó los efectos de esta nueva denominación, al establecer que ésta “no debería interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”; asimismo, uno de los logros de este instrumento es el derecho de consulta mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6, parágrafo 1, inciso a), consultas que deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6, parágrafo 2); de igual forma, al hacer mención del derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, el Convenio 169 modificó sustancialmente la referencia establecida en el Convenio 107 al establecer que tal conservación tendrá lugar siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8, parágrafo 2), sustituyendo la referencia relativa al orden jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración (artículo 7, parágrafo 2).

Por su parte, en 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de su Asamblea General, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la que reconoce el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales; reafirma que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación; se preocupa por las injusticias históricas que han sufrido estos pueblos como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses; y reconoce y reafirma que poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

En México, después de la reforma constitucional en materia indígena acaecida en 2001, nuestro máximo ordenamiento, en su artículo 2o., hace alusión al derecho a no ser discriminado por el origen étnico; a la composición pluricultural de la Nación; a los sujetos de los derechos, refiriéndose a los pueblos indígenas y a las comunidades indígenas, en una relación de género y especie, respectivamente; al derecho a la libre determinación, que incluye la autonomía política, jurídica y territorial; así como a una serie de acciones para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas y que deberán ser llevadas a cabo por la Federación, los estados y los municipios.

Pese a ello, la situación de los indígenas aún dista mucho de los parámetros que la comunidad internacional ha establecido en diversos instrumentos, así como del escenario plasmado en nuestra Constitución, la pobreza, el rezago educativo, las dificultades para acceder a la justicia o a los servicios de salud, la discriminación, así como las carencias en el acceso a la alimentación y a la vivienda, constituyen una realidad que lacera a los pueblos indígenas, y que confirma que las disposiciones normativas no son suficientes para cambiar nuestra realidad.



## TEMA 3

---

# El derecho de defensa en el nuevo proceso penal panameño

Carlos Enrique Herrera Ruiz

**Carlos Enrique Herrera Ruiz.** Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de Panamá. Conferencista Internacional. Autor de varios libros sobre temas de derecho penal y procesal penal.

## **Resumen**

El presente artículo desarrolla el tema del Derecho a Asistencia del Letrado en el Proceso Penal Panameño tomando en cuenta la legislación panameña, los instrumentos internacionales y el derecho comparado. De igual modo, se hace énfasis en el derecho de defensa y derecho de autodefensa

## **Traducción**

*The following article develops the subject of Right to be represented by and attorney in the Panamanian Criminal Process, talking into consideration the Panamanian legislation, international instrument and comparative law. The article also emphasis the right to a defense and the right of self-defense.*

## **Palabras Claves**

Derecho de Defensa – Defensa Material – Defensa Formal – Derecho del Imputado – Status de Parte - Auto Defensa – Indefensión.

## **Traducción de palabras Claves**

Right to a Defense- Material Defense- Formal Defense- Right of the Accused-Status of each party- Self-defense- Undefended

## **I. Introducción**

A partir del artículo 557 de la Ley 66 del pasado 1 de agosto del año 2011, seda la aplicación temporal en todos los procesos penales, las disposiciones del Título 1, Libro Primero, (Garantías, Principios y Reglas) de los Título IV y V, Libro Segundo, (Procedimiento Alternos de Solución del Conflicto Penal – Medidas Cautelares) y del Capítulo V, Título I, Libro Tercero, (Medidas de Protección a Víctimas, Testigos y Colaboradores) de este Código, siempre que no impliquen la intervención del Juez de Garantías ni de los Tribunales de Juicio, hasta tanto estos no se hayan establecido.

Es decir que a partir de dicha ley entraron a regir en los cuatro distritos judiciales, una serie de principios, garantías y reglas entre ellos el Derecho de Defensa.

Una vez más queriendo aportar, nuestra opinión, abordaremos como tema: El Derecho a la Asistencia del Letrado en el Proceso Penal Panameño, o como se define en nuestro Código Procesal Penal como el Derecho de Defensa, el cual hace referencia al derecho que tiene toda persona imputada de ejercer a través de un abogado su defensa.

## II. Concepto de Derecho de Defensa

Nelson Delgado Peña, define el derecho de defensa como, una garantía del debido proceso, que tiene rango constitucional, en virtud del cual, el imputado tiene derecho a ser oído; a conocer la imputación; a la correlación que debe existir entre la imputación y el fallo; a la posibilidad de probar y controlar la prueba; y la equiparación de posiciones entre el acusador y el acusado<sup>1</sup>.

Por su parte, Vicente Gimeno Sendra, establece que el derecho de defensa se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional, derecho a la asistencia de un abogado, a la utilización de los medios de pruebas pertinentes, a no declarar en contra sí mismo y a no confesarse culpable<sup>2</sup>.

Para el Profesor Boris Barrios, quien define el derecho de defensa desde un punto de vista subjetivo, la defensa es un derecho individual; objetivamente, es un derecho público que emana del ordenamiento jurídico en su conjunto; axiológicamente, es el derecho del sujeto pasivo de la acción penal de oponerse a la pretensión punitiva, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso, en ejercicio de todas las garantías establecidas para su defensa.

El derecho de defensa es un derecho inviolable e inalienable que se enmarca en el campo constitucional, y que es desarrollado en la Ley procesal penal<sup>3</sup>.

---

1 Peña Delgado, Nelson, Principio del Sistema Acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. Panamá. 2005

2 Gimeno Sendra, Vicente y Otros. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Madrid, España. 2001.

3 <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>.

Por lo que podemos colegir señalando que, el derecho de defensa es una garantía básica del debido proceso, y con ellos se reconoce el derecho que tiene toda persona imputada de ejercer una defensa efectiva. Este derecho se ejercita desde el momento en que la persona es aprehendida o que se le formulen los cargos de imputación y a lo largo de todo el proceso.

Este ejercicio de defensa se concretiza desde el momento en que la persona se ve amenazada o se le limita su libertad ambulatoria, por causa de un proceso penal.

### **III. Finalidad del Derecho de Defensa**

Picó Joan<sup>4</sup>, establece que el derecho de defensa persigue un doble fin:

1. Garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e interés jurídicos, y defenderse debidamente contra la parte contraria.
2. Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan conducir a alguna de ella a un resultado de indefensión.

### **IV. El Derecho de Defensa y la Adquisición del Status de Parte en el Proceso**

Salvo en los procesos penales antiguos, la persona imputada era considerada como un mero objeto del proceso, en donde la escasa existencia de indicios, era suficientes para someterlo a una declaración indagatoria, por el contrario en el proceso penal moderno, la persona imputada adquiere la calidad de parte del proceso, es decir se le otorga el status de parte a través del reconocimientos de sus derechos entre ellos el derecho de defensa, el cual podemos de-

---

<sup>4</sup> Pico i Junoy, Joan, Las Garantías Constitucional del Derecho. España, Barcelona, Editorial Jose Maria Bosch, 1997. Página 167.

cir que se lleva a cabo cuando la persona imputada ejercita el derecho a elegir un abogado de su confianza o de solicitar uno de oficio.

Nuestro Código Procesal Penal, hace mención de la persona imputada en su Capítulo III del Título III del Libro Primero, en el cual define en el artículo 92 que Imputada es la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el Juez de Garantía. Formalizada la acusación penal en su contra, pasa denominarse acusado.

## **V. Derecho de la Persona Imputada**

No podemos hablar del derecho de defensa si antes de poder mencionar los derechos que tiene toda persona imputada, nuestro Código de Procedimiento Penal, así lo establece es su artículo 93, el cual señala que a la persona imputada se le tienen de asegurar todos los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá y las leyes, desde el acto inicial del procedimiento dirigido en su contra hasta la conclusión del mismo mediante sentencia en firme.

Entre ellos, los siguientes:

1. Que le informen sobre los hechos imputados y conocer la identidad de su acusador o la fuente de la noticia criminosa.
2. Que se le exprese el motivo y la causa de su detención y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole según corresponda la orden de detención emitida en su contra.
3. Ser asistida por el defensor que él proponga o que, cuando esté privado de libertad, proponga su cónyuge, conviviente o parientes cercanos y, en su defecto, por un defensor público. Con este fin, tendrá derecho a comunicarse telefónicamente al momento que lo solicite.
4. Tener una comunicación inmediata y efectiva con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que desee informar su aprehensión.
5. Ser conducida, con la mayor brevedad posible, ante la autoridad competente.

6. Abstenerse de declarar sin que ello la perjudique o sea utilizado en su contra, o a declarar como medio de defensa en la audiencia del juicio oral.
7. Presentar escritos y peticiones ante el encargado de su custodia, quien los transmitirá de inmediato al Ministerio Público o al Juez que corresponda.
8. No estar incomunicada y, en cualquier momento, tener comunicación con su defensor.
9. Comparecer las veces que lo solicite o ante el Juez, debidamente asistida con su abogado, a prestar declaración sobre los hechos objeto de la investigación.
10. No ser sometida a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
11. Recibir visitas y comunicarse por escrito o a través de otro medio lícito.
12. No ser juzgada en ausencia.
13. Tener acceso a una pronta atención médica.
14. Que no se utilicen en su contra medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el Tribunal o el Ministerio Público.
15. Contar con un traductor o intérprete, cuando no entienda el idioma español o tenga alguna limitación para expresarse de forma oral o escrita.
16. Tener acceso a las actuaciones, a la documentación o a los elementos de prueba y presentar las pruebas que hagan valer sus derechos.
17. Aducir pruebas de descargo, las cuales deben ser diligenciadas conforme a las reglas de ausencia de formalismo, celeridad y economía procesal.

## **VI. Derecho a la Autodefensa**

Vicente Gimeno Sendra, establece que la autodefensa, consiste en la intervención directa y personal del imputado al proceso, rea-

lizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible<sup>5</sup>.

Por lo que podemos definir el derecho de autodefensa, como el derecho a defenderse por uno mismo, pero este derecho solo le asiste cuando la persona imputada es un abogado, y decida realizar todas las actuaciones judiciales a su favor para defenderse y así garantizar que se le respete cada uno de sus derechos, dicho derecho aparece reconocido en nuestro código de procedimiento penal, en el artículo 10 el cual establece que la defensa de las personas o de sus derechos es inviolable e irrenunciable, salvo que el imputado sea un abogado y decida asumir su defensa.

Es decir la autodefensa se da cuando el imputado que debe ser un letrado, realiza por sí mismo o lleva a cabo todas las actuaciones defensivas a su favor en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su estado de inocencia y su libertad.

## **VII. Derecho a la Asistencia del Letrado**

La asistencia letrada a la persona imputada, es una garantía constitucional, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), así como en tratados y convenciones regionales de derechos humanos, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8) y la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 7), el cual hace referencia que la persona imputada desde el momento de su aprehensión tendrá derecho a la asistencia de un abogado de confianza, que lo represente desde el inicio de su investigación hasta la conclusión del proceso.

Nuestro Código Procesal Penal , establece la designación de la defensa, en el cual señala que la persona imputada manifiesta que no puede nombrar defensor particular, dicha defensa recaerá en un defensor de oficio, y que le corresponde tanto al fiscal de la causa

---

<sup>5</sup> Gimeno Sendra, Vicente y Otros. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Madrid, España. 2001.

como al juez o al tribunal competente el nombramiento del defensor de oficio,

La actuación del letrado velará por el estricto respeto a los derechos desarrollados en el artículo 93 del Código Procesal Penal, salvaguardándolos o denunciando su vulneración.

Por otro lado, la asistencia del letrado a la persona imputada garantiza, en definitiva, que la privación de libertad ambulatoria inherente a la detención no va a comportar la restricción de la libertad que el detenido debe tener, desde el primer momento, para defenderse de la imputación que se le formula.

La designación del defensor no estará sujeta a ninguna formalidad. Una vez nombrado, deberá informar a la autoridad que corresponda el lugar y modo para recibir comunicaciones.

## **VIII. Derecho de Defensa Material y Técnica o Formal**

El Profesor Boris Barrios, señala que el derecho de defensa se divide en dos actividades procesales de suma importancia: la defensa material y la defensa técnica o formal.

Señala que la defensa material, viene a ser una actividad procesal del imputado, y que es realizada por él mismo para hacer valer, ante el tribunal, sus derechos; mientras que la defensa técnica o formal es el derecho del imputado a contar con la asistencia y representación de un profesional del Derecho, la que recae en la figura del abogado defensor. Pero ambas constituyen el derecho de defensa Integral, y se conectan y enlazan de una forma unitaria<sup>6</sup>.

En otras palabras, la defensa material se formaliza por medio de las declaraciones o entrevista que el imputado brinda en el proceso, pudiendo hacerlo cuantas veces quiera, siempre que sean pertinentes, de igual manera puede hacerlo cuando este se abstenga de rendir su testimonio, el fundamento de este último se encuentra en el artículo 25 de nuestra Constitución Política.

Artículo 25: Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o parientes

---

<sup>6</sup> Barrios González, Boris, La Defensa Penal, 2011, disponible en: <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>.

dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Es decir que nuestra constitución deja claro que no se puede obtener ninguna declaración de la persona imputada bajo la gravedad del juramento o promesa u obtenidas mediante amenaza o coacción.

En cuanto a la Defensa Técnica o Formal, esta es ejercida, generalmente, por un abogado y solo excepcionalmente se concede al propio imputado, siempre y cuando este sea un abogado y decida asumir su defensa, esta defensa se basa en normas de derecho sustantivo o procesal y es por ello, la exigencia de los conocimientos jurídicos, que este debe tener al momento de realizar la defensa.

Nuestro Código de Procesal Penal, lo regula la defensa técnica en el artículo 469:

Tanto en la Comisión como en el Pleno, el Presidente de la República podrá ser asistido por un abogado desde el momento de la presentación de la denuncia o la querrela y en todos los actos del proceso.

## **IX. Indefensión**

La Enciclopedia Jurídica define la Indefensión como la situación en la que queda una parte del proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa. La indefensión puede dar lugar a la nulidad de lo actuado y es motivo para recurrir las resoluciones judiciales.

Es la situación en que se encuentra quien no ha sido defendido o no se ha defendido, sin culpa por su parte, en un juicio que lo afecta. Esa indefensión vulnera el principio de la inviolabilidad de la defensa, que suele presentar una garantía constitucional. Esta norma resulta particularmente importante en materia penal, ya que ni siquiera queda librado a la voluntad del imputado el derecho de no defenderse. Si él no designa defensor, el tribunal está obligado a nombrarle uno de oficio<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indefension/indefension.htm>

Quiero finalizar este punto con una interrogante ¿Puede el Juez de Garantía advertirle al imputado, sobre el desconocimiento que su abogado defensor a evidenciado en relación a las reglas del proceso Penal?

## **XX. Derecho de Defensa como Garantía Fundamental (Constitución Política)**

Examinando nuestra Constitución Política a partir del segundo párrafo del artículo 22 el cual señala lo siguiente:

“La personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales”.

En primera instancia hace referencia a que toda persona acusada tiene derecho a que se le trate como inocente durante el proceso, hasta tanto se pueda comprobar su vinculación al hecho punible, y se pruebe su culpabilidad en un juicio público, respetando así cada una de sus garantías que consagran la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, los cuales deben considerarse como mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Por otro lado desde el momento que una persona es aprendida tiene derecho a ser asistido por un abogado de su confianza pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público y que este derecho dura durante todas las etapas del proceso, es decir desde la aprehensión de la persona imputada, hasta que se dé el juicio oral.

## **XXI. Derecho de Defensa antes los Convenios - Tratados Internacionales**

Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Artículo 11:

18. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Artículo 14 Numeral 3 Literal b y d

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. ....

b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c. ....

d. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950.

Artículo 6 Numeral 3 literales b y c. Derecho a un proceso equitativo.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a. ....

b. A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c. A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007.

Artículo 48 numeral 2. Presunción de inocencia y derechos de la defensa

.....

1. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José (Costa Rica), del 7 al 22 de noviembre 1969.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. ....

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) .....

b) .....

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

Artículo 7 numeral 1 literal c.

1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:
  - a) ....
  - b) ....
  - c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;

## **XII. Derecho de Defensa en el Código Procesal Penal (Ley 63 de 2008)**

Nuestro Código Procesal, resalta que la defensa de las personas o de sus derechos es inviolable e irrenunciable, salvo que el imputado sea un abogado y decida asumir su defensa, de igual manera establece que toda persona tiene derecho a designar a un defensor idóneo de su elección, desde el primer acto de investigación hasta la culminación del proceso.

En este mismo orden de idea tanto el imputado como la defensa puede ejercer todos los derechos y las facultades que le otorgan las leyes, además la designación del defensor esta en primera instancia en manos de la persona imputada, en el caso de que el mismo manifieste que no puede nombrar defensor, se lo designará el Fiscal de la causa, el Juez o el Tribunal competente, según el caso, y el nombramiento recaerá en el defensor público, esta designación no estará sujeta a ninguna formalidad y serán admitidos de inmediato y sin ningún trámite por la Policía Nacional, los organismos de investigación, el Ministerio Público o el Juez, según el caso.

De igual manera, se establece que los defensores públicos podrán declararse impedidos para aceptar o continuar la defensa de los imputados cuando existan conflictos de intereses o motivos graves que afecten la objetividad en el desempeño de sus labores, en el caso de que el defensor sea privado este podrá renunciar al ejercicio de la defensa y el imputado se le fijara un plazo para que nombre a otro defensor de su confianza, en el caso de que no sea así será un defensor público, importante mencionar que el abogado que renuncia no podrá abandonar la defensa mientras no intervenga su reemplazo.

En el caso de que la defensa presente algún certificado médico de incapacidad, emitidos para justificar ausencias el día de la audiencia, estarán sujetos a verificación posterior.

Importante dejar claro que al momento de que se dé el traslado de la acusación a la defensa este podrá:

1. Objetar la acusación por defectos formales.
2. Oponer excepciones.
3. Solicitar el saneamiento o la declaración de nulidad de un acto.
4. Proponer una reparación concreta siempre que no hubiera fracasado antes una conciliación.
5. Solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa.
6. Oponerse a la reclamación civil.
7. Ofrecer pruebas para el juicio.
8. Proponer acuerdos o convenciones probatorias.

De igual manera la defensa puede proponerle a las demás partes dar por acreditados ciertos hechos no relacionados con la vinculación del imputado, por otro lado el imputado podrá prestar declaración voluntaria en cualquier momento durante la audiencia, este declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas.

### **XIII. Derecho de Defensa en el Derecho Comparado**

**Colombia (Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 600 de 2000)).**

Artículo 8. Defensa.

En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes den-

tro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- c) No se utilice el silencio en su contra;
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
- f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él;
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
- h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;
- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los

testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

### **Costa Rica (Código de Procedimiento Penal de Costa Rica (Ley 7594)).**

#### Artículo 13. Defensa Técnica

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público.

El derecho de defensa es irrenunciable.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.

### **Nicaragua. (Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (Ley No. 406))**

#### Artículo 4. Derecho a la Defensa.

Todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material y técnica. Al efecto el Estado, a través de la Dirección de Defensores Públicos, garantiza la asesoría legal de un defensor público a las personas que no tengan capacidad económica para sufragar los gastos de un abogado particular.

Si el acusado no designare abogado defensor le será designado un defensor público o de oficio, con arreglo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la misma forma se procederá en los casos de abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor.

Toda autoridad que intervenga en el proceso deberá velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos esenciales que le confiere el ordenamiento jurídico.

#### **XIV. Jurisprudencia**

Incidente de nulidad dentro del proceso seguido a D H A, sindicado por delito de homicidio en perjuicio de R S DE C. Ponente: JERÓNIMO E. MEJIA E. -panamá, dieciocho (18) de septiembre de dos mil nueve (2009).

Como se ha visto, la licenciada D D, defensora oficiosa, hace énfasis en la transgresión al derecho de defensa (artículos 22 y 32 de la Constitución Nacional) que tenía su patrocinado, quien quedó en la indefensión al no haberse dictado la resolución que ordenara su indagatoria, y a pesar de ello se le llamó a juicio conculcándose así los trámites legales establecidos en la ley, pues de acuerdo al artículo 2092 del Código Judicial era imprescindible la resolución razonada.

Pues bien, es necesario señalar que mediante la resolución que se ordena la recepción de la declaración indagatoria, el Ministerio Público cumple con el principio de imputación, al permitir que el procesado conozca los cargos que pesan en su contra y de las pruebas que existen contra él, garantizándole su derecho de defensa material. Tal como lo indicó la Corte en Sentencia de 19 de noviembre de 2003: “La naturaleza jurídica de la declaración indagatoria es constituirse en un medio de investigación y de defensa para los sindicados, pues, de las respuestas del indagado, el agente instructor puede obtener datos ciertos que permitan descubrir a los delincuentes, así como obtener una expresión real de los hechos y circunstancias que rodearon la comisión del ilícito. Asimismo el que rinde la declaración indagatoria puede explicar su conducta respecto de los cargos que se le formulan, presentar sus descargos y hacer un directo uso de su derecho de defensa”.

Las consideraciones desarrolladas nos llevan a señalar que, según Jaime Bernal Cuellar, “el derecho de defensa se ejerce por la actividad de dos sujetos: el abogado y el imputado. Se afirma, de otra parte, que el derecho a la defensa tiene diversas manifestacio-

nes, pues ésta puede realizarse bien sea mediante la intervención directa del procesado en todas aquellas diligencias en que sea imprescindible su presencia, como la indagatoria los reconocimientos en fila de personas, etc., bien por intermedio de un abogado que tenga los conocimientos jurídicos necesarios. (BERNAL CUELLAR, Jaime, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, cuarta edición, marzo de 2002, pág. 497-498).

El derecho a la defensa supone no sólo el reconocimiento de una defensa formal (sea la efectuada por un profesional en derecho como garante a los intereses del imputado), sino que también implica una defensa material consistente en: el derecho del imputado a ser oído (artículo 1 CADH), a conocer detalladamente la acusación formulada en contra (artículo 8.2 c) CADH) y a poder manifestarse respecto a la misma, el derecho de ofrecer pruebas de descargo (proponer testigos), a combatir la prueba de cargo como sería interrogar testigos de cargo (artículo 2.g CADH).

Ahora bien, ante la inconformidad propuesta por la defensora oficiosa, sobre la violación del derecho de defensa, al no emitirse la resolución a través de la cual se ordenara la recepción de la declaración indagatoria de su patrocinado, esta Colegiatura debe indicar que, en efecto, se dio la transgresión; y que el tribunal de la causa adoptó las medidas necesarias para subsanar el defecto en la etapa del proceso en que se había ocasionado la indefensión al procesado, decretando así la nulidad de ciertas actuaciones, lo cual implica retrotraer el proceso que no ha culminado, a la etapa procesal en la que se produjo la violación. Sobre el concepto de la nulidad ante deficiencias en la diligencia de indagatoria se ha señalado: “La nulidad debe decretarse desde el auto que ordenó cerrar la etapa de investigación, para ampliar la indagatoria y oír los descargos del procesado como medio de defensa.” (Ibídem. Pág. 425)

Incidente de nulidad interpuesto dentro del proceso seguido a M A A, sindicado por delito de homicidio en perjuicio de H V. Ponente: CÉSAR PEREIRA BURGOS. Panamá, veinticinco (25) de junio de dos mil tres (2003).

El desarrollo doctrinal del derecho de defensa penal alude a que “es una de las garantías inalienables y fundamentales que reconocen la Constitución y las leyes a las personas que, por uno u otro motivo, se ven implicadas en la comisión de un hecho ilícito y consiste en rodearlas de los medios eficaces para demostrar, que no lo han cometido o que lo hicieron en determinadas circunstancias que las colocan en un plano de favorabilidad” (Resalta la Corte) (PUYO JARAMILLO, Gil Miller. Diccionario Jurídico Penal; Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1981, pág.130). De igual manera, se consulta la posición de que el derecho de defensa “le permite al imputado intervenir en todo el desarrollo del proceso, con miras a demostrar la falta de fundamentación de la acusación” y que “El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia. De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio” (Resalta la Corte) (SUAREZ SANCHEZ, Alberto. El Debido Proceso Penal; Primera Edición, Impresión D´vinni Editorial Ltda., Bogotá, 1998, págs.281 y 289).

Recurso de casación dentro del proceso seguido a L A C S y E J U P, sindicado por el delito contra la salud pública. - . Ponente: JERÓNIMO MEJÍA E. - panamá, siete (7) de mayo de dos mil diez (2010).

El citado dispositivo legal establece también que en ningún caso la adopción de tales mecanismos menoscabarán el derecho de defensa y el principio de contradicción que le asiste al imputado y que: “La aplicación de estas medidas dependerá del grado de riesgo o peligro del testigo, su cónyuge, ascendentes, descendientes o hermanos” (cfr, artículo 2121-A del Código Judicial). Luego entonces, cuando un testigo declara bajo parámetros de protección, deben desprenderse de autos manifestaciones concretas de tales amenazas que ameriten que el funcionario de instrucción pueda ordenar las medidas necesarias para mantener en reserva la identi-

dad del testigo. A juicio de la Sala, de no acreditarse este extremo, su adopción podría constituirse en una abierta violación del derecho constitucional de defensa, que entre otros supuestos regula el derecho del imputado a conocer el material probatorio en que se basa la acusación, con el fin de ejercer su derecho a contradecirla, en pos de garantizarle un juicio justo, apegado al debido proceso constitucional.

Recuérdese que el derecho a la defensa no sólo se circunscribe a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Nacional, sino que comprende también las garantías reguladas en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificada por Panamá mediante Ley 15 de 1977, que suponen no sólo el reconocimiento de una defensa formal (sea la efectuada por un profesional en derecho como garante de los intereses del imputado), sino que también implica una defensa material consistente en: el derecho del imputado a ser oído (artículo 1 CADH), a conocer detalladamente la acusación formulada en su contra y a poder manifestarse respecto a la misma (artículo 8.2.c) CADH); el derecho de ofrecer pruebas de descargo (proponer testigos) y a combatir la prueba de cargo, como sería interrogar testigos de cargo (artículo 2.g CADH).

## **XV. Sentencia**

### **Sentencia C-371/11**

TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIAS PENALES EN LA AUDIENCIA DE LECTURA DEL FALLO-No vulnera el derecho de defensa, los principios de inmediación y contradicción/TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIAS PENALES EN LA AUDIENCIA DE LECTURA DEL FALLO-Entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010 a partir de su promulgación, no impide invocar el principio de favorabilidad

En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las siguientes reglas: (i) ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se

ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal; (iii) el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso; (iv) el derecho de defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado al interior de un proceso penal; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial; (vi) el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; y (viii) la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho.

### **Sentencia C-127/11**

DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA PENAL-Modalidades/DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de igualdad de armas/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS-Hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso/DERECHO A LA DEFENSA-Ambito de aplicación en el proceso penal comprende toda actuación incluida la etapa preprocesal

De conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos, la Corte ha aceptado que el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”. Si bien el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, resulta determinante para la validez constitucional del proceso penal, el tema de si el derecho de defensa en materia procesal penal tiene un espectro amplio o restringido no ha sido un asunto pacífico, a pesar de que el artículo 29 de la Constitución claramente extiende el derecho al debido proceso “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y en materia penal reconoce el derecho de los sindicados a una defensa técnica “durante la investigación y el juzgamiento”. Efectivamente, el asunto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, tanto en el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado

básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007. En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación”.

**DERECHO A LA DEFENSA EN LA ACTUACION PENAL.** Se extiende a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final

La interpretación que se ajusta a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en torno al tema de hasta donde se extiende el derecho a la defensa en una actuación penal, tanto en el sistema mixto inquisitivo como en el actual modelo de tendencia acusatorio, es la de que el citado derecho surge desde que la persona tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra y solo culmina cuando finaliza el proceso. En este sentido es claro que el derecho a la defensa se extiende sin discusión ninguna a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final.

## **XVI. Conclusión**

A manera de conclusión, consideramos que tanto nuestra Constitución Política, como las Convecciones y Tratados Internacionales reconocen el derecho que tiene todo individuo, en cuanto al derecho de defensa el cual ampara al ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado.

Este derecho consiste en la asistencia de un letrado, desde el momento en que la persona es solicitada al proceso y durante cada una de las etapas.

Por otro lado le corresponde a la persona imputada el poder nombrar un defensor de su confianza, en el caso de que la persona imputada manifieste no tener los recursos económicos para ellos, los fiscales y los jueces o el tribunal, designaran un defensor de oficio.

Bajo ningún precepto se puede vulnerar el derecho de defensa y los jueces de garantías podrán advertir o pronunciarse sobre el control de los actos de investigación que afecten o restrinjan los derechos fundamentales del imputado.

## **Bibliografía**

### **Libros y Revistas:**

Gimeno Sendra, Vicente y Otros. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Madrid, España. 2001.

Llobregat, Garberí José. Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi. Primera Edición. 2009.

Peña, Delgado Nelson. Principio del Sistema Acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. Panamá. 2005

Pico i Junoy, Joan, Las Garantías Constitucional del Derecho. España, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1997.

Ramos Méndez, Francisco. El Sistema Procesal Español. Editorial José María Bosch. Barcelona, España. 2000.

Barrios González, Boris, La Defensa Penal, 2011, disponible en: <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrrios-gonzalez.pdf>.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indefension/indefension.htm>

### **Leyes:**

Constitución Política de la República de Panamá, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2004, 119 páginas.

Código Procesal Penal (Ley 63 de 2008).

Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 600 de 2000).  
Código de Procedimiento Penal de Costa Rica (Ley 7594).  
Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (Ley No. 406).  
Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.  
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007.  
Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José (Costa Rica), del 7 al 22 de noviembre 1969.  
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950.  
Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

## TEMA 4

---

# **Responsabilidad de los servidores público – internacionalización de derecho disciplinario**

Juan Marcelino González Garcete

**Juan Marcelino González Garcete.** Abogado. Notario y Escribano Público. Mejor Egresado y Medalla de Honor de la Promoción 2000 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Maestría en Ciencias Criminológicas. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de las cátedras de Derecho Administrativo, Procesal Civil y Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Autor de varias obras jurídicas sobre temas de Derecho Administrativo, Constitucional y Procesal Civil. Defensor Público Multifuero de Concepción.

## 1. Introducción

La administración pública es un instrumento esencial en la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas o de la sociedad, pues debe responder a los fines estatales, y en última ratio al bienestar general de la población.

Es decir, su organización está llamada a «atender» a los administrados; por ello, sus objetivos y la actuación de quienes la componen deben estar dirigidos a cumplir la finalidad pública ínsita en la noción misma del Estado.

Somos conscientes, de que en la actualidad, el concepto de responsabilidad pública ha adquirido una mayor virtualidad, con el reconocimiento expreso de *exigencias éticas* y de la *transparencia de los actos de gobierno*.

Resulta primordial —y por qué no decirlo, esencial— comprender que el funcionario público (agente público) es un **servidor** (como bien se lo suele denominar en varios países, como Brasil, Argentina, etc.), cuya actuación debe ser cumplida para el bien de la comunidad.

Por eso la noción de funcionario público no puede ser escindida de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

**La responsabilidad es control y garantía:** es garantía de los ciudadanos, pero también es un principio de orden y un instrumento de control del poder.

Su noción está ligada a todos los ámbitos en los que el funcionario público (agente público) puede manifestar o expresar su comportamiento o conducta.

Atendiendo a ello, y en función de los distintos bienes o valores jurídicos que tienen a proteger o tutelar, se la clasifica en:

- a) Política;
- b) Penal;
- c) Civil;
- d) Administrativa; y
- e) Patrimonial.

En el presente trabajo solo abordaremos la responsabilidad disciplinaria del funcionario o agente público desde la óptica administrativa.

Esta responsabilidad — administrativa — traduce el poder disciplinario de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública.

La potestad sancionadora de la administración encuentra su *fundamento* en la **preservación y autoprotección de la organización administrativa**, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la administración pública.

En palabras de Julio Rodolfo Comadira<sup>1</sup>, esa responsabilidad es analizada como:

«...el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas o agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la administración»

Se ha dicho que la ley es clara y que la ignorancia no exime de la responsabilidad de cumplirla. De ahí la imperiosa necesidad de estar al tanto de las políticas públicas y las tareas de gobierno, que necesariamente han derivado en modificaciones legislativas y estructurales para poner al día la esfera gubernamental e implementar acciones en torno al ejercicio del control administrativo y las responsabilidades de los servidores públicos.

El Estado, a través de sus órganos, debe ser garante de la actuación responsable de sus servidores públicos, pues «sin responsabilidad no es posible conseguir una buena administración; pero la dificultad no está en declararla, sino en el modo de hacerla efectiva

---

1 Comadira, Julio Rodolfo. La responsabilidad disciplinaria del funcionario público. Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Ed. Depalma. 2002, pag. 23

y evitar que sea ilusoria...ella puede provenir, o de un verdadero hecho punible o de una simple falta, según sea de perversidad y malicia, o de simple ineptitud»<sup>2</sup>; por ello, el Estado ha establecido órganos competentes con atribuciones específicas para separar a los funcionarios públicos que no cumplan con las responsabilidades inherentes al cargo que les ha sido confiado.

Leyes, causas, excepciones y consecuencias por las que un servidor público puede ser sujeto de una responsabilidad durante el desempeño de sus funciones en la administración pública, son los aspectos torales de la reglamentación del «control administrativo», así como las labores de fiscalización que realiza la Administración como control interno (sumario administrativo) o externo (Ministerio Público u otro organismo de control exógeno), las cuales transparentan la rendición de cuentas en lo concerniente al ejercicio de los recursos públicos.

La administración pública fue delimitando con el paso de los años su campo de acción; así, las secretarías del Estado empezaron a ejercer la acción gubernamental concentrándose su actuación en actividades meramente administrativas reservando las jurisdiccionales a los tribunales; la forma en que hoy la conocemos, junto con su sólida base legal, llevó varias centurias de trabajo construirla.

En su seno se formaron varias generaciones de hombres que dedicaron su vida a la noble labor del quehacer político, pero como en todo, la falta de supervisión y fiscalización es origen de desorden anarquías; durante el último cuarto del siglo XX se emprendió una serie de acciones encaminadas a la implementación de normas y estructuras adicionales específicas para buscar neutralizar las acciones u omisiones de los servidores públicos que, al amparo de la ley, y aprovechándose de las posiciones que ocupaban dentro de la estructura pública, afectaron a los ciudadanos que demandaban trato justo y no despótico, calidad y gratuidad en los servicios públicos.

---

2 José María Luis Mora. Discurso sobre las variaciones constitucionales que pueden hacerse en orden a la responsabilidad de los funcionarios”, en Obras completas, Política, México, Instituto de Investigaciones Doctor José María Luis Mora, septiembre, 1986, pág. 254 y siguientes.

## 2. Las exigencias éticas y la responsabilidad de los funcionarios públicos

En general, en América Latina, la potestad sancionadora de la administración pública es materia que reclama constante atención de nuestra doctrina jurídica, dado su importante desarrollo en las últimas décadas.

La responsabilidad disciplinaria se encuentra vinculada con las exigencias éticas que las normas legales y convencionales internacionales imponen.

La sociedad actual demanda una «administración pública pro-ba y eficiente» sustentada en normas jurídicas que permitan elevar la capacidad gubernamental de atención de las necesidades sociales; en ese sentido, las reformas legislativas en la materia han hecho posible la *definición de principios y conceptos*, clarifican tipos de responsabilidades, así como determinan las personas que a consecuencia de actos u omisiones generadas durante la prestación de sus servicios en la administración pública deben responder ante la autoridad.

En ese sentido, coincido con el profesor español Rodríguez – Arana Muñoz, que considera que:

«...la ética pública es, como la ética en sí misma, una ciencia práctica de carácter filosófico. Es una ciencia porque el estudio de la ética para la administración pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público. Y es en práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública...»<sup>3</sup>

Ahora bien, en el caso de la *actividad disciplinaria* llevada a cabo en el ámbito público por los órganos que detentan esa especial competencia por estar ejerciendo una función dentro del Poder Público, la situación adquiere relevancia y características distintivas, dada su especial trascendencia por la intervención del interés público que deriva de su aplicación y conjuga unas particularidades

---

3 Rodríguez – Arana Muñoz, Xaime. Ética na administración pública. Santiago de Compostela. Escola Galega de Administración Pública. 1995, pág. 56 y siguientes.

específicas, —al impactar directamente en la funcionabilidad del Estado— y la hacen distante y diferenciada de otros ejercicios disciplinarios acometidos por organizaciones privadas o estamentos particulares.

Es por ello—que la condición de funcionario y/o agente público—se encuentra rodeado por un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Dentro de esas particularidades propias de la disciplina con ocasión del ejercicio de la función pública, resalta visiblemente una serie de «reglas entramadas» que imponen todo un complejo mecanismo de poderes y contrapesos que imponen mayor rigurosidad y sujeción a controles propios y externos en el proceso para la toma de decisiones sancionatorias que estén plenamente apegadas a la legalidad formal y material.

Y esto es así porque:

«...en la medida en que los actos del funcionario—en virtud de la teoría del órgano—son atribuibles al Estado, éste resulta responsable. Ahora bien, si por un momento descorremos el velo de las muchas fricciones jurídicas que se han dado cita para producir este resultado, habremos de advertir que quien en definitiva hace frente patrimonialmente a estas responsabilidades es la comunidad toda. Son los contribuyentes quienes con sus impuestos colaboran principalmente con el mantenimiento económico del Estado y por ello sufragan —en forma indirecta—los daños producidos por la actividad desarrollada por los funcionarios...La sociedad toda se comporta como una gran compañía de seguros que indemniza los daños ocasionados por los funcionarios públicos»<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Bianchi, Alberto. Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado. La Ley Argentina. 1996. Tomo A, pág. 930

Pero en algunas ocasiones ha sido tentador acudir a la noción de la relación especial de sujeción o de supremacía especial, como una justificación conceptual para flexibilizar contrapesos y controles, al consagrarse regímenes jurídicos especiales que permiten incidencias singulares en la esfera de los sujetos regulados, con liberalidades para la Administración dada la sensible situación interna que regula, la cual en realidad usualmente impone y preestablece singulares parámetros conductuales que trazan y delimitan la práctica regular de los servidores públicos demarcándoles como visibles deberes que acarrearán límites formales en su gestión dada la existencia de un orden preestablecido impuesto por el legislador y eventualmente derivado en normas sub legales, al cual irremediablemente el operario judicial debería apegar su actividad cotidiana, so pena que ante cualquier eventual incumplimiento, pudiera ser encuadrada esa trasgresión en algún supuesto de hecho que configure un tipo sancionatorio consagrados por el ordenamiento jurídico como falta generadora de responsabilidad individual disciplinaria.

Es contrario al Estado de derecho, que sustenta la responsabilidad estatal, soslayar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, cuando el damnificado es el erario público. Por ende, se impone como requisito axiológico la exigencia al funcionario de un «obrar diligente y coherente», no sólo respecto a terceros sino también frente al Estado mismo, por estar representados aquí los intereses de toda la comunidad. Ello contribuye a revalorizar la función pública, la cual, protagonista de transformaciones y adaptaciones, debe ejercerse siempre en el marco del principio de legalidad.

Sobre este punto parafraseando al Profesor Colombiano Carlos Arturo Gómez Pavajeau de ideas explanadas en su libro «Dogmática de Derecho Disciplinario» publicado por la Universidad del Externado. Quinta edición. Colombia 2011 página 155, hace referencia especial a que en un momento inicial por esas relaciones especiales de sujeción operaba

“una libertad restringida, una libertad disminuida”, pues “no regía el principio de la libertad, a las personas que se encontraban

a merced del Estado” y que “no regían las garantías individuales toda vez que el individuo había dado su consentimiento para que el Estado hiciera en lo que le viniera en gana; de manera tal que falta disciplinaria era lo a bien pudiera considerar el empleador; el procedimiento, lo que se le ocurriera aplicar, y las sanciones, las que le indicaran los principios de conveniencia y oportunidad”, por fortuna esa posición primitiva ya hoy en día carece de toda vigencia.

De esta manera en una primera aproximación, la responsabilidad disciplinaria se nos

“[...] presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública”<sup>5</sup> y se configura “más que como una relación represiva, en una de tipo preventivo, orgánico y sistémico, para propiciar y regularizar su propósito ceñido al cauce del interés general”.<sup>6</sup>

Ciertamente quizás dentro de las actividades estatales no existe una labor más sensible para el logro de una buena administración, para la mejoría de su operatividad y para la depuración de sus distorsiones y desvíos que la actividad disciplinaria, como el más efectivo combustible que hace operar los engranajes del aparato estatal en el cumplimiento del ordenamiento preestablecido, pues en la medida que la *disciplina* sea una tarea *natural y fluida*, apegada a derecho y ejercida asépticamente hacia sus reales fines correctivos, responsabilizando a sus operarios públicos individualmente por sus conductas activas y pasivas —ya sea por hacer o dejar de hacer cuando estuviesen obligados a actuar —no con puramente ánimos retaliativos bajo una simplista visión punitiva; sino hacia fines formativos y redireccionantes de las conductas erradas de sus operadores, como muestra de una recta conducción estatal, es que se redundaría automáticamente en una mejora del servicio y en buena marcha hacia el progreso de esa sociedad.

---

5 Sheffer Tuñon, Javier Ernesto. “Principios del Derecho Disciplinario”. En Derecho Disciplinario Internacional. Editorial Forum. Bello Horizonte. Brasil. 2011, pág. 137

6 Ivanega, Mirian Mabel. “Las responsabilidades de los funcionarios públicos”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México, pág. 170.

Sin embargo, la recta aplicación de la disciplina en el ámbito público dependerá de **dos cosas fundamentales**:

1. Por una parte el respeto inequívoco del principio de legalidad y sus implicancias de aplicación de las formas y garantías procedimentales;
2. Y por otra, el entendimiento exacto de la verdadera dimensión de la finalidad del ejercicio disciplinario con miras a logros correctivos formativos y no en un ejercicio simple de mera punición.

Justamente esa ponderación y sometimiento a límites formales y garantista por parte del Estado como titular del poder disciplinario al emprender la corrección de conductas desviadas de sus operadores o dependientes, **es el objeto de estudio y desarrollo en el presente opúsculo jurídico redactado especialmente a los efectos de su publicación en el VIII Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, organizado por el Instituto Peruano de Estudios para la Función Pública y del Derecho Disciplinario.**

### **3. Entendimiento exacto de la verdadera dimensión de la finalidad del ejercicio disciplinario.**

Existe un cúmulo de caracteres concurrentes que reiteradamente han sido favorables para que florezca en un sistema jurídico de cualquier Estado, la tangibilidad del principio de legalidad sancionadora disciplinaria con la consagración de contrapesos y controles a la misma potestad disciplinaria **que certifiquen su legitimidad y licitud.**

Su significación y alcance es de la más variada índole, pero su concurrencia resulta vital e inevitable al objeto de la demostración de su justificación.

*En primer lugar*, el Estado debe establecer en su ordenamiento fundamental el reconocimiento de la existencia y protección de derechos subjetivos e inclusive de derechos públicos subjetivos, así como también de una gama de cualidades subjetivas protegidas, como son los intereses calificados, difusos e inclusive fragmentarios.

Ejemplo de esta premisa son las variadas normas que consagran derechos individuales y transpersonales de los servidores públicos, entre los cuales podemos citar «la estabilidad funcional de los funcionarios públicos de carrera» por su importancia capital y conexión con el tema tratado, previsto en Paraguay en el artículo 49 inc. f) de la Ley N° 1626/00 al expresar:

“Los funcionarios públicos tendrán derecho a la estabilidad en el cargo, de conformidad a lo establecido en la presente Ley”,<sup>7</sup> redacción muy similar al artículo 27 de la Ley 25164 denominada como Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional de Argentina que prevé que “el personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la presente ley, y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas en las condiciones que expresamente se establezcan”.<sup>8</sup>

Esta estabilidad funcional constituye **“una garantía, entre otras, de la imparcialidad del funcionario”**, ya que al protegersele:

“[...]su permanencia en su cargo frente a los eventuales cambios intempestivos o afectaciones a su esfera jurídica sin justificación objetiva debido a posibles enroques en las personas naturales que sean titulares del ejercicio temporal del Poder Público o en la dirección política de la Administración Pública, se estaría cimentando su solvencia en el ejercicio de su cargo aprovechando su experiencia en la prestación del servicio con prescindencia de la apreciación veleidosa de su superior jerárquico de turno”.<sup>9</sup>

---

7 Esta Ley regula la estabilidad del funcionario público en el Capítulo VI, en dos artículos, estableciendo el plazo de dos años de servicios para la adquisición de la estabilidad y la terminación de la relación laboral del funcionario establece se regirá conforme con las disposiciones del Código Laboral.

8 En el Capítulo referido, el Art. 47 de la Ley de la Función Pública dispone: “Se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicios en la función pública”.

9 Carrillo Artilles, Carlos Luis. “La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública”. Libro Homenaje a Hildegard Rondón de Sanso. Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Tomo I. Caracas. 2003, pág. 80

De allí derivarán en caso todos los ordenamientos del derecho comparado, normas asimilables que reconozcan límites a la potestad sancionatoria disciplinaria que obligarían a los órganos públicos competentes inexorablemente a acudir a formas procedimentales especiales para llegar a establecer la comprobación de hechos que diáfananamente hubieran sido realizados por un responsable, que encuadren dentro de supuestos de hecho previstos como faltas en una norma previa publicada, que generen como consecuencia la responsabilidad individual disciplinaria y la imposición de una sanción particular.

Frente a tal reconocimiento de esas situaciones subjetivas por el Estado debe existir como premisa fundamental la preexistencia o consagración en el rango legal de tipos de sancionatorios objetivos, con supuestos de hecho diáfanos que permitan una salida única y clara para sancionar o punir conductas reprochables por el Estado, con castigos proporcionales y racionales a la entidad de la lesión de deberes funcionales causados en el servicio por responsabilidad disciplinaria.

En todo caso para el establecimiento y determinación de esa responsabilidad debe incontrovertiblemente seguirse un *iter procedimental* que permita fielmente el ejercicio y protección de una gama de garantías fundamentales y legales para el involucrado en donde impolutamente se preserve: a) la indemnidad del continente del derecho a la defensa y; b) de la presunción constitucional de inocencia, con las respectivas cargas procedimentales de comprobación de las pruebas e impulso procedimental en cabeza de la Administración activa, hasta la culminación con un pronunciamiento aséptico que declare en pleno apego a lo evidenciado y probado en el expediente administrativo (sumario administrativo) correspondiente, una eventual responsabilidad individual disciplinaria o una decisión absolutoria.

En el caso de dimanarse un acto que determine la responsabilidad disciplinaria de un agente público, el mismo ordenamiento jurídico debe garantizar irrestrictamente como principio que esa conducta activa —acto u omisión— del Poder Público pueda ser susceptible de revisión, ya que no existe acto o conducta excluida

de control, lo que se ha denominado como el principio de **“Universalidad del Control de los Actos dictados en el ejercicio del poder público”**, no solo en lo expresamente declarado o actuado sino también en aspectos inerciales, inactividades o conductas negativas o de no hacer por tales entes u órganos en donde se siguió el referido procedimiento constitutivo de responsabilidad.

Asimismo, dicho Estado debe necesariamente estatuir una verdadera garantía de defensa, la cual se verificaría en un fluido acceso a una protección y goce de una real tutela efectiva tanto en la sede administrativa o gubernativa como en sede judicial o jurisdiccional, ante cualquier quebrantamiento a tales esferas personales, atendiendo justamente a esa amplitud del elenco plurisubjetivo de conductas susceptibles de ser controladas, sin importar su naturaleza o procedencia.

Ahora bien ante la posibilidad de tutelarse judicialmente debe ser canalizada esencialmente a través de dos importantes competencias jurisdiccionales específicas que permitan el control de todas las conducta estatales, edificando por una parte, todo un conjunto de órganos con la singular competencia de control y respeto de la Constitucionalidad, al mismo tiempo que paralelamente exista toda una estructuración jurisdiccional con competencia específica de control sobre las conductas y actos de los órganos públicos, cuando actúen en ejercicio de una actividad sustancial y orgánicamente administrativa como sería el Contencioso Administrativo.

Por último ese ordenamiento jurídico estatal debe consagrar que el Estado sea responsable patrimonialmente por sus conductas y actuaciones, de manera que en caso que sea improbable resarcir o restablecer directamente la situación jurídica infringida por el actuar público, en las instancias judiciales a las cuales recurrió como afectado, ante lo cual, solo le quedaría la opción de solicitar un equivalente o sucedáneo que condene al órgano público al pago de suma de dinero por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta administrativa lesiva, irreparable por vía directa, la cual fue sufrida particularmente por ese exclusivo ciudadano en su esfera patrimonial.

Dicha responsabilidad patrimonial debe ser independiente de “la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa)”<sup>10</sup>, cuando en ejercicio de aparentes potestades estatales como la disciplinaria se advierte y compruebe ejercicios dolosos o con culpa grave de distorsión, manipulación o infracción de deberes formales por los operarios públicos intervinientes, pues el mal ejercicio de la actividad disciplinaria también acarrea responsabilidad individual para los encargados de su ejercicio.

Para llegar a concretar la responsabilidad subjetiva disciplinaria —como ejercicio *ablatorio* de autocontrol del Estado sobre sus operarios o dependientes— se impondría inexorablemente, el respeto cabal e impecable del principio de legalidad con todas sus implicancias por parte del titular del poder disciplinario.

Ya que si lo que se pretende es efectuar correcciones o reproches ante quebrantamientos efectivos del ordenamiento jurídico erigidos como faltas disciplinarias, dicha enmienda o rectificación que pretende imponer un escarmiento o reprimenda al infractor debe devenir incontrovertiblemente del respeto y apego al derecho, a las formas procedimentales y de las garantías que previene el mismo ordenamiento jurídico fundamental y del bloque de la legalidad, que respete impolutamente los derechos del agente cuestionado, ya que sería igual de ilícito a las supuestas ilegalidades que pretenden castigar, —como es el quebrantamiento de los deberes funcionales— la imposición de sanciones apartadas de las reglas, modos y métodos de la legalidad, —que impliquen la violación del deber funcional del respeto a la legalidad por el operador disciplinario— pues solo con el respeto intachable de garantías y formas obligatorias es que puede llegar a establecerse lícitamente la responsabilidad subjetiva de aquellos que hubieren lesionado el orden preestablecido.

De acuerdo a nuestra visión particular garantista, por ser la actividad disciplinaria eminentemente de naturaleza *ablatoria*, —al eventualmente afectar la esfera jurídica subjetiva de los funciona-

---

<sup>10</sup> RAMIREZ CANDIA, Manuel Dejesús. Derecho Administrativo. Editorial Liticolor. 2006, pág. 431

rios involucrados, y en extremas ocasiones a la estabilidad funcio-  
narial, lo cual más que una garantía individual es una garantía para  
el colectivo pues protege al cuerpo mayoritario de agentes públicos  
de distorsiones o manipulaciones de las altas esferas gubernativas  
estatales —, requiere como poder jurídico de obrar, de legitimidad  
de origen y de ejercicio, al ser inevitablemente exigible la compe-  
tencia del órgano público, por atribución expresa de la Ley, como  
presupuesto esencial y primordial para la iniciación del procedi-  
miento administrativo dirigido a establecer hechos y situaciones  
antijurídicas, que solo en el caso de comprobarse y encuadrarse  
en salidas preestablecidas como supuestos de hecho reprochables,  
dieran lugar a consecuencias sancionatorias.

Asimismo, emergería la necesidad del sometimiento del Esta-  
do de Derecho en el ejercicio de la especial facultad sancionatoria  
reglada que limita al Estado a actuar circunscribiéndose a respetar  
obedecer y acatar las formas de la Ley, sujeción plena al principio  
de legalidad, de allí la importancia capital de las nociones de Su-  
premacía Constitucional, de la Primacía de la Ley y de la Reserva  
Legal, al efecto del establecimiento de las garantías de adjetividad  
necesaria y formas procesales, así como de las situaciones jurídicas  
tuteladas.

#### **4. Límite a la Actividad Disciplinaria: Derechos y garantías del Funcionario Público.**

De acuerdo a nuestra manera de ver, en la actualidad, resulta  
inevitable y prístino en la actividad disciplinaria condicionar los  
contenidos de las relaciones especiales de sujeción o de supremacía  
especial, al respeto superior de garantías fundamentales, a través  
del blindaje en el *iter procedimental* de los principios constituciona-  
les de sujeción a la legalidad, de los cuales derivaría las siguientes  
situaciones:

- a) El cumplimiento irrestricto del debido procedimiento;
- b) La incolumidad e indemnidad del continente de derecho a la defensa integral y plena y de sus expresiones consecuen-  
ciales en todo estado y grado del procedimiento constitutivo

- de primer grado o revisorio de segundo grado, y del proceso jurisdiccional de control por el contencioso administrativo;
- c) El correcto entendimiento por los funcionarios instructores y sustanciadores así como por los órganos competentes para el ejercicio disciplinario, del resguardo, patrocinio y amparo de la presunción constitucional del principio de inocencia de los operadores públicos involucrados;
  - d) El correcto entendimiento racional de la proporcionalidad administrativa en la graduación sancionatoria y de su escalada de progresión en la aplicación y entidad de las sanciones;
  - e) La necesaria predeterminación y taxatividad de las faltas disciplinarias en normas de reserva legal, aun cuando hay sistemas en el derecho comparado que permiten flexibilizaciones a normas de naturaleza sub legal reglamentaria e inclusive instrumentos inferiores.
  - f) La interpretación ajustada, igualitaria y ecuánime de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en los tipos sancionatorios;
  - g) La vigencia de la irretroactividad como garantía temporal de relación entre hechos, supuestos y normas aplicables;
  - h) La correcta interpretación y difusión del principio de preservación o conservación del disciplinante, salvo su incursión en supuestos excepcionales de interpretación restrictiva que revistan faltas gravísimas que irremediablemente obliguen a su sustracción del servicio de la función pública, siempre que no quepa una interpretación en beneficio que permita la imposición de una sanción menos como reproche inferior;
  - i) La vigencia y verificación del principio de imparcialidad y no discriminación, que impone la obligación del órgano público de manejarse aséptica y ecuánime en un trato sin favoritismo o preferencia a favor de ninguna de las partes involucradas, ni en detrimento o menoscabo de algún involucrado, con lo cual no solo se protege de eventuales desviaciones de poder sino también de infracciones de naturaleza fundamental;

- j) La reivindicación y permanencia del principio de respeto de la dignidad humana del involucrado.

Sin embargo, en el derecho comparado se ha admitido por ciertos sectores doctrinales –de los cuales distamos–, que la relación especial de sujeción o de supremacía especial, típica de las relaciones de empleo público permitiría ciertas liberalidades en el ejercicio disciplinario a la Administración Pública, –por ser una actividad endógena de la Administración con sus funcionarios dependientes– para calificar supuestos hechos como faltas disciplinarias –inclusive por normas de carácter sub legal dictadas en virtud de poderes auto normativos como reglamentos, ordenes e instructivos– o de medir la intensidad de la conducta para ubicarla como falta leves, graves y hasta en ocasiones gravísimos y aplicar en consecuencia sanciones en gravamen ascendentes.

Es un presupuesto para el ejercicio del poder disciplinario, el preestablecimiento inequívoco de supuestos de hecho que aludan a conductas claras que reflejen actividades materiales, actos u omisiones concebidos como específicas infracciones al ordenamiento jurídico, y consecuentemente su perfecta y única adecuación a circunstancias objetivas que permitan la incardinación del comportamiento por su ilicitud e imputabilidad, negándose a todas luces cualquier posibilidad de interpretación extensiva, inductiva o analógica de los supuestos de hecho sancionatorios.

## **5. El procedimiento administrativo como requisito *sine qua nom* para establecer la responsabilidad disciplinaria**

Como una consecuencia de la materia reservada a la ley –además de la tipificación de los tipos sancionatorios y supuestos de hechos generadores de responsabilidad individual disciplinaria– surgiría el establecimiento y configuración detallada del “inicio y realización de un conjunto de trámites formales que integrarían el correspondiente procedimiento sancionador.

El cual tiene una doble finalidad, pues para el Estado titular del poder punitivo sancionatorio disciplinario conferido directamente por el ordenamiento jurídico, mientras que para el involucrado operario público sería un mecanismo de garantías de control del

cumplimiento de los trámites y fases, en la obtención transparente y sin prejuicios de los alegatos, descargos y elementos probatorios por parte del órgano titular de la potestad disciplinaria, dirigidos a formar un legítimo juicio de valor sobre la eventual declaratoria o no de responsabilidad individual, en pleno apego al principio de legalidad.

Este procedimiento disciplinario sancionador se impone como un principio fundamental que se encuentra consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica de 1969, además que también tiene consagración en el rango legal en la ley del Estatuto de la Función Pública.

## **6. La proporcionalidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias y su relación con el principio de preservación o conservación del agente público.**

Por otra parte, parece increíble que aún en la actualidad haya en el seno de los órganos del Estado quienes aseveran —con ardid manipulador— que exclusivamente con la simple consagración de un catálogo sancionatorio y la reverencia de un riguroso ejercicio del poder punitivo disciplinario, mediante la implementación de un castigo “ejemplificante” y flagelo disciplinario —que concebiría al reproche disciplinario exclusivamente como un escarmiento subjetivo con elementos estigmáticos—, se corregiría automáticamente los entuertos de las conductas y los vicios de los agentes del Poder Público.

Esto solo acarrearía el peligroso trasfondo de la hipertrofia del elenco sancionatorio, lo cual no necesariamente implica en la realidad su correcta aplicación, pues en ocasiones se traduce en un exceso de punibilidad que desborda la proporcionalidad del reproche disciplinario en base al hecho generador de responsabilidad, que inclusive en algunas latitudes ha llegado a crear verdaderas zonas de conflicto al censurar desmedidamente conductas y comportamientos personales de la vida de relación privada desplegadas fuera del servicio y del ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, mientras obvian otros aspectos esenciales como la elevación moral,

ética, cultural, social, formativa y de retribución remunerativa de los operarios fundamentada en principios de mérito individual y capacidad en el desempeño de la función encomendada por la confianza social y por el ordenamiento jurídico que le permitirían ascender en una verdadera carrera administrativa distanciada de los avatares y presiones políticas.

La verdadera dimensión de la actividad disciplinaria impondría el cristalino ejercicio de la proporcionalidad administrativa y su relación con la eventual graduación de la sanción a imponer, para constatar racionalmente la congruencia necesaria entre los hechos materializados y comprobados y la gravedad de la falta disciplinaria por la responsabilidad exigida.

Esto necesariamente estaría conectado con la comprensión cabal del verdadero sentido de la moderna finalidad del poder disciplinario en el ámbito público, lo cual apuntaría efectivamente a fines estrictamente correctivos formativos y abandonaría la idea antigua de ser puramente un ejercicio de expurgación represivo punitivo de retaliación automática ante el incumplimiento de deberes funcionales, por lo que en la actualidad el Estado en áreas de la protección del principio de preservación o conservación del funcionario o agente público, solo permitiría la aplicación de sanciones de mayor gravamen — como sería la expulsión de la función pública por destitución — únicamente cuando se incurriera en eventos de tal magnitud que encuadren inequívocamente en faltas gravísimas comprobadas.

De darse la existencia de la mínima duda razonable en la aplicación de una sanción de menor gravamen siempre habría que acudir a imponer la sanción de menor intensidad para permitir que el infractor interiorice el reproche mejore su desenvolvimiento público — pues éste operario se supone fue elegido entre los mejores mediante concurso público de oposición, se asume que se ha invertido en su formación progresiva por lo tanto su conocimiento teórico práctico tiene un tangible valor económico protegible y se estima con un sujeto valorado por el mismo Estado — de allí que el ejercicio de la disciplina siempre propendería a imponerle sanciones en escalada, tratando que comprenda e interiorice el por qué se le

sanciona con miras a que evolucione individualmente y por ende su mejor gestión y actuación en la función pública, y esto se reporte en una mejoría para el servicio.

La idea de preservar al funcionario público, es consustanciada a la esencia y naturaleza de la función pública, por ende la exclusión del funcionario del estamento solo se produciría por excepción, cuando no quedase otro remedio jurídico inferior para corregir y persuadir la no reiteración de la conducta reprochable en el servicio, ya que de existir otra expresión de corrección inferior en gravamen debería ser ésta aplicada primariamente con preferencia y prioridad sobre las de mayor entidad, para efectivamente aleccionar al disciplinable y permitirle un mejor desempeño.

## **7. Prescripción de la acción disciplinaria como cortapisa temporal al poder disciplinario**

Igualmente queremos analizar el detalle la figura de la prescripción de la acción procedimental para perseguir hechos punibles disciplinarios, como una significativa institución garantística del derecho administrativo que erige un mecanismo liberatorio ante la inactividad o inercia administrativa, al desatender la activación del ejercicio de su poder disciplinario o la posibilidad de dimanar actos ablatorios sobre la esfera jurídico subjetiva del servidor público, en una oportuna temporalidad precisa impuesta por la Ley, por tano al superarse esa oportunidad cronológica e incurrir en mora de administrativa, traería consecencialmente como efecto la perdida sobrevenida del interés estatal para generar eventuales iniciaciones de oficio o el poder para decidir.

Esto en realidad no se configura como una sanción para la Administración Pública morosa o inercial, sino como institución que otorgue seguridad jurídica y tutela a los derechos fundamentales de los posibles involucrados, como por ejemplo sería la tutela efectiva del derecho a la defensa, en relación a recordar hechos o fechas precisas, accesar a pruebas que por su naturaleza pudiesen desaparecer por ser perecederas o deteriorarse por el trascurso fatídico del tiempo, así como otras circunstancias de variada índole que pudiesen ser envilecidas e imputable a la demora, retardo o dila-

ción injustificada de la activación o materialización de los poderes sancionatorios entregados al órgano público.

Es usual que en el derecho comparado nos encontremos con figuras muy similares, como el caso Argentina, en el artículo 37 de la Ley 25164 Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, que prevé que “los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, con las salvedades que determine la reglamentación, se computarán de la siguiente formas: a) causales que dieran lugar a la aplicación del apercibimiento y suspensión: seis (06) meses; b) Causales que dieran lugar a la cesantía: un (1) año; c) causales que dieran lugar a la exoneración: dos (2) años. En todos los casos, el plazo se computará a partir del momento de la comisión de la falta”.

Del mismo modo, en Colombia en el artículo 30 del Código Disciplinario Único de los Servidores Públicos previsto en la Ley 734 de 2002, al consagrar los términos de prescripción de la acción disciplinaria y manifestar que “la acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto”.

Pero además también erige con atinada precisión, que la prescripción de la sanción disciplinaria en su artículo 32, al patentizar que “la sanción disciplinaria prescribe en un término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del fallo. Cuando la sanción impuesta fuere la destitución e inhabilidad general o la suspensión e inhabilidad especial, una vez cumplidas se producirá la rehabilitación en forma automática, salvo lo dispuesto en la Carta Política”.

## **8. Principios rectores del derecho disciplinario y su distancia de los contenidos del derecho Penal**

Por un automatismo conceptual de cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, existe la perniciosa y errada tendencia de identificar o asimilar irreflexivamente a los contenidos del Derecho Disciplinario con los del Derecho Penal, trasladando desacertadamente por reflejo los principios, razonamientos, silogismos e inclusive efectos de uno en el otro, sin percatarse que tales materias

obedecen a nociones y regímenes jurídicos totalmente diferentes y diferenciables.

Esa desacertada predisposición, tiene su asidero, por una parte, al mecánicamente concebirse ambas ramas jurídicas como exclusivamente de orden sancionatorio coactivo de las conductas o comportamientos humanos; desorbitando y sobrevalorando como elemento vertebral de su discusión, al castigo, reproche, sanción o punición, como el corolario del ejercicio de la potestad estatal para increpar y establecer dicha responsabilidad individual e infligir la penalidad correspondiente.

Sin embargo, en la actualidad el Derecho Disciplinario dista de esa posición simplista, ya que no es puramente sancionatorio, como equivocadamente se ha difundido por esa atávica aproximación penalista.

Su verdadera naturaleza es formativa correctiva de los miembros pertenecientes al estamento, en procura de la observancia, interiorización y cumplimiento espontáneo de reglas de conductas y comportamientos esperados, preordinados por los mandatos preestablecidos por el ordenamiento particular que rijan a esa singular agrupación o corporación.

Tiene una primera intención eminentemente preventiva educativa persuasiva, — poco visualizada y difundida —, para precaver desobediencias o contravenciones de los parámetros preestablecidos, respeto a los superiores y sus mandatos y ordenes jerárquicas válidas, pero además tiene un propósito subsidiario de índole represivo, activado como consecuencia de la infracción de la conducta esperada, al incurrir en el tipo de reprochable previsto en la norma como falta por violación o quebrantamiento de los deberes funcionariales, por ende, la sanción es solo un mecanismo o instrumento de ordenación pedagógico de un colectivo especial.

En contraste, el Derecho Penal de política criminal pretende sustituir la vindicta privada de hacerse justicia por sí mismo, en búsqueda de la vindicta pública que despersonalice el conflicto al sustituirse por el ejercicio de la Heterotutela, accediéndose a una administración de justicia estatal que proteja bienes y valores cuya tutela resulte imprescindible para la existencia de la sociedad, tan-

to de naturaleza personales, reales y colectivos, en consecuencia, todo hecho punible supondrá, por lo menos, un peligro tangible para un bien jurídico protegido.

Su eje orbita en torno al concepto de hecho punible y reprochabilidad, al encuadrar conductas humanas en la descripción realizada por el tipo normativo o tipicidad calificada como antijurídico por el ordenamiento jurídico, siempre que se compruebe que el autor es imputable a título de dolo o culpa.

Su desarrollo doctrinal y jurisprudencial obviamente fue con mucha anterioridad al Derecho Disciplinario, por lo cual se suele usar como precedente remoto o referencia precaria de aspectos garantísticos de éste, hasta muy reciente data, cuando finalmente ha sido incipientemente estudiado y difundido en el derecho comparado.<sup>11</sup>

Al respecto la Sala I de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo Federal de la República de Argentina, ha sostenido sobre el particular cuanto sigue:

«...la diferenciación sustancial de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial con la penal es la que posibilita su eventual investigación y sanción independiente en relación a un mismo hecho, sin violar el principio constitucional del *non bis in ídem*. Ello es así porque cada una se refiere a aspectos distintos y complementarios del régimen de la responsabilidad pública, pudiendo configurarse – en forma simultánea o independiente – sanciones disciplinarias – sobre la carrera administrativa del agente, por su incumplimiento laboral – sanciones patrimoniales – con obligación de resarcimiento, por el daño económico producido al organismo –, ambas de carácter contractual y, en su caso, sanciones penales – por la comisión de un delito –»<sup>12</sup>

---

11 Es por ello un grupo de académicos de diversos países, se reunieron en julio del 2009 en Bogotá Colombia y fundaron la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, con el compromiso de reunir a todas las Asociaciones e Instituciones Académicas de diversos países para el estudio y desarrollo del Derecho Disciplinario.

12 Expediente 27343/1995. Gendarmería Nacional c/ Montes Jorge Félix s/ Proceso de Conocimiento. CNACAF. Sala I. 28 de agosto de 2001

Es dable señalar que la distinción que la responsabilidad civil no es uniforme, pues en las legislaciones de otros países se contempla la responsabilidad civil a la que aquí entendemos como patrimonial.

Para establecer una diferencia, se apunta a que aquélla se refiere a los daños ocasionados por el agente a terceros, es decir a los administrados, situación que no se presenta en la patrimonial, que solamente se relaciona con los daños producidos a los bienes de la administración.<sup>13</sup>

Ambas responsabilidades poseen un objeto resarcitorio, pero su procedimientos y ámbitos de aplicación son diferentes.

Según nuestro modesto criterio — el objeto jurídico por el régimen disciplinario funcional es la eficiencia u optimización del servicio, mediante el acatamiento irrestricto de deberes formales preestablecidos como parámetros estatutarios y el rendimiento en el servicio público por parte del agente o funcionario público, independientemente sea de carácter administrativo, judicial, o de otra naturaleza, para garantizar la buena marcha y desenvolvimiento en la actividad estatal que persigue el logro de fines y cometidos de interés público y general mediante el cumplimiento de los mandatos normativos.

De esta manera, no cabe ninguna duda, que sobre los servidores públicos giran palpables obligaciones impuestas por la existencia de un orden preestablecido confeccionado por el legislador y eventualmente derivado en normas sub legales, a través del cual es establecen límites formales a su gestión cotidiana, que de ser conculcado por sus acciones u omisiones, constituirían tangibles incumplimientos, que pudieran ser catalogados como faltas por trasgresión de obligaciones formales, en alguno de los supuestos de hecho de los tipos sancionatorios consagrados por el ordenamiento jurídico como generadores de responsabilidad individual disciplinaria.

---

<sup>13</sup> Los presupuestos que deben reunirse en la responsabilidad patrimonial son: a) el daño; b) la imputación jurídica del daño; y c) relación de causalidad.

## 9. A modo de cierre

Este breve ensayo trato de establecer los criterios actuales que deben ser tenidos en cuenta para establecer las responsabilidades de los funcionarios o agentes públicos, y que por ende, se remite a los principios de la función pública y de la organización estatal.

Responsabilizar es un acto de justicia. Un funcionario público se encuentra dotado de un conjunto de potestades, facultades y deberes que no sólo le señalan el marco de su competencia, sino también la esfera y el ámbito de su responsabilidad.<sup>14</sup>

De esta manera en una primera aproximación, la responsabilidad disciplinaria se nos presenta ante una falta de servicio cometida por el agente o funcionario público en trasgresión a las reglas de la función pública, y se configura más que como una relación represiva, en una de tipo preventivo, orgánico, y sistemático, para propiciar y regularizar su propósito ceñido al cauce del interés general.

Como bien lo señala Rodríguez Arana-Muñoz al abordar la responsabilidad del funcionario público:

«[...] la administración pública no es únicamente esa fría máquina de la que nos hablaba Max Weber, que ejecuta fríamente y neutralmente la ley, sino que la administración pública está compuesta por personas que con defectos o virtudes procuran hacer lo mejor que pueden su trabajo y que a veces incurren en dolo, negligencia o culpa en su trabajo cotidiano. Supuestos en los que parece lógico que no responda única y exclusivamente la administración, sino que responda, porque es el causante del daño, el funcionario que actúa en determinado sentido y que provoca una determinada lesión o perjuicio en un derecho o en un bien de un ciudadano»<sup>15</sup>

---

14 Ergo, se ha sostenido que atribuir competencia implica asignar responsabilidad. La competencia que le fue asignada al agente o funcionario público tiene su correlato: la responsabilidad de ejercerlo dentro del marco legal, asegurando el mejor y más eficiente servicio tendiente al logro del bien común.

15 Obra citada, pág. 29

Ciertamente quizás dentro de las actividades estatales no existe una labor más sensible para el logro de una buena administración, para la mejoría de su operatividad y para la depuración de sus distorsiones y desvíos que la actividad disciplinaria, como el más efectivo aceite que hace operar los engranajes del aparato estatal en el cumplimiento del ordenamiento preestablecido, pues en la medida que la disciplina sea una tarea natural y fluida, apegada a derecho y ejercida asépticamente hacia sus reales fines correctivos, responsabilizando a sus operarios públicos individualmente por sus conductas activas o pasivas —ya sea por hacer o dejar de hacer cuando estuviesen obligados a actuar— no con puramente ánimos retaliativos bajo una simplista visión punitiva sino hacia fines formativos y redireccionantes de las conductas erradas de sus operadores, como muestra de una recta conducción estatal, es que se redundaría automáticamente en una mejora del servicio y en buena marcha hacia el progreso de esa sociedad.

Es decir, el llamado Estado de derecho —y mejor, Estado de justicia— haría burla del derecho y de la justicia si se eximiera de responsabilidad a quienes obran por él.

Sin embargo, la recta aplicación de la disciplina en el ámbito público dependerá de dos cosas fundamentales, por una parte, el respeto inequívoco del principio de legalidad y sus implicancias de aplicación de las formas y garantías procedimentales, y por otra, el entendimiento exacto de la verdadera dimensión de la finalidad del ejercicio disciplinario con miras a logros correctivos formativos y no en un ejercicio de simple de mera punición.

Finalmente, creemos que resulta de gran importancia mencionar los criterios para la imposición de las sanciones, a saber:

- La gravedad de la responsabilidad y la conveniencia de suprimir prácticas ilegales.
- Las circunstancias socioeconómicas del servidor público.
- El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio.
- Las condiciones exteriores y los medios de ejecución.
- La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones.

- El monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.

Por último es menester señalar que la existencia del Estado de derecho implica que la actuación de la administración y los administrados deba desarrollarse necesariamente, bajo un orden jurídico preestablecido, mediante el cual se delimitan los derechos de la población y se establece la competencia de las autoridades.

La particular situación que presentan los trabajadores del Estado los sujeta a una regulación especial en razón de su participación en el ejercicio de la función pública, de tal forma que cuando en el desempeño de sus funciones incumplen con las obligaciones que la ley les impone, se hacen acreedores a sanciones, las cuales pueden presentar características diferentes, en razón del régimen legal aplicable, de los órganos que intervienen en los procedimientos para su aplicación, y de la jurisdicción a cuya competencia corresponde su conocimiento.

Es decir, cuando los servidores públicos lesionan valores protegidos por las leyes penales, la responsabilidad en que incurrir es penal, y, por lo tanto, les serán aplicables disposiciones y los procedimientos de esa naturaleza; cuando realizan funciones de gobierno y de dirección y afectan intereses públicos fundamentales o el buen despacho de los asuntos, dan lugar a la responsabilidad política; y cuando en el desempeño de su empleo, cargo o comisión incumplen con las obligaciones que su estatuto les imponen para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública, la naturaleza de la responsabilidad es de carácter administrativo.

Haciendo nuestra las expresiones de Martha Lucia Bautista Cely y Fabio Hernández Ramírez, concluiremos que:

«El control disciplinario es un sistema indispensable de la Administración Pública en la medida que, como o ha dicho la Honorable Corte Constitucional, el mismo se orienta a garantizar que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad, para la protección de los derechos y libertades de los asociados. De esta manera, el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige de los servidores públicos un

determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, pues los servidores públicos responden no sólo por infracción a la Constitución Política, a las leyes y los reglamentos sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (ver Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 199.; Sentencia C-251 de 1994; Sentencia 427 de 1994; Artículo 6 de la CP»<sup>16</sup>

Como es fácil observar, aunque estemos a muchos kilómetros de distancia nuestras realidades e inquietudes ante problemas cotidianos, y las actitudes positivas y negativas de nuestros servidores públicos son más parecidas de lo que a veces creemos, y aunque a veces no nos hemos percatado nuestros ordenamientos jurídicos instintivamente han apuntado a consagrar soluciones por lo general muy parecidas y en momentos hasta idénticas, lo curioso y paradójico de todo esto es que usualmente buscamos modelos importados de latitudes ajenas muy distantes y con realidades diferenciadas a nuestra identidad latinoamericana, en vez de voltear a ver qué hacen nuestros vecinos íntimos, sin embargo, por fortuna en ocasiones excepcionales — como las que nos convoca esta vez en Perú — podemos descubrir nuestras coincidencias, fortalezas e infortunios y celebrar nuestra hermandad académica en la búsqueda de una mejor sociedad.

Esta tesis no supone verdad. Simplemente es mi punto de vista. Bienvenido sea del debate.

## 10. Bibliografía

- a. Arbeláez Jaime Ossa. Derecho Administrativo sancionador: hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Editorial Legis. Bogotá. 2000
- b. Ayala Caldas, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo disciplinario en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Santafé de Bogotá. 1995.

---

16 Bautista Cely, Martha Lucia, Hernández Ramírez, Fabio. El Control interno en las entidades estatales. Ediciones Nueva Jurídica. 2010, pág. 101

- c. Barreto Ardila, Hernando. Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Santafé de Bogotá. 1999
- d. Bautista Cely, Martha Lucia. Hernández Ramírez, Favio. El Control Interno en las Entidades Estatales. Ediciones Nueva Jurídica. 2010
- e. Bachellar Filho, Romeu Felipe. Principios Constitucionais do Proceso Administrativo Disciplinar. Ed. Max Limonad. 1998
- f. Bandeira de Melo, Celso Antonio. Elementos de Direito Administrativo. Ed. Malheiros. Sao Paulo. 1986  
 \_\_\_\_\_; Direito Administrativo. Ed. Malheiros. Sao Paulo. 1995  
 \_\_\_\_\_; Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros. 10° edición. Sao Paulo. 1998.
- g. Bautista Junior, Onofre Alves. O poder de Polícia Fiscal. Ed. Mandamentos. Belo Horizonte. 2001.
- h. Beznos, Clovis. Poder de Polícia. Ed. Revista dos Tribunais. Sao Paulo. 1979
- i. Bianchi, Alberto B. Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Ed. Abaco. Buenos Aires. 1999
- j. Bidart Campos, German. Inmutabilidad de los actos otorgantes de un beneficio previsional, en Estudios de Previsión Social y Derecho Civil. Buenos Aires. 1968  
 \_\_\_\_\_; Principios de Derecho Administrativo. Ed. Depalma, 3° Edición. Buenos Aires. 1963  
 \_\_\_\_\_; Sobre lo contencioso administrativo. Ed. Librería Castelví, 3° Ed. Santa Fe. 1964
- k. Blanchet, Luiz Albeto. Curso de Direito Administrativo. Juruá Editora. Curitiba. 1998
- l. Blanco, Sindulfo. La jurisdicción administrativa. Tesis doctoral. UNA.
- m. Carranza Torres, Luis R. El procedimiento Administrativo en la ciudad de Buenos Aires. Ed. Alveroni. Córdoba. 2002.
- n. Casagne, Juan Carlos. La ejecutoriedad del Acto Administrativo. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1971

- \_\_\_\_\_ ; La intervención Administrativa. Ed. Abeledo-Perot. Buenos Aires. 1994
- \_\_\_\_\_ ; Manual de Derecho Administrativo. 2 (dos) Tomos. Editorial Ed. Abeledo-Perot. Buenos Aires. 2005
- o. Claria Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1998
- p. Cretella Junior, José. Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense. 15° Edición. Rio de Janeiro. 1997.
- q. Comadira, Julio Rodolfo. Acto Administrativo Municipal. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1992
- r. Correa Freitas, Ruben; Vazquez, María Cristina. Manual de Derecho de la Función Pública. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 1° Edición. Montevideo-Uruguay. 1998
- s. Correa Souza de Oliveira, Fabio. Por una teoría dos principios. O principio constitucional da razonabilidades. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2.003
- t. De Aguiar Dias, Jose. Da responsabilidad civil. 2° Volumen. Ed. Forense. 8° Edición. Rio de Janeiro.
- u. Dromi, Jose Roberto. El procedimiento administrativo. Ed. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1986
- \_\_\_\_\_ ; Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1987
- \_\_\_\_\_ ; Manuel de Derecho ADministrativo. Tomo II. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1987
- v. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. 42° Edición. México. 2.002
- w. García de Enterría, Eduardo; Fernandez, Tomas-Ramon. Curso de Derecho ADministrativo. Tomo I y II. Ed. Civitas. 8° Edición. Madrid. 1997.
- x. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I y II. Ed. Tecnos. 10° Ed. Madrid. 1992
- y. Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. Ed. Saraiva. Sao Paulo. 1989
- z. Gonzalez Dominguez, Flaviano. Aspectos procesales del contencioso administrativo. Asunción. 1979

## TEMA 5

---

# Los derechos fundamentales y el método de la ponderación. Un análisis desde la teoría de R. Alexy

Gerardo Durango Alvarez

**Gerardo Durango Alvarez.** Abogado. Doctor en Derecho: derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid (España), Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Director del grupo de investigación: Derechos fundamentales y teoría política, clasificado en C por Colciencias. Autor de los libros: *El principio discursivo y los derechos fundamentales*, (editorial española EDE, 2012), *Inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana* (Diké-Universidad Nacional, 2011), *Democracia deliberativa y derechos fundamentales* (Bogotá, Temis, 2006), *Habermas y los derechos fundamentales* (Universidad Autónoma Latinoamericana, 2006). Coautor del libro: *La participación política como derecho fundamental*. (Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2013). Autor de varios artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. [gadurango@unal.edu.co](mailto:gadurango@unal.edu.co), [gerardodurango@yahoo.es](mailto:gerardodurango@yahoo.es)

*“La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas”.*

(Habermas)

## **Introducción**

La ponderación es un método que le ayuda al juez aplicar al caso concreto los derechos fundamentales. En términos generales, la teoría de la ponderación ha sido expuesta y desarrollada sistemáticamente por un autor como R. Alexy. Esta autor parte inicialmente del postulado que si se observan en el debate judicial las reglas racionales discursivas que él enuncia –deudoras de la teoría habermasiana–, la decisión tomada por los jueces, al ponderar todas las circunstancias del caso en concreto, deben pretenderse correctas. La racionalidad y las reglas de la argumentación serían así, un requisito de la corrección de los enunciados normativos singulares –las sentencias, por ejemplo–, dado que, en general, la corrección se obtiene después de haberse discutido racionalmente las razones que justifican las proposiciones que presentan los sujetos que intervienen en el discurso práctico.

### **Palabras claves:**

**Ponderación, reglas del discurso, Alexy, Ley de la ponderación, proporcionalidad, derechos fundamentales**

## **1. La teoría de la ponderación en el planteamiento de R. Alexy**

Para un autor como Robert Alexy (1999: p. 18), la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general, el cual ha de fundamentarse a partir de un procedimiento discursivo imparcial; mismo que es retomado de la teoría expuesta por J. Habermas (1998: p. 375), el cual dice que: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento

como participantes en discursos racionales”<sup>1</sup>. De esto se colige que el principio del discurso, vincula a los Tribunales Constitucionales a examinar el contenido controvertido de las normas en conjunto con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales democráticas de los derechos fundamentales<sup>2</sup> de participación política.

Partiendo de estos conceptos teóricos, Alexy afirma que: “las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica”. (Alexy, 1989: p. 178). Por tanto, la importancia del juez en un estado democrático de derecho es fundamental para proteger los derechos fundamentales obstruidos en la práctica, Este tiene entre otras funciones, ofrecer razones ponderadas a favor o en contra de las disposiciones legislativas que afecten, vulneren o desarrollen derechos fundamentales, apoyándose para ello en el principio de proporcionalidad<sup>3</sup>.

En términos generales, la tesis de Alexy consiste en afirmar que si se observan en el debate judicial las reglas racionales discursivas<sup>4</sup> que él enuncia –deudoras de la teoría habermasiana–, la decisión tomada por los jueces debe pretenderse correcta. La racionalidad y

---

1 Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, 1998, pàg. 142.

2 Una definición sobre derechos fundamentales que se sigue en este trabajo, es la expuesta por el Tribunal Constitucional español cuando dice: “La función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva desde la que también resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles”. STC 245/1991, F.J 5º.

3 El principio de proporcionalidad ofrece elementos valiosos al juez para analizar la validez, legitimidad y fundamentación de las normas adscritas. En esta perspectiva es donde el principio discursivo habermasiano, ofrece criterios relevantes para la fundamentación de las proposiciones normativas, mediante el procedimiento democrático, que al igual que el primero, también utiliza las reglas de la argumentación racional. Ver al respecto BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 2003. p. 489.

4 El principio de universalidad en Alexy se expresa de la siguiente manera: “todo lo que es como esto debe ser tratado igual” o “la misma razón rige en todos los casos similares”. Ver. *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, 1989, p. 79. En cuanto a las reglas, Alexy propone, entre otras reglas, las siguientes: “quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso”, “todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma”, “quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra está obligado a fundamentarlo”, o “quien afirma una proposición normativa debe aceptar las consecuencias en el evento que le fuera aplicable”. *Ibid.*, p. 293.

las reglas de la argumentación<sup>5</sup> serían así, un requisito de la corrección de los enunciados normativos singulares –las sentencias, por ejemplo–, dado que, en general, la corrección se obtiene después de haberse discutido racionalmente las razones que justifican las proposiciones que presentan los sujetos que intervienen en el discurso práctico.

Con estos elementos conceptuales, Alexy considera que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios, los cuales ordenan que los derechos realicen en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy: 1989, p. 86). Son *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas las cuales deben ser ponderadas<sup>6</sup>. Por su parte, las *Reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Los principios<sup>7</sup>, por el contrario,

---

5 Para Alexy son las siguientes: "1. ningún hablante puede contradecirse –principio de no contradicción–, 2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree –sinceridad en la discusión–, 3. Todo hablante que aplique un predicado f a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar f también a cualquier otro objeto igual a en todos los aspectos –uso de expresiones descriptivas–, 4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados –inteligibilidad del lenguaje–. Ibid., ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 185-187.

6 La ponderación supone "sopesar" los argumentos que juegan a favor o en contra, en cuanto a las posibilidades jurídicas y fácticas, conforme al fin legítimo perseguido por la Constitución. Permite analizar y criticar hasta donde han sido protegidos o restringidos en exceso los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos y privado. Ver al respecto ALEXY, R. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales". (BERNAL PULIDO, Carlos, Trad.). En: Revista Española de Derecho Constitucional. No. 66, (2002). p. 28. La ponderación asume la Constitución como marco abierto a la interpretación, a nuestro modo de ver esto matiza las objeciones que Habermas ha dirigido a los principios como mandatos de optimización en tanto suprimen las competencias del legislador. En este sentido, creo que el autor estaría de acuerdo con la ponderación, siempre que ésta se realice sobre las normas adscritas interpretadas conforme al principio democrático. A esta acción Alexy la denomina *margen de acción epistémico*, que consiste en que si no existen criterios razonablemente discutidos que jueguen a favor del principio de idoneidad o necesidad, debe darse el margen de competencia para la restricción de los derechos fundamentales por parte del legislador, esto es, poder demostrar argumentativamente que las decisiones a que ha llegado el legislativo garantizan en mayor grado los derechos fundamentales que otras decisiones.

7 Para Habermas, la aplicación del derecho no debe hacerse desde un orden de valores, al respecto menciona: "la aplicación del derecho orientada por principios ha de entenderse acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores". Ibid., Habermas, *Facticidad y validez...*, p. 324.

contienen mandatos de optimización conforme las posibilidades fácticas y jurídicas.

De acuerdo con la propuesta de Alexy, éstos funcionan como un test que le ayuda al juez constitucional a fundamentar racionalmente sus decisiones cuando ejerce como garante de los derechos fundamentales de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. En este orden de ideas, para Alexy el Tribunal Constitucional funge como una instancia de reflexión del proceso político (Alexy: 2000, p. 41). No en vano afirma que la ponderación es la forma más adecuada de aplicar los principios jurídicos como normas que tienen la estructura de mandatos de optimización; los cuales ordenan que algo sea realizado dentro en la mayor medida posible.

La doctrina y la jurisprudencia<sup>8</sup> –sobre todo la alemana<sup>9</sup>– ha desarrollado en extenso el principio de proporcionalidad, entendiendo por éste, aquel mecanismo que le ayuda al juez a identificar y analizar hasta dónde puede llegar la limitación de los derechos fundamentales y, si es admisible y legítima constitucionalmente. En este contexto, el Tribunal Constitucional Español ha dicho, respecto del principio de proporcionalidad, que: “Conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución especialmente argumenta-

---

8 Al respecto dice el Art. 9. 3 de la Constitución Española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado afirmando que: “la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones”. Sentencia C-916 de 2002.

9 Como afirma Alec Stone Sweet: “En 1963, la Corte (alemana) sugirió que aplicaría el análisis de la proporcionalidad en todos los casos en que se restringiera un derecho, y en 1965 anunció, sin apoyarse en citas que `en la República Federal alemana, el principios de proporcionalidad posee estatus constitucional””. Sweet Stone, *Proporcionalidad y Constitucionalismo. Un enfoque comparativo mundial*. Universidad Externado de Colombia, 2013. P. 79.

da y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin constitucionalmente legítimo”<sup>10</sup>.

Menciona Alexy que el principio de proporcionalidad es una medida de prohibición de exceso en la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador, el cual tiene a su vez tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. –En este trabajo se hace hincapié en el tercer sub-principio, esto es, en la ponderación–.

## 2. Ponderación y derechos fundamentales

En este sentido, los derechos fundamentales requieren de la ponderación para poder ser interpretados y aplicados a las situaciones concretas, es acá donde entra en juego la teoría de la ponderación desarrollada por Alexy, quien para esto introduce la ley de la ponderación de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy: 2007, p. 61). Por consiguiente se debe:

- 1) Ponderar ARGUMENTATIVAMENTE el grado de la NO satisfacción o de afectación de uno de los principios. –En este caso principio P1–.
- 2) Ponderar ARGUMENTATIVAMENTE la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. –En este caso principio P2–.

Por tanto, si se ponderan, derechos fundamentales en colisión como el derecho al honor y el derecho fundamental a la información se puede seguir una escala triádica, asignándole a cada derecho en colisión un valor numérico:

- Leve  $2^0 = 1$
- Medio  $2^1 = 2$
- Grave  $2^2 = 4$

Un ejemplo al respecto, lo trae Alexy en *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*:

---

<sup>10</sup> Sentencia STC 207 de 16 de diciembre de 1996.

Una Revista satírica llamada “TITANIC” –donde incluía una serie de sátiras a las siete personalidades más lamentables–, señala a un oficial retirado de las fuerzas armadas, que ha sufrido un accidente de tráfico, “ASESINO NATO”, en una primera reseña y “TULLIDO” en una segunda ocasión. El militar interpone una demanda por violación del derecho a la honor y a su dignidad, por las injurias sufridas por las publicaciones de la revista.

Si se aplica –de una manera muy sintética– la ponderación y la fórmula del peso desarrollada por R. Alexy, quedaría:

- Derechos Fundamentales en colisión: DERECHO AL HONOR Vs. DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

- La fórmula –expuesta por Alexy con todas las complejidades se encuentra en el *Epílogo*. Aquí utilizo algunas variaciones formales para fines pedagógicos– utilizada para ponderar los derechos en colisión en este ejemplo son:

**1) Para el insulto de TULLIDO:**

$$P_x, P_y C = \frac{G_{Ax} \cdot P_{Ax} \cdot S_x}{G_{Ay} \cdot P_{Ay} \cdot S_y}$$

De 1) se sigue que: P1(GAx) Derecho al honor = grave. 2<sup>2</sup> = 4 \* (PAx) peso abstracto (dignidad) 2<sup>2</sup> = 4 \* (Sx) premisa empírica (injuria) = 1. Esto da: 4\*4\*1= 16.

De 2) se tiene que: P2 (GAy) libertad de información revista. Medio 2<sup>1</sup> = 2 = 2 \* (PAy) peso abstracto (publicidad) Medio 2<sup>1</sup> = 2 \*(Sy) sátira = 1. Esto da: 2\*2\*1 = 4. .

Esto es, en 1) se obtiene un valor de 16 y en 2) se obtiene un valor de 4, por lo que llamar Tullido al militar de la reserva, –se pondera P1/P2 (16/4) que es igual a 4–. Para la Corte, tiene mayor peso, en este caso, el derecho fundamental al honor del militar sobre el derecho a la publicidad de la Revista, en tanto que la sátira fue “humillante”. Por consiguiente, la Revista debe indemnizar al demandante.

## 2) Para el insulto de llamarlo: ASESINO NATO:

Si se aplica la misma fórmula se tiene:

$$P_{x,y}C = \frac{G_{Ax} \cdot P_{Ax} \cdot S_x}{G_{Ay} \cdot P_{Ay} \cdot S_y}$$

P1(GAx) Derecho a la libertad de información = grave.  $2^2 = 4 * (P_{Ax})$  peso abstracto (publicidad)  $2^2 = 4 * (S_x)$  premisa empírica (llamarlo despectivamente) =  $16$

P2(GAy) Derecho a la personalidad del oficial. grave  $2^2 = 4 * (P_{Ay})$  peso abstracto (publicidad) Medio  $2^1 = 2 * (S_y)$  sátira = 1. Por tanto:  $2^2 * 4 * 1 = 8$ .

Así, de la colisión entre el principio P1/P2, se protege en este caso el derecho fundamental a la información de la revista por encima del derecho a la personalidad del oficial. Así 16/8 es 2 Razón por la cual la revista –según el Tribunal Alemán– no tiene que indemnizar al militar por llamarlo asesino nato.

Un segundo ejemplo válido en este contexto se basa en una decisión del Tribunal Constitucional español, quien analiza y aplica la ponderación de derechos fundamentales en colisión entre el derecho a la vida –art.15 CE– y la libertad religiosa<sup>11</sup> –art.16 CE–. El caso se aborda en la STC 154/2002. Los hechos, de manera general son<sup>12</sup>:

11 Un caso similar fue resultado de la misma manera por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T- 411 de 1994, respecto a la libertad de cultos –art. 19 CN y el derecho a la vida del menor, art. 44 de la CN. Un análisis de esta sentencia puede verse en Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, Doxa, número, 26, 2003.

12 Dice al respecto la sentencia del Tribunal español: “Los acusados Pedro Alegre Tomás, agricultor, y su esposa Lina Vallés Rausa, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos Alegre Vallés, quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor Marcos tuvo una caída con su bicicleta el día tres de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia; tres días después, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamien-

- La existencia de un menor de edad -13 años-, hijo de los padres quienes siguen la religión de Testigos de Jehová.
- A los padres de les condena penalmente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por omisión de incumplimiento de la posición de garante<sup>13</sup> ante el menor de edad quien necesitaba de una trasfusión de sangre.
- La omisión de los padres se fundamenta en sus creencias religiosas, esto es, es mejor -según el argumento de los padres- permitir que el hijo muera digno y puro que no indigno, pues la transfusión de sangre no es permitida por la religión de los Testigos de Jehová.

Con estos elementos concluye el Tribunal Constitucional español que: “En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional,

---

to alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también profesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización al Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de Septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento procedente.- Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus creencias”.

13 El Código Penal Colombiano señala en su artículo 25 que: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”.

Si se aplica la fórmula del peso<sup>14</sup> a este caso, propuesta por Alexy, se tiene:

$$P_x, P_y C = \frac{G_{Ax} \cdot P_{Ax} \cdot S_x}{G_{Ay} \cdot P_{Ay} \cdot S_y}$$

De donde:

P1(GAx) Derecho a la vida= grave.  $2^2 = 4 * (P_{Ax})$  peso abstracto.  $2^2 = 4*(S_x)$  premisa empírica = 1. Por consiguiente  $4*4*1= 16$

P2 (GAy) libertad de cultos. Medio  $2^1 = 2 * (P_{Ay})$  peso abstracto. Medio  $2^1 = 2^*$  (Sy) premisa empírica = 1. De esto se sigue:  $2*2*1 = 4$ . Por tanto al dividir el P1/ P2 se obtiene  $16/4= 4$ .

Acà el Tribunal Constitucional protege el derecho a la vida del menor sobre los derechos religiosos de los padres, pues el derecho a la vida, màxime si es la de un menor, tiene un mayor peso, constitucional frente a los derechos religiosos de los padres.

Un tercer ejemplo sobre el principio de proporcionalidad<sup>15</sup>, donde la Corte interamericana aplica la ponderación al caso concreto

<sup>14</sup> Es de aclarar que el Tribunal Constitucional español no aplica la fórmula del peso tal como se gráfica en este trabajo, los cambios son nuestros.

<sup>15</sup> En una sentencia reciente, el Tribunal Constitucional español se refiere al principio de proporcionalidad en materia laboral. La sentencia en mención es la STC 170/2013, allí dijo el alto Tribunal que: “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal

se encuentra en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*<sup>16</sup>, sentencia de 6 de agosto de 2008. En ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acude a la ponderación como mecanismo imparcial de toma de decisiones. Parte de la situación especial de que una persona se haya presentado, como candidato independiente, a las elecciones presidenciales de México para el año 2006, sin acudir a los tradicionales partidos políticos para obtener su postulación. La Corte busca identificar si la normativa interna contraviene los derechos establecidos en la Convención Americana, en especial analiza el Art. 23.1 de la Convención, para retomar el principio de ponderación y los tres subprincipios<sup>17</sup> que se derivan de éste. La interpretación es la siguiente:

- a) Determinar si la medida tomada por el Estado Mexicano satisface una necesidad social imperiosa –idoneidad respecto a la finalidad constitucional y Convencional–, esto es, si con la decisión tomada se protege un interés público constitucional como el de la participación política.
- b) Establecer si la restricción de la medida es la esencial e indispensable como medida de afectación en menor grado posible del derecho fundamental. –Necesidad para lograr el fin legítimo constitucional y Convencional–.
- c) Analizar si la intervención, intervención o desarrollo en uno de los derechos fundamentales en colisión está justificada con la consecución del objetivo legítimo determinado en el Art. 23 de la Convención. –Proporcionalidad en sentido estricto–.

---

propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3)”.

16 Este caso fue expuesto en: Durango Gerardo, José Valencia y Mayda Marín. *La participación política como derecho fundamental*. Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2013, p. 38 y ss.

17 El Tribunal Constitucional Español ha dicho sobre la ponderación –STC 207 de 16 de diciembre de 1996– que: “Conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin constitucionalmente legítimo”.

En cuanto al primer subprincipio mencionado anteriormente en a), respecto a la idoneidad, adujo la Corte, dándole la razón al Estado Mexicano, que el hecho de postular candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas y sociales, siendo por consiguiente más apropiado que los partidos políticos postulen a los candidatos a cargos de elección popular mediante el voto. Por tanto, la necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos políticos, obedece a la búsqueda y conformación de partidos sólidos y fuertes dentro de una sociedad de más de 75 millones de electores, circunstancia que imposibilitaría la reglamentación política para todas aquellas personas que quisieran postularse de forma independiente y sin pasar por el crisol y control de los partidos. Para la Corte, aunque existe un descrédito generalizado respecto de los partidos políticos, no considera de gran importancia, para una democracia, como la mexicana, la postulación a cargos de elección popular por parte de candidatos independientes.

Por tanto, la Corte, aprecia que el medio más idóneo es que los partidos políticos puedan postular a los diversos candidatos a cargos de elección popular. Como puede verse, esta tesis es contraria a la sostenida en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en la que la Corte claramente estableció que la participación en las elecciones regionales, de los representantes de las comunidades indígenas, no requiere o exige estar respaldados o avalados por partidos políticos. En el caso *YATAMA* se protegió, por parte de la Corte Interamericana, la pluralidad y valores tradicionales de esta comunidad en tanto ha sido excluida históricamente, teniendo realmente la posibilidad de elegir directamente a sus representantes políticos como mecanismo básico de ampliación de los espacios de participación y representación política. En el caso en análisis del señor Castañeda, primó la normativa interna mexicana que establece el fortalecimiento de los partidos políticos por encima de la creación de candidaturas independientes promovida por individuos. La protección y defensa de los partidos políticos lleva a la Corte a indicar que:

En el presente caso la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una medida idónea

para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana<sup>18</sup>.

Respecto al segundo subprincipio señalado anteriormente en b), esto es, acerca del principio de necesidad como fin legítimo de la medida tomada, respecto a la posibilidad de que una persona se presente de forma independientemente a un cargo de elección popular, el argumento de la Corte, en principio parece aceptar que la postulación a cargos públicos con el aval de un partido político o por candidaturas independientes, es compatible con la Convención conforme al Art. 23. Sin embargo, el fin legítimo perseguido, al sentir de la Corte, debe ser ponderado y corresponde a los Estados fijarlo conforme a sus normas constitucionales internas. Como se mencionó anteriormente, la Corte considera necesario como fin legítimo, el hecho de que sean los partidos políticos quienes tengan la potestad de otorgar avales a los candidatos. Sin embargo, existe ambigüedad al respecto cuando afirma que: “Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado según lo previsto en la Convención en condiciones de igualdad”<sup>19</sup>. Para el caso en concreto, la Corte precisa que no existen indicios claros que permitan concluir que el hecho de exigirse la postulación al cargo de elección pública para el Sr. Castañeda, por parte de un partido político conlleva una restricción desproporcionada, gravosa o arbitraria al derecho de ser votado. Con este argumento la Corte desestima la petición del demandante de que se le proteja el derecho a ser elegido sin necesidad de contar con la presentación institucional de un partido político.

Como se nota, las condiciones y oportunidades igualitarias para realizar actos y manifestaciones políticas –financiación de

---

18 *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de Agosto de 2008, Serie C No. 184. Párr. 203.

19 *Ibid.*, párr. 201.

las campañas, maquinaria política y publicidad en medios públicos y privados, entre otros-, son desequilibradas, se comparan las oportunidades de ejercer la campaña política entre un candidato independiente y las maquinarias de los partidos políticos. Esto sin desconocer, que algunos candidatos independientes ostentan mucho poder como es el caso del señor Gutman, lo que se cuestiona es el hecho de que la Corte Interamericana no se inclinase por la recolección de firmas ciudadanas para obtener el “aval” política, sin necesidad de pasar por el tamiz de los partidos políticos.

Referente al tercer subprincipio expuesto anteriormente con la letra c) -proporcionalidad en sentido estricto-, ponderó la Corte la colisión entre el derecho fundamental a la inscripción como candidato independiente -caso Castañeda Gutman-, con la consecución del objetivo legítimo consagrado en la Constitución política mexicana, esto es, el derecho de los partidos políticos a presentar y dar el aval a los candidatos. Al ponderar, la Corte, en el caso concreto, argumenta que si bien se pretende una medida permitida por la Convención en cuanto a la postulación a los cargos políticos como el de un candidato independiente, esto no implica que la misma sea necesaria y proporcional. De allí que diga que la afectación del derecho fundamental de ser postulado como candidato independiente en las elecciones presidenciales, no restringe en exceso -es menor conforme a la fórmula de peso propuesta por Alexy-, el derecho fundamental en colisión con la medida tomada para proteger los derechos de los partidos políticos de proponer y avalar candidatos a cargos públicos.

Ahora bien, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana, el hecho de no ser una persona o grupo desaventajado como las comunidades indígenas o mujeres, por ejemplo, hace que ésta pondere los derechos fundamentales en colisión a favor de los partidos políticos, restringiendo el derecho fundamental que protege las candidaturas independientes. En este punto se considera que la ponderación tomada por la Corte no amplió-garantizó en su totalidad -a nuestro entender- los derechos establecidos en el Art. 23.1 de la Convención, esto es, se niega la posibilidad a un candidato independiente de participar en igualdad de condiciones en las

elecciones populares a cargos públicos, en tanto no se cuente con el aval de los partidos políticos. Si bien, al decir de la Corte Interamericana, el derecho a la participación política a cargos públicos, presentados por medio de los partidos políticos, no es contraria al modelo de democracia establecido en la Convención Americana, tampoco le son contrarias las candidaturas independientes. En este punto, se insiste, la Corte decide en su fallo a favor de los partidos políticos mexicanos, soslayando la importancia de que los individuos puedan tener opciones diferentes de participar en política sin estar supeditado a éstos, situación que permitiría abrir los canales políticos de las candidaturas independientes en América latina, lanzando con esto un mensaje a los partidos políticos sobre la necesidad de democratizarse internamente.

Como consecuencia, en este caso, la Corte no ordena una reparación material o inmaterial para el demandante –sólo menciona que el Estado mexicano debe publicar la sentencia en un Diario Oficial–, limitándose a invitar al Estado mexicano a tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Adecuar la normativa interna respecto a la participación política a la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. Instar a los partidos políticos a realizar una reflexión interna sobre la posibilidad de abrir y mejorar los espacios democráticos.
3. Permitir que los mecanismos internos democráticos de elección de sus candidatos a corporaciones públicas sean más transparentes.

## Bibliografía

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ACKERMAN, Bruce. *La política del Diálogo Liberal*, Madrid: Gedisa, 1999.
- ALEXY, R. Sobre los derechos constitucionales de protección". En: ALEXY, R. *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo - Madrid, 2007.
- "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- "La tesis del caso especial". En: *Revista Isegoría*. No. 21. Madrid, (1999).
- *El concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- *Teoría del discurso y derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ARATO, Andrew y ROSENFELD, Michael, (editores). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, California: University Press, 1998.
- ATIENZA, M. *Derecho y argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- "Entrevista a R. Alexy". En: *Revista Doxa*. No. 22. Alicante, (2001).
- BENHABIB, S. "Toward a deliberative model of democratic legitimacy". En *Democracy & Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- BERNAL, C. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nro. 66. Madrid, (2002).
- COHEN, J. "Reflections on Habermas democracy": En: *Revista Ratio Juris*. Vol. 12. No. 4. Cataluña, (1999).
- DURANGO, G. *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 2006.

- . *Inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Medellín, Díké, 2012.
- DURANGO, G. MAYDA M y VALENCIA J. *La participación política como derecho fundamental*. Universidad Nacional de Colombia-Medellin, 2013.
- DWORKIN, R. *Los Derechos en serio*. Cuarta reimpresión. Madrid: Ariel, 1999.
- . *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1998.
- FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- . *Derechos Y Garantías, la Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- . "El Estado Constitucional de Derecho Hoy". En: IBAÑEZ, Perfecto Andrés (editor). *Corrupción y Estado de Derecho*. Madrid: Trotta, 1996.
- . *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRERES V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, M, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid: Trotta, 1996.
- GARGARELLA, R. "La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismismo e igualitarismo". En: HERNÁNDEZ, Andrés (editor). *Republicanismismo Contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002.
- HABERMAS, J. *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta, 2004.
- . "Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law". En: ARATO, A. y ROSENFELD, M. (editores). *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley, California: University Press, 1998.
- . *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- JIMÉNEZ, J. *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- LAFONT, Cristina. *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*. Cambridge: Mass, 1999.

- Mccarthy, T. "Constructivismo y reconstructivismo Kantianos: Rawls y Habermas en diálogo". En: GIMBERNAT, José Antonio (editor). *La filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca nueva, 1997.
- PRIETO, L. *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- . *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- Sweet Stone. *Proporcionalidad y Constitucionalismo. Un enfoque comparativo mundial*. Universidad Externado de Colombia, 2013.



## TEMA 6

---

# El amparo por omisión. Costa Rica

Lic. Luis Canales Cortés

**Lic. Luis Canales Cortés.** Costa Rica.

## Aspectos Generales del Amparo

### Concepto, naturaleza y características

#### Concepto

El Recurso de Amparo es una acción que se interpone ante el órgano jurisdiccional, en el caso de Costa Rica es la Sala Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, también llamada Sala Cuarta, y en los países donde no existe un órgano especializado, será la justicia ordinaria la encargada, y sirve para mantener y restablecer el goce de los ( otros) derechos ( sea los diferentes del de integridad y libertad personales protegidos por el Habeas Corpus), consagrados en la Constitución Política, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a un Estado.

Por medio del amparo lo que se busca es **la protección inmediata de los derechos fundamentales.**

En tiempos modernos el término amparo se emplea, para designar una modalidad de actuación del Poder Judicial, destinada a proteger derechos básicos, identificados con las libertades o garantías individuales que las constituciones liberales prevén implícita o explícitamente dentro de nuestra legislación.

De ahí que el amparo es una forma o medio para poner en ejercicio la garantía de la protección judicial de los derechos, cuando los mismos se encuentran afectados por *actos u omisiones*, provenientes del poder público o de particulares, manifiestamente ilegales o arbitrarios, estando tales derechos o garantías en la Constitución Nacional.

#### Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del amparo es la de constituir una forma, en el sentido de modalidad o manera de obrar de la jurisdicción que podrá optar determinadas alternativas procesales, sea que provengan de la ley establecida o se adopten por vía de creación del propio juzgador.

Frente a toda demanda, considerada la pretensión, el juez determinará la vía procesal correspondiente, no necesitará analizar la fundabilidad de la pretensión hasta llegada la sentencia; en cambio, cuando sea un amparo, necesitará apreciar de manera inicial si se dan ciertos extremos denominados presupuestos del amparo.

## Orígenes del amparo

Existe concordancia de la doctrina acerca de que el proceso de amparo tiene sus orígenes en **la legislación mexicana**. Como lo afirma el profesor Castro, que en 1840, el congreso de Yucatán conoce un proyecto de constitución, redactado por el profesor Manuel Crescencio García Rejón, que incluyó por vez primera un medio de control de constitucionalidad denominado amparo. La Constitución se aprobó en 1841 y en su artículo 8 se establecía que: *“ Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionario que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados. ”* ( *la negrita no es del texto original, sino mía*). En el artículo 62 también se atribuía competencia similar a la Corte Suprema de Justicia, para los casos en que el funcionario fuera el Gobernador.

En la reforma introducida a la Constitución Federal mexicana de 1847, se logra introducir en el artículo 25 a los tribunales de la Federación la facultad de proteger a los habitantes en el ejercicio de los derechos individuales, por los ataques provenientes del Poder Legislativo y Ejecutivo. Esto se reitera en la Constitución Federal de 1857, el cual se **ha perpetuado hasta nuestros días y ha ejercido importante influencia en los países de América Latina y Europa.**

Detalla el profesor Castro que la legislación mexicana en materia de amparo ha permeado la legislación de los países centroamericanos, que han contemplado el amparo como medio de garantía de los derechos y libertades: **Nicaragua ( 1893 ), El Salvador ( 1886 ), Guatemala ( 1921 ), Honduras ( 1894 ) y Costa Rica ( 1994 ),** entre otras.

## **El amparo en Costa Rica**

En Costa Rica el amparo aparece por primera vez con la Constitución Política de 1949, regulado en el artículo 48, como mecanismo para mantener o restablecer los otros derechos consagrados en la Constitución que precisamente no eran protegidos por el hábeas corpus.

Luego fue desarrollado y regulado mediante la Ley de amparo No.1161 de 2 de junio de 1950, reformada por la Ley 1495 de 9 de agosto de 1952, mediante la cual se reformó el artículo 2 de dicha normativa, la cual perduró hasta 1989, cuando es sustituida por la nueva y actual Ley de Jurisdicción Constitucional.

En el año 1989, la Asamblea Legislativa reformó los artículos 10,48, 105 y 128 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, creando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, reforma considerada para muchos la más importante del sistema de justicia costarricense.

Con la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional por primera vez en Costa Rica, la Constitución ocupó el rango y eficacia propios de su condición de norma fundamental de la República, propiciando de esta manera un cambio de mentalidad en la población, ya que tenía por fin a su alcance mecanismos procesales de fácil acceso para garantizar los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes.

Pasando así Costa Rica a un sistema concentrado y especializado de justicia constitucional, dejando atrás el disperso sistema que existía cuando el control estaba en manos de la justicia ordinaria, dando paso a una Sala especializada en la materia y a nuevos remedios jurisdiccionales.

Teniendo así una jurisdicción con efectos vinculantes erga omnes, además de que se instauró un modelo de control de constitucionalidad con efectos anulatorios y retroactivos.

Siendo tarea de la Sala de conocer de los recursos de amparo por violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

El artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, establece: *“El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus”*. ( La negrita es mía no del texto original)

### **¿Contra que procede el recurso de amparo?**

El Recurso de Amparo procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenaza violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

### **El amparo en las normas internacionales de Derechos Humanos**

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente a partir de la segunda guerra mundial, trae aparejado la expansión internacional del amparo como mecanismo de garantía al plasmarse en diferentes instrumentos internacionales.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se estableció en el Artículo XIX, que *“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer, de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”*

Las Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, dispuso en el artículo 8 que:

*“ Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley.”*

El término ley fue adicionado en virtud de existir países sin constituciones escritas, reconociendo con ello que también los derechos fundamentales tienen regulación legal.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos es más explícita en establecer en el artículo 25 la protección judicial, al indicar que:

*1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

*2.- Los Estados Partes se comprometen:*

*a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*

*b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial,*

*y*

*c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."*

### **Casos en que no procede el amparo**

De gran importancia en la Ley de Jurisdicción Constitucional, que establece una regulación negativa de los casos en que no procede el amparo en ese sentido el Artículo 30 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en Costa Rica dispone lo siguiente:

- a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trata de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.
- b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial
- c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen

túen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial.

- ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.
- d) Contra los actos y disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

## **Características del amparo**

El recurso de Amparo se caracteriza, por ser un proceso:

- *Sencillo*
- *Sumario*
- *Informal*
- *De fácil acceso*

## **Cuando procede el recurso de amparo**

No hay plazo para interponer el Recurso de Amparo, a partir de la actuación u omisión que genera la violación de derechos, puede interponerse en cualquier momento mientras se mantenga la violación, amenaza, perturbación o restricción de derechos y hasta dos meses después de que hayan cesado sus efectos.

El plazo de los dos meses no se aplica cuando se está ante un caso de tractos mensuales, es decir, cuando la lesión del derecho fundamental se produce nueva y reiteradamente.

## **Del amparo por omisión**

¿Que es omisión? Omisión, según el diccionario, significa abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; ya en un sentido punitivo implica una *falta* por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. De esta manera, *omitir* "no es un mero 'no-actuar', sino un 'no-actuar-como-se-espera'... Sólo se *omite* algo en un contexto en que es relevante una actuación determinada".

El artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional en lo que interesa reza:

“Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que hayan violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos”.

El amparo procederá no solo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

Por su parte el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece que: El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando estos actúen o deban de actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2 inciso a) de esta Ley.

La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado.

No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

Tal como se desprende del artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional

Por medio del amparo por omisión un ciudadano se podrá amparar cuando la violación sea producto de una omisión o falta de acción, llamada también afectación pasiva.

Así la administración de la justicia será más eficiente y expedita, al igual que la conducta del servidor público que le corresponde brindar un servicio a los administrados.

Se constituye en una herramienta eficaz en poder de los administrados para hacer valer el orden constitucional y poner límite a la arbitrariedad de los diferentes órdenes de gobierno y poderes públicos.

Los ciudadanos podrán interponer juicios de amparo cuando consideren que han sido violados, no solo derechos establecidos en la legislación nacional sino también los Derechos Humanos.

Los casos más comunes donde se da el amparo por omisión, son aquellos relacionados con el derecho de petición y pronta resolución (artículos 27 y 41 de la Constitución Política), sea la mora judicial, donde el administrado espera una respuesta pronta y eficaz de su petición.

Y en ese mismo sentido los ciudadanos acuden a la Sala Constitucional, para reclamar pronta respuesta a sus peticiones en servicios públicos tales como salud, transporte, etc.

Siendo que el amparo por omisión se interpone con el fin de que el juez le ordene a la persona que resuelva lo que omitió, lo que no dijo o no hizo.

Y quizás vale la pena hacer referencia en relación al amparo por omisión, que en México muy recientemente se dio una reforma importante a la Constitución en materia de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio del 2011, en el cual se reforman los artículos 94,103,104, y 107 de la Constitución.

Y entre los cambios más importantes podemos mencionar entre otros: el reconocimiento de violaciones a normas de derechos humanos recogidas en tratados internacionales, también llamado “control de convencionalidad”; el amparo por omisión de la autoridad; las declaratorias generales de inconstitucionalidad, la modificación de la “fórmula Otero” en los efectos individuales del amparo.

### **Legitimación para presentar un recurso de amparo**

De conformidad con el artículo 33 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, cualquier persona se *encuentra* legitimada para interponer un Recurso de Amparo. En ese sentido la Sala Constitucional a dicho: “ *Es decir, toda persona está habilitada para promover esta acción ( individual o colectiva) pero en el entendido de si la plantea el agraviado, esta deberá ser el titular del derecho constitucional lesionado y si lo interpone otra persona que no sea el agraviado, será a favor de éste*” Según la Sala Constitucional este artículo consagra una legitimación abierta, porque el recurso puede ser presentado no solo por personas físicas, sino jurídicas y menores de edad.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha indicado al respecto que no hay una acción popular en materia de amparo pues si bien es cierto se puede interponer a favor de un tercero, también es lo cierto que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable.

Cuando se refiere a cualquier persona esta puede ser nacional o extranjera, sin necesidad de que un abogado le autentique la firma.

La jurisprudencia de la Sala no admite el amparo presentado por un ente público, salvo los casos de las municipalidades.

Igual situación se presenta en Colombia, en donde se les conoce legitimación a los menores de edad para incoar la acción de tutela, sin necesidad de representante legal, siempre y cuando se le haya violado un derecho fundamental, esté siendo violado o en peligro de violación.

### **Legitimacion pasiva**

El amparo se endereza aún de oficio, contra “el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio” ( art. 34 LJC) al igual que contra quién haya ordenado, autorizado o aprobado la acción o, en caso de que se ignore el autor, contra el respectivo jerarca ( idem ).

Ni la Ley ni la práctica exigen tener como parte legal al representante legal o al jerarca respectivo, lo cual no impide que se apersonen y aleguen.

Otras partes con derechos subjetivos involucrados deben ser notificadas. También cualquier interesado legítimo puede coadyuvar activa o pasivamente en cualquier momento. Pero el coadyuvante no deriva beneficios de la suspensión del acto impugnado ni necesariamente del fallo estimatorio.

Cuando el Magistrado instructor del caso lo estime pertinente tendrá al funcionario o agravante como parte “**en lo personal**”, para efecto de poderle derivar responsabilidad solidaria. Ello según aún de oficio según la práctica.

## **Agotamiento de la vía administrativa**

No es requisito haber siquiera hecho la menor reclamación en vía administrativa, previamente a ejercitar el Amparo (artículo 31 de LJC). Sin embargo, si se impugna administrativamente, el plazo para solicitar el Amparo se suspenderá ( *idem* ).

En realidad el Amparo costarricense es una acción directa, que no requiere ningún caso pendiente ni judicial ni administrativamente.

Y se trata de un recurso subjetivo en cuanto sirve para tutela de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel constitucional como del Derecho Internacional vigente en la República. La, legitimación, en consecuencia, en la acción de amparo se mide, por el perjuicio o la lesión infringida al accionante o de la persona a favor de la cual se promovió el recurso, y no a cualquier individuo por el simple interés a la legalidad.

## **Conclusiones**

A manera de conclusión, podemos decir que el recurso de amparo en términos generales es uno de los instrumentos jurídicos más importante de esta década, toda vez, que es un mecanismo jurídico, que le permite al ciudadano más humilde poder acceder a la justicia en forma gratuita y sencilla a reclamar ante el órgano judicial correspondiente ya sea la violación de un derecho fundamental consignado en la Constitución Política, como también un derecho consignado en los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos ratificados por los países, y por medio del recurso de amparo de omisión solicitar una pronta respuesta de sus peticiones formuladas ante un funcionario público, que no le da respuesta pronta a una petición hecha.

En el caso costarricense estamos hablando de un recurso sencillo, rápido y expedito que conoce la Sala Constitucional como órgano especializado en la materia, contra aquellas resoluciones que dictan los funcionarios públicos que afectan derechos consagrados en la Constitución Política y los Instrumentos Internacional de Derechos Humanos, ratificados por Costa Rica.

### **Bibliografía consultada**

- 1.- Enrique F Pasillas Pineda, La materia constitucional en materia de amparo, 30 de agosto 2011.
- 2.- C.R, Ley de Jurisdicción Constitucional III ed. San José, C.R.: IJSA, 1991
- 3.- Amadeo, José Luis, Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Guía temática aplicada 1ª. Ed.- Buenos Aires, AD-Hoc, 2009.
- 4.- Constitución Política de la República de Costa Rica, Edición Actualizada Publicaciones jurídicas, marzo 2007.
- 5.- Salazar Murillo, Ronald: El Recurso de Amparo en Costa Rica/ Ronald Salazar Murillo, Silvia Patiño Cruz, Victor Eduardo Orozco Solano.- 1ª edición- San José, C.R. : R. Salazar M., 2008.
- 6.- Castillo Víquez, Fernando La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y sus vicisitudes/ Fernando Castillo Víquez 1ª edición- San José C.R., Juritexto, 2008.
- 7.- El recurso de amparo en Costa Rica: [htt:// cijulenlinea ucr. ac.cr/ condición. htm](http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condición.htm).



## TEMA 7

---

# La tenencia en la jurisprudencia dinámica peruana

Manuel Bermúdez Tapia



## Resumen

La práctica jurisdiccional peruana a nivel de sus máximas instancias, durante los últimos años ha desarrollado una posición “de adecuación” de la legislación a las nuevas condiciones y situaciones desarrolladas en el ámbito de las relaciones familiares. Esta actuación, novedosa y pro activa en la tutela de derechos a todas las partes integrantes del conflicto, se ha desarrollado bajo la categoría de “jurisprudencia dinámica”.

## Abstract

*Peruvian judicial practice in highest level instances in recent years has developed a position “adequacy” of the legislation to new conditions and situations developed in the field of family relations. This performance, innovative and proactive in the protection of rights to all component parts of the conflict, has been developed under the category of “dynamic jurisprudence”.*

## Palabras clave

- jurisprudencia
- tutela del vínculo familiar
- nuevas categorías de relaciones familiares

## Key words

- jurisprudence
- protection of family ties
- New categories of family relationships

## I. Introducción

A inicios de la década del nuevo milenio, lo que parecía una utopía académica, en la actualidad es una realidad concreta: El Derecho de Familia se ha visto inmerso en un proceso de actualización y adecuación, con el objetivo de atender las nuevas necesidades de la realidad peruana, debido a las nuevas situaciones familiares, sociales, económicas, culturales y legales.

Este proceso de transformación, a nivel académico, tuvo un origen conjunto y se debió en parte al uso de jurisprudencia anglosa-

jona y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el Caso Koudelka contra la República Checa, por parte del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de la República, en casos que la “equidad” de los argumentos expuestos por las partes superaba el ámbito decimonónico de la legislación aplicable al caso.

Dicho proceso evolutivo, de reconocimiento de derechos y nuevas formas de determinar obligaciones a todos los involucrados en un conflicto familiar, superó la tradicional visión de que los conflictos al interior de una familia eran “privados” o “íntimos” y propició la necesidad de adecuar los presupuestos institucionales del Derecho de Familia.

En este proceso de transformación, tanto la Corte Suprema de Justicia de la República como el Tribunal Constitucional desde el año 2004 en adelante, han expedido resoluciones y sentencias de carácter novedoso y referencial en el ámbito del Derecho de Familia, transformándolo.

Dado que este proceso no fue inmediato, debemos señalar que en contraposición, las instancias directas a las partes en conflicto (Juzgados Especializados y Juzgados de Paz, órganos inferiores a la Corte Suprema pero integrantes del Poder Judicial) mantienen una perspectiva tradicional del Derecho de Familia, sin tomar en cuenta que sus incorrectas decisiones provocarán un mayor perjuicio a las partes en conflicto.

## **II. El derecho de familia en el desarrollo jurisprudencial**

### **1. El Derecho de Familia entre lo público y lo privado**

En el ámbito de la interpretación del Derecho de Familia, debemos señalar que los derechos subjetivos que son reconocidos por esta especialidad no están principalmente dirigidos a la satisfacción de los intereses particulares de un individuo, sino más bien se orientan hacia la protección de los intereses de los integrantes con mayores necesidad de tutela y/o protección en el interior de una familia, por cuanto estos se relacionan con la necesidad de facilitar el cumplimiento de deberes familiares de los otros integrantes de la familia (LOPEZ, 2008).

Sin embargo, esto no implica el desconocimiento de derechos ni tampoco faculta la posibilidad de limitar derechos de unos en aras de *tutelar* los derechos de otros, toda vez que el cumplimiento de las obligaciones no implica un perjuicio ni una sanción.

Bajo esta premisa tuitiva, el Derecho de Familia se encuentra en relación directa y proporcional tanto con el Derecho Privado como con el Derecho Público, por cuanto regula tanto cuestiones de naturaleza privada (cohabitación, por ejemplo), derechos indisponibles a razón de su naturaleza estrictamente personal, irrenunciable e intransmisible, como de naturaleza pública (matrimonio).

La importancia de lo manifestado tiene relación directa con el aspecto de la determinación de las relaciones a ser establecidas en el interior de la familia, por cuanto estas deben además de ser *voluntarias* (autonomía del individuo) y *legítimas* a nivel jurídico, por cuanto resulta inadmisibles *condicionar* su validez a una condición, término o sub modo/categoría.

Bajo esta premisa, surge la cuestión a la naturaleza del *régimen de visitas*<sup>1</sup>, que lejos de “tutelar” los derechos del menor en las situaciones en que los progenitores se encuentran separados, termina perjudicando tanto a aquel que no se encuentra en convivencia diaria con el hijo, como al propio “objeto de protección”.

Frente a tales situaciones, parecería que el camino que debe tomar el magistrado peruano era la de actuar conforme a su *criterio de conciencia*, más a que su formación exegética, y dicha situación se produjo con relativo éxito a nivel de las altas cortes del país.

## **2. La alternativa judicial: La visión filosófica ante la crisis legalidad-realidad**

El sistema jurisdiccional peruano en términos genereales es marcadamente formal, apegado a la *Ley* y poco proclive al desarrollo de jurisprudencia basada en criterios de *conciencia*, debido al alto valor del *litigio* en el ámbito social.

---

1 En los casos en donde el conflicto se limita a la relación entre los progenitores. Se excluye las situaciones en las cuales uno de los progenitores ha provocado un daño o perjuicio al hijo, con el cual se plantea un régimen de visitas, el mismo que debe limitarse o eventualmente suspenderse, en función a la causa que provoca dicho límite.

Sin embargo, frente a esta situación, cuando los conflictos llegaban a las altas instancias jurisdiccionales, los magistrados tomaron en cuenta un valor significativamente histórico y poco aplicable para la solución de controversias que exigían una acción interpretativa superior a lo establecido en el ámbito normativo: Así se optó por ejercer jurisdicción conforme a los “tribunales de conciencia”, para que así la resolución emitida sea fundada en la “voz de conciencia”<sup>2</sup> del juez, que apelaba a valores superiores a los dispuestos en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante tal referencia, utilizaremos algunas premisas filosóficas para sustentar la viabilidad en el uso de estos criterios por parte del magistrado peruano toda vez que se requiere una visión integral del derecho al caso concreto.

En este sentido, vinculamos esta necesaria interpretación filosófica, sobre la base de Sócrates, quien postulaba la existencia de un *demon interior, personal y divino* que le hace actuar [al magistrado] de una determinada manera en una situación concreta (PLATÓN, 2003: 30). En este sentido, frente a la realidad social peruana en constante proceso de evolución/involución/adecuamiento a nuevos contextos, el juez puede actuar bajo un *criterio de conciencia* para así evitar caer en una formalidad legal, que finalmente no solucionará el conflicto que debe evaluar jurisdiccionalmente. De este modo se supera la formalidad de una “sentencia” que resultaría en ineficaz, para dar prioridad al “conflicto familiar”.

Kant, en referencia complementaria, apela a la conciencia moral. Así en *Metafísica de las costumbres*, invoca al “tribunal interno al hombre” de San Pablo “ante el que sus pensamientos se acusan o se disculpan entre sí”, escribiría que “la conciencia de semejante tribunal interno al hombre es la conciencia moral que le permite actuar conforme a las circunstancias” (KANT, 1994: 438), razón por la cual el magistrado no debe sentirse cuestionado por una crítica, al no vincularse a la formalidad de la *Ley*.

---

2 Dicha referencia histórica proviene de la “voz demoníaca”, la *phoné daimoniké*, que Sócrates oía en su interior, que le avisaba contra la acción que estaba a punto de emprender, según detalla Platón en *Apología*.

Utilizamos las referencias de Kant, por cuanto este filósofo denomina “juicio” a la capacidad que tiene un sujeto de desdoblarse en *sí mismo* y *en otro*, un otro al que el sujeto pone por juez de sus propios actos y ante el que se presenta como si lo hiciera “ante una audiencia”, mas con la particularidad de que la ley, la *ley moral*, con que aquel otro ha de juzgarle no es sino la ley que el sujeto “se ha dado a sí mismo”. Pues en el tribunal de la conciencia, el sujeto moral no sólo es, además de “reo”, “juez”, sino también “legislador” o autolegislator.

Hacemos esta referencia, porque el juez peruano de las máximas instancias, al ser miembro de la sociedad, no podía actuar con desconocimiento de dicha realidad, dado que la realidad jurisdiccional peruana determinaba que el 38% de las causas seguidas en el Poder Judicial eran casos vinculados al Derecho de Familia (PODER JUDICIAL, 2014); por tanto, al actuar con un criterio de conciencia, podía justificar su propia decisión tanto como magistrado como profesional del Derecho, en forma eficaz.

Los magistrados de las máximas instancias, comprendían que el ordenamiento supremo del Estado de Derecho está integrado por valores, principios y normas (en ese orden), porque dicha secuencia denota un orden jerárquico, una amplitud decreciente y un objetivo inverso en cuanto a su flexibilidad para adaptarse a la evolución social (CEA, 2009) y lo aplicaban a los “casos novedosos” que se presentaban en los juzgados.

Tanto la perspectiva de Sócrates como la de Kant, frente a las exigencias sociales en el ámbito de las decisiones jurisdiccionales de conciencia, nos permiten vincular ambas visiones filosóficas con el aspecto pragmático de Atienza, quien señala que la propia lógica formal deductiva ha flexibilizado en tal contexto la angostura de su rigor hasta desembocar en una serie de *teorías de la argumentación jurídica* (ATIENZA, 2006).

La posición de Atienza, en la actualidad si bien es una posición intermedia entre el *ultrarracionalismo* de Ronald Dworkin -cuyo juez Hércules hace gala de una envidiable confianza en la capacidad de su *razón*- (SANCHEZ, 2006: 48) hasta el *irracionalismo* de un Alf Ross (ALONSO, 2012: 18), si merece tacharse de irracionalista

su realista llamada de atención sobre el hecho de que las decisiones jurídicas, al igual que sucedería con cualquier otro género de decisión, dependen de la *voluntad* del sujeto de las mismas -en este caso, el juez- al menos tanto como de su razón.

Razón que en el ámbito de los conflictos jurídicos, sociales y económicos de naturaleza familiar, resultan complejos de evaluar; por ello Dworkin señalaba que la argumentación jurídica tendría que conducir en cualquier caso -incluidos los llamados “casos difíciles”, en los que se tropieza con la dificultad de dar con una norma que resulte apreciable al caso- a *una única respuesta correcta*, que acaso el juez real no sea capaz de encontrar pero que, al menos idealmente, se hallaría al alcance de las portentosas facultades de Hércules.

El problema es, no obstante, que las razones jurídicas “suelen salir a pasear” -como alguna vez se ha dicho- “por parejas”, cuando no en grupo, y el mismísimo Hércules podría tenerse que enfrentar a *más de una respuesta correcta* entre las cuales se viera obligado a elegir (MacCORMICK, 1978: 265). Y ello por no pensar, como también ha sido sugerido, en la posibilidad de dos o más jueces Hércules con *respuestas incompatibles o contradictorias* para un mismo caso difícil.

En semejantes circunstancias de indeterminación jurídica, Herbert Hart ha opinado que no habría otro remedio que encomendar tal caso a la *discrecionalidad de un juez*, aunque éste no sea hercúleo. Un juez, por decirlo de alguna manera, común.

### **3. La complejidad de los casos judiciales en materia familiar**

Verdad de Perogrullo, pero como referencia general en el Perú, las partes durante el desarrollo del proceso judicializado, omiten información a los magistrados al momento de ejercer “sus derechos” con el objeto de limitar las acciones y derechos de la contraparte.

Con el conocimiento de esta premisa y por las especiales circunstancias que rodean al conflicto al interior de la familia, a nuestro criterio resulta indispensable que la discrecionalidad que todo magistrado debe tener al momento de evaluar un expediente judi-

cial, debe sobrevalorar el hecho de que evaluará un conflicto que a su vez no se limita a cuestiones objetivas o jurídicas.

Cada conflicto familiar resulta especial porque los intereses y las posiciones de las partes en conflicto no son sólo opuestos, sino que además involucran a otros sujetos con derechos pero sin legitimidad para obrar de manera directa.

En este sentido, se debe tener presente que la *representación procesal* no implica necesariamente una figura procesal correctamente desarrollada en la legislación peruana, por cuanto puede ser desnaturalizada en perjuicio del supuestamente representado; basta con observar las pretensiones de limitación de derechos hacia una contraparte procesal en supuesta “tutela” de los derechos de un menor, conforme a la regulación del Código Civil y el Código del Niño y del Adolescente.

Complementariamente, el magistrado de la especialidad, debe tener presente que no sólo estará en su competencia el desarrollo de las pretensiones y derechos invocados, sino que además y de forma maliciosa y/o por ignorancia, existirán circunstancias subyacentes, que merecen una atención vinculante con el desarrollo del caso.

Nuestra posición responde al hecho de que necesariamente al evaluar un conflicto familiar, el magistrado debe *conocer* de manera directa el origen, el desarrollo, los intereses y las posiciones de todos los involucrados tanto en un sentido procesal, como en un sentido humano, porque su veredicto permitirá la verdadera tutela de derechos en forma proporcional a los hechos, no perjudicando a una parte en desmedro de la otra.

Sólo en dichas circunstancias los progenitores en conflicto limitarían sus acciones en el ámbito procesal y se dilucidaría un resultado más acorde a las circunstancias del conflicto familiar, teniendo en cuenta que existe una correlación directa y proporcional entre lo que se plantea judicialmente con lo que se desarrolla en el ámbito extra judicial.

### III. La jurisprudencia dinámica en materia de derecho de familia

#### 1. La jurisprudencia como doctrina jurisprudencial y como instrumento procesal

En el estudio de la jurisprudencia hay un punto esencial que no suele tener la atención que merece. Se trata del instrumento procesal a través del cual se produce la *doctrina jurisprudencial* (MOIR-TADA, 2007: 249), que en el caso de nuestro país, proviene de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional.

A pesar de la importancia y significación para el desarrollo de conflictos de naturaleza familiar, lamentablemente en nuestro país no se ha desarrollado una línea de fortalecimiento de la labor jurisdiccional, principalmente por una visión negativa sobre su función social.

Se suele pensar que esta doctrina jurisprudencial debe ser desarrollada en forma exclusiva por las máximas instancias, sin tomar en cuenta que para el caso particular que nos convoca en esta oportunidad, en el ámbito de la especialidad de familia, son los magistrados de primeras instancias quienes tienen una mayor cercanía con el conflicto y en función a tal situación, deben actuar en forma eficaz, diligente y sobre todo prudente al momento de resolver, reconocer y otorgar derechos y obligaciones a las partes en conflicto.

Sin embargo, producto de la escasa visión social de los magistrados de instancias inferiores, al focalizar su atención en tratar de resolver en forma exclusiva un conflicto legal, no toman en cuenta que el conflicto es mucho más amplio y complejo. Como resultado, la práctica jurisdiccional termina provocando la necesaria participación de las máximas instancias. Situación que sin embargo, no elimina o atenúa el impacto negativo del conflicto en las propias partes.

Frente a lo manifestado, insistimos en la necesidad de contar con un sistema procesal, en la especialidad, idóneo para el éxito de la elaboración de la doctrina jurisprudencial.

La necesaria confluencia de criterios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional durante los últimos años, nos

permiten considerar que la construcción de una doctrina jurisprudencial en la especialidad de familia, permitirán limitar la amplitud de criterios en el desarrollo de jurisprudencia.

Por tanto, la unificación de doctrina jurisprudencial es el eje de esta tendencia institucional y en él se ha tratado de establecer un difícil equilibrio entre dos objetivos: evitar el riesgo de dispersión doctrinal creado por la descentralización de la *suplicación*<sup>3</sup>, sin establecer como normal la utilización de un segundo recurso extraordinario. Se trata, por tanto, de unificar la doctrina, pero en el marco de un recurso muy selectivo que impida la masificación.

La exigencia de la contradicción es el instrumento que permite lograr estos objetivos contrapuestos: la sentencia de *suplicación* sólo es recurrible, si, a través de su contradicción con otra, se pone de relieve la existencia de una discrepancia doctrinal con la consiguiente necesidad de unificación.

La contradicción se convierte así en un “guardián de la excepcionalidad” del recurso, que garantiza su vinculación a una finalidad uniformadora cualificada, que se inscribe en una tendencia más general hacia una jurisprudencia mucho más selectiva en la que no sólo predomina el “*ius constitutionis*” (JIMENEZ, 1999: 58), sino que dentro de éste la función uniformadora relega a un segundo plano a la nomofiláctica.

## **2. La fuente de la doctrina jurisprudencial (constitucional y ordinaria)**

Es usual encontrar en el ámbito del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, una contradicción de criterios doctrinales, debido principalmente al problema que se relaciona con el cambio jurisprudencial cuando se contradice consciente y razonadamente un

---

3 En el recurso de *suplicación* debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Juzgado Ad Quem no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, el órgano judicial debe actuar bajo una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debiendo por tanto rechazar en forma liminar el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer en forma precisa los argumentos, posiciones y derechos de las partes en conflicto.

criterio anterior para abandonarlo y establecer otro; sin embargo, y pese a lo usual, en el ámbito de la especialidad de familia, dicho problema no se ha manifestado en los últimos años.

Tanto en forma autónoma como complementaria, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, han actuado de manera proactiva en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial en la especialidad, al nivel inclusive que es materia de análisis en el ámbito de otros sistemas judiciales<sup>4</sup>, lo cual ha permitido evitar la “jurisprudencia errática” que niega su propia función uniformadora (BLASCO, 2000: 95).

Esta coherencia funcional institucional, nos permite observar que para el caso concreto de la *tenencia*, podemos analizar la siguiente jurisprudencia **dinámica** (por su carácter integrador) y **vinculante** (por su carácter impositivo) desarrollada por el Tribunal Constitucional:

- a) **Expediente 09332-2006-PA/TC**, en el cual se tutela por primera vez en el país a la “familia ensamblada”.
- b) **Expediente 1317-2008-PH/TC**, en el cual se regula por primera vez la “tutela del vínculo familiar” entre padre e hijo.
- c) **Expediente 05787-2009-PH/TC**, en el cual se tutela la “libertad” de un progenitor frente a las acciones arbitrarias de su propia familia.
- d) **Expediente 04225-2008-PHC/TC**, en el cual se desarrolla el derecho de un progenitor de relacionarse con su progenie, sin que las circunstancias que limitan sus derechos personales perjudiquen su contexto familiar (el demandante, estaba en condición de preso en una cárcel) Se reguló el derecho de visitas a favor de presos.
- e) **Expediente 02892-2010-PHC/TC**, se tuteló la “familia nuclear” y las condiciones para determinar la tenencia y el régimen de visitas.

---

<sup>4</sup> Los casos como el de “Reynaldo Shols (familia ensamblada)”, “hijos Tudela Van Breugel (obstrucción de vínculo)”, o la Casación 2067-2010-Lima (sanción a progenitor que desarrollaba el Síndrome de Alienación Parental en su hijo contra el otro progenitor) son materia de análisis y estudio en diferentes países.

- f) **Expediente 01817-2009-PHC/TC**, se reguló negativamente los casos de obstrucción de vínculo provocado por un progenitor respecto del otro progenitor.
- g) La Casación 944-2010 (30/01/2012) en la cual se regula los límites del acceso al régimen de visitas para los abuelos.
- h) Casación 2067-2010, que da un giro de ciento ochenta grados en el análisis judicial de los casos de tenencia, régimen de visitas y violencia familiar, al regularse en forma explícita el *Síndrome de Alienación Parental* y en forma implícita la *Obstrucción de Vínculo Paterno Filial*.
- i) Casación 2092-2003 Huaura (El Peruano, 30/09/2004), en la cual se regula los derechos de los progenitores intervinientes respecto de su vínculo con el hijo, ponderándose la *verdad biológica*, aún frente a lo dispuesto por la Ley peruana.

## Bibliografía

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Koudelka contra la República Checa, Demanda 1633/05, 20 de julio de 2006.
- LOPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 30.
- PLATÓN. *Apología de Sócrates*. Editor: Enrique Ángel Ramos Jurado. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, p. 30.
- KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Traducción castellana de Adela Cortina y Jesús Conill. Madrid: Tecnos, 1994, p. 438.
- PODER JUDICIAL (2014) Estadísticas del Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema. Porcentaje de procesos seguidos en el Poder Judicial durante el año judicial 2014 a nivel nacional. Recuperado el 20/02/2015. [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)
- CEA EGAÑA, José Luis. "Perfil axiológico, independencia y responsabilidad del juez constitucional". *Ius Et Praxis*. Talca, 2003, volumen 9, número 9.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)*. Lima: Palestra, 2006.

- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 48.
- ALONSO, Juan. "Modelos jurídicos de coherencia". *Filosofía del derecho. Cuestiones conceptuales, metodológicas y normativas*. Buenos Aires, Ministerio de Justicia y DDHH, Año I, número 1, mayo 2012, p. 18.
- MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 265 y ss.
- MOURTADA SABBAH, Nada y Bruce CAIN. *The political question doctrine and the Supreme Court of the United States*. Berkeley: Berkeley Public Policy Press, 2007, p. 249.
- JIMENEZ FORTEA, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral: problemas fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 58.
- BLASCO GASCÓ, Francisco. *La norma jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 95 y 96.

## TEMA 8

---

# El poder y los Derechos Humanos

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

**Alfonso Jaime Martínez Lazcano.** Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de las Asociaciones Colombiana y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas. Correo: lazcanoalf14@hotmail.com

*“Si tenéis la fuerza, nos queda el derecho”.*

Víctor Hugo

## **Introducción**

El poder permite administrar la riqueza colectiva, controlar la fuerza pública o privada, aprovechar el uso de tecnologías; decidir lo que los demás deben realizar, hasta como pensar, dictar lo permitido y prohibido; contar con el imperio de someter cualquier acto disidente; imponer castigos, en síntesis: doblegar la conducta social.

Una forma controlar a quienes ejercen el poder es establecer límites y exigencias jurídicas, los primeros basado en no hacer y los segundos, en contribuir al desarrollo colectivo.

La exigencia de no rebasar determinados límites y orientar su actividad a obras mínimas, crear diques ético-jurídicos que funcionen además como guía, a través de reglas, principios y directrices, que en su conjunto pueden llamarse derechos humanos, hoy su observancia justifica a quienes detentan el poder frente a los demás, no sólo por el carácter de ciudadanos sino a la población en general, a quienes están dirigidos los beneficios de la organización política que conforman.

De esta forma los derechos humanos legitiman a quienes ejercen el poder, los justifican e inclusive.

Los derechos humanos son una serie de prerrogativas que poco a poco, a lo largo de la historia de la humanidad han sido demandados a los que ejecutan el poder, no como simples concesiones, sino como resultado de la férrea lucha del hombre entre sí, para lograr un trato digno, que si bien hoy pueden estar sistematizados en convenciones y constituciones han sido resultado de emancipaciones que hoy convergen de diversas infamias, que fueron detonadas con los horrores de la segunda guerra mundial.

Así poder y derechos humanos son un binomio que se ha desarrollado en base a múltiples altercados recíprocos, ambos aspectos fundamentales son regulados por el derecho constitucional

Este trabajo se centra en el control del poder público mediante el control difuso de convencionalidad que es el ámbito más amplio del Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH)

## I. Poder

Actualmente en la mayoría de nuestros países latinoamericanos se han instituido formalmente como regímenes democráticos, pero actúan en la realidad en forma ajena a las aspiraciones constitucionales y convencionales.

“La preocupante abdicación del Estado de derecho que, en la práctica se ha venido operando en los últimos años en América Latina<sup>1</sup>”.

Latinoamérica es una parte del planeta donde sus habitantes fueron saqueados, asesinados y transculturizados, matando a los Dioses prehispánicos e impuestos nuevos amos, historia idiomas y deidades. No fue un encuentro, sino un genocidio.

Después de un promedio de tres siglos de ser las colonias más extensas de España, Portugal, Francia, Inglaterra, surgió un cambio de independencia de Europa, pero el germen ya estaba sembrado.

Los nuevos caudillos se convirtieron en dictadores, el progreso e imitación siempre impuesto e impulsado desde el viejo mundo, salvo excepciones como el imperio de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así despertamos de ser lo que dejamos de ser para seguir siendo lo que nos dicen que debemos ser, como meros consumidores ideológicos, la mayoría de las veces a base de dietas feroces como el “Santo Oficio”.

Hoy Latino América es un campo de violencia, regida por gobiernos en teoría democráticos, regidas por señores y señoras caciques, que actúan como cómplices de los intereses de la grandes potencias y de las empresas trasnacionales, ante las desigualdades abismales de desarrollo de sus habitantes, aquí, los derechos hu-

---

1 Ferrajoli, Luigi. El Garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p.11.

manos tienen su mejor *refugio en el paraíso de los conceptos más que en el infierno de la realidad.*

La cuestión no es la existencia normativa, sino su eficacia:

En el caso de los derechos humanos es evidente que el problema no está en la falta de normas, sino en su incumplimiento. Nuestro orden jurídico garantiza plenamente los derechos del hombre, y así lo ha hecho prácticamente desde el inicio de nuestra vida independiente. Las conductas que afectan esos derechos han sido tipificadas como delitos y los instrumentos para su defensa siempre han existido<sup>2</sup>.

El derecho humano e acceso a la justicia es fundamental en un régimen democrático, porque representa la garantía de su observancia:

Uno de los problemas fundamentales que se plantea dentro de cualquier sistema democrático es garantizar a los ciudadanos el acceso oportuno y eficaz a la justicia. La concepción tradicional de la separación de poderes encuadraba al Poder Judicial, y al sector del Ejecutivo vinculado con el Judicial, dentro de una perspectiva estática por lo que hacía a las relaciones con el gobernado. En rigor hoy se sabe que el fenómeno del control del poder es mucho más complejo que el apuntado por la vieja teoría de Montesquieu y que el proceso de participación democrática de los individuos en la vida comunitaria va mucho más allá que la simple intervención para designar a los titulares de los órganos del poder<sup>3</sup>.

El informe más reciente (2012) sobre violencia y homicidios de la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Delito, dio a conocer: América Latina es la región continental más violenta del mundo; México y Centroamérica son la segunda subregión con mayor violencia, sólo después de la sudafricana.

La mayor parte de esta problemática afecta a las mujeres. Lo lamentable es que las instituciones no han podido o no han querido

---

2 Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2da. Edición, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad Universitaria, México, D.F., 1994, p. 264.

3 Ídem.

frenar el fenómeno de la violencia, pero no sólo se han convertido en un factor de su proliferación<sup>4</sup>.

El sistema democrático se justifica y legitima su poder por el respeto a los derechos humanos: la libertad de expresión, de culto religioso, de acceso a la justicia, de una vida digna, del derecho a la salud, de la libertad de manifestación y asociación, etcétera.

Una razón de la poca eficacia de la protección de derechos humanos en Latinoamérica es la concentración de los recursos, “la acumulación de todo poder [económico y político] comporta –con independencia de quién lo detente –una inevitable amenaza para las libertades de las personas”<sup>5</sup>.

Sin que sea un panorama integral, es factible partir de los siguientes datos, que son el contexto no sólo de México, sino casi de toda Latino América.

La globalización ha provocado que los países más ricos se vuelvan más ricos; que las desigualdades sociales sean cada vez más abismales<sup>6</sup>.

De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación Política de Desarrollo Social, en México el 45.5% de la población vive en estado de pobreza, lo que representa 53.3 millones de personas, y 11 millones 529 mil personas viven en pobreza extrema, es decir, el 9.8 por ciento (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, 2014).

En contraste, según la revista Forbes, precisa que México tiene al hombre más rico del mundo, por cuarto año consecutivo, con un patrimonio neto es de hasta cuatro mil millones dólares desde 2012 (Forbes, 2014); además, Gilberto Lavenant, señaló que en el 2012, los 7 partidos nacionales con registro, recibieron prerrogativas del gobierno federal, por un monto de 3 mil 361 millones 120 mil 841 pesos (Lavenant, 2014).

---

4 <http://www.vanguardia.com.mx/noescasualaviolenciasexualcontramexicanasonu-2014862.html> (Consultado 6/05/2014).

5 Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., p. 15.

6 Dependencia hacia los países capitalistas por ayuda a naciones del tercer mundo (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), que la economía se base en decisiones tomadas por empresas multinacionales; que se haya inundado el mercado nacional con productos de mala calidad desplazando por producidos en el país; que se atente contra el medio ambiente; la fuga de ganancias, etcétera.

En junio de 2013 el Instituto Nacional de Geografía y Estadísticas (Al Momento, 2014) informó que el nivel de desempleo se situó en 5.9 %, 0.2 puntos porcentuales por encima de la tasa registrada en mayo de ese mismo año.

El INEGI, que considera empleadas a las personas mayores de 14 años que trabajan al menos seis horas a la semana y en cualquier puesto, situó la tasa de ocupación en el 95.01 % de la PEA.

De esa población las personas en la economía informal representaron el 58.26 % del total, por debajo del 60.21 % que había en junio de 2012.

Manuel Atienza citado por González Placencia y Morales Sánchez:

*“El Derecho- también el de los Estados democráticos-presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo [...] Esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico [...] y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho [...] no reflejara de alguna forma esa circunstancia[...] Lo que da sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia”*.

La protección de los derechos humanos siempre ha sido una lucha permanente de los débiles y marginados contra los que detentan el poder, ahora los países de Latinoamérica que conforman

---

7 González Placencia y Morales Sánchez. Derechos Humanos. Actualizadas y desafíos. Editorial Fontamara, México 2012, p. 111.

el SIDH, adheridos más a éste para legitimar la endeble democracia todavía imperante que por convicción, así los Estados parte han sido rebasados por los esquemas propuestos e impuestos por expertos en derechos humanos, que por la regulación endémica de los parlamentos y las cortes nacionales.

Ahora también hay una lucha “contra el viejo paradigma legista, que postulaba la supremacía de la ley, la vinculación del juez y la omnipotencia del legislador<sup>8</sup>” que debe sujetarse a los principios esenciales de los derechos humanos.

Esencialmente porque las soluciones a las insuficiencias humanas son tan diversas que requieren una atención flexible y apegada a la realidad más que a formulas *a priori*, “...el fundamentar los derechos humanos en las necesidades del hombre viene a ser sólo un aspecto pragmático del fundamentarlos en la naturaleza humana, que es el aspecto ontológico” (Beuchot, 2011, p. 49).

Sin embargo más que un problema de escases, es una situación de distribución de satisfactores, como el destacado Oscar Correas opina: “la humanidad ha llegado a un grado de desarrollo que permitiría la vida buena para todos. Pero el desarrollo social, esto es, las relaciones sociales, impiden el goce de la vida buena para todos. De ahí que el segundo entre los derechos humanos, es el derecho al cambio social. Derecho que tienen, desde luego, obligados: los que poseen lo que sería necesario obtener para garantizar el goce principal para todos”<sup>9</sup>.

Una esperanza que impacta frontalmente en la cultura jurídica Latinoamericana, hasta ahora imperante, es el llamado control difuso de convencionalidad que ha venido a oxigenar los excesivos criterios judiciales, más preocupados en las formas que en el contenido de los procesos, pero además, con los criterios de solidaridad permiten y obligan a confrontar estructuras públicas que poco o nada realizan para proteger, reparar y sancionar la violación de derechos humanos.

---

8 Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., p. 13.

9 Correas, Oscar. Acerca de los derechos humanos. Ediciones Coyoacán. México, 2003, p. 7.

Al constituir prácticamente una estructura jurisdiccional biinstancial cuya fuente es el *Corpus Iuris Latinoamericano* que es invasivo, terapéutico e integrador al derecho interno, en la que todos los jueces de los Estados parte los cuales conforman el primer piso de control del poder público de acuerdo a los estándares supranacionales de protección en el ámbito de su competencia.

## 1. Corrupción

La corrupción juega un papel fundamental estableciendo un pacto social paralelo y determinante.

“La corrupción, en sus distintas manifestaciones, se incrementa a nivel mundial invadiendo los diferentes espacios de un Estado: público, privado o social. En el espacio público, a pesar de existir mecanismos de control sobre los servidores públicos (políticos, legisladores, funcionarios y, en general, aquellos que participan en las instituciones públicas), los escándalos de corrupción continúan. Por lo tanto, junto a los mecanismos existentes de control externo al individuo (leyes, códigos, sanciones), es necesario fortalecer un sistema de control dirigido al interior del individuo, a su educación, a su percepción. Dicho sistema se estructura mediante valores y principios de ética pública, los cuales establecen criterios de conducta para los gobernantes en el ejercicio de poder, así como para los funcionarios en la realización de sus tareas”<sup>10</sup>.

Lorenzo Peña precisa las causas de la corrupción:

El incremento de la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas produce: a) Desvío y derroche de recursos públicos. b) Ineficiencia en el funcionamiento de las instituciones públicas. c) Incumplimiento de objetivos y metas en los programas de gobierno. d) No resolución de los problemas y necesidades ciudadanas. e) Merma de las infraestructuras públicas. f) Clientelismo político. g) Obstaculización de la acción de la justicia. h) Pérdida de confianza en el gobierno y en las instituciones. Todo ello contribuye a que se perpetúen las necesidades humanas en sus diver-

---

<sup>10</sup> Peña, Lorenzo. Ética y servicio público, España: Plaza y Valdés, S.L., 2013, pp. 413-414.

sas manifestaciones: pobreza, desempleo, enfermedad, injusticia. Estas situaciones pueden llevar a la desesperación y, por ende, a la violencia, ocasionándose entonces situaciones de ingobernabilidad<sup>11</sup>.

## **2. Poder y los derechos humanos convencionales**

Una de las razones obvias de la creación de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es que los Estados son organizaciones por sí mismo insuficientes para promover, respetar y tutelar los derechos humanos debido a los intereses antidemocráticos en situaciones específicas, que muchas ocasiones pueden ser graves. Mecanismo como el derecho convencional han evidenciado ello a través de casos individuales, por lo que la obligación de adaptar y cambiar la actitud de los parámetros de protección interno, creando en los jueces la obligación de oficio de realizar en sus actuaciones un control convencional de las normas al resolver los procesos implica ampliar más el impacto de los compromisos internacionales, este fenómeno ha provocado una lucha entre el viejo y el nuevo método de justicia en los países de Latinoamérica, como México, porque el derecho es un producto cultural; es una idea creada para limitar o regular la conducta de los hombres, sin existencia real a base en conceptos como la propiedad, la justicia, la libertad, equidad, jurisdicción, intereses colectivos, etcétera.

## **3. Subordinación formal del poder a los derechos humanos**

El artículo 1º, 3er párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el alcance y la obligación de todo aquel que ejerza el poder de subordinar su actuar a los derechos humanos:

*“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado debe-*

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 416.

*rá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos...”*

### **III. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Es un conjunto de principios, reglas y directrices de carácter convencional, tanto de control externo como interno de promoción y protección de derechos humanos que dotan a la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido al pacto de San José y sus demás fuentes jurídicas, y que funciona supervisando que éstas se observen en el ejercicio del poder público, por dos instituciones internacionales: la Comisión IDH y la Corte IDH y en el plano doméstico, por todos los jueces nacionales a través del control difuso de convencionalidad.

El SIDH no es aceptado por todos los Estados de América, países del Caribe anglófono, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá (*Lovatón Palacios*) no son parte, pero en contraste, estos dos últimos son los que aportan más recursos económicos para su financiamiento, lo cual hace que prácticamente sea un sistema Latinoamericano, no por ello reducido geográficamente, al ejercer su jurisdicción a aproximadamente a 600 millones de personas.

#### **1. Órganos competentes**

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención IDH:

- a) la Comisión IDH;
- b) la Corte IDH, y
- c) los jueces nacionales de los Estados parte.

##### ***1.1 Comisión Interamericana De Derechos Humanos***

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones de derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas, las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación

de los derechos humanos y la atención a temas que se relacionan con su finalidad.

“La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte IDH, instalada en 1979, es una institución del SIDH”. (OEA).

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a “...realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales...desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país” (OEA).

## ***1. 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La Corte IDH se integro el 22 de mayo de 1979, al termino de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense.)

### **1.2.1. Estados que admiten la jurisdicción de la Corte IDH**

Son diecinueve los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Repúbli-

ca Dominicana, Suriname, Uruguay. Lo que equivale al 54% del total de los países de América.

### **1.2.2. Caso Venezuela**

“El 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela. De conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Convención Americana, la denuncia surte efecto a partir del 10 de septiembre de 2013, cumplido el preaviso de un año previsto en dicho artículo” (OEA, 2013).

Venezuela ha dejado de ser parte de la Convención IDH y como consecuencia la Corte IDH ha dejado de tener jurisdicción en ese país, sin embargo como Venezuela es parte de la OEA la Comisión IDH seguirá teniendo facultades para analizar la situación en ese país, pero sus decisiones no son vinculantes, en base a las obligaciones suscritas en la Carta de la OEA y en la DADDH.

Los casos que se refieran al periodo comprendido desde que Venezuela ratificó la Convención IDH el 23 de junio de 1977 y hasta antes de la denuncia el 10 de septiembre de 2013 siguen estando sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH.

### **3. Control difuso de convencionalidad**

Es la parte más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, inclu-

yendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional<sup>12</sup>”.

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional<sup>13</sup>”.

### 3.1. Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventionales<sup>14</sup>, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

El 20 de marzo de 2013 la Corte IDH emitió una importante resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso *Gelman vs. Uruguay*, (teniendo como precedente los *Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*.

---

12 Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

13 *Ibidem*. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión, p. 198.

14 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302), para dimensionar el compromiso de los operadores jurídicos de los Estados parte que deben de sujetarse al *Corpues iuris Latinoamericano* aún en contra del derecho interno, lo cual me parece fabuloso:

“66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean merma- dos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacio- nales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obliga- ción de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales co- rrespondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Ame- ricana”.

En este mismo fallo la Corte IDH hace una distinción entre los países que son parte en un proceso internacional y los que no, res- pecto de la jurisprudencia que generé en cada caso, concluyendo que en ambos situaciones es vinculatoria para los Estados parte del SIDH:

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones dis- tintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de con-

---

15 Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, párr. 176, y Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

vencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

“68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (*supra* considerandos. 60 a 65).

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás

órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

#### IV. Reflexión

De entre las diversas versiones de la obra clásica de *El Principito* de Antoine de Saint Exupéry, reproduzco una parte muy interesante y aleccionadora de cómo actúan los hombres que ejercen el poder, en algunos casos rebasan lo absurdo.

El Principito llega a un planeta pequeño habitado por un rey, y surge el dialogo:

— ¡Ah, — exclamó el rey al divisar al Principito —, aquí tenemos un súbdito!

El Principito se preguntó:

“¿Cómo es posible que me reconozca si nunca me ha visto?”

Ignoraba que para los reyes el mundo está muy simplificado. Todos los hombres son súbditos.

— Aproxímate para que te vea mejor — le dijo el rey, que estaba orgulloso de ser por fin el rey de alguien. El Principito buscó donde sentarse, pero el planeta estaba pequeño. Se quedó, pues, de pie, pero como estaba cansado, bostezó.

— La etiqueta no permite bostezar en presencia del rey — le dijo el monarca —. Te lo prohíbo.

— No he podido evitarlo — respondió el Principito muy confuso —, he hecho un viaje muy largo y apenas he dormido...

— Entonces — le dijo el rey — te ordeno que bosteces. Hace años que no veo bostezar a nadie. Los bostezos son para mí algo curioso. ¡Vamos, bosteza otra vez, te lo ordeno!

— Me da vergüenza... ya no tengo ganas... — dijo el Principito enrojeciendo.

— ¡Hum, hum! — Respondió el rey —. ¡Bueno! Te ordeno tan pronto que bosteces y que no bosteces...

— ¿Puedo sentarme? — preguntó tímidamente el Principito.

— Te ordeno sentarte — le respondió el rey —, recogiendo majestuosamente un faldón de su manto de armiño.

El Principito estaba sorprendido. Aquel planeta era tan pequeño que no se explicaba sobre quién podría reinar aquel rey.

— Señor — le dijo —, perdóneme si le pregunto...

— Te ordeno que me preguntes — se apresuró a decir el rey.

— Señor. . . ¿sobre qué ejerce su poder?

— Sobre todo — contestó el rey con gran ingenuidad.

— ¿Sobre todo?

El rey, con un gesto sencillo, señaló su planeta, los otros planetas y las estrellas.

— ¿Sobre todo eso? — volvió a preguntar el Principito.

— Sobre todo eso. . . — respondió el rey.

No era sólo un monarca absoluto, era, además, un monarca universal.

— ¿Y las estrellas le obedecen?

— ¡Naturalmente! — Le dijo el rey —. Y obedecen en seguida, pues yo no tolero la indisciplina.

— Me gustaría ver una puesta de sol... Deme ese gusto... Ordénele al sol que se ponga...

— Si yo le diera a un general la orden de volar de flor en flor como una mariposa, o de escribir una tragedia, o de transformarse en ave marina y el general no ejecutase la orden recibida ¿de quién sería la culpa, mía o de él?

— La culpa sería de usted — le dijo el Principito con firmeza.

— Exactamente. Sólo hay que pedir a cada uno, lo que cada uno puede dar — continuó el rey. La autoridad se apoya antes que nada en la razón. Si ordenas a tu pueblo que se tire al mar, el pueblo hará la revolución. Yo tengo derecho a exigir obediencia, porque mis órdenes son razonables.

— ¿Entonces mi puesta de sol? — recordó el Principito, que jamás olvidaba su pregunta una vez que la había formulado.

— Tendrás tu puesta de sol. La exigiré. Pero, según me dicta mi ciencia gobernante, esperaré que las condiciones sean favorables.

— ¿Y cuándo será eso?

— ¡Ejem, ejem! — le respondió el rey, consultando previamente un enorme calendario —, ¡ejem, ejem! será hacia... hacia... será hacia las siete cuarenta. Ya verás cómo se me obedece.

El Principito bostezó. Lamentaba su puesta de sol frustrada y además se estaba aburriendo ya un poco.

— Ya no tengo nada que hacer aquí — le dijo al rey —. Me voy.

— No partas — le respondió el rey que se sentía muy orgulloso de tener un súbdito —, no te vayas y te hago ministro.

— ¿Ministro de qué?

— ¡De... de justicia!

— ¡Pero si aquí no hay nadie a quien juzgar!

— Eso no se sabe — le dijo el rey —. Nunca he recorrido todo mi reino. Estoy muy viejo y el caminar me cansa. Y como no hay sitio para una carroza...

— ¡Oh! Pero yo ya he visto. . . — dijo el Principito que se inclinó para echar una ojeada al otro lado del planeta —. Allá abajo no hay nadie tampoco. . .

— Te juzgarás a ti mismo — le respondió el rey —. Es lo más difícil. Es mucho más difícil juzgarse a sí mismo, que juzgar a los otros. Si consigues juzgarte rectamente es que eres un verdadero sabio.

— Yo puedo juzgarme a mí mismo en cualquier parte y no tengo necesidad de vivir aquí.

— ¡Ejem, ejem! Creo — dijo el rey — que en alguna parte del planeta vive una rata vieja; yo la oigo por la noche. Tú podrás juzgar a esta rata vieja. La condenarás a muerte de vez en cuando. Su vida dependería de tu justicia y la indultarás en cada juicio para conservarla, ya que no hay más que una.

— A mí no me gusta condenar a muerte a nadie — dijo el Principito —. Creo que me voy a marchar.

— No — dijo el rey.

Pero el Principito, que habiendo terminado ya sus preparativos no quiso disgustar al viejo monarca, dijo:

—Si Vuestra Majestad deseara ser obedecido puntualmente, podría dar una orden razonable. Podría ordenarme, por ejemplo, partir antes de un minuto. Me parece que las condiciones son favorables...

Como el rey no respondiera nada, el Principito vaciló primero y con un suspiro emprendió la marcha.

— ¡Te nombro mi embajador! — se apresuró a gritar el rey.

## Conclusiones

- a) El poder público para legitimar su ejercicio debe estar cimentado en los derechos humanos.
- b) Ahora es más intenso el SIDH con la contundencia de trascendente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay el 20 de marzo de 2013 que ha expandido al SIDH para transformarse prácticamente de la forma complementaria y subsidiaria a constituir una estructura jurisdiccional biestancial, en la que todos los jueces de los Estados parte conforman el primer piso de control del poder público de acuerdo a los estándares supranacionales de protección en el ámbito de su competencia (*ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*) a través del control difuso de convencionalidad, pero si no son eficaces, se abre la posibilidad, aún sin agotar los recursos internos, porque más que un principio es una regla procesal subordinado al principio de efecto útil, de concurrir a la CIDH, y si ante ésta no es factible avenir a los contendientes presentar el caso ante Corte IDH.
- c) He utilizado al metáfora del *Big Bang* para explicar la extensión constante del SIDH, ya que cada hora el universo se expande más de mil millones de kilómetros en todas direcciones, asimismo los derechos humanos están en expansión, porque el SIDH es abierto y dinámico, no sólo lo conforman las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriéndolo con la interpretación y aplicación de sus instituciones y esto lo hace dinámico, a causa de que

van incorporando al *Corpus Iure Latinoamericano* los criterios vía jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, los cuales son una especie de actos materialmente legislativos de ámbito internacional, y ahora nacional.

- d) Pero también pudiéramos hacer la analogía de que el SIDH es un *hoyo negro* que se ha “tragado” los sistemas nacionales para conformar una estructura biinstancial regional, porque un agujero negro es una región finita del espacio y en su interior se concentra todo.
- e) El destacado jurista colombiano Rey Cantor explica: “el SIDH gira en alrededor del principio de subsidiariedad, por lo cual no existe un acceso directo a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por lo tanto deberá interponerse y agostarse los recursos de jurisdicción interna, según la preceptuado por la Convención...<sup>16</sup>”.

Actualmente esta afirmación puede sufrir algunas variantes, una es que los jueces nacionales son parte del SIDH, quizá la estructura más importante y cuantitativamente mayor, porque desde que un operador jurídico empieza a conocer de un proceso debe aplicar e interpretar la solución a los casos dándole jerarquía superior al *corpus iuris Latinoamericano* frente a las fuentes nacionales cuando sean contrarias a éste.

Así en el ámbito interno tenemos una compleja red de órganos jurisdiccionales contruidos de acuerdo a la cultura jurídica local, que son el primer filtro de tutela, la primera instancia de solución a los problemas jurídicos, pero si ésta no es eficaz o los medios de impugnación no son sencillos o no se observa el *Corpus Iuris Latinoamericano*, es factible la garantía de la doble instancia del SIDH por medio de una organización internacional conectada directamente con la local al nutrirla del derecho convencional.

---

<sup>16</sup> Rey Cantor, Ernesto. Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Publicado por González Placencia y Morales Sánchez. Derechos Humanos. Actualizades y desafíos. Editorial Fontamara, México 2012, p. 25.

- f) No en todos los casos es una exigencia agotar los recursos internos, lo cual es un contra sentido, porque si se activa la segunda instancia es porque los recursos nacionales no ha sido eficaces, de lo contrario no *prima facie* no sería procedente la intervención supranacional, toda sentencia que condene a un Estado parte evidencia que los recursos u operadores internos convencionales no son eficaces.
- g) El SIDH no es complementario es invasivo, terapéutico e integrador, pensar que es el *Corpus Iuris Latinoamericano* es un complemento del derecho interno en materia de derechos humanos es contrario a la Convención ADH.

El efecto invasivo e integrador lo tenemos en el a. 1º “Los Estados Partes en esta Convención se *comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*”

El efecto terapéutico lo tenemos en el a. 2º Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...*”

Además, el SIDH no es subsidiario o secundario es invasivo y saneador, concluir que el *Corpus Iuris Latinoamericano* suple al derecho nacional es contrario a la Convención ADH, porque más bien es lo opuesto, el *Corpus Iuris Latinoamericano* tiene un papel principal en derechos humanos y el derecho interno es secundario y sujeto a ignorar cuando sea antagónico, así lo prevé el artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, *suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;* b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea*

parte uno de dichos Estados; c) *excluir otros derechos y garantías* que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) *excluir o limitar el efecto* que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

- h) En este sentido el mismo Rey Cantor dice: “Aspecto procesal: la jurisdicción nacional colombiana [como cualquier Estado parte] (jurisdicciones penal, contenciosos-administrativo, constitucional, etc.), es la jurisdicción principal, mientras que la jurisdicción internacional de derechos humanos...es jurisdicción subsidiaria o complementaria a la jurisdicción nacional...<sup>17</sup>”.

Considero que también lo expresado por el talentoso Maestro Cantor tiene sus matices, la jurisdicción suprema, como en el ámbito nacional son los tribunales de última instancia, que no necesariamente en todos los procesos se llega a las cortes superiores Latinoamericanas, éstas conocen de los menos asuntos, igual los casos que tocan a la Corte IDH, que como dije es un tribunal de segunda instancia del Corpus Iuris Latinamericano, que no es ni superior ni inferior, ni principal ni subsidiaria ni competencia sino que tiene una diversa competencia, revisar los actos u omisiones que presenta a su consideración la Comisión IDH por posibles violaciones al derecho convencional.

Se podría decir, que no es así porque la Corte IDH no puede ejecutar sus propias determinaciones, ningún órgano jurisdiccional por sí mismo lo hace, requiere del auxilio de otros.

## Bibliografía

- Barajas Sánchez, O. (2012). El Principio “Pro Homine” y la Clausula de Interpretación Conforme. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (págs. 53-64). Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: Revista Jurídica Primera Instancia.

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 27.

- Beuchot, M. (2011). *Derechos humanos. Historia y filosofía*. México: Fontamara .
- Bidart Campos, G. (1993). *Teoría General de los derechos humanos*. México : UNAM.
- Bobbio, N. (2005). *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carrasco Soulé, H. (2012). El derecho sustantivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (págs. 5-30). Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: Revista Jurídica Primera Instancia.
- Correas, O. (2003). *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*. México: Coyoacán.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Fix-Zamudio, H. (2010). *Protección internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Platense SRL .
- García Ramírez, S. (2011). *La corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Gómez Lara, C. (2004). *Teoría General del Proceso* (10ª ed.). México: Oxford University Press.
- González Placencia , L., & Morales Sánchez , J. (2012). Derechos humanos actualidad y desafíos . En G. P. Sánchez, *Derechos humanos* (págs. 101-122). México: Fontamara.
- Margaroli, J. y. (2011). *Procedimientos Ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina: Cathedra Jurídica.
- Martínez Hernández, M. (2012). El Control difuso de convencionalidad en México. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (págs. 155-168). Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: Revista Jurídica Primera Instancia.
- Martínez Lazcano, A. J. (2013). *Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: Revista Jurídica Primera Instancia.

- Moreno Alfonso, R. (2012). El Valor de la Juirsprudencia de los Tribunales Internacionales en el Derecho Local. En A. J. Martínez Lazcano, *Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos* (págs. 317-340). Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México: Revista Jurídica Primera Instancia.
- Ovalle Favela, J. (1998). *Teoría General del Proceso* (4ª ed.). México: Oxford University Press.
- Rey Cantor, E. (2012). Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En L. González Placencia, & J. Morales Sánchez, *Derechos humanos. Actualidad y desafíos Tomo II* (págs. 25-35). México: Fontamara.
- Velandia Canosa, E. A. (2012). Control Jurisdiccional de la Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por Omisión. En A. J. Lazcano, *Temas selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos* (págs. 193-220). Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia.
- Villalba, B. P. (2014). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos La Ley*. Asunción, Paraguay.

## LEGISGRAFÍA

- Carta de la Organización de los Estados Americanos
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos y deberes del Hombre

## CIBERGRAFÍA

- *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo y cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (11 de Mayo de 2014). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/faqs/>
- *Al Momento.* (16 de mayo de 2014). Obtenido de <http://www.almomento.mx/crece-cifra-de-desempleo-a-4-9-inegi/>
- *Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.* (16 de mayo de 2014). Obtenido de Coneval: [web.coneval.gob](http://web.coneval.gob).

mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza%202012/CUA-DRO%201\_POBREZA\_2012\_CON\_COMBUSTIBLE.jpg

- Corte IDH. (16 de mayo de 2014). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf> , 2014
- Forbes. (16 de mayo de 2014). Obtenido de <http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.forbes.com/pictures/mel45ghdi/carlos-slim-helu->
- Lavenant, G. (16 de mayo de 2014). *Monitor económico*. Obtenido de <http://monitoreconomico.org/noticias/2012/oct/14/palco-de-prensa-la-partidocracia/>
- OEA. (18 de diciembre de 2013). Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>, 2013
- OEA. (16 de mayo de 2014). Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>, 2014
- Santoscoy, B. (2003). *Las visitas in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/40.pdf>

## TEMA 9

---

# **La tutela de los derechos fundamentales en la mediación y conciliación penal**

Edwin Gabriel Teira Boniche

**Edwin Gabriel Teira Boniche.** Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad del Istmo. Especialista en Mediación. Magister en Métodos Alternos de Solución de Conflictos con énfasis en Arbitraje. Especialista en Derecho Procesal Penal por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua. Docente en materias de grado en la Universidad Latina en Métodos Alternos en Solución de Conflictos, Derecho Procesal Civil y en la Universidad Interamericana en Derecho Constitucional y Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil. Docente en materias de Maestría en la Universidad Interamericana y la Universidad del Istmo en Métodos Alternos de Solución de Conflicto y Arbitraje.

## **1. Los Métodos Alternos de Solución de Conflictos**

Nuestro país introdujo mediante el Decreto Ley 5 de 1999 una normativa que empezaría a revolucionar el paradigma sobre la resolución de controversias de forma no adversarial, sin la intervención de un juez. Este concepto nuevo en nuestro país pasó por el crisol de muchos colegas juristas, que sin dar una oportunidad, criticaron no sólo la propuesta, sino su empleo aún siendo Ley de la República.

La sombra que cubría esta norma era la creencia de que se reemplazaba al juez por un tercero que no poseía investidura jurisdiccional, por lo que el temor de volver a la época de los juicios privadas estaba más cerca y posible. Como abogado y mediador conozco ese temor, es el temor de aquello que no está en nuestro paradigma y que produce, tal y como afirmará el creador del término, “una parálisis paradigmática”.

Frente a una nueva forma de resolver un problema, aquellos que están acostumbrados a realizar las mismas tareas, no verán con buenos ojos otra iniciativa, ya que desarticula su mecanismo.

Lo que toca es desarrollar el cambio de paradigma de los métodos alternos a una jurisdicción de carácter público, donde el Estado tiene esta facultad sancionadora; qué es lo que justificó ese cambio?; a qué casos se aplica?; qué derechos fundamentales son los que se deben tutelar en la mediación y conciliación penal bajo el prisma del proceso penal acusatorio? Podemos vislumbrar a los Métodos Alternos de Solución de Conflictos desde el prisma de la Tutela efectiva de los Derechos Fundamentales, o sólo se debe admitir el principio la libre autonomía de las partes? Estas y otras interrogantes serán parte de nuestro acercamiento.

## **2. Aclarando conceptos**

Me gustaría abordaremos en primer lugar, el aspecto conceptual del término métodos alternos de solución de conflictos y es que son los norteamericanos los que se refieren a los Alternative Dispute Resolutions, como una respuesta a un problema en su sistema judicial; que entre sus factores podemos mencionar: la mora

judicial, la insatisfacción por las partes en las decisiones jurisdiccionales, ya fuera que se concediera o no sus pretensiones; la deshumanización de las partes en el proceso replegándolas a números de expediente, valores económicos y falta a la ética por los profesionales del derecho.

Por ello, los métodos alternos, es nuestra forma latinoamericana de presentar otras opciones para la solución controversias que pueden alcanzar un esfera jurisdiccional.

Nos referimos a método, porque es una forma de proceder, un actuar; alternativo de solución, porque es distinto de otro, es otra vía a la acostumbrada, en el análisis que nos ocupa son un opciones para lograr una solución a una controversia distinta de la jurisdiccional; de controversias, porque para dar una solución a algo debe existir un problema, un conflicto una situación que ponga a distintas partes en posiciones encontradas y disyuntas; y precisamente esa disyuntiva impide el acercamiento.

Es de conocimiento general que los métodos alternos de solución de conflictos provienen de una raíz común: la negociación. Los trabajos realizados por el Proyecto Harvard han cambiando nuestra forma de ver los conflictos y la manera de abordarlos; Folger y Barush nos mostraron otra visión más comprometida con el conflicto en sí, buscando la composición y restablecimiento de las relaciones pérdidas producto del conflicto; así como las intervenciones circulares narrativas.<sup>1</sup>

Es por ello, que tratar de definir la mediación resulta ser tan variado como las opciones que genera el método. Dependiendo del objetivo a conseguir nuestra definición alcanza distintos estadios. Palabras más, palabras menos, la mediación como método o instrumento procura ayudar a las partes en un conflicto a que puedan construir un acuerdo eficaz y justo, según sus necesidades, con la colaboración de un tercero neutral, debidamente capacitado, que mediante herramientas y técnicas logra restablecer la comunica-

---

<sup>1</sup> En los cursos de formación de mediadores, se aborda profundamente los sistemas de Harvard, Transformativo y el circular narrativo de Sara Cobb. También hay que destacar las aportaciones valiosas de la "maestría", Marínés Súares, para nuestro entorno latinoamericano.

ción distorsionada que tienen las partes para establecer una revalorización.

Debido a que el mediador sólo ayuda a las partes a que negocien colaborativamente, no puede aquél sugerir o promover posibles opciones; pero puede propiciar el ambiente para que las partes descubran las opciones, gracias a una gama variada de técnicas que propician la comunicación entre las partes, el empowerment, la revalorización, entre otras.

Seguidamente, la conciliación como método alternativo de solución de controversias cumple con los mismos objetivos que la mediación, diferenciándose de éste, que el tercero neutral (conciliador) no sólo está habilitado para facilitar la comunicación sino que también puede sugerir opciones de solución, e instarlos a que acepten su propia versión de solución. Según nuestra legislación, el acuerdo de conciliación incluso, puede alcanzar el estatus de laudo arbitral.

En nuestro Código Procesal Penal (CPP), se establece como Procedimientos alternos de Solución al Conflicto Penal: el desistimiento de la pretensión punitiva (arts. 202-203); la mediación y conciliación penal (arts. 204 al 211); el criterio de oportunidad (arts. 212 al 214); la suspensión del Proceso sujeto a condiciones (arts. 215 al 219); y los acuerdos (art. 220 CPP).

En el desistimiento para su procedimiento es necesario aportar o acreditar el documento de resarcimiento del daño, por lo que estamos frente a un acuerdo que pudo ser negociado por las partes o sus apoderados legales o un tercero neutral.

En los casos de conciliación y mediación estamos ante la figura obligatoria de un tercero neutral que ayuda a las partes facilitar o lograr un acuerdo beneficioso para ambos.

Sobre las otras formas “alternas de solución al conflicto penal” no consideramos que exista una participación plena de un tercero neutral, por lo que figuras como la suspensión del proceso sujeto a condiciones y los acuerdos imputado-fiscal son formas de negociación, sin que intervenga un mediador.

### 3. Acuerdo víctima-agresor

La utilización de la mediación y la conciliación como medios alternos en el proceso penal ha sido un proceso con interesantes resultados, pero plantearse la posibilidad que una víctima se siente y negocie o llegue a un acuerdo con la persona que le causó una lesión, daño o perjuicio, todavía no es algo que uno pueda asimilar, tal vez por ese sentido que tiene el ser humano de justicia.

Cómo empezó todo? Surgió como una sugerencia improvisada de un custodio, en un caso de vandalismo juvenil conocido como el Caso "ELMIRA"<sup>2</sup>, y así inició el programa de Reconciliación Víctima-Opresor (VORP por sus siglas en inglés) en Canadá; cuatro años mas tarde, se inició el programa en Elkhardt, Estado de Indiana, en EEUU, de allí en adelante muchos otros programas de métodos alternos se aplican en la esfera penal, algunos bajos los principios de VORP, otros bajo otros principios o métodos.

La crisis del ejercicio de la acción penal por parte del Estado, es el punto de partida para la búsqueda de una nueva visión. Como una respuesta y bajo las premisas: "hay que buscar a los culpables", "perseguir el delito", "sancionar para satisfacer o hacer una justicia a la sociedad que ha sido ofendida", se ejercían procedimientos a fin de lograr el objetivo de prevenir el delito. Sin embargo, ni siquiera fue una aproximación sino todo lo contrario. Pero ya en el siglo XVIII, Beccaria nos afirmaba este error, que el hecho de prohibir acciones no significaba la prevención de los delitos que de éstas puedan resultar, sino crear otros nuevos. Por su parte, Carnelutti sentenciará: «desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocen-

---

2 El Caso Elmira fue una situación de vandalismo juvenil en 1974, en el pueblo de Elmira, Ontario. Dos jóvenes bajo los efectos del alcohol pincharon llantas, causaron daños en distintas propiedades, incluidas dos Iglesias, por una suma aproximada de USD2,200.00, en la Corte se declararon culpables de 22 cargos; el oficial de libertad condicional, Mark Yantzi, asignado al caso sugirió al juez que sería bueno que ellos encararan a sus víctimas y el juez aceptó la idea y durante un mes estuvieron reuniéndose con cada una de las víctimas. El juez los sancionó con 200 dólares canadienses y bajo libertad condicional, pero debían restituir el daño causado. Los jóvenes en los tres meses siguientes habían pagado los daños causados.

tes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura»<sup>3</sup>.

En la actualidad al abordar el tema de la reparación en los sistemas jurídico-penales, podemos encontrar la justificación en Roxin que afirma, como solución al conflicto penal que hay tres componentes: «...la composición privada del conflicto, la incorporación de la reparación como una tercera clase de pena, junto a la privativa de la libertad y a la multa, y, finalmente, el establecer un nuevo fin para la penal, la reparación, alcanzable, por prestaciones compensatorias del Derecho Civil»<sup>4</sup>

Sin duda alguna, la viabilidad de estas formas dependerá de nuestra política criminal y de la madurez social.

#### 4. Principios

Los conceptos y principios planteados aquí están acorde a la legislación nacional. Bajo la normativa del Decreto Ley 5 de 1999, en sus artículos 46 y 55 son mediables y conciliables aquellas situaciones susceptibles de negociación, desistimiento, transacción, y aquellas reguladas, siempre y cuando no involucren supuestos donde deba intervenir de forma directa el Estado como ente garante o en aquellos casos en que las partes no pueden disponer del proceso.

Estas normas sirvieron de base para el preludio del Código Procesal Penal, en una reforma realizada en el 2008.<sup>5</sup>

El siguiente cuadro nos ayudará a ver la similitud de los principios que orientan a ambos métodos según el Decreto Ley 5 de 1999, que es la norma general.

---

3 Carnelutti, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2005. Página 48.

4 Roxin, Claus y otros. *De los delitos y de las Víctimas*. Primera Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires Argentina. 1982. Página 141.

5 La ley 27 de 2008, Gaceta Oficial 26045 de 22 mayo de 2008, que fue promulgada para preparar la entrada en vigencia de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que aprobó el Código Procesal Penal.

## El Principio rector es la Autonomía de la voluntad de las partes

<b>CONCILIACIÓN</b> <b>Art. 44 DL 5/99</b>	<b>MEDIACIÓN</b> <b>Art. 53 DL 5/99</b>
Acceso	Equidad
Eficacia	Neutralidad
Eficiencia	Confidencialidad
Neutralidad	Economía
Privacidad	Eficacia
Equidad	
Imparcialidad	
Celeridad en la Justicia	

Al observar el cuadro podemos preguntarnos por qué el legislador decidió darle más principios rectores a la conciliación que a la mediación? Queremos pensar que es debido a la mayor intervención que tiene el conciliador en relación con la del mediador. Por otra parte, recordemos que nuestra legislación permite que el acuerdo de conciliación alcance el rango de laudo, situación que nunca ocurrirá con el acuerdo de mediación.

Por su parte, en la esfera Penal la mediación y conciliación está orientada bajo los siguientes Principios (art. 204 CP):

- a. Dominio de la autonomía de la voluntad de las partes
- b. Rectitud
- c. Honradez
- d. Equidad
- e. Imparcialidad
- f. Confidencialidad
- g. Economía
- h. Eficacia
- i. Neutralidad
- j. Prontitud
- k. Buena Fe

Vemos que hay una similitud en los principios que rigen los métodos alternos según el Decreto Ley 5 de 1999 y el Código Procesal Penal y se resalta el Principio de Autonomía de la voluntad de las partes que rige para estas formas de alternas de solución de conflictos.

¿Cómo funcionan estos principios al momento de realizar una mediación o conciliación? En primer lugar, debemos determinar qué tipo de mediación o conciliación estamos realizando, porque a pesar de que los principios son similares, los procedimientos son distintos y la forma en que actuará el tercero neutral también será distinta. El tercero neutral será neutral, imparcial, aplicará la confidencialidad, pero su discurso no es el mismo.

En segundo lugar, los principios no sólo son para el tercero neutral, son para las partes en la reunión de mediación y conciliación. Aquí podemos observar cómo se pueden compaginar la tutela o protección de los Derechos Fundamentales de las partes, o como decimos los mediadores, de las personas que participan en nuestra reunión.<sup>6</sup>

## 5. Los Métodos Alternos en el Proceso Penal Panameño

En nuestro país, la promulgación del Decreto Ley 5 de 1999, trajo muchas críticas, algunas de ellas volcadas a una visión emanada hacia la privatización de la justicia y el abandono del sistema jurisdiccional. Por lo que, la utilización de la mediación o conciliación en la esfera penal estaba lejos de realizarse más por una parálisis paradigmática que por falta de regulación jurídica<sup>7</sup>.

La implementación de la Ley 27 de 2008, viene a reconocer a los métodos alternos como formas de terminación del proceso penal, teniendo como condición que fuera en aquellos delitos susceptibles de desistimiento de la pretensión punitiva.

---

6 Hay que recordar que la mediación y conciliación no es, y por lo tanto, no puede ser vista como un proceso judicial a parte. Por ello, el tercero neutral parafrasea en connotación positiva las historias de las personas, o reformula la *situación*. Por ejemplo, *no estamos en una sesión de mediación, sino en una reunión*; no hablamos de delito, sino *del hecho, del suceso que ocasionó tal cuestión*; el más claro ejemplo, lo aplicamos en una mediación familiar donde se debate la regulación de las visitas, preferimos decir: *...vamos abordar el tema para que papá o mamá compartan su tiempo con...* En su obra, *Mediación Familiar*, John Haynes, nos ofrece varios ejemplos que podemos transpolar en la esfera penal, sin provocar desaciertos ni con la víctima o el investigado/imputado.

7 El Decreto Ley 5/99 establece que tanto la mediación y conciliación podían emplearse en los procesos que admitan desistimiento, transacción o negociación; por su parte, el Código Judicial, mediante una reforma introducida por la Ley 3 de 1991, su artículo 1965 permitió la terminación del proceso en lo delitos que admiten desistimiento de la pretensión punitiva. Dicho artículo mencionaba qué delitos eran susceptibles del desistimiento. Sin embargo es con la Ley 27 de 2008 que reconoce la mediación penal como forma alterna de terminación del proceso penal (Arts. 16 y 17).

Los métodos alternos de solución de conflictos son una respuesta a una triste realidad percibida no sólo por aquellos usuarios del sistema, sino por una población que veía cómo su sistema judicial, era lento e ineficaz. Las causas eran diversas: falta de presupuesto para la implementación de más juzgados, contratación de personal, infraestructuras o equipos para la investigación, corrupción, desigualdades judiciales.

Existen datos en otras latitudes que nos pueden corroborar este escenario dantesco: en España, por ejemplo, para el año 2000, existían 940 Jueces de instrucción, un equivalente a un juez por cada 43,000 habitantes, que tuvieron que investigar 3,527,968 delitos, es decir 3,753 actuaciones procesales penales<sup>8</sup>

Las medidas tomadas para ejercer esta función Pública del Estado de perseguir el delito, encontrar sus responsables y sancionar, han sido entre otras: el aumento de penas por determinados delitos; creación de nuevos tipos penales, la agilización del proceso penal; la implementación del sistema acusatorio; aplicación de principios como el de oportunidad, suspensión del proceso, entre otros; también podemos mencionar el aumento de juzgados, fiscalías y más policías.

Pareciera que nada está funcionando o percibimos eso. De allí surge al escenario penal, los métodos alternos de solución de conflictos, no como una solución, sino como una forma alterna de resolver el conflicto penal, basándose en la autocomposición de las partes involucradas, pasando de una justicia distributiva a una justicia restaurativa.<sup>9</sup>

---

8 Gómez Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal Constitucionalizado. Colección el Saber Penal No.2. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, Colombia. 2013. Página 268.

9 El proceso restaurativo según La Resolución 2000/14 de 27 julio de 2000, del Consejo Económico y Social de la ONU se refiere a todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

También se hace la distinción de "resultado restaurativo" se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

La principal característica actual de la mediación y conciliación penal se puede observar de distintos puntos de vista a considerar:

- a. **Según el tipo penal:** la mediación y conciliación penal sólo es viables en delitos que no se consideran graves lesiones para la sociedad, por así decirlo si cabe la expresión, como por ejemplo: el homicidio culposo, lesiones personales, lesiones culposas, hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque; incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad; evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecte bienes del Estado; delitos contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública; la calumnia e injuria; inviolabilidad del domicilio o secreto, salvo el caso de haber sido ejecutada con violencia; falsificación de documentos en perjuicio de particulares. (Arts. 201 en concordancia con 202, 203, 204, 206 y 207 del CPP).
- b. **El momento para solicitarla:** Debe ser solicitada antes de la apertura a juicio. (Art. 207 CPP). La conciliación es propuesta por el Ministerio Público en su fase de investigación, pero es un acto voluntario de las partes aceptarla o no; por su parte, la mediación puede ser propuestas por las partes o incluso el Juez de Garantías les pone en **conocimiento**, sobre esta forma alterna de terminar el proceso, y si las partes aceptan, deberá realizarse la derivación al respectivo centro de mediación.
- c. **Es institucional:** la mediación y conciliación penal sólo puede ser ejercida a través de centros de mediación o conciliación, ya sean públicos o privados. No es permitida la mediación o conciliación individual o *ad hoc*.
- d. **Preservación del principio de inocencia:** siendo un acto voluntario de las partes, debe preservarse el principio de inocencia en todo momento, por lo que no se debe permitir una admisión de culpabilidad por el hecho de lograr un acuerdo, así como tampoco puede convertirse en indicio grave en contra, por el incumplimiento del acuerdo. También lo dicho

en las reuniones de mediación no puede ser utilizado como medio de prueba, el tercero neutral está impedido para ser testigo en el proceso, en virtud del principio de confidencialidad (Art. 204 CPP conc. Arts. 44 y 53 del DL5/99).

- e. **Voluntaria:** los métodos alternos de solución de conflictos son voluntarios de ser aceptados por las partes. Por lo tanto, no puede ejercer coacción alguna a ninguna de las personas que participan allí.
- f. **Es informal:** esta característica nos indica que las personas que participan no están en un proceso judicial, no son vistas como sujetos procesales, son personas y se les trata como tales. El tercero neutral, a través de sus técnicas y herramientas proporciona el ambiente para que se desarrolle un diálogo en busca de una solución efectiva para los involucrados, respetando la integridad de cada uno<sup>10</sup>.

## 6. Tutela de Derechos Fundamentales en la Mediación y Conciliación

Nuestra Constitución es de corte liberal, y no ha sido hasta el año 2004 en que se introdujo una reforma constitucional, y se reconoció la aplicación no sólo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de cualquier instrumento internacional de protección de Derechos Humanos.

*Artículo 17 (Segundo Párrafo): Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.*

Este avance es importante para nuestra justicia Constitucional, porque con esta introducción se reconocen Derechos Fundamentales fuera de nuestro texto constitucional; acaba la discusión sobre qué lugar ocupan los convenios internacionales sobre protección

---

<sup>10</sup> Es lo que Maturana llama la "Magia de la Mediación" ver cómo dos personas enemigos construyen juntos una solución a sus diferencias. Nosotros los mediadores hemos sido parte de esta magia. Sin embargo, uno debe reconocer que la mediación no lo puede solucionar todos los conflictos.

de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos; se reafirma el compromiso de respetar las normas de Derecho Internacional; y garantizar a los particulares un recurso judicial efectivo en un tiempo razonado.<sup>11</sup>

Siendo así, podemos concluir que en el proceso penal, al realizarse una mediación o conciliación deben respetarse Derechos Fundamentales básicos los cuales pueden ubicarse en distintos momentos:

- a. **Previo a la mediación o conciliación:** Bajo el principio de la voluntariedad, las partes son las que deciden si quieren realizar la mediación o conciliación, pero cómo tomar una decisión, si no conocen qué es la mediación o la conciliación? Cuáles son los beneficios?. El Ministerio Público deberá motivar a las partes a que intenten resolver su controversia penal bajo estos métodos; igualmente, el juez está facultado para poner en conocimiento a las partes sobre los medios alternos de solución de conflicto. (art. 26 y 206 CPP). Es importante acotar que las partes deben manifestar de forma clara, tanto al fiscal o el juez de garantía, su deseo que utilizar la conciliación o mediación penal. El efecto inmediato de esta manifestación de voluntad es la derivación de la causa a cualquier centro de mediación público o privado<sup>12</sup> y la suspensión provisional del proceso para dejar a lugar a que las partes realicen su reunión de mediación. Esta suspensión involucra también el levantamiento de cualquier medida cautelar si existiere.
- b. **En la reunión de mediación o conciliación:** el Derecho Fundamental primordial es el principio de inocencia, por ello, el acuerdo de conciliación o mediación no deberá contener frases de admisión de culpabilidad, ya que bajo el principio

---

11 Es importante resaltar el fallo de CSJ de 21 de Agosto de 2008, mediante el Licenciado Guillermo Quintero Castañeda promueve Acción de Amparo de Garantías Constitucionales en representación de Roxana Alejandra Cárcamo Ortega. En este fallo se elabora una argumentación a favor del reconocimiento de la amplitud que puede tener esta acción de protección de Derechos Fundamentales, como es el Amparo, desde una nueva óptica.

12 En la práctica, generalmente, los casos son derivados a centro de mediación públicos, ya sea del Órgano Judicial o del Ministerio Público.

de voluntariedad, las partes pueden dejar de cumplir lo pactado, o terminar la reunión sin llegar a un acuerdo. Mediante el principio de igualdad a las partes y equidad, el acuerdo no deberá contener frases que sean ofensivas o reafirmen la calidad de víctima del sujeto.

- c. El acuerdo debe ser eficaz, equitativo. Sobre esta afirmación hago una llamado de atención para los terceros neutrales que deben aplicar los principios que rigen estos métodos. El momento del acuerdo es una etapa propia de la mediación o conciliación, y es cuando el tercero neutral debe estar atento para que el acuerdo se equitativo, eficaz, por lo que su intervención a las partes es para lograr una reafirmación de lo antes expresado y no deberá interpretarse como falta al principio de neutralidad. También el tercero neutral debe velar que no haya durante la reunión de mediación o conciliación situaciones de desigualdad, violencia o intimidación, de lo contrario esta en su deber de dar por terminada la reunión. Para este caso, las partes pueden solicitar nuevamente otra reunión ante el fiscal o juez.
- d. **Posterior a la Mediación y Conciliación:** la principal consecuencia del acuerdo de conciliación y mediación es la suspensión del proceso, por el término de un año para su cumplimiento (Art. 210 CPP), así como la interrupción del término de prescripción de la acción penal (Art.211 CPP). El juez de garantía sólo puede decretar la suspensión del proceso en caso de existir el acuerdo, o de continuar el proceso en los casos de no llegar a un acuerdo las partes, sin perjuicio que se solicite nuevamente una mediación penal.
- e. El cumplimiento del acuerdo hace que termine el proceso y se ordene el archivo.

Finalmente, a manera de referencia, el punto 23 conocido como clausula de salvaguardia de la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de la ONU de los Principios que regula la justicia restaurativa estipula que: “Nada de lo enunciado en estos Principios básicos afectará a los derechos del delincuente o de la

víctima reconocidos por la legislación nacional o el derecho internacional pertinente”.

## 7. Cuestiones Prácticas

En este apartado es necesario discutir algunas dudas que pueden surgir de esta institución alterna de resolución de conflictos penales.

### a. Utilización del Amparo como medio de tutela en la mediación o conciliación Penal.

Lo primero que debemos analizar es si es aplicable tal recurso judicial, siendo que el acuerdo de mediación es el concierto de voluntades entre las partes de un proceso penal, y tal como se explicó en el punto anterior, el tercero neutral que en la reunión debe velar porque el acuerdo sea equitativo, eficaz y que no desmejore a ninguna de las partes. También el mediador debe asegurarse que no existe algún signo visible de vicio de la voluntad que pudiera afectar la firma del acuerdo. Por lo que se refiere a la audiencia con el juez de garantía una vez se tenga el acuerdo firmado, éste deberá ordenar la suspensión hasta por un año del proceso a fin de que se cumpla lo pactado, y siendo el caso contrario de no existir acuerdo, se continuará el proceso en la etapa en que haya quedado.

Sin embargo, se pone de manifiesto que sí es viable el amparo de Garantías Constitucionales contra la decisión que tome un juez de garantía en virtud de la existencia o no de un acuerdo de mediación. Es viable, ya que el Amparo es un mecanismo de tutela efectiva contra un actos que puedan vulnerar Derechos Fundamentales. Sobre este punto resaltamos el siguiente fallo:

*“...esta Superioridad concuerda con el a quo al señalar que la acción de amparo no puede ser utilizada como una tercera instancia, pero a la vez no puede desconocerse que a pesar que la implementación de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal para nuestro país, busca garantizar el respeto de los derechos fundamentales de quienes interviene en el proceso penal, es decir, que el proceso está configurado para que se respete al máximo las garantías fundamentales de la víctima, el imputado y los*

*terceros, como por ejemplo con el rol que juega el Juez de Garantía; sin embargo, esto no impide que cualquiera de las partes e inclusive el propio Ministerio Público, al considerar que una actuación llevada a cabo dentro de un proceso penal que se ventile ante este sistema de enjuiciamiento penal, que pueda afectar, lesionar, menoscabar, alterar, restringir o amenazar los derechos fundamentales, puede presentarse ante esta jurisdicción constitucional para buscar que se realice dicho examen para determinar si se configuran o no las aducidas infracciones, siempre y cuando las mismas sean dentro del plano constitucional, aun sin importar que lo planteado hubiese sido revisado o dictaminado por el Juez de Garantía...*

*...Por lo tanto, desde el punto de vista de esta Máxima Corporación de Justicia, siempre que las alegaciones planteadas por el amparista giren en torno al plano constitucional, resulta totalmente viable la acción de amparo de garantías constitucional como mecanismo procesal para atacar dicha actuación, por ser un compromiso del Estado panameño de brindarle a la ciudadanía instrumentos jurídicos para la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.<sup>13</sup>*

Sobre este mismo tema se presenta un fallo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de diciembre de 2012, donde resuelve el recurso de apelación promovida en nombre y representación de DT contra la juez de garantías de la provincia de Veraguas, en donde a pesar de la existencia de un acuerdo firmado por las partes, la jueza de garantía ordena la continuidad del proceso. Este fallo es de considerable relevancia porque se pueden analizar diversos temas; el primero de ellos, consiste en que después de promovido el amparo por la defensa, el Tribunal Superior del Segundo Distrito, lo admite, pero es apelado por la Jueza de Garantías, es decir la funcionaria que expidió la resolución atacada por el amparo, sobre este punto

---

<sup>13</sup> Recurso de apelación de la acción de amparo de derechos fundamentales promovida por la Licda. Elizabeth Carrión ortega, actuado en su calidad de fiscal del circuito de Coclé, ha promovido Acción de Amparo de Derechos Fundamentales contra la orden de no hacer contenida en el acto judicial celebrado el día 13 de mayo de 2013, Presidida por la Juez de garantía, Licda. Jazmín Jaén ramea, dentro del proceso penal seguido a José Florencio Quiñónez por el delito de daños cometido en perjuicio del Estado. Ponente: José E. Ayú Prado Canals Panamá, veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014).

la Corte ha señalado que la jueza de garantías está legitimada para apelar la admisión del amparo a la luz de 2625 del Código Judicial; el segundo es que en virtud del Pacto de San José, no es necesario que se haya agotado los medios y trámites previstos por la ley, según dispone el artículo 2615 ordinal 2 del CJ; tercero, se confirma la aplicación del artículo 25 del Pacto de San José, en lo concerniente a que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”* El reconocimiento de la ampliación del horizonte del amparo como medio efectivo de protección de Derechos Fundamentales contra todo **acto**, sin que sea una orden de hacer o no hacer, tal como lo establece el artículo 54 de nuestra Constitución y el artículo 2615 del Código Judicial; cuarto, la CSJ ha determinado, en este caso que el apelante (Jueza de Garantías) debió nombrar apoderado legal, pero sin precisar a quién podía designar como apoderado legal, por lo que puede ser cualquier abogado idóneo particular.

#### **b. Negación del acuerdo firmado por parte de la víctima**

Tomando como ejemplo el caso anterior, qué ocurre cuando la víctima ha llegado a acuerdo el cual se ha firmado, pero luego decide que no puede aceptar el mismo. Sobre este punto es curioso que nuestra norma adjetiva no prevé este caso, pues el incumplimiento del acuerdo depende del imputado (en apariencia).

Se dice en apariencia porque una lectura a los artículos 206 y 211 del CPP se refieren al incumplimiento del acuerdo, sin distinguir las partes. Obviamente, en un acuerdo de mediación o conciliación es el imputado el obligado a cumplir lo pactado ya que por ministerio de la ley su cumplimiento tiene como consecuencia el archivo del expediente, extinción de la acción penal y el acuerdo cumplido hace a tránsito a cosa juzgada.

Pero si la víctima se niega a recibir el objeto del acuerdo? sólo para evitar que se cumpla y provocar la continuación del proceso.

Sería importante que el Juez de Garantía se manifestara ante esta situación.

Sólo en el caso que exista un vicio del consentimiento se podría anular el acuerdo.

El juez de Garantías sólo puede actuar conforme establece el CPP, por lo que si una de las partes considera que el acuerdo que firmó no se ajusta aún a lo querido, bien puede solicitar otra mediación para abordar el tema y considero que no debe ser negado por el Ministerio Público o el juez, si ambas partes están de acuerdo en hacerlo

### **c. ¿Cuántas veces se puede solicitar una mediación o conciliación penal?**

Este tema es parte de la crítica que se le hace a los métodos alternos de solución de conflictos, no sólo en materia penal, sino en otras áreas. El CPP no establece cantidades, sólo menciona que hasta antes de la apertura a juicio, las partes pueden solicitar al Fiscal o juez de la causa derivar el conflicto penal a un centro de mediación, público o privado (Art. 207 CPP).

Hemos mencionado que este es uno de los argumentos empleados contra la mediación y conciliación penal. El abuso por una de las partes de solicitar reiteradas veces estas formas de solución alterna, sobretodo si es el imputado quien lo hace y luego incumple el acuerdo, para luego solicitar de nuevo otra mediación, dilatando el proceso. Ante esta situación el juez de garantías o el fiscal no pueden hacer nada, porque bajo el principio de la autonomía de las partes, si la otra parte acepta, deberá derivarse el conflicto penal.

### **d. Obligación del Ministerio Público de utilizar los MARC:**

El artículo 26 en concordancia con el artículo 69 del CPP fija un deber para los tribunales y el Ministerio Público, y es la promoción de los métodos alternos de solución de conflictos, entre las partes. En un fallo de la Corte Suprema, resolviendo una apelación de Amparo de Garantías, nuestra alta corporación de justicia comenta lo siguiente:

*“De allí que en vez de otorgar ese término de investigación para tratar que las partes pudieran efectuar una mediación, en este caso lo que sí podía hacer la juzgadora sin que esto se tomara como una violación al Debido Proceso, no es más que preguntarle a la Fiscalía y al Defensor Público, si estos habían agotado todos los métodos alternos de solución de conflicto, ya que del contenido del artículo 26 del C.P.P., se desprende la autorización que esta norma da tanto a los tribunales como al Ministerio Público, para promover durante el curso del proceso mecanismos que solucionen el conflicto, o como es el caso del propio artículo 44 numeral 1, que tiene concordancia con la precitada norma, donde dentro de la competencia del Juez de Garantía, está advertir a las partes sobre los medios alternativos de solución de conflicto, los cuales no se agotan con la mediación.”<sup>14</sup>*

Es una garantía para las partes del proceso penal ser informadas de los métodos alternos de solución de conflictos, esta garantía incluye exponer cuáles son los beneficios, su sentido y alcance.

## **8. Conclusiones**

Podemos afirmar, luego de este examen, que la mediación y conciliación penal están orientados no sólo como una forma no adversarial de solución de conflictos penales, sino también como una búsqueda de la armonía social a través de la restauración o reparación del daño social, coadyuvando a la agilización del proceso.

Las partes en el proceso están legitimadas para proceder vía amparo de las decisiones que tomen los jueces de garantías aún cuando sus decisiones sean mero trámite, siempre y cuando vulnere Derechos Fundamentales de cualquiera de las partes.

Ante la realización de un acuerdo de mediación o conciliación penal corresponde a la suspensión del proceso, incluyendo las medidas cautelares si las hubieren, para el cumplimiento efectivo del acuerdo, y sin perjuicio que cualquiera de las partes puedan solicitar otra mediación posterior al acuerdo, pero en todo caso el acuerdo firmado deberá ser cumplido por el imputado, de lo contrario el proceso seguirá en la etapa procesal que haya quedado.

---

<sup>14</sup> Up supra página 15

El tercero neutral deberá verificar que el acuerdo sea eficaz, posible y beneficiosos para ambos, procurando filtrar cualquier indicio de violencia o intimidación por cualquiera de las partes.

## **Bibliografía**

- Baruch Bush, R.A. y Folger, J.P. La Promesa de Mediación. Primera Edición. Buenos Aires. Gránica. 2006.
- Barrios González, Boris. La Tutela de los Derechos Fundamentales: de la Justicia de reglas a la justicia de principios. Primera Edición. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2014.
- Bulla Romero, Jairo Enrique. Justicia Alternativa. Primera Edición. Colombia. Ediciones Nueva Jurídica. 2010.
- Diego Vallejo, Raúl. Mediación – Proceso, Tácticas y técnicas. Madrid. Ediciones Pirámide. 2012.
- Carnelutti, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. Bogotá. Editorial Temis. 2005.
- Consejo Económico Social. Naciones Unidas. Resoluciones y Decisiones aprobadas por el consejo Económico y Social en su período de sesiones sustantivo de 2000. <http://www.unisdr.org/files/resolutions/N0061037.pdf>
- Eira Nordenstahl, Ulf Christian. Mediación Penal de la Práctica a la Teoría. Primera Edición. Buenos Aires. Librería Histórica. 2005.
- Gómez Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal Constitucionalizado. Colección el Saber Penal No.2. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2013
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. La Función Social del Juez. Primera Edición. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. 2012.
- Grover Duffy, Karen y otros. La mediación y sus contextos de aplicación. Primera Edición. Barcelona. Edición Paidós Iberoamérica, S.A. 1996.
- Souto Galván, Esther (compiladora). La Mediación – Un instrumento de conciliación. Primera Edición. Madrid. Editorial Dykinson S.L. 2010.
- Roxin, Claus y otros. De los delitos y de las Víctimas. Primera Edición. Buenos Aires Editorial Ad Hoc. 1982

Suarés, Marínés. Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas. Primera Edición. Sexta reimpresión. Buenos Aires. Paidós. 2008.

Teira Boniche, Edwin Gabriel. Acuerdos de Mediación y Conciliación – Efectos Jurídicos de su Aplicación. Segunda Edición. Panamá. Librería Portobelo. 2010.



## TEMA 10

---

### **Prueba científica y nulidad de la sentencia firme**

¿Es hábil revisar la cosa juzgada en virtud del descubrimiento de nuevas técnicas probatorias?

Marcelo Sebastián Midón



## I. Introducción

El anchuroso y polémico abanico de las llamadas pruebas científicas se traslada por infinitos senderos no siempre transitados por el hombre de Derecho, generando fenómenos inéditos y complejos, pero de máxima trascendencia a la hora de hacer justicia en el caso concreto<sup>1</sup>.

Surgen de estas prácticas de vanguardia un compacto de interrogantes que difícilmente podrán resolverse en forma simple y lineal. Quizá porque al decir de Raymond Aron, *una es la velocidad con que raudamente conquista la ciencia nuevos espacios y otra la de la ciencia del Derecho que no atina a metaformearse con similar dinamismo y se desplaza a demorado paso de marcha*<sup>2</sup>.

La enmarañada tarea de exponer información útil y relevante acerca de estos exámenes periciales para abogados y auxiliares de la justicia exige gran esfuerzo. Máxime cuando el lector se halla escasamente relacionado con la terminología, los conceptos y las metodologías que provienen de otras disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Limitaciones que desde luego dificultan abordar (cuando más proponer soluciones frente a) muchos de los urticantes roces y desafiantes reyertas que el tópico plantea.

Empero no podemos eludir que la científicidad de la prueba ha subido al escenario en el espectáculo del proceso. Y hasta puede

---

1 El vasto campo de la denominada prueba científica es, según MORELLO, una parcela vanguardista del crucial tema del Derecho Probatorio. Sin perjuicio, la honestidad del maestro se ocupa de aclarar que a principios de la década de los años setenta en el siglo anterior, anticipadamente, las múltiples diagonales que entrecruzan la cuestión fueron abordadas por el distinguido profesor de la Universidad de Pavia, Vittorio DENTI (Scientificità de lla prova e libera valutazione del giuridice, en Revista di Diritto Processuale, 1972, págs. 414/437, ídem Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, págs. 277/301). Cercanamente, otro de los grandes maestros peninsulares, discípulo y compañero de aquel, Michelle TARUFFO, habría de volver sobre tan atrapante tópico y, con lucidez, proyectaría las aportaciones de aquél (La prova dei fatti giuridice. Nociioni generali, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Milano, 1992, págs. 307 y ss.). Véase, MORELLO, Augusto Mario, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Prueba, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 7.

2 ARON, Raymond, citado por MORELLO, Augusto Mario, La prueba científica, ob. cit. pág. 9. También BERIZONCE formula similar advertencia: "La ciencia se expande en detrimento del "sentido común" (con cita a TARUFFO), aunque el tránsito de las nociones científicas desde la cultura de los especialistas a la cultura media sucede fatigosamente, de modo lento y aún indirecto, con frecuencia no claro y a menudo a través de vulgarizaciones y reducciones, que en última instancia no hacen sino acentuar la brecha existente entre unos y otros grados del conocimiento" (BERIZONCE, Roberto, La prueba científica, ponencia general, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, Septiembre de 2006).

interactuar con otras figuras e institutos que, como la cosa juzgada, poseen un protagonismo consolidado a través de los siglos.

Por tales motivos, de ese metafórico espectáculo teatral, escogimos apenas un ensayo. Un acto del que participan, precisamente, las pericias científicas y la cosa juzgada. Con el evidente propósito de saber si el desarrollo de nuevas técnicas probatorias o el perfeccionamiento de las existentes, pueden justificar prorrogar el valor de la seguridad jurídica y convertirse en motivo que habilite juzgar dos veces el mismo hecho.

## II. El concepto de “prueba científica”:

Poco más de una década atrás, el adjetivo “científico” empleado para caracterizar a ciertos medios de prueba fue considerado impropio por autorizada doctrina. En efecto, la Comisión Segunda, de Derecho Procesal Civil, reunida en ocasión del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995), concluyó *“que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas, por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias con relación a las otras”*<sup>3</sup>.

A modo de réplica (o aclaración), cabe señalar que a través de la difundida expresión “prueba científica” no se pretende relativizar a la ciencia del Derecho, ni calumniar a los tradicionales medios previstos para la acreditación de los hechos controvertidos. Dicho en otras palabras, la circunstancia de utilizar el adjetivo “científico” para calificar a un medio de prueba no implica que los clásicos documentos, ancestrales testimonios y ortodoxas pericias sean acientíficas, vale decir, elementos obtenidos o producidos con indiferencia de un método lógico y predeterminado.

Sencillamente, utilizamos esa elocuente construcción para identificar a aquellos *elementos de convicción que son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de*

---

3 Véase, QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 268.

*estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias, y que son adquiridas mediante prueba pericial o la producción de consultas o asesoramiento de entidades o instituciones técnicamente especializadas*<sup>4</sup>.

En este sentido, para Arazi y Rojas, a través de las llamadas pruebas científicas se quiere identificar aquellas herramientas que podríamos denominar *de última generación*, merced a los avances producidos en la ciencia, que ha venido a coadyuvar con la tarea judicial. Se trata de pruebas que tienen ciertamente alguna sofisticación, sea por la perfección o idoneidad de los medios que se utilizan para llevar a cabo algunas investigaciones, o bien por los novedosos métodos utilizados<sup>5</sup>.

Entre nosotros, el ejemplo más paradigmático de prueba científica acaso viene dado por las denominadas *pericias biológicas*<sup>6</sup>. Es decir, *por aquellas que se practican sobre la base de muestras orgánicas del hombre (sangre, sudor, lágrimas, semen, cabello, material cadavérico, etcétera), que son extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos trasmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o*

---

4 MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas. Enigmas que se le plantean al hombre de Derecho*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pág. 29; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de prueba científica*, en Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, pág. 922; del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada formada sobre la base de metodologías superadas?*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1, Prueba 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 264; del mismo autor, *Cuando los avances de la ciencia trasvasan al Derecho Probatorio*, en *Derecho Probatorio*, parte general, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, bajo el título "El concepto de prueba científica".

La Comisión Segunda, de Derecho Procesal Civil, reunida en ocasión del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, propuso similar concepto: "Prueba científica es aquella en la que para su producción se necesitan conocimientos ajenos al Derecho y cuyo resultado otorga una certeza mayor que el resto de las pruebas; y que es adquirida mediante la prueba pericial o por la producción de consultas o asesoramiento de entidades o instituciones técnicamente especializadas" (QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 268).

5 ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, T. II, págs. 484 y 485.

6 Para Carlos CARBONE las pericias biológicas pueden ser consideradas las reinas de estas pruebas (en obvia referencia a las científicas), a tal punto que pareciera se las funde en el concepto (CARBONE, Carlos, *La prueba científica: notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial*, Ponencia general, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, Septiembre de 2006).

*huellas genéticas, con la finalidad de individualizar o identificar a personas físicas*<sup>7</sup>; operaciones que permiten acreditar la existencia de un nexo biológico entre dos o más sujetos (supóngase en el marco de un proceso de filiación), o determinar la autoría de una violación u otro ilícito (piénsese en el esquema de un proceso penal), etcétera.

Colerio nos ilustra, a su turno, sobre un método vanguardista demostrado en las “III Jornadas Nacionales de Derecho Informático” (Buenos Aires, Septiembre de 1998), conocido como “Sistema Prueger” (desarrollado en Neuquén por el ingeniero Eduardo Fabrizzzi y el licenciado Enrique Prueger), para el peritaje caligráfico. Consiste en un programa de software que primero analiza el cuerpo indubitado a través de 230 preguntas técnicas, de las que escoge 56 afirmativas que aplica a los cuerpos de escritura dubitados; de tal manera, un peritaje que en forma manual demoraría una semana, con este sistema se hace en 30 minutos, llagándose a un grado de certeza prácticamente absoluto<sup>8</sup>.

### **III. Caracteres. Diferencias y similitudes con las pericias clásicas**

La prueba científica, en tanto que especie de prueba pericial, posee características similares al género y, simultáneamente, rasgos singulares que le atribuyen propia identidad. En efecto:

1. Como las pericias en general, las pruebas científicas constituyen medios indirectos de prueba, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través de la percepción, verificación y opinión del experto.
2. Las pruebas científicas integran la especie de las llamadas “estadísticas” por cuanto sus métodos de resolución funcionan al amparo de las matemáticas, introduciendo los hallaz-

---

7 MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas. Enigmas...*, ob. cit., pág. 30; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas*, ob. cit., pág. 922; del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada...*, ob. cit., pág. 264.

El concepto propuesto por MIDON para caracterizar a las pericias biológicas es reproducido por Carlos PONCE (Las pericias científicas y biológicas, en *Revista de Derecho Procesal*, 2005-2, Prueba-II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 145).

8 COLERIO, Juan, *Hacia un nuevo concepto de prueba pericial*, LL 1991-A-289; también publicado en *Curso de actualización en Derecho Procesal*, Temas de apoyo, Prueba, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 120 y ss.

gos (conclusiones) a través de números, fracciones, índices y porcentajes.

3. Comúnmente las pericias científicas *sólo pueden realizarse mediante la intervención o colaboración de algún sujeto, se trate de las partes o bien de un tercero* ajeno a la relación procesal. Piénsese por caso en la prueba de histocompatibilidad inmunogenética (HLA) o en las basadas en la tipificación del ADN. De no consentirse por el individuo la extracción de una muestra orgánica (sangre, semen, saliva, etcétera), la pericia no podría concretarse.

Se trata de un presupuesto que subyace a este tipo de compulsas. Y simultáneamente, de un patrón pocas veces ausente en las pericias en general. Adviértase, sin embargo, que cierto tipo de operaciones, como sería la caligráfica, puede en algunos casos realizarse sin requerir la colaboración tan estrecha por parte de la persona a quien se le atribuye la autoría de un documento. Verbigracia, cuando la comprobación parte del cotejo de instrumentos indubitados suscritos por un mismo sujeto, con el documento cuya autenticidad se controvierte.

4. Las pruebas científicas, como las pericias en general, únicamente son admisibles cuando para la apreciación de un hecho controvertido y conducente fuese menester contar con las aptitudes técnicas que proporcionan determinadas disciplinas, ajenas a los estudios jurídicos. Tarea que desde luego recae en manos del experto.

Sin perjuicio, la complejidad de los exámenes en cuestión, y el marcado predominio de metodologías regidas por principios propios de última generación, afianza más que nunca la necesidad de contar con elementos materiales de vanguardia y humanos altamente capacitados. Ergo, la responsabilidad de producir tales operaciones no reposará sobre vulgares y fungibles peritos. Sino sobre profesionales o instituciones confiables, que reúnan los conocimientos y las condiciones técnicas adecuadas (ambientales, de equipamiento, de seguridad, etcétera) para efectuar las mediciones y compulsas.

5. Las pericias científicas arrojan conclusiones con un altísimo grado de probabilidad, en ocasiones inmediatas a la certeza absoluta. Verbigracia, elaborados los exámenes de ADN en condiciones óptimas de laboratorio, sus resultados alcanzan una factibilidad del 99,9971%; algo similar ocurre con los modernos peritajes caligráficos, etcétera.
6. Exactitud tarifada porcentualmente que convierte a la pericia científica en evidencia fundamental para la justa composición del pleito. Y, simultáneamente, la presenta como alternativa de considerarla prueba tasada, reformulado en criterio tradicional de valoración de la prueba pericial conforme el sistema de la sana crítica racional.
7. No obstante la alta dosis de probabilidad que arrojan sus resultados, el valor de las pruebas científicas no será absoluto. El progreso de la ciencia no garantiza siempre la obtención de una verdad inmune de errores. Fundamentalmente porque los métodos de investigación se consideran correctos sólo por ser aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo.

No se trata, entiéndase bien, de negar la enorme convicción que provocan en el ánimo del juzgador los avances científicos y tecnológicos en materia de prueba. Esto no implica, sin embargo, que debamos aceptarlos ciegamente, sin críticas ni miramientos<sup>9</sup>.

#### **IV. Los avances de la ciencia y la revisión de la cosa juzgada:**

##### **1. El principio de la inmutabilidad relativa de la cosa juzgada:**

Tan sabida como ancestral es la regla que enerva juzgar dos veces un mismo hecho (“non bis in ídem”). Dado que sus orígenes se remontan a épocas muy pretéritas, incluso anteriores a las Leyes de

---

<sup>9</sup> Volveremos sobre el tema en ocasión del título “La cuestionabilidad de ciertas técnicas”.

las XII Tablas<sup>10</sup>, sumado a que durante siglos la inimpugnabilidad de la sentencia ejecutoriada ha adquirido ribetes místicos, dogmáticos, casi divinos, abordar el tópico concerniente a la revisión de la res judicata impone formular algunas consideraciones, a saber:

En primer lugar, para una inmensa mayoría de regímenes jurídicos, pasados y contemporáneos, en principio y como regla, la sentencia definitiva pronunciada en procesos contradictorios, una vez precluída (por pérdida o consumación) la facultad de los litigantes de impugnarla a través de recursos, se convierte en decisivo firme, produciendo el poderoso efecto de su indiscutibilidad o inmutabilidad.

Todavía más, en legislación positiva de la República Argentina, donde los derechos reconocidos por una sentencia firme (o pasada en autoridad de cosa juzgada), recaída en juicio de conocimiento pleno, quedan incorporados al patrimonio del beneficiario y protegidos por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad que asegura el art. 17 de la Constitución Nacional<sup>11</sup>.

Ahora bien, esa inmutabilidad que caracteriza a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, que se justifica por obvias razones de seguridad, certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, que es recomendable conservar porque, de lo contrario, los pleitos no tendrían fin y servirían para perturbar el orden público haciendo imposible la convivencia social, no es sin embargo absoluta.

Ya los grandes maestros del Derecho Procesal enseñaban que la cosa juzgada es una exigencia política; no es de razón natural sino

---

10 HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, en Libro de ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, octubre de 1999, págs. 130 y ss.; también publicado en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 26 y ss.

11 CSJN, 27/12/90, LL 1991-D-734, N° 1823; SCJBA, 10/05/77, DJBA 113-118; Cám. Nac. Civ., Sala E, 15/10/80, LL 1981-A-250; Cám. Nac. Com., Sala B, 23/11/89, LL 1990-B-526. En doctrina, véase ARAZI, Roland, Acción de revisión de cosa juzgada irrita, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001, pág. 101; también publicado en Revista de Derecho Procesal 2. Medios de Impugnación, Recursos 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 377; ESTIGARRIBIA de MIDÓN, Gladis, Lecciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Mave, Corrientes, 1997m págs. 485 y 486; LEDESMA, Ángela, La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 475 y 476.

práctica<sup>12</sup>, que nada tiene de irracional que se admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que esas mismas consideraciones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de una sentencia intolerablemente injusta<sup>13</sup>.

Exégesis esta última, la de admitir la relatividad de la cosa juzgada, condicionando su firmeza a la inexistencia de vicios de la voluntad tanto en las partes como del juzgador, esto es, a la ausencia de dolo o malicia de una o ambas partes, con o sin la participación del magistrado, que es compartida además (y vaya argumento de autoridad) por la Corte Nacional<sup>14</sup>.

Chances ciertas de revisar la sentencia firme, siempre con carácter excepcional, que tiene rango constitucional en la opinión de muchos y calificados autores<sup>15</sup>. Sostenía Bidart Campos que la cosa

---

12 COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 263.

13 CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, España, 1941, pág. 511.

14 CSJN, "Tibold", 23/11/62, Fallos 254:320; "Campbell Davidson", 12/02/71, Fallos 279:59; "Bemberg", 29/12/71, Fallos 281:421, "Atlántida", 26/06/72, Fallos 283:66; "Duarte, Víctor c/ Banco Central de la República Argentina 19/05/97, sin publicación, comentado por ARAZI Roland, Acción de revisión de cosa juzgada irrita, ob. cit., pág. 110.

Juan Carlos HITTERS, sin dudas entre los más conspicuos estudiosos de la materia, sistematiza la doctrina de la Suprema Corte Nacional en punto a la revisión de la cosa juzgada. Oigámoslo: "En lo que tiene que ver con nuestro Más Alto Tribunal de la Nación, el primer caso que resolvió frontalmente la problemática fue "Tibold", el 23 de noviembre de 1962. Allí se dijo claramente que la estafa procesal no puede convalidarse y que en determinadas circunstancias el valor justicia debe imponerse al valor seguridad. Dicho Cuerpo mantuvo esa apertura en asuntos posteriores, fallados en las décadas de los 50' y 60', entre los que podemos citar "Atlántida"; "Campbell Davidson" y "Bemberg". Sintetizando la doctrina legal fijada por ese Tribunal, podemos marcar las siguientes pautas: 1) La cosa juzgada no es absoluta ("Tibold", "Campbell Davidson" y "Atlántida"). 2) La firmeza de la res judicata debe estar condicionada a la inexistencia de vicios de la voluntad tanto de las partes como del juzgado ("Tibold", "Campbell Davidson" y "Bemberg"). 3) La seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia ("Tibold", "Campbell Davidson", "Atlántida" y "Bemberg"). 4) La estafa procesal no puede ser convalidada por los órganos jurisdiccionales ("Tibold" y "Atlántida"). 5) Para la configuración de la cosa juzgada es necesaria la existencia de un juicio regular (debido proceso), fallado libremente por los jueces ("Campbell Davidson" y "Bemberg"). Véase, HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*. Su estado actual, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 38 y 39.

15 ARAZI, Roland, *Acción de revisión de cosa juzgada irrita*, ob. cit., págs. 101 y ss.; del mismo autor, *Cosa juzgada y negligencia*, JA 1998-IV-462; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, primer voto en Suprema Corte de Mendoza, Sala 1, 02/09/99, "Puebla, Ricardo A", fallo íntegramente reproducido y comentado por GIORDANO, Aldo Luis, *Los límites de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita*, en Curso de actualización en Derecho Procesal, Temas de apoyo, Cosa juzgada, revisión, nulidades, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 47 y ss.

juzgada nula o irrita necesita, *por imperio de la Constitución*, haya normas procesales o no las haya para su impugnación, ser volteada para rescatar la verdad material u objetiva. Destronar la cosa juzgada nula o irrita es una de las batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva y, con ella a la justicia cuyo afianzamiento ordena imperativamente el Preámbulo<sup>16</sup>.

En suma, si bien la institución tantas veces aludida constituye una pieza fundamental de la maquinaria judicial, reconoce ciertas fisuras o válvulas de escape. Con lo que queremos dejar bien establecido que la cosa juzgada es retractable si padece de ciertas imperfecciones, no sólo sustanciales, sino también de procedimiento. Es decir, que el punto de partida finca en el principio de la inmutabilidad relativa de la res judicata<sup>17</sup>.

---

16 BIDART CAMPOS, Germán, La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada, ED 136-619.

17 Si bien es cierto que hace algunas décadas los autores de nuestro país discrepaban sobre la posibilidad de la retractación de la cosa juzgada, esta discusión prácticamente ha concluido. Hoy día existe una virtual uniformidad en que configurados ciertos vicios graves, es factible dejarla sin efecto, obviamente en circunstancias excepcionales. Así, por caso, en ocasión de celebrarse el X Congreso Nacional de Derecho Procesal (Salta 1979), la Comisión Primera, de Procesal Civil y Comercial, concluyó que “la inmutabilidad de la cosa juzgada no obsta a que ésta sea excepcionalmente revisable” (ver, QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Congresos Nacionales de Derecho Procesal, ob. cit., pág. 124). Similar fue la síntesis del III Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas (Córdoba, agosto de 2004, conclusiones publicadas en la página web de la Comisión Nacional de Jóvenes Procesalistas: “www.procesalistas.com.ar”).

Asimismo, por mencionar algunos autores que comparten el temperamento, ARAZI, Roland, Acción de revisión de cosa juzgada irrita, ob. cit., págs. 101 y ss.; ARBONES Mariano, Reflexiones en tomo a la cosa juzgada y su inimpugnabilidad, en Cuaderno N° 1, del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, págs. 21 y ss.; BERIZONCE, Roberto, Medios de impugnación de la cosa juzgada, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XII, N° 26, enero-julio 1971, págs. 259 y 268; BIDART CAMPOS, Germán, La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada, ED 136-619; FERREYRA de DE LA RUA, Angelina y GONZALEZ DE LA VEGA de OPL, Cristina, La revisión de la cosa juzgada: replanteo, en Libro de ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, octubre de 1999, págs. 121 y ss.; GIORDANO, Aldo Luis, Los límites de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita, ob. cit., págs. 47 y ss.; HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, ob. cit., págs. 130 y ss.; LEDESMA, Ángela, La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal, ob. cit., págs. 468 y ss.; MAURINO, Alberto Luis, Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad (antecedentes y derecho comparado), en Revista de Derecho Procesal, N° 2, Medios de Impugnación, Recursos 1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 109 y ss.; MIDON, Marcelo Sebastián, Pericias biológicas, Enigmas..., ob. cit., págs. 211 y ss.; del mismo autor, Pruebas biológicas y cosa juzgada..., ob. cit., págs. 261 y ss.; del mismo autor, Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas, págs. 929 y ss.; MONROY PALACIOS, Juan, Planteos generales en torno a la revisión civil, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 110 y ss.; PEYRANO, Jorge y CHIAPPINI, Julio, La acción autónoma de nulidad de sentencia firme y la añeja pretensión cautelar, JA 1986-IV-921; ZORZOLI, Oscar, Cosa juzgada. Mutabilidad, en Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, Perú, 1998, págs. 141 y ss.; entre muchos otros.

## **2. ¿El desarrollo de nuevas técnicas probatorias o el perfeccionamiento de las actuales es motivo que habilita la revisión de la cosa juzgada?**

Según vimos, el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, durante siglos dogmático e intransigente, admite hoy día atenuantes o excepciones. Que tienen por finalidad inequívoca dar prioridad a la verdad en tanto premisa insoslayable a la hora de justo componer el caso concreto. Postergando, en ciertas situaciones extraordinarias, el valor de la seguridad jurídica a la menesterosa razón de justicia.

En términos generales y sin pretender realizar un exhaustivo análisis de las causales que habilitan la revisión de la cosa juzgada, los principales motivos actualmente admitidos se encasillan en tres grandes grupos, a saber: 1) Prueba documental, incompleta (se descubren documentos anteriores a la sentencia) o inexacta (se la declara tal a posteriori del pronunciamiento); 2) Prueba testimonial viciada (los testigos en lo que se apoyó el decisorio fueron condenados por falso testimonio); 3) Delitos u otras conductas dolosas (prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta); en todos los casos conocidos los hechos luego de la formación de la cosa juzgada.

Ahora bien. En lo estrictamente vinculado a las pruebas científicas, cabe interrogarse, finalmente, sí el desarrollo de nuevas técnicas o el perfeccionamiento de las ya existentes, a la sazón avances en el campo experimental, provistos de una mayor confiabilidad e indudablemente capaces de contribuir a dejar mejor sentada la verdad de los hechos debatidos en un proceso pueden, ocasionalmente, erigirse en motivos que den vía libre a la revisión de la cosa juzgada

Para graficar el enigma, pensemos por un momento en sendos procesos, uno civil de filiación, otro penal en donde se imputó la presunta comisión del delito de violación. Ambos concluyeron con el dictado de una sentencia firme y a priori inmutable.

Imaginemos que esos pronunciamientos, recaídos en el marco de juicios regulares, en los que se respetó escrupulosamente el contradictorio y fueron fallados libremente por los jueces, tuvieron por

acreditado la existencia del vínculo biológico (en el primero de los casos) y la autoría del abuso sexual (en el segundo de ellos) siendo decisivas, entre otras evidencias, las pericias biológicas que constituían, en aquel momento, el centro de la atención científica.

Supongamos ahora que ese método de examen, que no era desde luego infalible, cae en desuso con la aparición de una técnica ampliamente superadora, con menores índices de riesgo y cuestionamientos, con mayores probabilidades de certeza respecto de las primeras, y que recién se conoce después de formada la cosa juzgada. ¿Pueden las partes pretender la revisión de la sentencia invocando que no pudieron producir, oportunamente, esa prueba decisiva? ¿Los desarrollos de la ciencia, cuando trasvasan a la orbe del Derecho Probatorio, son causas que justifican prorrogar el valor de la seguridad y habilitan juzgar dos veces el mismo hecho? Veamos:

- a) No obstante la alta dosis de probabilidad, en ocasiones rayana a la certeza, el valor de las pruebas científicas no es desde luego absoluto. Dicho de otro modo, el progreso de la ciencia no garantiza siempre la obtención de una verdad inmune de errores. Fundamentalmente porque los métodos de investigación científica se consideran correctos sólo por ser aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos o superados en un momento sucesivo.

En la vorágine del progreso y la tecnología, en pleno proceso de avance y contenciones, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresaliente que las actuales, llámémosle “H” que, a su vez, la semana próxima o quien sabe cuándo será reemplazada por otra mejor. Y así sucesivamente hasta el infinito. Porque la “imperfección” y “falibilidad” humana habrán de impedirle hallar lo “perfecto” e “infalible” para todos los casos.

Ergo, a primera vista, casi intuitivamente, permitir la revisión de la cosa juzgada con cada nuevo progreso científico

provoca escozor. Sí, según vimos, cada metodología será oportunamente derogada por un descubrimiento posterior, de admitirse el replanteo de lo resuelto según sentencia firme o ejecutoriada, de dejar la “ventana abierta”, los pleitos no tendrían fin y la estabilidad de las relaciones jurídicas se tornaría utopía.

- b) Sin perjuicio, inmediatamente después de reflexionar, casi por efecto reflejo, nos interrogábamos sobre si “cerrar la ventana”, negando por consiguiente la chance de la revisión, no era incompatible con el norte tantas veces señalado de la verdad objetiva, que como brújula para el navegante debe orientar al operador jurídico durante su derrotero procesal. Necesidad impostergable, irrenunciable, máxime en procesos de familia, donde se encuentre en juego el matrimonio y la filiación, en las que está superada la simple aspiración patrimonial y se debate lo que el alma y la sangre, el Estado y la Sociedad, custodian con preferencia. ¿Podremos subordinar en esos sumarios la verdad biológica, la de la naturaleza, a la verdad formal, de ilusión o apariencia, que en la ficción de la ley no admite prueba en contrario después de firme la sentencia?

Que decir entonces del proceso penal, en los que se debate la culpabilidad o inocencia, la libertad y el honor ¿Acaso no se trata de valores demasiado importantes como para ser sacrificados en culto a la seguridad e idolatría al principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada?

Las respuestas a esas preguntas, nuevamente, se decantan por instinto. Por el sentido común del que permanente se nutre el Derecho.

Siempre será preferible la verdad a la ficción institucionalizada. Porque ese ideal no será en todos los casos posible, la ley debe recurrir de ordinario a la ilusión, buscando un punto de equilibrio entre valores fundamentales (seguridad y justicia); y aún cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponerse coto cuando la ficción

creada priva a alguno de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos. De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tan sólo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etcétera sino que, además, por abdicar a la verdad, haríamos sucumbir a la buena Administración de Justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone afianzar.

- c) En buen romance, sin ingresar a cuestiones que requerirían estudios exhaustivos y pormenorizados impropios de esta obra (tales como la vía procesal idónea para obtener la revisión de esa cosa juzgada, la legitimación, la competencia del juez que deberá resolver sobre la admisibilidad y mérito de la misma, el plazo de prescripción de la acción, etcétera), siguiendo a Marcelo Midón, nos mostrarnos permeables a reconocer al desarrollo de nuevas técnicas probatorias o al perfeccionamiento de las actuales la condición de motivos que habilitan la revisión de la res judicata. Cuando menos en procesos penales, incluso civiles en los que se controvierten cuestiones que, como las inherentes al Derecho de Familia, exceden el mero interés patrimonial de los litigantes<sup>18</sup>.

Mucho queda por andar. Empero un gran paso –dijo– habremos dado sí, al menos, dejamos encendida la mecha, germen de un nuevo debate<sup>19</sup>.

---

18 MIDON, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas, Enigmas...* ob. cit., págs. 211 y ss. (con mención a Roberto BERIZONCE, a quien el autor reconoce haber aportado la originalidad del tópico); del mismo autor, *Pruebas biológicas y cosa juzgada...*, ob. cit., págs. 261 y ss.; del mismo autor, *Interrogantes y soluciones en materia de pruebas científicas*, págs. 929 y ss.

19 ¡Vaya si encendimos la mecha! (circunstancia que explica el copete escogido reproducido al inicio del presente título). La Comisión de Jóvenes Procesalistas, en ocasión del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, septiembre de 2005, concluyó que “El descubrimiento de nuevas técnicas (probatorias) o el perfeccionamiento de las ya existentes, podría habilitar la revisión de la cosa juzgada cuando menos en los procesos penales y civiles de filiación”. También Roland ARAZI, se pronunció a favor e introdujo nuevos argumentos en pos de la revisión de la cosa juzgada cuando se trata de juicios de impugnación de la paternidad y filiación:

Mucho queda por decirse, lo confesamos. Empero no podemos eludir que los progresos de la ciencia y la tecnología suben cada vez con mayor periodicidad al escenario en el espectáculo del proceso. E interactúan con institutos que, como la cosa juzgada, no quieren perder el protagonismo consolidado a través de los siglos. Escribir los guiones de escenas que los hagan compatibles, confeccionar marquesinas que los incluyan, es el desafío pendiente.

---

“Frente a nuevos avances de la biología y de los estudios para determinar con certeza la filiación de una persona, es posible revisar las sentencias que se fundaron en conclusiones que luego se consideren erróneas. En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se contempla la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada cuando se conozcan nuevas pruebas supervinientes, que no hubieren podido ser producidas en el proceso, siempre que ellas sean idóneas, por sí solas, para modificar el resultado del juicio” (Véase, ARAZI, Roland, La prueba en el juicio de filiación, en Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Prueba-II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 319 y 320; también publicado en el libro colectivo La prueba, Director Augusto Mario MORELLO, Ed. La Ley, Avellaneda, 2007, págs. 275 y 276).

A su turno, en la obra colectiva “Impugnación de la sentencia firme”, (Director Jorge PEYRANO, Coordinador Carlos CARBONE, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006), hallamos a tres nuevos adeptos (Véase TIERRA, Raúl Héctor, Medios de revisión de la cosa juzgada en el Derecho de Familia, obra citada, T. II, págs. 95 y ss.; BURGUES, Marisol y CONZOLI, José, Perspectivas de la relatividad del principio de cosa juzgada en los procesos de filiación ¿Certeza jurídica vs. certeza biológica?, obra citada, T. II, págs. 215 y ss.).

Más recientemente, en ocasión de participar del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, noviembre de 2007), se presentaron múltiples ponencias en pro de la pretendida chance de revisión, a saber: ANDRADE, Antonio y GUTIERREZ MEYER, María, “Convivencia armónica entre el instituto de la cosa juzgada concerniente a la identidad biológica y los avances científicos en materia de prueba”; LEGUISAMON, Héctor, “Prueba científica de ADN vs. Cosa juzgada en procesos de filiación”; SILVERO FERNÁNDEZ, Carlos, “La cosa juzgada y las nuevas pruebas científicas en el Derecho de Familia”; SALGADO, José, “La prueba científica, su tiempo y la cosa juzgada”; PORZIO, Paula, La prueba científica y la cosa juzgada en el mundo de las relatividades”; RODRÍGUEZ FANELLI, Lucía y FERNÁNDEZ, Silvia, “Pruebas científicas y revisión de la cosa juzgada en las acciones de filiación”; MC INTOSH, María, “Revisión de la cosa juzgada no írrita y prueba científica”; AVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa, “Cosa juzgada y nuevas pruebas científicas in memoriam de Lino E. Palacio” (véase página web [www.procesal2007mdp.com.ar](http://www.procesal2007mdp.com.ar)).

A su turno, aun cuando no se expresa en forma categórica, creemos haber encontrado en Enrique FALCON a un potencial aliado. El autor del más completo tratado de la prueba recientemente escrito entre los argentinos, apunta que mientras en los procesos en general el efecto de la cosa juzgada es clara, en las cuestiones relativas al estado de familia no debería llegarse a un concepto definitivo (FALCON, Enrique, Tratado de la prueba, ob. cit., T. 1, pág. 171).



Se terminó de imprimir en enero de 2016.  
Arandurã Editorial  
Tte. Fariña 1028  
Teléfono: (595 21) 214 295  
e-mail: [arandura@hotmail.com](mailto:arandura@hotmail.com)  
[www.arandura.com.py](http://www.arandura.com.py)