

# Neoprocesalismo

Constitucional-Supranacional-Oralidad, Mediación y Derechos Humanos

XV Jornada internacional de derecho procesal.  
II Jornada internacional de derechos humanos



## **NOTA LEGAL**

Neoprocesalismo, Constitucional-Supranacional-Oralidad, Mediación y Derechos Humanos  
XV Jornada internacional de derecho procesal.  
II Jornada internacional de derechos humanos

Prohibida la reproducción total o parcial del contenido por cualquier medio, sin la autorización expresa de los editores y del Instituto Nacional del Derecho de Autor  
Registro de ISBN: 978-607-606-197-8

# Índice

<b>Presentación general. Alfonso Jaime Martínez Lazcano.</b> Correo Electrónico: lazcanoalf14@hotmail.com	<b>09</b>
<b>Constitucional</b>	
<b>Preámbulo.</b> Hugo Carrasco Soule. Correo electrónico: <a href="mailto:hcarrascosoule@hotmail.com">hcarrascosoule@hotmail.com</a>	<b>11</b>
<b>1. La subsidiariedad de la acción de protección en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana.</b> Pamela Juliana Aguirre Castro. Correo electrónico: <a href="mailto:pamela.aguirre@cce.gob.ec">pamela.aguirre@cce.gob.ec</a>	<b>13</b>
<b>2. Los poderes-deberes del juez en el proceso civil.</b> Mario Masciotra. Correo electrónico: <a href="mailto:masciotra@speedy.com.ar">masciotra@speedy.com.ar</a>	<b>41</b>
<b>3. Interpretación vinculante del tribunal constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del poder judicial.</b> Aníbal Quiroga León. Correo electrónico: <a href="mailto:aquiroga@amauta.rcp.net.pe">aquiroga@amauta.rcp.net.pe</a>	<b>54</b>
<b>4. Tensiones y diálogos entre la corte suprema de justicia y los poderes políticos.</b> Patricio Maraniello. Correo electrónico: <a href="mailto:pmaraniello@gmail.com">pmaraniello@gmail.com</a>	<b>93</b>
<b>5. Elementos metodológicos para la reconstrucción de un pensamiento constitucional.</b> Giovanni Francisco Niño Contreras. Correo electrónico: <a href="mailto:gfninoc@gmail.com">gfninoc@gmail.com</a>	<b>118</b>
<b>6. Valoración y análisis de la prueba judicial.</b> Norhys Esther Torregrosa Jiménez y Carlos Bernardo Medina Torres. Correo electrónico: <a href="mailto:norhys.torregrozaj@unilibrebog.edu.co">norhys.torregrozaj@unilibrebog.edu.co</a>	<b>127</b>
<b>7. La Suprema Corte y la justicia ordinaria: Análisis de sentencias relevantes en amparos directos en revisión.</b> Vicente Fernández Fernández. Correo electrónico: <a href="mailto:vff@itesm.mx">vff@itesm.mx</a>	<b>143</b>
<b>8. El activismo judicial y/o constitucional una nueva forma de hacer justicia.</b> Luis Arturo Ramírez Roa. Correo electrónico: <a href="mailto:luisarturoramirezroa@yahoo.com">luisarturoramirezroa@yahoo.com</a>	<b>174</b>
<b>9. La disputa entre el activismo y el garantismo en el proceso civil ¿se justifican las grietas abiertas?</b> Pablo Darío Villalba Bernié. Correo electrónico: <a href="mailto:villalbabernie@click.com.py">villalbabernie@click.com.py</a>	<b>189</b>
<b>10. De lo inmoral a lo constitucionalmente moral, una decisión del juez constitucional.</b> Juan pablo Monroy. Correo electrónico: <a href="mailto:juanpmonroy@gmail.com">juanpmonroy@gmail.com</a>	<b>216</b>

## Derechos Humanos

- Preámbulo.** Alfredo Islas Colín. Correo electrónico: islas40@hotmail.com 241
11. **Los hidrocarburos en Tabasco.** Oscar Pérez Baxin. Correo electrónico: opbaxin@gmail.com 243
12. **Afectividad Masculina y Derechos Humanos** Carlos Arturo Olarte Ramos. Correo electrónico: olarte4@hotmail.com 257
13. **La posmodernidad y los valores en la práctica de la cultura democrática: retos y expectativas.** Miguel Córdova Colomé. Correo electrónico: cormico.miguel@gmail.com 271
14. **El Derecho a una Educación para la Paz en la Sociedad del Conocimiento.** Leticia del Carmen Romero Rodríguez. Lily Lara Romero. Correo electrónico: lararomerolily@hotmail.com 281
15. **La importancia del Protocolo de Estambul en casos de Tortura.** José Raciél Montejo Moreno. Correo electrónico: psicologíalegal7@gmail.com 292
16. **Violencia de Género su Impacto en la Salud Pública y en los Derechos Humanos: Propuesta de Acción.** Viviana Castellanos Suárez. Correo electrónico: vivihermosa\_70@hotmail.com 297
17. **La discriminación y la violencia hacia las mujeres indígenas en la práctica de algunos usos y costumbres.** Isi Verónica Lara Andrade. Correo electrónico: isis.lara1234@gmail.com 317
18. **El Mínimo Exento como Parámetro del Mínimo Vital, su Alcance en la Ley del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas.** Ángel Morales Velueta. Correo electrónico: mastervelueta@hotmail.com 333
19. **Educar a la Ciudadanía en Derechos Humanos: Más que una asignatura un reto a vencer en México..** María Asunción Alamilla García. Correo electrónico: malamilla1702@hotmail.com. 342
20. **Derechos Humanos; Instrumento para Reivindicar a la Madre Tierra y a Nuestra Cultura Ancestral.** Martha Guadalupe Calderon Castillo. Correo electrónico: mgcalderon\_1911otmail.com 352
21. **Linderos Conceptuales del Derecho de Protección a La Salud en Instrumentos Internacionales.** Hugo Carrasco Soulé Correo electrónico: hcarrascosoule@hotmail.com 366

22. **¿Qué es la Migración?** Jesús Manuel Argáez de los Santos Correo electrónico: 388  
jmargaez@hotmail.com

## **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

- Preámbulo.** Maday Merino Damián. Correo electrónico: madayalfr@hotmail.com 399
- 23. Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Eduardo Andrés Velandia Canosa. Correo electrónico: presidencia@acdpc.co 400
- 24. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón de menores migrantes no acompañados.** Maday Merino Damián. Correo electrónico: madayalfr@hotmail.com 424
- 25. Cuestiones de género en los casos mexicanos ante la Corte IDH.** Merly Martínez Hernández. Correo electrónico: merlydepresley@live.com.mx 453
- 26. Acesso à justiça e processo coletivo “transnacional”: Um breve olhar sobre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.** Jânia Maria Lopes Saldanha. Correo electrónico: janiasaldanha@gmail.com 478
- 27. Globalización del derecho fetichismo legal el velo de los derechos humanos.** Edgar Fabián Garzón Buenaventura. Correo electrónico: edfagabu@gmail.com 503
- 28. Palingenesia del juez ante la implantación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Javier Rojas Wiemann. Correo electrónico: jrw@sanagustin.com.py 514
- 29. La carga de la prueba en la responsabilidad internacional: La garantía de la protección de los derechos de las víctimas del daño causado por el Estado miembro del SIDH.** José López. Correo electrónico: Oliva joselopezoliva@hotmail.com 524
- 30. Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Parte.** Alfonso Jaime Martínez Lazcano. Correo Electrónico: lazcanoalf14@hotmail.com 543
- 31. El plazo razonable como garantía judicial a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Abril Alejandra Priego Barahona. Correo electrónico: abybarahona@gmail.com 559
- 32. Dos modelos de sistemas de protección de derechos humanos.** Alejandra Díaz Alvarado: alejandradiaz\_10@hotmail.com 569

33. **El Interés Superior del Niño a la Luz de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Esperanza Rodríguez Custodio. Correo electrónico: [espe\\_decabrera@hotmail.com](mailto:espe_decabrera@hotmail.com) **585**
34. **Efectos de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Tutela de los Derechos Humanos Ineludibles en Una Sociedad Democrática** Juana Sánchez Ramos. Correo electrónico: [Juany10\\_2@hotmail.com](mailto:Juany10_2@hotmail.com) **598**
35. **Naturaleza del Control de Convencionalidad en México.** *Silvia María Morales Gómez.* Correo electrónico: [smoralesgo@hotmail.com](mailto:smoralesgo@hotmail.com) **614**
36. **Casos Espejo de la Corte Europea de Derechos Humanos con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Alfredo Islas Colín. Correo electrónico: [islas40@hotmail.com](mailto:islas40@hotmail.com) **624**

## **Justicia penal**

- Preámbulo.** Vicente Fernández Fernández: Correo electrónico: [vff@itesm.mx](mailto:vff@itesm.mx) **652**
37. **El juez de control y control de convencionalidad.** Oscar Luis Barajas Sánchez. Correo electrónico: [barajaspericiales1@hotmail.com](mailto:barajaspericiales1@hotmail.com) **655**
38. **Garantismo en materia penal.** Cynthia Abarca Hernández. Correo electrónico: [afrodita1193@hotmail.com](mailto:afrodita1193@hotmail.com) **677**
39. **Proceso penal acusatorio: desafíos y límites del juez.** Luis-Andrés Cucarella Galiana. Correo electrónico: [luis.a.cucarella@uv.es](mailto:luis.a.cucarella@uv.es) **694**
40. **El debido proceso en las salidas alternas del sistema penal acusatorio.** Irina Cervantes Bravo. Correo electrónico: [irinagraciela@hotmail.com](mailto:irinagraciela@hotmail.com) **714**
41. **Posibles violaciones al derecho de convencionalidad, a los principios de debido proceso e igualdad de partes del CNPP al no permitir el acceso a la justicia de los inimputables.** Miguel Ángel Pech Cen. Correo electrónico: [coorderecho@ulsacancun.edu.mx](mailto:coorderecho@ulsacancun.edu.mx) **732**

## Mediación

- Preámbulo.** Alfredo Islas Colín. Correo electrónico: [islas40@hotmail.com](mailto:islas40@hotmail.com) 756
- 42. El Conflicto en el Comportamiento Organizacional y la Mediación como Instrumento para la Resolución.** *Rosa Cornelio Landero.* Correo electrónico: [rosecorlan@hotmail.com](mailto:rosecorlan@hotmail.com) 757
- 43. Éxito de la Mediación Comunitaria desde las Narrativas del Mediador y del Mediado.** Francisco Mejía Lopez. Correo electrónico: [Mejiafrancisco@Hotmail.Com](mailto:Mejiafrancisco@Hotmail.Com) 768
- 44. La Importancia de los Derechos Humanos en la Mediación Familiar como Método de Solución de Conflictos en Casos de Divorcio.** Carmen Zareth Castillo Negrin. Correo electrónico: [cazare@hotmail.com](mailto:cazare@hotmail.com) 780
- 45. La Mediación un Mecanismo de Acceso a la Justicia.** *Egla Cornelio Landero.* 790  
Correo electrónico: [liclandero@hotmail.com](mailto:liclandero@hotmail.com)
- 46. Negociación y Mediación Comunitaria como Mecanismos Alternativos en la Solución de Conflictos Indígenas .** Francisca Silva Hernández. Correo electrónico: [fany987@hotmail.com](mailto:fany987@hotmail.com) 807
- 47. Mediación Familiar e Intergeneracional: Adultos Mayores.** Vanessa Sigeró Torres. Correo Electrónico: [vanessa\\_abogada13@Hotmail.com](mailto:vanessa_abogada13@Hotmail.com) 817
- 48. La Justicia Restaurativa como Mecanismo Alternativo Humanista de Solución de Controversias en el Sistema Penal Acusatorio en México.** Julio Cesar Valdez Silva. Correo Electrónico: [Julio\\_c\\_valdez@hotmail.com](mailto:Julio_c_valdez@hotmail.com) 828
- 49. La Dinámica del Proceso de Mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos.** Paola Ontiveros Vázquez. Correo Electrónico: [paolaontiveros@hotmail.com](mailto:paolaontiveros@hotmail.com) 836



*Estudia  
El derecho se transforma constantemente,  
si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.*  
Eduardo J. Couture

Hoy más que nunca esta frase del destacado procesalista uruguayo es una recomendación necesaria y obligada.

El derecho como producto cultural está en constante evolución, la generalidad es que sea lenta, poco a poco, por ejemplo, los libros con los que estudiaron nuestros abuelos son casi los mismos con los que hoy impartimos clases, sin embargo estamos ante un nuevo modelo de entender y operar el derecho que nos sorprende en el camino.

A lo lejos se veía como algo extraño y poco accesible: que se establecieran juicios orales de corte adversaria; que los derechos humanos sean el derecho sustantivo del juicio de amparo; que órganos internacionales influyeran de forma determinante e impactante en el derecho nacional; que se hablara no sólo de derechos individuales y colectivos si no también difusos; que se privilegiara a las formas alternas de solución de controversias; que se establecieran órganos tribunales constitucionales con más facultades; se juridicidad la política y las cuestiones electorales, entre otros.

Estos son los temas que conforman el actual lenguaje del abogado, el contenido de este esfuerzo está plagado de interesantes reflexiones, que sin duda nos llevan a otras y otras vigentes preguntas. El derecho ahora se encuentra impregnado en las novedosas ecuaciones para resolver conflictos jurídicos.

Recuerdo no hace mucho que el Dr. Cipriano Gómez Lara explicaba al abogado las palabras de Couture que cuando se enfrenta a un dilema entre la justicia y el derecho debe optarse por la primera, pero que ello era “peligroso” para los jueces que no pueden apartarse del derecho como sinónimo de conjunto de ley, hoy no sólo pueden sino están obligados a hacerlo.

Parafraseando al Dr. Sergio García Ramírez estamos ante fuertes cambios que han tenido un gran “impacto en las formas de entender y estudiar el derecho”, representa un gran giro como cuando nos independizamos de España, cuando se instituyeron las Leyes de Reforma o cuando se instituyó la constitución de 1917 a consecuencia de la revolución de principios del siglo XX , este cambio “copernicano” obliga al abogado y al operador jurídico a colocarse en el mundo que estamos viviendo, a no quedarse en las ideas del pasado, sin denostar éste.

Hay que reconocer que el fracaso del proceso como medio de impartición de justicia en la sociedad se debe, entre muchos aspectos, a la lentitud del procedimiento, el cual en la praxis es largo, desgastante, burocratizado, tedioso y caro.

Los tribunales contribuyen a este factor, la apatía, la implementación del mínimo esfuerzo, el desinterés, el trabajo tedioso y falta de compromiso hace que quienes concurren a los juzgados reciban un servicio de justicia de mala calidad. Sin mencionar las cifras alarmantes de impunidad penal en nuestro país.

Ante esta situación, se buscan otras alternativas que puedan satisfacer a los litigantes, denominados medios alternativos de solución de controversias, y el control difuso de convencionalidad.

Esta oleada vertiginosa no sólo se da en México, sino también en la mayor parte de Latinoamérica. Antes nos reuníamos para difundir y crear derecho comparado, hoy tenemos un derecho universal, regional y común, especialmente para los países que se han adherido al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Agradezco y reconozco a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco el interés y entusiasmo por el compromiso que viene generando en materia de derechos humanos, promoviendo espacios de difusión e intercambio de ideas que nutren el acervo formativo esencialmente en los estudiantes y profesores con la II Jornada Internacional de Derechos Humanos, tarea dirigida por la Mtra. Maday Merino Damián y el Dr. Alfredo Islas Colín.

Al Laboratorio de Práctica Forense de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente al Dr. Hugo Carrasco Soulé, quien siempre está presto para impulsar la vida académica y con quien hemos recorrido diversos foros nacionales e internacionales en el andar en pro del derecho procesal.

A las Asociaciones nacionales de derecho procesal constitucional de Argentina, Colombia y Paraguay con quienes tenemos entrañables lazos de trabajo académico y amistad, gracias a los doctores Patricio Maraniello, René Moreno Alfonso y Pablo Diario Villalba Bernié, respectivamente.

De forma muy singular a la Asociación Mundial de Justicia Constitucional dirigida tenazmente por el Dr. Andrés Eduardo Velandia Canosa que ha logrado entretejer fuertes lazos en los no pocos interesados por el ámbito científico del derecho procesal constitucional.

Finalmente a nuestro gran anfitrión de la XV Jornada Internacional de Derecho Procesal, II Jornada Internacional de Derechos Humanos y 3ª Olimpiada Estudiantil de Derechos Humanos la Universidad La Salle Campus Cancún, especialmente al equipo de la Coordinación de Derecho, guiada por el Mtro. Miguel Ángel Pech, en quien desde el principio y ahora, encontramos un excelente aliado para promover la instrucción jurídica, nuestro reconocimiento sincero.

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos  
Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano  
Presidente

Cancún, noviembre 2014.

## **Preámbulo**

En manos del lector se encuentran varias letras trazadas por destacados abogados procesalistas latinoamericanos; expresiones que se están unidas todas ellas bajo el manto del pensamiento constitucional para reflexionar sobre temas diversos, pero que a la vez tienen un mismo hilo conductor: La Justicia.

De esta manera, se conjugan las tintas de las banderas del Ecuador, Argentina, Colombia, México y Paraguay para formar un crisol de ideas que provoquen al lector reflexiones y pensamientos que lo lleven a sacar sus propias conclusiones.

Las aportaciones con las que se encontrará el lector van desde el ámbito civil, en torno a los poderes y deberes que un juzgador tiene -Mario Masciotra-, y la disputa que existe entre el activismo y el garantismo en el proceso -Pablo Villalba-, hasta temas que se anidan en la arena netamente constitucional, tales como las tensiones y diálogos entre la corte suprema de justicia y los poderes políticos elaborada por Patricio Marianello, o bien los elementos metodológicos para la reconstrucción de un pensamiento constitucional de Giovanni Francisco Niño Contreras.

También se encontrará el lector con temas relacionados con los criterios que se van sentando con el diario actuar de nuestros tribunales constitucionales; ahí estarán las reflexiones de Pamela Juliana Aguirre Castro sobre la subsidiariedad de la acción de protección en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana, y las ideas que Vicente Fernández Fernández nos brinda sobre la Suprema Corte de Justicia mexicana y la justicia ordinaria al realizar un análisis de las sentencias relevantes en amparos directos en revisión.

Como colofón la participación de Luis Arturo Ramírez Roa, quien aborda el interesante tema del activismo judicial y/o constitucional como una nueva forma de hacer justicia.

A todos ellos un saludo lleno de agradecimiento por trasladar a medios tangibles sus ideas, por compartir sus reflexiones y por ser impulsores de la difusión del conocimiento y por mantener activo el diálogo jurídico entre los abogados procesalistas latinoamericanos.

**Dr. Hugo Carrasco Soulé**

Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.



**“LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA”**

**Pamela Juliana Aguirre Castro<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

La acción de protección sin lugar a duda ha generado grandes expectativas en el derecho constitucional ecuatoriano, sin embargo su incorporación en la praxis constitucional ecuatoriana ha sido generada diversas interpretaciones por parte de los operadores de justicia, razón por la cual el máximo órgano de interpretación y control constitucional ha marcado los criterios interpretativos y reglas jurisdiccionales que ayudan a clarificar el tema, de ahí la necesidad de estudiar estos temas desde una dimensión pragmática, mucho más cuando la propia Constitución en su artículo 11 numeral 8 determina que el contenido de los derechos y las garantías se desarrollará a través de la jurisprudencia entre otros.

**INTRODUCCIÓN**

La Constitución de la República de 2008 estableció que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia por consiguiente su contenido va dirigido a la protección y tutela de derechos constitucionales/humanos<sup>2</sup>, por medio de mecanismos de protección de los derechos. El ordenamiento constitucional ecuatoriano se han desarrollado un sin número de normas a fin de cumplir con este objetivo; entre ellas tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) que determina y contempla los parámetros bajo los cuales se aplicará estos mecanismos o garantías constitucionales, así como las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y sus reglas.

Sobre esta base, abordaré la comprensión de los requisitos constitucionales y legales para la procedencia de la acción de protección como mecanismo directo y eficaz para la protección de derechos constitucionales, garantía que ha resultado extraña para los jueces de instancia, dado que lamentablemente la experiencia acredita<sup>3</sup> que los jueces constitucionales continúan resolviendo ésta acción con sustento a los requisitos establecidos para el extinto recurso de amparo constitucional. Específicamente me centraré en la contradicción prima facie entre lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución que señala que “La acción de protección es el requisito directo y eficaz para la protección de los derechos constitucionales” y los requisitos establecidos en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la LOGJCC, que determinan la improcedencia de la garantía cuando existen otras vías; y cómo dicha contradicción ha sido resuelta por parte de máximo órgano de interpretación constitucional.

---

<sup>1</sup> Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral por la UASB-E.

<sup>2</sup> Esta terminología obedece a la cláusula de apertura reconocida en el artículo 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón que “... 6.El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

<sup>3</sup> Pamela Aguirre, Dayana Avila, Vladimir Bazante (ed.), *Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013*, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

## CAPITULO I LA ACCION DE PROTECCIÓN Y LA SUBSIDIARIEDAD

### 1. Definiciones que serán utilizadas en el análisis

Partimos de la identificación de tres términos esenciales alrededor de los cuales gira la cuestión planteada; los que han generado grandes confusiones en la praxis jurídica ecuatoriana, por lo tanto, con la finalidad de dilucidar de forma inicial en qué sentido serán considerados en este estudio se establecen las siguientes definiciones principales:

**Subsidiario**<sup>4</sup>.- La expresión subsidiariedad proviene del término subsidiario y éste a su vez del vocablo latín *subsidiarius*. El significado etimológico de la palabra resulta de desglosar el término *subsidiarius* en dos voces latinas: *sub* que significa “bajo/debajo de” y *sedere* que representa al verbo “sentarse o estar sentado”;<sup>5</sup> pudiendo ser traducido entonces como “estar sentado debajo”.

En derecho procesal constitucional, una acción jurisdiccional es subsidiaria cuando puede ejercerse de manera integral e independiente a otra acción judicial, siempre que la naturaleza de la acción no interfiera con la esfera competencial de la otra, a través de la superposición de atribuciones. Como ejemplo de subsidiariedad se puede citar lo determinado en el Código Procesal Constitucional peruano que determina como causales de improcedencia del amparo cuando “*Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado*”<sup>6</sup>, es decir, el amparo peruano no procede si existe vías ordinarias para la protección de lo solicitado.

**No subsidiario**.- La no subsidiariedad implica lo opuesto a lo subsidiario. Si en materia constitucional la subsidiariedad implica el ejercicio de una acción jurisdiccional de forma independiente a la presentación de otra acción judicial, siempre y cuando su naturaleza y alcance no interfiera con la esfera competencial de la segunda; la no subsidiariedad equivale a que las acciones pueden ser planteadas de manera paralela, independientemente si tienen o no la misma naturaleza.

Un ejemplo de no subsidiariedad se encontraba prescrito en Perú, mediante lo que se denominó un amparo amplio, pues:

*“La Ley No. 23.506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su artículo 6 que el Amparo resultaba improcedente ‘cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria’. Se entendía que esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del Amparo, por propia decisión había acudido previamente a interponer una acción judicial por una ‘vía paralela’, lo que tornaba inviable recurrir ulteriormente al Amparo.”*<sup>7</sup>

Es decir, conforme lo señala Francisco Eguiguren Praeli, dicho cuerpo normativo convirtió en alternativo al amparo, respecto de los procesos ordinarios o especiales, sujeto a la mera determinación del accionante, es decir, un recurso de amparo no subsidiario.

---

<sup>4</sup> Las palabras subsidiaridad o subsidiariedad constituyen términos sinónimos, siendo correcto el uso de cualquiera de los dos términos. Sin embargo, se deja constancia que en el presente informe jurídico se utiliza la expresión subsidiariedad.

<sup>5</sup> Carmen Arias Abellán (edit), Actes du VII Coloquio International sur le latinulgaire et tardif, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, 51.

<sup>6</sup> Franciso José Eguiguren Praeli, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 540.

<sup>7</sup> Franciso José Eguiguren Praeli, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 539.

**Residual<sup>8</sup>.**- El término residual, proviene del vocablo latín *resid um* que significa “parte que queda de un todo” o “aquello que resulta de la destrucción de algo”. Es decir, lo residual equivale a la acción que se intenta después de la destrucción de las demás o del agotamiento de otras acciones.

En materia procesal constitucional el término residual, tiene relación a la acción que puede presentarse únicamente después de haber agotado todos los mecanismos de defensa de derechos existentes, que correspondían ser presentados. Bajo esta lógica dentro del derecho procesal constitucional ecuatoriano la acción residual por antonomasia es la acción extraordinaria de protección, toda vez que procede “*cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal...*”<sup>9</sup>

Ahora bien es necesario resaltar que estas definiciones responden a una concepción estipulativa<sup>10</sup>, toda vez que no existe en el derecho comparado y doctrina una distinción clara entre subsidiariedad y residualidad. Así en España se establece que la acción de amparo es residual o subsidiaria porque existe la “...necesidad de que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior [...] la subsidiariedad impone al demandante del amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales”<sup>11</sup>, lo cual encuentra coherencia dentro del derecho constitucional español, dado que el Tribunal Constitucional es el único con competencia para conocer y resolver los amparos constitucionales; de lo cual podemos deducir que siempre dependerá de las dinámicas competenciales de cada garantía jurisdiccional en un ordenamiento jurídico dado.

## 2. Naturaleza de la acción de protección

Los recursos para la protección de derechos son acciones que los estados deben adoptar en sus legislaciones de forma obligatoria, pues a partir de 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se determinó la necesidad de introducir recursos para hacer efectivo tal fin. Por su parte, en América se reforzó esta obligación mediante la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, en la que se señala que las personas deben disponer de un recurso sencillo y breve por el cual la justicia ampare a las personas contra actos que conculquen sus derechos. Los Estados Parte se comprometieron a establecer en sus legislaciones recursos expeditos para la protección de los derechos de sus ciudadanos, tal como lo señala su artículo 25<sup>12</sup>, lo que daría el inicio del Derecho Procesal Constitucional, tal como lo sostienen los profesores Hector Fix Zamudio<sup>13</sup> o Nestor Pedro Sagües<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> A pesar de que el término “residualidad” no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se establece en este informe jurídico, como derivación del término “residual”.

<sup>9</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 94.

<sup>10</sup> “Aquellas que delimitan para ciertos fines el campo de acción de una palabra vaga, o se deciden por uno de los significados múltiples de una palabra ambigua o, más típicamente, introducen un nuevo símbolo en reemplazo de una descripción (por ejemplo ‘llamaremos ‘cinerama’ a este nuevo sistema de filmación y proyección de películas, que presenta tales características’), esas otras definiciones son llamadas estipulativas.” Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, 2ª, ed., p. 93

<sup>11</sup> Citado por Pablo Alarcón Peña, “Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 567.

<sup>12</sup> “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.”

<sup>13</sup> Hector Fix Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982.

<sup>14</sup> Nestor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008.

La Constitución ecuatoriana establece distintos tipos de garantías constitucionales, entre las que se destacan las normativas, institucionales y jurisdiccionales, dentro de estas últimas se encuentra la acción de protección, cuya normativa constitucional la determina como

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Las garantías constitucionales están destinadas a hacer eficaces los derechos constitucionales/humanos, razón por la cual la gama de garantías que ofrece un sistema constitucional es el índice de medición del nivel de protección en el plano normativo de un país, pues el reconocimiento de derechos constitucionales no es suficiente sino existen garantías por medio de las cuales se puedan exigir en caso de conculcación.

Específicamente la acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial reconocido en la Constitución, al alcance de todos los ciudadanos, para que en caso que sus derechos hayan sido violentados por una autoridad pública o personas privadas, éstos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual, la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo.

En el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución del Ecuador, atinente a las normas comunes de las garantías jurisdiccionales, no existe mención al carácter cautelar -inherente al amparo constitucional conforme la Constitución ecuatoriana de 1998- sino por el contrario, se establecen acciones que deben reparar y conocer el fondo del asunto controvertido, es decir la existencia o no de violaciones a derechos constitucionales, las que deben resolverse de manera definitiva, confiriéndole al juez constitucional la potestad de resolver la causa y ordenar la reparación integral material e inmaterial, especificando e individualizando las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en las que deben cumplirse.

Es decir, la acción de protección tiene naturaleza reparatoria, sea ésta material o inmaterial, otro de los grandes avances que en materia de protección de derechos incorpora la Constitución del 2008. En conclusión, se puede establecer que la naturaleza jurídica de esta garantía jurisdiccional es la de un proceso de conocimiento, tutelar, sencillo, célere, eficaz y contiene efectos reparatorios.

### **3. El principio de subsidiariedad en la acción de protección**

De acuerdo al autor italiano Tommaso Edoardo Frosini, la palabra subsidiariedad tiene una doble esencia dinámica. En el plano vertical, se refiere a la relación entre entes de superior e inferior jerarquía, en cuanto al ámbito de sus competencias; mientras que en el plano horizontal, alude a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, con el objetivo de reducir al máximo la intervención del Estado en el espacio de autonomía privada<sup>15</sup>.

En este sentido, resulta claro que con el objetivo de analizar el principio de subsidiariedad en el ámbito de las garantías jurisdiccionales, el significado que nos atañe es aquel que hace referencia al plano vertical de la palabra; es decir, al carácter competencial de órganos o instituciones. De esta manera un órgano puede ejecutar acciones subsidiarias cuando actuando en la esfera de su competencia contribuye con la consecución de una causa principal, siempre que su actuación no interfiera con las competencias de otros órganos.

---

<sup>15</sup> Tommaso Frosini, "Subsidiariedad y Constitución" en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 8-10.

Desde este punto de vista, en materia de derecho procesal constitucional una acción jurisdiccional es subsidiaria cuando su presentación no se yuxtapone a otra acción de similar naturaleza en la jurisdicción ordinaria. En efecto, cuando se analiza la subsidiariedad en acciones jurisdiccionales, resulta inevitable pensar en la “acción de protección”, garantía jurisdiccional que de acuerdo a la LOGJCC en sus artículo 40 numeral 3<sup>16</sup> y 42 numeral 4<sup>17</sup>, debe presentarse cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado y la prohibición de procedencia cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial.

Vale señalar entonces, que la forma como se ha interpretado las normas descritas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a la procedencia o improcedencia de la acción de protección, ha derivado en la confusión entre los términos: residual, subsidiario y no subsidiario, como característica procesal de la acción; en atención a lo dispuesto en la Constitución de la República en su artículo 88, determinándola como una garantía de protección de los derechos constitucionales “directa” y “eficaz” y que pueda presentarse cuando exista una vulneración a éstos. Textualmente la norma constitucional dispone “La acción de protección tendrá por objeto el **amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales**” (Énfasis fuera de texto).

Entonces, el problema central radica en la interpretación aislada de los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la citada ley, que tratan la procedencia e improcedencia de la acción de protección; en la medida en que si se realiza una interpretación integral de las normas constitucionales y de las normas infra legales, el resultado se torna distinto.

En efecto, realizando un ejercicio hermenéutico integral que mantenga la armonía de la Constitución, se deriva en el carácter autónomo de la acción de protección, en la medida que es la garantía jurisdiccional diseñada para la efectiva tutela de los derechos constitucionales. En tal sentido, cuando la Constitución prescribe en el artículo 88 la garantía de un amparo directo, debe entenderse que al existir vulneración de un derecho constitucional no puede condicionarse la protección de los derechos constitucionales a la presentación de una acción judicial adicional, que impida o retarde la defensa de forma injustificada la tutela del derecho, pues dicha interpretación desnaturaliza la esencia misma de una garantía de protección de los derechos constitucionales.

En este punto, es preciso resaltar que una de las características del sistema constitucional ecuatoriano, es precisamente el nexo directo entre garantía y derecho constitucional, lo que no ocurre en países con sistemas legalistas. En efecto, si la finalidad de la acción de protección es la tutela directa y eficaz de los derechos constitucionales es justamente el análisis de la existencia de una vulneración o no, la centralidad del análisis de las acciones de protección.

El sistema garantista abanderado por el Estado constitucional de derechos y justicia sobre el cual descansa actualmente la normativa constitucional ecuatoriana, implica no sólo una conquista y legado del pasado sino ante todo un programa para el futuro<sup>18</sup>, siendo por tanto imperiosa la necesidad de mantener intactos en su mayor medida, tanto los derechos como las garantías que se han consagrado en la Constitución. Entonces este esfuerzo por mantener la armonía constitucional incluye la actuación urgente de lo jueces a través de la activación de una garantía jurisdiccional correspondiente, frente a la vulneración de un derecho constitucional. En el caso que se analiza, la presentación de la acción de protección tiene precisamente ese objetivo, el de operar celeremente, con la finalidad de que la justicia constitucional proteja de forma eficaz inmediatamente los derechos menoscabados por las vulneraciones de autoridades públicas no jurisdiccionales, o particulares.

Por lo tanto, establecer como adecuada la interpretación que condiciona la procedencia de la acción de protección al requisito de presentar acciones judiciales previas, genera indefensión a una de las partes, y desnaturaliza la garantía, cuyo principal objetivo es proteger inmediatamente los

---

<sup>16</sup> “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: [...] 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”

<sup>17</sup> “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: [...] 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.”

<sup>18</sup> Cfr. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 35.

derechos constitucionales. En efecto, si optamos por esta equívoca interpretación, la acción de protección, por su propia naturaleza desaparecería de la praxis ecuatoriana, dado que ésta devendría en impracticable, toda vez que si todos los actos u omisiones que se consideran vulneratorios de derechos constitucionales son impugnados en las vías jurisdiccionales ordinarias, el resultado de este proceso será una decisión judicial sobre la cual no cabe demandar una acción de protección, generando como eficaz pero no célere la acción extraordinaria de protección.

En concordancia con lo señalado, la primera Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo la importancia de la acción de protección como el proceso “más” adecuado frente a otros cuando existe vulneración de derechos constitucionales, no existiendo otras vías judiciales apropiadas para lograr la tutela de los derechos constitucionales. En efecto, en la sentencia n° 016-13-SEP-CC, emitida en la causa n°. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013, se señaló

**[...] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.** No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. (Énfasis fuera de texto)

Esta decisión jurisdiccional resalta, conforme lo determinado en el artículo 88 de la Constitución, que el análisis que compete al juez constitucional que conoce de acciones de protección, radica en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, con lo cual señala a contrario sensu, que cuando no se presenta tal vulneración, se debe acudir a las vías ordinarias dado que el tema no comporta relevancia constitucional. En tal sentido, si bien es cierto que la acción de protección constituye el mecanismo “más” idóneo para la protección de derechos constitucionales, podría suceder que del análisis de la causa se desprenda que no existe una vulneración de un derecho constitucional, sino la pretensión de un asunto de mera legalidad. En esta circunstancia, el juez luego de un examen íntegro del caso concreto debe determinar, mediante un ejercicio argumentativo, si se encuentra o no ante la vulneración de un derecho constitucional, y solo de ser negativo el examen establecer que existen otras vías para solucionar las pretensiones de las partes.

Así, conforme establece la Corte Constitucional en la misma decisión jurisdiccional “*El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías*”; lo que significa que es tarea de la jueza o juez constitucional, cuando se somete un caso a su conocimiento, analizar si existe o no vulneración de un derecho constitucional, no procediendo la acción, si del examen se encuentra que las pretensiones de las partes pueden solucionarse en específicas vías judiciales ordinarias; es decir, respetando la naturaleza propia de las garantías jurisdiccionales y las acciones ordinarias judiciales, para de esta forma evitar un sistema de administración de justicia caótico.

Este pronunciamiento, sin lugar a duda genera claros lineamientos acerca del verdadero alcance de los requisitos de improcedencia previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contenidos en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4, lo cual mantiene armonía con el diseño de garantías jurisdiccionales constitucionales, pues, el juez deja de ser la simple boca muda de ley -según la metáfora de Montesquieu- para convertirse en verdadero garante de los derechos constitucionales/humanos<sup>19</sup> a través de un rol verdaderamente activo dentro

---

<sup>19</sup> Esta terminología obedece a la cláusula de apertura reconocida en el artículo 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón que “... 6.El reconocimiento de los derechos y garantías

del cual su valoración debe guardar coherencia con los postulados constitucionales. De ahí que su actuación debe contar siempre con una fuerte carga argumentativa, que denote la racionalidad en la constatación o no de la vulneración de derechos constitucionales<sup>20</sup>.

De esta manera, la Corte Constitucional, en la misma decisión, sostiene que la acción de protección procede cuando exista vulneración de derechos constitucionales y que esta lesión debe ser verificada por la jueza o juez constitucional en cada caso concreto, es decir, ratificando que el análisis sobre el cual gira la procedencia de la acción de protección no es una confrontación abstracta, sino que nace de circunstancias específicas del caso puesto en conocimiento del juez constitucional.

La acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria<sup>21</sup>.

Con el mismo criterio la Corte Constitucional, en la sentencia n°. 041-13-SEP-CC, emitida en el caso 0470-12-EP, de 24 de julio de 2013, insiste que la carga de la justificación acerca de la idoneidad o no de la jurisdicción constitucional le corresponde a la jueza o juez que conoce y resuelve la garantía jurisdiccional de los derechos:

Por lo tanto, la carga de demostración sobre la adecuación y eficacia de los procedimientos ordinarios no recae sobre el accionante, sino sobre el juzgador, al momento en que determina si la violación efectivamente se verificó o no en el caso puesto en su conocimiento.

Aclara además, en la misma decisión, que una vez verificada la vulneración de un derecho constitucional por parte de las juzgadas y los juzgadores constitucionales, la jurisdicción constitucional constituye el procedimiento adecuado y eficaz para resolver tales lesiones, lo cual encuentra plena concordancia con lo prescrito en la Constitución en relación a la informalidad con la que debe ser sustanciada esta garantía jurisdiccional -Art. 86 numerales 2 y 3-.

La aplicación de los derechos y garantías descritos al caso en juicio, en concordancia con el objeto de la acción, lleva a la Corte a la misma conclusión de la accionante: los únicos procedimientos adecuados para conocer y resolver sobre la existencia de violaciones a derechos constitucionales son las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucional; y en el caso de que dichas violaciones se originen en actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, la acción de protección. Así, es claro que la distinción en el objeto de la acción de protección y los procesos de impugnación en sede contencioso-administrativa, no está en el acto impugnado; sino más bien, en la consecuencia del mismo.

Sobre esta base, el principio de subsidiariedad en las acciones de protección establece que esta garantía cuyo objetivo es proteger los derechos constitucionales, no debe yuxtaponerse a la

---

establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”

<sup>20</sup> “Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso” Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4 numeral 9.

<sup>21</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP.

naturaleza propia de las acciones dentro de la justicia ordinaria, respetando el ámbito propio de cada una de ellas, pues las garantías jurisdiccionales, conforme lo señaló la Corte Constitucional para el período de transición, “[...] son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, argumentando que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria”<sup>22</sup>. De tal suerte que no podría considerarse que la acción de protección es una garantía jurisdiccional no subsidiaria, toda vez que no queda a elección del accionante presentar, o una acción de protección, o las acciones correspondientes en las vías ordinarias, para alcanzar sus pretensiones.

Ahora bien, a pretexto de confundir la subsidiariedad con la residualidad, no se puede restar importancia a la jurisdicción constitucional, generando con ello un desequilibrio del sistema constitucional ecuatoriano, basado esencialmente en el respeto a la Constitución. Por lo que mal puede sostenerse que para acudir a la jurisdicción constitucional, en su garantía jurisdiccional acción de protección, es necesario previamente presentar otras acciones judiciales ordinarias.

Lo cual encuentra coherencia con lo determinado en la propia ley cuando prescribe que no proceden las acciones de protección cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión y cuando el acto pueda ser impugnado en la vía judicial.

Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Conforme fue señalado en párrafos iniciales, el plano vertical del término subsidiario tiene relación con el ámbito de competencias de órganos e instituciones públicas; en tal sentido, la subsidiariedad implica que no debe existir entrecruzamiento de competencias, entorpeciendo con ello el funcionamiento del sistema de administración de justicia. De esta manera, la jurisdicción constitucional no puede asumir el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria resolviendo cuestiones que no involucran la vulneración de derechos constitucionales, sino exclusivamente pretensiones de legalidad.

Así, continuando con el análisis de las sentencias relevantes sobre la problemática planteada en la decisión n°. 041-13-SEP-CC, emitida en el caso 0470-12-EP, se establece justamente la imposibilidad de que la jurisdicción constitucional interfiera con las atribuciones de la justicia ordinaria, toda vez que:

La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución. En tal sentido, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso se debe considerar siempre que según el artículo 76 numeral 3 de la Carta Suprema sólo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; y además, de acuerdo el artículo 169 ibídem el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia y por tanto, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficiencia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. En consecuencia, **la acción de protección no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial.** (Énfasis fuera del texto)

<sup>22</sup> Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP.

De la misma manera, la Corte Constitucional respecto al rol que desempeña la justicia constitucional frente a la justicia ordinaria determinó en forma categórica que:

La Constitución no genera una propuesta de reemplazo de la justicia ordinaria por parte de la constitucional, con la consecuente “ordinarización” de la justicia constitucional, que implica un reemplazo del *thema decidendum* de las garantías normativas de la Constitución, en lugar de las previstas en la legislación ordinaria, sino un reto de constitucionalización de los procesos ordinarios, en pro del fortalecimiento de la administración de justicia como mecanismo de garantía ordinaria del orden constitucional.<sup>23</sup>

En consecuencia, la subsidiariedad de la acción de protección establece la imposibilidad que la jurisdicción constitucional resuelva temas de estricta legalidad, en los que no existen derechos constitucionales vulnerados; en la medida en que estas soluciones le competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria. No obstante, debe reiterarse una vez más que les corresponde a los juzgadores, a partir del análisis del caso concreto, determinar a qué jurisdicción le corresponde resolver el asunto en litigio, dado que si existen vulneraciones a derechos constitucionales los jueces no pueden desatender su obligación constitucional de tutelar los derechos constitucionales y resarcir las vulneraciones acaecidas, sin embargo, si no existe vulneraciones a derechos constitucionales, el juez constitucional no puede invadir el ámbito de administración de justicia ordinaria.

#### **4. La residualidad en las acciones jurisdiccionales**

Al respecto, es preciso rescatar además que en la sentencia n°. 041-13-SEP-CC citada, la Corte Constitucional destaca un aspecto que resulta de trascendental importancia en el tema que se analiza, al poner en debate la diferencia entre los términos “subsidiario” y “residual”, que al contrario de lo que suele considerarse, no son sinónimos dentro del derecho procesal constitucional ecuatoriano sino dos expresiones con connotaciones distintas, dado la existencia de varias garantías jurisdiccionales cuya procedencia difiere.

Arribar a una solución diferente a la propuesta en el párrafo anterior, implicaría reconocer esquemas superados por el constitucionalismo ecuatoriano, como el carácter residual del extinto recurso de amparo constitucional, en razón del cual era necesario agotar las vías ordinarias en aras de “demostrar” su idoneidad y/o su ineficacia.

Con esta significativa consideración, puede establecerse con claridad, que si el término “subsidiario” implica la posibilidad de presentación de una acción constitucional cuando se trata de vulneraciones de derechos y la no existencia de otras vías; el término “residual” equivale al agotamiento de todas las acciones judiciales ordinarias antes de la presentación de una acción constitucional.

De lo anterior puede inferirse que una acción es residual, cuando para acudir a ella, es necesario previamente haber interpuesto todos los mecanismos de defensa existentes que correspondan ser presentados. Por lo tanto, la característica de residualidad equivale a aquello que quedó después de haber intentado lo demás; esto es, la acción que subsiste cuando otras acciones no han dado resultado.

De esta manera, como se señaló en líneas precedentes en derecho constitucional y más concretamente en la gama de garantías jurisdiccionales, la acción extraordinaria de protección es de carácter residual; en razón de que tanto la Constitución en sus artículos 94 y 437, como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen como requisitos de procedencia de esta acción, el agotamiento previo de todos los recursos ordinarios y extraordinarios.

El carácter residual, puede atribuirse también a las acciones que se sustancian en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, para lo cual es necesario agotar todos los recursos de la jurisdicción interna, previo proponer una demanda ante este órgano internacional,

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 003-13-SIN-CC, casos No. 043-11-IN y 045-11-IN acumulados.

conforme lo establece el artículo 46 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969<sup>24</sup>.

En consecuencia, el objetivo de la determinación de una acción judicial o constitucional como residual es la protección de los derechos de las personas cuando todos los mecanismos de defensa existentes parecen no solucionar el problema, una vez que quien invoca la lesión ha acudido a ellos y considera que no reparan su derecho. Por lo que, resulta claro, que el objetivo último de una acción residual es la protección del derecho, cuando los demás acciones, aparentemente han negado el resarcimiento.

---

<sup>24</sup> “Artículo 46. 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

## CAPITULO II LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

### 1. Metodología.

Con la finalidad de establecer si existe una línea jurisprudencial de la primera Corte Constitucional acerca del problema objeto de este estudio, tomaremos como metodología a utilizar la descrita por Diego López<sup>25</sup> en su obra el “El derecho de los jueces”, toda vez que resulta válida para obtener varias conclusiones.

Los elementos determinantes para la selección de las decisiones constitucionales a las que luego se les aplicará la metodología están relacionados con la temporalidad, temática e importancia de las decisiones. Como primer elemento, es necesario determinar entonces que la periodicidad en la cual la investigación se realiza, un año calendario -2013-, es decir, serán analizadas las decisiones adoptadas por el primer año de funciones de la primera Corte Constitucional. El segundo elemento, del universo de decisiones se tomarán aquellas acciones extraordinarias de protección que nazcan de procesos de acciones de protección, y que tengan como uno de los problemas principales la aplicación de los artículos 40 numeral 3 o 42 numeral 4 de la LOGJCC, es decir, que éste problema sea resuelto como una de las *ratios decidendi* de la decisión. Finalmente como tercer elemento, se seleccionó las denominadas sentencias hito, que nos permiten identificar las subreglas contenidas en la argumentación de los jueces constitucionales.

#### 1.a. Patrón fáctico o escenario constitucional

Para el análisis de la línea jurisprudencial se ha determinado el siguiente patrón fáctico o escenario constitucional: *“Acciones extraordinarias de protección, encaminadas a que la Corte Constitucional deje sin efecto sentencias de acciones de protección admitidas en contra de actos administrativos, por considerar que en atención al principio de subsidiariedad estos actos deben ser impugnados en la vía judicial ordinaria.”*

#### 1.b. Elección de sentencias con patrones fácticos similares

Una vez determinado el patrón fáctico descrito, con la finalidad de realizar un análisis temporal y estructural de varias sentencias constitucionales, realicé una investigación específica con el objetivo de encontrar sentencias recientes que tengan el mismo patrón fáctico dentro de acciones extraordinarias de protección.

De la misma forma, se han determinado dos grandes momentos de desarrollo decisional, aquel que corresponde a la fase de sustanciación de la Corte Constitucional para el período de transición, y el actual período de la Corte Constitucional del Ecuador. Las sentencias seleccionadas, emitidas por la actual Corte Constitucional, son las siguientes:

1. Sentencia n° 003-13-SEP-CC, caso n°. 1427-10-EP, de 05 de marzo de 2013.
2. Sentencia n° 013-13-SEP-CC, caso n°. 0991-12-EP, de 09 de mayo de 2013.
3. Sentencia n° 014-13-SEP-CC, caso n°. 2004-12-EP, de 14 de mayo de 2013.
4. Sentencia n° 016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013.
5. Sentencia n° 020-13-SEP-CC, caso n°. 563-12-EP, de 30 de mayo de 2013.
6. Sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP, de 04 de junio de 2013.
7. Sentencia n° 026-13-SEP-CC, caso n°. 1429-11-EP, de 11 de junio de 2013.
8. Sentencia n°. 041-13-SEP-CC, caso n°. 0470-11-EP, de 24 de julio del 2013.
9. Sentencia n° 075-13-SEP-CC, caso n°. 2223-11-EP, de 04 de septiembre de 2013.
10. Sentencia n° 085-13-SEP-CC, caso n°. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.
11. Sentencia n° 102-13-SEP-CC, caso n°. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

#### 1.c. Problema jurídico o pregunta central para la determinación de la línea jurisprudencial

Con la finalidad de determinar la correspondiente línea jurisprudencial respecto al principio de subsidiariedad en la acción de protección, se ha planteado el siguiente problema jurídico o

---

<sup>25</sup> Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, 2da edición, Bogotá.

pregunta central que encabezará la línea: *¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial prima facie?*

#### **1.d. Respuestas polares al problema jurídico planteado**

Una vez establecida la pregunta central o problema jurídico, previo a realizar el análisis de cada una de las posibles respuestas, tanto la Corte Constitucional para el período de transición, como la actual Corte Constitucional, se procedió a abrir el espacio identificando las dos opciones polares de respuesta a la pregunta. Así, en el extremo positivo se ha determinado como posible decisión la siguiente: *Sí. El principio de subsidiariedad impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial.*

Mientras que en el extremo negativo, se ha determinado como posible decisión la siguiente: *No. El principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de las autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, cuando vulneren derechos constitucionales.*

#### **2. Análisis de los pronunciamientos judiciales con similares patrones fácticos**

En el caso de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, las dinámicas de decisión en relación a la cuestión planteada mantienen la tendencia de decisiones cercanas al extremo negativo de solución. Vale señalar que del análisis no se evidenció un cambio de decisiones profundas respecto al balance constitucional que fue trazado por la anterior Corte Constitucional para el período de transición<sup>26</sup>, sino más bien un paulatino movimiento de la línea jurisprudencial hacia el extremo negativo de la solución, con argumentos más enfáticos, en cuanto a la necesidad de verificación de vulneraciones a derechos constitucionales por parte de la jueza o juez como condición de procedencia de la acción de protección, o por el contrario la determinación de la vía judicial ordinaria más adecuada si de la revisión del caso concreto la autoridad jurisdiccional encuentra conflictos de índole infraconstitucional.

#### **2.a. Sentencias que se ubican en el extremo negativo de la decisión y/o en la sombra decisional**

En las sentencias emitidas por la actual Corte Constitucional que se ubican en el extremo negativo de la solución, se identifica con claridad la diferenciación realizada también por la anterior Corte Constitucional para el período de transición, respecto a que los conflictos infra constitucionales deben ser solucionados en vías judiciales ordinarias; mientras que se reconoce a la acción de protección como la garantía “más” eficaz e idónea para tutelar derechos constitucionales vulnerados por cualquier autoridad pública o particular.

##### **1. Sentencia n° 003-13-SEP-CC, caso n°. 1427-12-EP, emitida el 05 de marzo de 2013.**

Cabe destacar que la acción de protección no debe ser entendida como una garantía en la cual puedan resolverse temas de mera legalidad, ya que su naturaleza es la de tutelar el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido, los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de darle el uso adecuado a esta garantía, evitando el abuso de la misma por parte de los usuarios, a través del acatamiento de las disposiciones determinadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la creación de precedentes que delineen lo referente a su procedibilidad<sup>27</sup>.

##### **2. Sentencia n° 013-13-SEP-CC, caso n°. 0991-12-EP, emitida el 09 de mayo de 2013.**

Cabe resaltar que la Constitución de la República es el instrumento que reconoce los derechos constitucionales de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, y para tutelar efectivamente esos derechos reconocidos se ha provisto de las garantías jurisdiccionales. La acción de protección, como una de las garantías

<sup>26</sup> Ver anexo 1.

<sup>27</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 003-13-SEP-CC, caso n°. 1427-12-EP.

jurisdiccionales, no puede ser concebida para fundar o declarar derechos, sino para tutelar y reparar integralmente cuando exista vulneración, ya sea por acción u omisión de las autoridades no judiciales o de los particulares. Por tanto, no cabe y resulta inoficioso demandar una acción de protección cuando los derechos no existen previamente reconocidos en la Constitución, o frente a meras expectativas que no generan derechos, como se advierte en el artículo 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De allí que las personas no pueden, por ejemplo, so pretexto de tratos arbitrarios o discrecionales, o aduciendo el derecho a la igualdad formal o material y no discriminación, acudir con su reclamo o pretensión vía acción de protección, ya que el ejercicio de los derechos de cualquier orden se debe ventilar observando el debido proceso establecido en la Constitución de la República, así como, en el presente caso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpos normativos que fijan procedimientos previos, claros que regulan y especifican la vía jurisdiccional adecuada y eficaz para la tutela de derechos. Por tanto, la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen a otras esferas procedimentales, como el hábeas corpus, el acceso a la información pública, el hábeas data, de incumplimiento, medidas cautelares, etc., ni se extiende para actos u omisiones que incumplen los mandatos de la Constitución o la Ley, o las sentencias y dictámenes constitucionales, pues para tales casos el ordenamiento jurídico provee de acciones idóneas con sus respectivos procedimientos. En otras palabras, los derechos constitucionales solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez y las partes procesales deben conducirlo en el marco de la competencia<sup>28</sup>.

3. Sentencia n° 014-13-SEP-CC, caso n°. 2004-12-EP, emitida el 14 de mayo de 2013.

En el caso objeto de análisis se establece que la sentencia (...) dictada por la Segunda sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, si bien recoge los hechos que conforman la litis trabada, se aleja de los mismos centrando su argumento en la simple enunciación de normas legales respecto a temas de "no subsidiariedad" e "improcedencia de la acción de protección" cuando se relaciona con aspectos de mera legalidad. Así, a criterio de la Sala, se afirma que existe una vía jurisdiccional en materia contencioso administrativa, -de carácter ordinario- que es la vía judicial y procesal adecuada para tratar la materia de la acción de protección presentada, por lo que, considerando sin mayor fundamento que es un asunto de mera legalidad, que debía ventilarse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se inadmite la causa.

En consecuencia, la recomendación que se hace en la sentencia antes referida para el hoy legitimado activo -dirigida a que utilice la vía procesal contencioso administrativa- al no complementarse con la argumentación expresa, del porqué (sic) la materia trabada no puede ser satisfecha en una acción de protección, hace que el argumento de "mera legalidad" carezca de justificación razonada, y aparece como una decisión judicial apoyada en un criterio discrecional<sup>29</sup>.

4. Sentencia n° 0016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP, emitida el 16 de mayo de 2013.

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria [...].

<sup>28</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 013-13-SEP-CC, caso n°. 0991-12-EP.

<sup>29</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 014-13-SEP-CC, caso n°. 2004-12-EP.

Por otra parte, esta Corte observa además, que el objeto primigenio de la acción de protección planteada por los accionantes obedece a un conflicto entre normas infraconstitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano [...] En virtud de lo enunciado, conforme ha quedado establecido, la acción de protección de derechos como garantía jurisdiccional, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y no la resolución de asuntos de mera legalidad<sup>30</sup>.

5. Sentencia n° 020-13-SEP-CC, caso n° 563-12-EP, emitida el 30 de mayo de 2013.

Las reflexiones de la Corte Constitucional respecto de esta tríada indispensable para el sostén del modelo de estado previsto en la Constitución, apuntan a resaltar el principio de irradiación de los principios procesales en la legislación ordinaria, como solución a la eventual "ordinarización" de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución. Se reconoce una doble dimensión de los principios, dependiendo de si el caso remite mediata o inmediateamente a la Norma Fundamental.

Así, la justicia ordinaria también se constituye en una garantía jurisdiccional de los derechos en tanto protege la aplicación de la norma infra constitucional que los desarrolla en determinado supuesto. El criterio de diferenciación para determinar si procede la vía constitucional o la ordinaria para la protección de los derechos a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de aplicación de normas y derechos de las partes, será precisamente qué norma es la que se alega incumplida<sup>31</sup>.

6. Sentencia n° 026-13-SEP-CC, caso n° 1429-11-EP, emitida el 11 de junio de 2013.

En efecto la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. o todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.

De manera que en el caso *sub judice* y de la revisión de la pretensión de los extrabajadores de Autoridad Portuaria de Guayaquil, el ordenamiento jurídico prevé los mecanismos idóneos establecidos en la justicia ordinaria, para hacer efectivos sus derechos respecto de la liquidación que solicitan; por lo que esta Corte determina que la acción de protección no es la vía adecuada para solicitar exclusivamente el pago o reliquidación de indemnizaciones por despido intempestivo, pues aquello implicaría la yuxtaposición de la justicia constitucional por sobre la ordinaria<sup>32</sup>.

7. Sentencia n° 041-13-SEP-CC, caso n° 0470-12-EP, emitida el 24 de julio de 2013.

Cabe indicar que los presupuestos de procedibilidad de la acción de protección contenidos en el artículo 42 tienen un vínculo directo con el objeto de la misma: "...el amparo directo y eficaz de los derechos". Más allá de un postulado vacío, el contenido de la norma del artículo 88 de la Carta Suprema tiene repercusiones medulares respecto del objetivo de la justicia constitucional, así como la manera de entender los problemas jurídicos, desde un análisis de legalidad del acto administrativo, a uno constitucional de los hechos que configuran una vulneración de derechos constitucionales. Es así que la causal del numeral 4 del artículo 42 impone la obligación jurisdiccional de justificar en la motivación de su sentencia si se verifica la existencia de una violación constitucional y, en caso de no encontrarla, discurrir sobre la vía que considera adecuada y eficaz para satisfacer la pretensión.

<sup>30</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP.

<sup>31</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 020-13-SEP-CC, caso n°. 563-12-EP.

<sup>32</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 026-13-SEP-CC, caso n°. 1429-11-EP.

8. Sentencia nº 075-13-SEP-CC, caso nº. 2223-11-EP, emitida el 04 de septiembre de 2013.

De esta manera, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que las antinomias entre normas de carácter infraconstitucional, no deben ser resueltas mediante las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República, pues para aquello precisamente se encuentra creada una institucionalidad jurídica y orgánica que permite a los ciudadanos activar los mecanismos procesales específicos que tutelen los derechos en el ámbito legal<sup>33</sup>.

9. Sentencia nº 085-13-SEP-CC, caso nº. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.

Entonces no es condición suficiente como lo hace el juez de primera instancia, el argumentar que la acción de protección no procede cuando hay otras vías de impugnación, como la contenciosa administrativa para negar una acción de protección, pues ninguna de ellas reemplaza la otra. Los procesos contencioso administrativos se destinan a revisar la legalidad de los actos, conforme lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, mientras que la acción de protección tiene por objeto amparar directamente los derechos constitucionales, según se dispone en los artículos 88 de la Constitución y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Hay que agregar que un recurso contencioso administrativo no cumple el artículo 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República que establece que en las acciones de protección de derechos: “El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias”. Los recursos contenciosos administrativos son complejos, formales y lentos, lo que se debe a que tienen por fin proteger la legalidad y no derechos constitucionales [...]

Condicionar la vigencia de la acción de protección, prevista en la Constitución, a que no se proponga un recurso contencioso administrativo, previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, implica condicionar la vigencia de la Constitución a la ley, lo que a su vez, implicaría viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Sentencia nº 102-13-SEP-CC, caso nº. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

Así las cosas, cabe recordar que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; por lo tanto, es indiscutible que ante la vulneración de derechos constitucionales, no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Resulta obvio que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas, cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como cuando, a la inversa, a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional<sup>34</sup>.

En todo caso, si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad; pero esta Corte Constitucional insiste, únicamente luego de un procedimiento, al menos rápido, en el que la parte actora pueda demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada pueda controvertirlas, mas no en un primer auto, como el caso *sub judice*, en el que la juzgadora, sin justificación

<sup>33</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 075-13-SEP-CC, caso nº. 2223-11-EP.

<sup>34</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP, noviembre 24 del 2011.

constitucional, se forma criterio en la primera actuación procesal, y en auto de calificación de la demanda inadmite la acción, basándose en elementos materiales de la causa.

Respecto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Corte ha determinado que “(...) implica que cuando una persona pretende la defensa de sus derechos o intereses legítimos, debe ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”<sup>35</sup>. Es decir, el contenido de este derecho implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso de la peticionaria, el que incluye que la decisión se encuentre debidamente motivada, así como la observancia de procedimientos mínimos, y que se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento, superando las falencias que hacen ineficaz este derecho constitucional y además en el que prevalecen los principios sobre las reglas.

En esta sentencia, a pesar que no es materia de este estudio sin embargo vale mencionarlo, la Corte resolvió un problema normativo determinado por un error de técnica legislativa que incidía en la sustanciación de la acción de protección por la confusión de los términos “admisión” y “procedencia”, del artículo 42 de la LOGJCC, dictando las siguientes reglas jurisprudenciales con efectos erga omnes:

En virtud de las competencias establecidas en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5. En virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6. La interpretación conforme de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional realizada por la Corte Constitucional en esta sentencia, es de obligatorio acatamiento, razón por la cual, en caso de desconocimiento de estas interpretaciones, se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 024-09-SEP-CC, caso No. 009-09, de septiembre 29 del 2009.

En efecto, quedó claro el criterio de la Corte al determinar que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los juzgadores el ejercicio de la razonabilidad para determinar si existe o no vulneración de derechos constitucionales, solo luego de la sustanciación del proceso, por la vocación misma de las garantías jurisdiccionales, con lo cual queda proscrito para la Corte la posibilidad que los jueces constitucionales de instancia puedan señalar que el tema es de legalidad en primera providencia al calificar la demanda.

### 2.b. Sentencia ubicada cercana al extremo positivo de la solución

A pesar que de los resultados del análisis no resultaron decisiones ubicadas inmediatas a la solución positiva, se situó una sola sentencia más cercana a este extremo, no obstante, la cercanía obedece más a las características del caso concreto y que puedan servir como sustento en la línea jurisprudencial. Así, en la sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP, se determina que no procede acción de protección, cuando se trate de asuntos relativos a cálculos de diferencias en cuanto a pago de valores o cuando una de las partes simplemente se encuentre disconforme de la sentencia emitida por considerarla injusta, sin que se evidencie una efectiva vulneración de derechos constitucionales.

#### 1. Sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP, emitida el 04 de junio de 2013.

Los accionantes manifiestan que se ha transgredido su derecho a la tutela judicial, por cuanto en la sentencia de apelación de acción de protección, los jueces manifestaron que no existe vulneración a derechos constitucionales y que el pago de las diferencias debe ser tramitado en la vía judicial ordinaria. Dentro de su fallo, los jueces de la Corte Provincial establecieron la inexistencia de vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, manifestando que la pretensión obedece a un cálculo de las diferencias en cuanto a la jubilación que les correspondía, debiendo para aquello acudir a la vía contencioso administrativa.

Por lo tanto, la apreciación del caso concreto y la interpretación de la normativa atinente a la acción de protección de derechos, no puede ser considerada como vulneradora a la tutela judicial efectiva, pues es obligación de los jueces la observancia de la Constitución y de la normativa vigente para hacer valer los derechos de las partes procesales. El discordar con la decisión, o considerarla injusta o equivocada no son razones suficientes que sustenten una presunta vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se concluye que la decisión judicial impugnada no vulneró el mencionado derecho<sup>36</sup>.

### 3. Gráfico de las dinámicas de decisión en la Corte Constitucional del Ecuador

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (Nov. 2012- Dic. 2013)		
¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial?		
<b>SI</b> El principio de subsidiariedad impide la presentación de	<ul style="list-style-type: none"><li>• caso n°. 1427-12-EP 05-03-2013</li><li>• caso n°. 991-12-EP 09-05-2013</li></ul>	<b>NO</b> El principio de subsidiariedad no impide

<sup>36</sup>Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP.

acciones de protección en contra de actos administrativos , debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial.	<ul style="list-style-type: none"><li>• caso n°. 1000-12-EP 16-05-2013</li><li>• caso n°. 563-12-EP 30-05-2013</li><li>• caso n°. 1975-11-EP 04-06-2013</li><li>• caso n°. 1429-11-EP 11-06-2013</li><li>• caso n°. 0470-11-EP 24-07-2013</li><li>• caso n°. 2223-11-EP 04-09-2013</li><li>• caso n°. 1344-12-EP 23-10-2013</li></ul>	la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que el análisis que corresponde es sobre la vulneración o no de derechos constitucional es
--	---	---

Con las consideraciones anotadas, es clara la existencia de dinámicas de decisión en relación a la cuestión planteada con mayor inclinación hacia el extremo negativo de la solución, es decir, aquel que establece que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, en tanto existan presunciones de vulneración de derechos constitucionales.

De esta manera, se concluye que la fuerza gravitacional del precedente se inclina hacia el extremo negativo de la solución, siendo que de las once sentencias analizadas, que diez de ellas se ubican en la zona decisional cercana a este extremo. Mientras que, una sentencia se sitúa en la zona decisional cercana al extremo positivo sin que se encuentren inmediatamente adyacentes a la solución que niega toda posibilidad de presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos. Sobre esta base, se puede concluir que:

- La acción de protección de derechos como garantía jurisdiccional, es de carácter subsidiaria, por cuanto su procedencia está condicionada a la vulneración de derechos constitucionales. En tal virtud, no se puede recurrir a la acción de protección en reemplazo de las vías ordinarias. Ahora bien, es necesario que la Corte Constitucional profundice en patrones fácticos más concretos, con lo cual tanto los justiciables y jueces tienen mayores criterios para analizar “caso a caso”, tal como este Organismo lo ha señalado en sus sentencias.

- Los conflictos o antinomias de normas infra constitucionales, que derivan en resolución de asuntos de legalidad, deben ser solucionados a través de las correspondientes vías judiciales ordinarias, sin embargo esta distinción no se deriva de la naturaleza del acto sino de las circunstancias del caso concreto.
- La acción de protección es la garantía jurisdiccional más idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de los derechos constitucionales que no sean las garantías jurisdiccionales.
- Las acciones constitucionales de protección y las acciones judiciales ordinarias no son excluyentes, en tanto que una y de otra difieren en el ámbito de protección, es decir, en su naturaleza misma, razón por la cual, la Corte debe ser muy cuidadosa al excluir del análisis de constitucionalidad cuestiones que en su consideración no revisten relevancia constitucional.
- El principio de residualidad, consiste en la presentación de una acción judicial, previo el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios que establece la ley.

## CONCLUSIONES

- Dado el uso indiscriminado de los términos “subsidiario”, “no subsidiario” y “residual”, en el derecho procesal constitucional ecuatoriano, es necesario que la Corte Constitucional en tanto órgano rector en materia constitucional asuma una definición de dichos términos con el fin de dotar de coherencia y seguridad jurídica a la administración de justicia constitucional, para evitar malentendidos de los jueces constitucionales que devienen en la restricción injustificada del acceso a la acción de protección, la existencia de una línea jurisprudencial clara es una gran muestra del trabajo emprendido, sin embargo implica un reto a profundizar en los patrones fácticos que revisten relevancia constitucional, y a no desviar los criterios en pro de la defensa de los derechos humanos y constitucionales.
- El principio de subsidiariedad en las acciones de protección establece que esta garantía cuyo objetivo es proteger los derechos constitucionales, comparte la característica de integralidad en la tutela de derechos constitucionales, puesto que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional tienden a garantizar derechos, sin embargo sus objetivos y ámbito de competencia (naturaleza jurídica) son distintos. Lo que implica determinar el objeto que persiguen cada una de estas vías, en el caso de la jurisdicción ordinaria asuntos de legalidad, y en el ámbito de la jurisdicción constitucional aspectos relacionados a la vulneración de derechos constitucionales, debiendo observarse que sus esferas competenciales no se entrecrucen al punto de obstaculizar las facultades y atribuciones de cada una.
- Por otro lado, la subsidiariedad establece la imposibilidad de que la jurisdicción constitucional resuelva temas de estricta legalidad, en los que no existen derechos constitucionales vulnerados; en la medida en que estas soluciones le competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria. No obstante, debe afirmarse que es el juez constitucional, a quien le compete el análisis del caso concreto, verificando en primera instancia la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales, para luego de lo cual, de no observarse vulneración a los derechos señalar que el asunto corresponde a la justicia ordinaria.
- Los requisitos determinados en el artículo 40 de la LOGJCC son de procedibilidad, es decir, deben ser verificados por el juez constitucional de la causa, con lo cual la obligación de justificar la inexistencia de vulneración de derechos y como consecuencia la existencia de otras vías recae sobre el juzgador, en virtud que el procedimiento para las garantías jurisdiccionales conforme lo determina la Constitución es “sencillo, rápido y eficaz [...] No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. [...] No serán aplicables las normas procesales que tiendan a su ágil despacho”<sup>37</sup>.
- El término “residual” equivale por el contrario al agotamiento de todas las acciones judiciales ordinarias antes de la presentación de una acción constitucional. Por lo tanto, puede inferirse que una acción es residual, cuando para acudir a ella, es necesario previamente haber presentado todos los mecanismos de defensa existentes que correspondan ser presentados.

---

<sup>37</sup> Artículo 86 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Aguirre Castro, Pamela Juliana; Avila, Dayana; Bazante, Vladimir (ed.), *Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013*, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Alarcón Peña, Pablo Andrés, "Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección", en Escobar, García Claudia (ed), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 559-605.
- \_\_\_\_\_, *La ordinarización de la acción de la acción de protección*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013.
- Arias, Carmen Abellán (edit.), *Actes du VII Colloque International sur le latin vulgaire et tardif*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003.
- Benavides Jorge, Escudero Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979
- Eguiguren Praeli, Franciso José "La opción por un amparo 'estricto' y 'residual' en el Perú", en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- Fix Zamudio, Hector, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982.
- Frosini, Tommaso, "Subsidiariedad y Constitución" en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.
- López Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, 2da edición, Bogotá.
- Montaña Pinto, Juan y Porras Angélica (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Tomo 2, Quito, 2011.
- Navas, Marco; Storini, Claudia, *La acción de protección en el Ecuador. Realidad jurídica y social*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.
- Sagües, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucionale. Logros y Obstaculos*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008.

**NORMATIVA**

- Constitución de la República del Ecuador, publicado en el R.O. No. 449, de fecha 20 de Octubre del 2008
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicado en el Suplemento del R.O. No. 52 de 22 de octubre de 2009.
- Código Orgánico de la Función Judicial, publicado Suplemento R.O. No. 544 de 09 de marzo de 2009, ultima modificación: 01 de noviembre de 2011.

**JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición:  
Sentencia nº 045-11-SEP-CC, caso nº 0385-11-EP.  
Sentencia nº 024-09-SEP-CC, caso nº 009-09, de septiembre 29 del 2009.

- Corte Constitucional del Ecuador:  
Sentencia nº 003-13-SEP-CC, caso nº. 1427-10-EP, de 05 de marzo de 2013.  
Sentencia nº 013-13-SEP-CC, caso nº. 0991-12-EP, de 09 de mayo de 2013.  
Sentencia nº 014-13-SEP-CC, caso nº. 2004-12-EP, de 14 de mayo de 2013.  
Sentencia nº 016-13-SEP-CC, caso nº. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013.  
Sentencia nº 020-13-SEP-CC, caso nº. 563-12-EP, de 30 de mayo de 2013.  
Sentencia nº 023-13-SEP-CC, caso nº. 1975-11-EP, de 04 de junio de 2013.  
Sentencia nº 026-13-SEP-CC, caso nº. 1429-11-EP, de 11 de junio de 2013.  
Sentencia nº 041-13-SEP-CC, caso nº 0470-11-EP, de 24 de julio de 2013.

NEOPROCESALISMO

LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN  
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
ECUATORIANA

**PAMELA JULIANA AGUIRRE CASTRO**

Sentencia n° 075-13-SEP-CC, caso n°. 2223-11-EP, de 04 de septiembre de 2013.  
Sentencia n° 085-13-SEP-CC, caso n°. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.  
Sentencia n° 102-13-SEP-CC, caso n°. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

## ANEXO 1

### Corte Constitucional para el período de transición

De las ocho sentencias analizadas, emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición, se han establecido ocho respuestas o soluciones al problema jurídico planteado, siete de las cuales se ubican cercanas a la respuesta polar negativa, mientras que una se sitúa próxima a la respuesta polar positiva, sin encontrarse inmediatamente adyacente a este extremo.

#### *1. Sentencias que se ubican en el extremo de solución negativa y/o en la sombra decisional*

Las sentencias n°. 028-10-SEP-CC y n° 0157-12-SEP-CC, se ubican en el extremo de solución negativo al problema jurídico planteado; esto es, consideran que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de las autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, siempre que vulneren derechos constitucionales.

Las sentencias ubicadas en este extremo, determinan entre otras cosas que, el artículo 88 de la Constitución consagra a la acción de protección como una garantía de carácter tutelar, que procede contra actos de autoridades públicas que vulneren derechos constitucionales por acción u omisión, sin realizar ninguna salvedad en cuanto al alcance del acto, sino que la condición para su presentación se configura en la sola violación a un derecho constitucional.

La sentencia n° 028-10-SEP-CC, caso n°. 0173-10-EP, emitida el 10 de junio de 2010, señala:

Se ha venido sosteniendo con mucha frecuencia, inclusive por la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, que: "Las resoluciones dictadas en un procedimiento por otras autoridades institucionales del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional". Justamente cuando se trata de este tipo de actos es que algunos juzgadores dicen que tales son actos de mera legalidad y, como tales, la autoridad y la vía en la que deben tramitarse corresponden a lo contencioso administrativo o tributaria [...]

En estas circunstancias, conviene incorporar al examen lo que dispone el artículo 88 de la Constitución del 2008, cuyo texto dice: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales..."

La norma transcrita establece como situación primigenia que la acción de protección es de carácter tutelar; que procede contra los actos de la autoridad pública, y que vulnera derechos constitucionales por acción u omisión. Así, la disposición no hace diferencia alguna en cuanto al alcance del acto, sino que su esencia es que exista violación constitucional. En conclusión, si la autoridad pública dicta un acto en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, sin observar lo que determina el artículo 226 de la Constitución de la República, que fija el campo de las atribuciones de los funcionarios públicos, se estaría ante todo, frente a una violación de derecho.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 028-10-SEP-CC, caso n°. 0173-10-EP.

La sentencia n° 0157-12-SEP-CC, caso n°. 0556-10-EP, emitida el 17 de abril de 2012, señala:

Del pronunciamiento de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sentencia del 5 de abril del 2010, se le da un carácter residual, subsidiario a la acción de protección, claro está, basándose en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo numeral 3 del artículo 40, al tratar de los requisitos de procedencia señala: "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"; por tanto, al considerar la Sala a la acción de protección como subsidiaria, en vez de resolver sobre el fondo del asunto, señala que la accionante debía presentar su reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En la vía administrativa se puede impugnar un acto administrativo denunciando su ilegalidad, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, y su respectivo recurso de casación ante la Sala especializada en la Corte Nacional de Justicia, cuya potestad es declarar la extinción del acto o la modificación del mismo. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo sentencia la nulidad del acto, su ilegalidad o su inaplicabilidad cuando la parte afectada considera que dicho acto es contradictorio a las leyes de nuestro país. Sin embargo, del texto de la demanda de acción de protección planteada por la accionante se observa claramente la demanda de una presunta violación de sus derechos constitucionales.

El carácter cautelar de residualidad o subsidiariedad de la acción de protección hace que la misma se vuelva viable en forma directa, solo cuando no exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para la persona que propone la demanda, pues se entiende que esta acción solamente procede cuando la persona afectada en sus derechos constitucionales no disponga de otro medio de defensa judicial; sin embargo, en el artículo 88 de la Constitución de la República no se le da a la acción de protección el carácter de residual o subsidiaria, como aparentemente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo primar en este caso la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma secundaria o cualquier ambigüedad del texto; además, y como criterio fundamental, se debe observar el principio de supremacía de la Constitución señalado en el artículo 424 de la Constitución, que señala: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia probatoria...".<sup>39</sup>

Por otro lado, las sentencias 054-11-SEP-CC; 055-11-SEP-C; 013-12-SEP-CC; 024-12-SEP-CC; y, 153-12-SEP-CC, se ubican en la sombra decisional cercana al extremo negativo, por cuanto su posición es un tanto más flexible frente a la afirmación que establece que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección, cuando lo que se analiza es la vulneración de los derechos constitucionales.

En tal sentido, las sentencias analizadas dentro de este balance constitucional, reconocen que las vías judiciales ordinarias son adecuadas para resolver los asuntos de legalidad; sin embargo, determinan que es posible la presentación de acciones de protección cuando se verifique vulneración de derechos constitucionales.

Se señala además, que la identificación de la vía judicial ordinaria para la mejor resolución de la cuestión planteada por parte de la autoridad jurisdiccional obliga al juez constitucional a determinar con claridad no sólo la vía judicial que considera más adecuada, sino además las razones por las cuáles cree que el asunto es de materia legal y no constitucional.

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 157-12-SEP-CC, caso n°. 0556-10-EP.

Finalmente, en concordancia con lo anterior, vale señalar que la Corte Constitucional ha consagrado en sus pronunciamientos, la obligación que tiene la autoridad jurisdiccional que conoce una demanda de acción de protección, de revisar el fondo del asunto, de manera que su decisión, o de sugerir la vía judicial ordinaria o sustanciar la garantía jurisdiccional, deba estar motivada suficientemente.

En la sentencia n° 054-11-SEP-CC, caso n°. 160-10-EP, emitida el 15 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional para el período de transición determinó:

De la revisión de la sentencia se evidencia que dicho asunto fue analizado por la Justicia Ordinaria, no siendo acogida en razón de que la pretensión en dicha acción no era, a decir de los Jueces de la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, la legitimidad o no del acto realizado por el Contralor General del Estado, sino el hecho de que dicho acto se lo tomó como medida de sanción administrativa y por ende la misma debía remitirse a los principios del debido proceso, cuestión que así constata esta Corte.<sup>40</sup>

En la sentencia n° 055-11-SEP-CC, caso n°. 564-10-EP, emitida el 15 de diciembre de 2011, se argumentó:

Por lo antes expuesto se colige que en la presente acción los jueces de la Sala Única del Corte Provincial de Justicia de Napo no se están pronunciando respecto a un procedimiento propio de la jurisdicción administrativa, sino que lo hacen respecto a derechos constitucionales que han sido violentados por parte del empleador público; es por ello, que ha de entenderse que los operadores judiciales han actuado en legal y debida forma al avocar conocimiento de la acción de protección y su apelación, y pronunciarse respecto no a un trámite administrativo sino frente a una vulneración de derechos constitucionales, siendo en este caso en concreto la vía constitucional el medio idóneo para precautelar derechos, frente a un acto de una autoridad pública no judicial como es la Contraloría General del Estado.

El principio de no subsidiaridad consiste en que no se puede recurrir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, y este principio parte del hecho concreto de que la acción jurisdiccional de protección se la establece para tutelar el derecho más no para crearlo, así lo determina el Art. 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.<sup>41</sup>

En la sentencia n° 013-12-SEP-CC, caso n°. 1048-11-EP, emitida el 06 de marzo de 2012, se señaló:

Por otra parte, como lo ha manifestado la Corte, existe vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, por falta de motivación de la resolución, cuando los jueces constitucionales, sin mayor argumento, desechan la acción de protección, por considerar el caso un asunto de mera legalidad, para cuyo efecto existe la vía ordinaria de reclamación, sin analizar cuestiones de fondo. Esto se explica, puesto que por principio general, quien alega la existencia de otra vía judicial ordinaria efectiva o adecuada tiene que demostrarlo. Es decir, el juez constitucional, al activarse una acción de protección, tiene la obligación de motivar su fallo y, en el caso particular, de explicar las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que la acción de protección no es procedente, sin limitarse a señalar que se trata de un asunto de mera legalidad, cuando no se analiza el tema de fondo que trata sobre la vulneración de derechos constitucionales del accionante. Caso contrario, si no existe una motivación adecuada y suficiente, se está vulnerando el derecho a la defensa, por falta de motivación de una resolución judicial.<sup>42</sup>

<sup>40</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 054-11-SEP-CC, caso n°. 160-10-EP.

<sup>41</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 055-11-SEP-CC, caso n°. 564-10-EP.

<sup>42</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 013-12-SEP-CC, caso n°. 1048-11-EP.

En la sentencia n° 024-12-SEP-CC, caso n°. 932-09-EP, emitida el 08 de marzo de 2012, se sostuvo:

En el caso objeto de análisis se establece que la sentencia del 23 de octubre del 2009, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, si bien recoge los hechos que conforman la litis trabada, se aleja de los mismos centrando su argumento en la simple enunciación de normas legales respecto a temas de "no subsidiariedad" e "improcedencia de la acción de protección" cuando se relaciona con aspectos de mera legalidad. Así, a criterio de la Sala, se afirma que existe una vía jurisdiccional en materia contencioso administrativa, -de carácter ordinario- que es la vía judicial y procesal adecuada para tratar la materia de la acción de protección presentada, por lo que, considerando sin mayor fundamento que es un aspecto de mera legalidad, que debía ventilarse en el ámbito de jurisdicción ordinaria, se inadmite la misma y se revoca la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha.

Al respecto, se recuerda lo establecido en los artículos 86 y 88 de la Constitución que se refieren a la acción de protección, así como el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que la acción de protección se puede presentar cuando concurren los siguientes requisitos: "1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y 3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado".

Asimismo, la antes referida ley delimita el ejercicio de la acción de protección manifestando las situaciones en las que no es procedente: "Improcedencia de la acción: (...) 3. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". (Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

De esta forma, la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Pichincha del 23 de octubre del 2009, no expresa claramente las razones fácticas y jurídicas que fundamenten que existe otra vía judicial más efectiva para tratar la materia trabada en la acción de protección, y sobre todo no existen argumentos válidos que demuestren que la acción de protección no procede efectivamente en el presente caso.

En consecuencia, la recomendación que se hace en la sentencia antes referida para el hoy legitimado activo - dirigida a que utilice la vía procesal contencioso administrativa- al no complementarse con la argumentación expresa, del porqué la materia trabada no puede ser satisfecha en una acción de protección, hace que el argumento de "mera legalidad" carezca de justificación razonada, y aparece como una decisión judicial apoyada en un criterio discrecional. Es decir, las razones expuestas por la Sala son insuficientes y no satisfacen el deber de motivar que debe regir la actuación de los operadores judiciales, puesto que es su obligación pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes.<sup>43</sup>

En la sentencia n° 153-12-SEP-CC, caso n°. 1574-10-EP, emitida el 17 de abril de 2012, se alegó:

---

<sup>43</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 024-12-SEP-CC, caso n°. 932-09-EP.

Ahora bien, respecto de las alegaciones que efectúan los jueces sobre asuntos de legalidad para rechazar una acción de protección, esta Corte ya ha señalado que si bien es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria, sí le compete a la justicia constitucional conocer los aspectos de los casos cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales. En el caso concreto, lo afirmado en la demanda respecto que durante la fase de ejecución del contrato, no existió ninguna resolución o acto mediante el cual Petroindustrial haya impuesto multas al accionante y estas superen el 5% del valor total del contrato, y sean el motivo para la terminación unilateral del contrato, aparentemente denota un tema de constitucionalidad, en razón que es una supuesta inobservancia a las garantías del debido proceso, como es el derecho a la defensa.<sup>44</sup>

2. *Sentencias que se ubican en el extremo de solución positiva y/o en la sombra decisional*

Cercana al extremo de solución positivo, se ubica la sentencia 001-10-PJO-CC, al señalar que la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa. No obstante, su ubicación no es inmediata al extremo positivo, en la medida en que la argumentación de la Corte Constitucional cierra únicamente la posibilidad de presentar acciones de protección en contra de actos administrativos, cuando éstos se refieran a aspectos de mera legalidad.

Sentencia n° 001-10-PJO-CC, caso n° 0999-09-JP, emitida el 22 de diciembre de 2010.

Segundo, el Juez Constitucional no declaró la vulneración a derecho constitucional alguno en su primera providencia; por el contrario, dejó sin efecto el acto –vía acción de protección- por violar normas legales, es el caso de los artículos 354, 355 y 342 de la Ley de Compañías, ámbito material de protección ajeno a la acción de protección y atinente a los mecanismos de justicia ordinaria. Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores, y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, vigentes al momento de la interposición y sustanciación de la causa, la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 153-12-SEP-CC, caso n° 1574-10-EP.

<sup>45</sup>Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 001-10-PJO-CC, caso n° 0999-09-JP.

3. *Gráfico de las dinámicas de decisión en la Corte Constitucional para el período de transición.*<sup>46</sup>

<b>CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN (2008-2012)</b>		
¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial?		
<p><b>SI</b></p> <p>El principio de subsidiariedad impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•</li> <li>caso n°. 173-10-EP 10-06-2010</li> <li>•</li> <li>caso n°. 0999-09-JP 22-12-2010</li> <li>••</li> <li>caso n°. 0160-10-EP y caso n°. 564-10-EP 22-12-2011</li> <li>•</li> <li>caso n°. 1048-11-EP 06-03-2012</li> <li>•</li> <li>caso n°. 932-09-EP 08-03-2012</li> <li>•</li> <li>caso n°. 1574-10-EP 17-04-2012</li> </ul>	<p><b>NO</b></p> <p>El principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que el análisis que corresponde es sobre la vulneración o no de derechos constitucionales</p>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>•</li> <li>caso n°. 556-10-EP 17-04-2012</li> </ul>	

<sup>46</sup>De acuerdo a Diego López Medina, siendo la línea jurisprudencial una idea abstracta, con la finalidad de alcanzar su mejor comprensión conviene graficarla. Ver Diego López, op. cit.

**LOS PODERES-DEBERES DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL****Mario Masciotra**

Determinar la necesidad de que los ordenamientos procesales consagren e impongan poderes-deberes de los jueces en el proceso civil implica tomar partido y asumir posturas en dos temas liminares de la disciplina procesal: en los objetivos del proceso civil y la naturaleza de la jurisdicción:

**OBJETIVOS DEL PROCESO CIVIL**

Estamos frente a una institución instrumental finalista, cuyos propósitos son: a) permitir el debate de la pretensión; b) posibilitar la resolución del conflicto, y c) transformar en acto el valor justicia<sup>1</sup>.

Habida cuenta de la multiplicidad de cometidos del proceso, y de que a su alrededor gira un variado orden de intereses que recíprocamente se complementan y se suplementan, resulta atractiva y sumamente totalizadora la visión de Clemente DÍAZ al desarrollar el fenómeno procesal desde una concepción tridimensional, que comprende, el *fin privado* (individual), el *fin público* (trasindividual) y el *fin social* (transpersonal)<sup>2</sup>.

El *interés individual*, consiste en obtener, mediante el proceso, el aseguramiento de una situación jurídica mediante una sentencia favorable<sup>3</sup>; por ende, el proceso es “un instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad”<sup>4</sup>.

El *fin público* está dado por el interés que asume el Estado en la realización del Derecho. Un proceso civil implica una violación del ordenamiento jurídico o una incertidumbre de la normativa legal, al Estado le importa el restablecimiento de ese orden y la certeza de las normas que contiene el mismo.

No se compadecen ni se identifican el interés individual con el interés público del Estado, por cuanto el interés del justiciable se traduce en un fallo que le sea favorable, el interés supraindividual del Estado se refleja en una sentencia que, conforme a la ley es dictada por el Estado. Por ello, WACH aconsejó que debe tenerse mucho cuidado en distinguir la finalidad del proceso de la finalidad que persiguen las partes a través del proceso<sup>5</sup>.

Finalmente, cabe considerar los *fines sociales* (transpersonales), que se perfeccionan en torno al interés que tiene la comunidad en el proceso y en su resultado. Ese fin social es la *decisión justa*, es decir, un pronunciamiento que aplique el derecho a la realidad de los hechos litigiosos.

En síntesis, el individuo persigue a través del proceso un resultado favorable; el Estado un resultado jurídico (legalidad) y la sociedad una *decisión justa*.

El interrogante que surge inexorablemente en el análisis formulado es si, en este escenario tridimensional, los intereses en juego se encuentran todos en el mismo plano, o si alguno prevalece sobre otros.

No ajeno a la dificultad de la problemática y a su enrasamiento ideológico sobre la concepción del Estado, del poder y del papel de los individuos dentro del sistema jurídico y de la sociedad en su conjunto, y específicamente referido al protagonismo judicial, me inclino por sostener que debe atribuirse prioridad a los intereses intrapersonales y transindividuales, sobre los privados.

<sup>1</sup> RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Derecho Procesal”, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 314.

<sup>2</sup> DÍAZ, Clemente A., “Instituciones de Derecho Procesal”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, Tº I, ps. 145-166.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>4</sup> COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 5ª ed., La Ley, Bs. As., 2010, p. 129.

<sup>5</sup> WACH, Adolf, “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Tomas A. BANZHAF, EJEJA, Bs. As., 1977, vol. I, p. 24.

Si se asume que el proceso civil tiene como objetivo principal la “resolución de conflictos” -que tiene sus orígenes en la ideología liberal tradicional de la justicia civil y en las ideas básicas de la libertad individual y de empresa-, aquél, va a estar al servicio de las partes, no importando el modo en que el juez resuelve dicha controversia. Por el contrario, al identificarnos con la concepción de la “*publicización*” o “*socialización*” del proceso civil -uno de los fenómenos más trascendentes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XIX-, se impone la distinción entre el objeto del proceso y el proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Es sabido que el debate, materia del proceso civil tiene -por regla general- un carácter disponible o privado; ello no implica que tales características alcancen al proceso mismo, pues su mecánica y su desarrollo no pertenecen a los litigantes sino al Estado, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de la función jurisdiccional, y la justa resolución de la litis interesa a la sociedad.

Conceptualizar el proceso, a tenor de una idea ceñidamente privatista, como una contienda entre particulares, en la que el Estado sólo interviene para imponer ciertas normas que garanticen la libertad del debate, el régimen de las pruebas y la decisión judicial, es algo que se encuentra ampliamente superada. Por cuanto, si bien el proceso civil tiene, respecto al contenido, por regla general, un carácter disponible o privado, la justa resolución de la litis interesa a la sociedad.

Lo describió con claridad y precisión CAPPELLETTI, al afirmar que sobre el núcleo u objetivo privado del proceso civil, “dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una ‘cáscara’, una envoltura -un proceder- que está en cambio sustraído de aquella potencia de disposición; una vez instaurado el proceso civil, el *modo*, el *ritmo*, el *impulso* del proceso mismo son separados de la disponibilidad inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente... regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien -y más a menudo- por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes”<sup>6</sup>.

Si el objetivo final de la actividad jurisdiccional es materializar y concretar el valor “Justicia”, de manera alguna se puede concebir o calificar al proceso como negocio particular o relación jurídica privada o limitarla a una competición o un enfrentamiento entre las partes, que se sustancia ante un juez con un rol pasivo, solo garante de la correcta aplicación de las “reglas de juego”, conforme a una concepción ideológica liberal clásica con una visión individualista en la que exclusivamente tiene en cuenta los intereses y objetivos privados.

Se ha consolidado tan fuertemente el carácter público del proceso civil, que durante la segunda mitad del siglo XX, ha surgido otro fenómeno de especial trascendencia para el derecho procesal. Se trata de la “*constitucionalización de las garantías procesales*”, por la que se consagra -por vía de los textos constitucionales en el ámbito nacional, y de tratados y convenciones supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento.

Con ello no sólo se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías, sino que además corrobora y cristaliza los *finés sociales* (transpersonales) del proceso.

Por otra parte, estimo que el objetivo del proceso civil desborda la mera resolución del conflicto o la controversia de las partes en aras de la pacificación social, por cuanto si bien aquélla finalidad social apuntada, no excluye a éste último, pues no aparece como incompatible o divorciado, si cabe subrayar que -en mi opinión- debe prevalecer el valor atribuido al modo de componer la litis y la calidad cierta y adecuada del *opus* decisorio, cuyo criterio de validez constitucional descansa en la motivación o fundamentación del fallo; esto es, la correcta, justa y objetiva aplicación del derecho a las circunstancias comprobadas de la causa.

La sociedad no puede permanecer displicente ni imperturbable por la forma en que se desarrolla el proceso, ni tampoco por su resultado, por cuanto “el Estado aunque no esté

---

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1972, p. 123.

interesado en el objeto de la controversia, no puede ser sin embargo indiferente al modo en que el proceso de desarrolla y se concluye”<sup>7</sup>; “A la sociedad también le interesa la suerte del proceso y la forma como se administra la Justicia”<sup>8</sup>.

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN

Estimo que la actividad jurisdiccional no tiene una naturaleza sino varias según el enfoque que se practique, de *función*, de *poder-deber* y de *garantía constitucional*.

Desde el punto de vista operativo, estamos frente a una **función estatal** pública o delegada por el Estado a terceros (árbitros) destinada a satisfacer necesidades colectivas.

Ahora bien, como *contenido jurídico*, es un **poder-deber del Estado**. CARNELUTTI lo conceptualizó criteriosamente: “La jurisdicción es un poder: quizá el supremo de los poderes; aquel que termina por poner al hombre, nada menos que en el puesto de Dios. El derecho, a fin de que las cosas vayan como deben ir, reacciona contra este peligro. La acción es el medio para hacer bajar la cabeza al juez: *tu me puedes juzgar, pero me debes escuchar*”<sup>9</sup>.

La actividad jurisdiccional constituye el ejercicio de un *poder* emanado de la soberanía inherente al Estado-Nación y ejerce su función con *imperium*, pero asimismo reviste un *deber* ya que todos los miembros de una comunidad sin exclusiones gozan del derecho inexcusable de recurrir al Estado a fin de que ejerza esa función que le otorga la propia Ley suprema y bajo ningún pretexto puede eximirse de practicar los actos que le competen.

Por último, la jurisdicción tiene entidad propia. En efecto, dentro del orden jurídico constitucional, la actividad jurisdiccional reviste una verdadera garantía que el Estado proporciona a los particulares que le están sujetos para que, en caso de conflicto que afecte sus derechos y libertades, dispongan de una estructura oficial específica a la cual podrán recurrir para defenderlos.

CALAMANDREI nos habló de *garantía jurisdiccional*;<sup>10</sup> SATTÀ la calificó de *tutela jurisdiccional*<sup>11</sup>. Teniendo en cuenta su naturaleza y características, debe resaltarse esta garantía por cuanto en la medida en que la estructura oficial específica opere con independencia -de modo que no pueda ser interferida por factores extraños a su misión- se constituirá en una garantía de garantías; por eso es que al advertir la existencia de un poder del Estado encargado de la tarea consiguiente Adolfo RIVAS califica que el Judicial es una verdadera supragarantía<sup>12</sup>.

### CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN

El tema es sumamente controvertido, pues como bien lo señaló SENTIS MELENDO “estamos en un terreno verdaderamente espinoso. Las palabras tienen un valor muy relativo: *poder, facultad, deber, obligación*”<sup>13</sup>.

Resulta clarificador los conceptos vertidos por CARNELUTTI: “La figura del juez se distingue de las otras, no tanto porque él solo está provisto de potestades, cuanto por el carácter superior de las que le están atribuidas; **su oficio en el proceso se resuelve, si no exclusivamente, sí predominantemente en el ejercicio de ellas**”<sup>14</sup>. Lo avala

<sup>7</sup> LIEBMAN, Enrico T., “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1980, p. 286.

<sup>8</sup> MORELLO, Augusto M., “Los poderes del juez en la Reforma procesal, en curso, en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. El Derecho, tº 179, p. 1150.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Derecho y Proceso”, traducción de “*Diritto e processo*”, Moranó, Napoli, 1958, por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1971, Tº I, p. 128.

<sup>10</sup> CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de de derecho procesal civil, según el nuevo Código”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, El Foro, Bs. As., 1996, vol. I, p. 135.

<sup>11</sup> SATTÀ, Salvatore, “Manual de derecho procesal civil”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Fernando de la RÚA, EJE, BS. As., 1971, vol. I, p. 1.

<sup>12</sup> RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Proceso”, citada, p. 152.

<sup>13</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, “El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina”, EJE, Bs. As., 1957, p. 137.

<sup>14</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería “El Foro”, Bs. As., 1997, vol. I, ps. 293-294.

CALAMANDREI cuando sostuvo que “el juez es uno de los sujetos de la relación jurídica procesal y como tal tiene deberes y poderes”<sup>15</sup>.

He predicado hace tiempo que en un Estado moderno es del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo, es contar con un juez comprometido con las garantías constitucionales que prevén un proceso justo y que no abdique de la sagrada misión de dictar sentencias justas, basadas en la realidad de los hechos controvertidos. Y para ello, ese juez debe gozar de *poderes*, pero para que éstos sean ejercidos por *todos* los jueces y en *todos* los casos y a fin de que los magistrados se encuentren obligados a hacer uso de ellos, el cuerpo legal debe imponerlos como *deberes*, pues si es facultativo o sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de aquéllos se genera el desconcierto del litigante y afecta la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, no cabe duda alguna que los *poderes deberes* de la jurisdicción, son correlacionables, por cuanto a los justiciables les corresponde el derecho irrenunciable de exigir el cumplimiento irrestricto de los mismos.

El *poder* de los jueces deviene de la autoridad conferida por el Estado de dirigir el proceso y juzgar la controversia. Ese poder es *deber* porque no pueden eximirse de practicar los actos que le competen bajo ningún pretexto. *Poder* y *deber* constituyen un binomio que se concreta a través de la actividad pública judicial. En ese sentido, *poder* y *deber* constituyen *el verso y reverso de la misma medalla*.

La vigencia de los *poderes deberes* permite al juez disponer lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en inferioridad jurídica, coadyuvando a la consecución de una real paridad o nivelación de las partes. Las normas procesales deben tener como norte la perfecta igualdad material de los litigantes, como un medio justo de protección de todos los derechos.

Estoy absolutamente convencido que el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes jurisdiccionales durante el desarrollo integral del proceso civil permitirá la sustanciación de un proceso justo, en el que no sólo se cumplimentará debidamente los principios de bilateralidad, congruencia e igualdad, sino que permitirá la materialización de los criterios de flexibilización de las formas y resultado útil de la jurisdicción y asimismo que se imponga el deber de colaboración de las partes, fundamentado en los principios de lealtad y buena fe procesal.

Por otra parte, permitirá el encuentro frontal del juez y los litigantes, que no solo le conferirá autoridad a las audiencias que aquél presida sino le generará transparencia a su accionar y le permitirá al juzgador formar su convicción a medida que se produzca la prueba y se desarrolle el debate. Percibirá el rostro de los contendientes, se advertirá de sus gestos, reacciones y comportamientos.<sup>16</sup> Las partes conocerán personalmente a quien decidirá la contienda.

El magistrado se halla en condiciones de controlar más eficazmente la regularidad no solamente formal de la acción propuesta, sino anticipar la imprecisión de las alegaciones o de las peticiones impetradas y de modificar y corregir las postulaciones formuladas, como asimismo evitar o sanear nulidades y resolver sin dilación las oposiciones e incidentes que se articulen.

La experiencia nos indica que cuando el magistrado interviene personalmente desde la etapa inicial del proceso judicial, asumiendo el control y la dirección de la causa, la misma se desarrolla más eficientemente, reduciendo tiempos de litigación y disminuyendo notablemente los costos tanto para los justiciables como para el sistema judicial.

Asimismo su contacto con el objeto del proceso y los sujetos procesales le proporcionará enormes posibilidades de dictar una sentencia ajustada a derecho aplicando la normativa vigente a la situación fáctica concreta, en cuyo adecuado y debido esclarecimiento ha podido llevar a cabo mediante los poderes-deberes instructorios que el ordenamiento procesal ha previsto y contemplado.

---

<sup>15</sup> CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre El Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p. 25.

<sup>16</sup> Está demostrado científicamente que la comunicación entre los seres humanos sólo un quinto se efectúa a través de la comunicación semántica y las cuatro quintas partes es gestual a través de miradas, el tono de la voz, el olor corporal, el tacto.

En definitiva, estoy absolutamente convencido que para la mejor y más eficaz actividad jurisdiccional resulta imperiosa e imprescindible conferir a los jueces civiles amplios poderes-deberes, en cuyo ejercicio razonable deberán respetar inescrupulosamente los derechos y garantías de los litigantes.

A partir de la concepción publicista, solidarista o activista del Derecho Procesal, se ha plasmado en las normativas legales, en el criterio jurisprudencial de los tribunales y en la doctrina mayoritaria un generoso y amplio abanico de *poderes-deberes* destinados al mejor cumplimiento del cometido del juez de “dar a cada uno lo suyo”.

No se trata de sacar a los tribunales de su posición de juzgadores, ni de sustituir a las partes en el ejercicio de los derechos que sólo a ellas les corresponden, sino de reconocerle al órgano jurisdiccional *poderes* en cuanto “potencia de mandar a las partes”, que se travisten en *deberes*, pues es insoslayable el ejercicio de aquellos a los efectos de la mejor realización de la actividad jurisdiccional, y especialmente cuando lo exige la tutela efectiva de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y el resultado útil de la jurisdicción.

Es sabido que la actividad jurisdiccional implica que los magistrados ejerzan cuatro poderes-deberes básicos: el de **dirección**, el **decisión** (que incluye el deber de fundar, de hablar claro *-clare loqui-*, la aplicación del *iura novit curia* y el deber de proveimiento oportuno), el de **ejecución** y el de **coerción** (con sus potestades disciplinarias). Me referiré al poder-deber de dirección y a la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional.

### PODER DE DIRECCIÓN

Ha sido mérito de la ZPO austriaca elaborada por FRANZ KLEIN con vigencia a partir del 1º de enero de 1898-, que vertebró un significativo crecimiento de los poderes, deberes y atribuciones del órgano judicial, transformándolo en un verdadero director material del proceso en aras de la consecución de una real paridad o nivelación de las partes.

Se le confiere al magistrado la responsabilidad del funcionamiento del proceso, por cuanto “el juez no se limita a juzgar, antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final”. El, a tal fin, al decir de SPRUNG “cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales, una marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran los hilos”, sino el “director”, el “timonel, el representante profesional del bien común”, aquél a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que en el proceso “instituto de derecho público”, sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, también “los más altos valores sociales”. Es por ello...que los jueces, los abogados y las partes deben colaborar en la formación de una decisión justa”<sup>17</sup>.

Uno de los máximos defensores de las ideas socializadoras del proceso civil, Mauro CAPPELLETTI sostuvo que amén del *poder de dirección formal del proceso*, es decir determinar los límites esenciales de la acción, límites subjetivos, objetivos y causales y los límites de la decisión, debe asignársele la “*dirección material del proceso*”<sup>18</sup>.

Qué significa ello: que el juez asume un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente técnica y formal (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento) sino también material, es decir, que desde la fase preparatoria del procedimiento, el magistrado asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con las mismas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia mayor fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del propio defensor.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> SPRUNG, Rainer, “Le basi del Diritto Processuale Civile austriaco”, en la Rivista di Diritto Processuale, XXXIV, 1979, ps. 27 y sgtes., citado por Franco CIPRIANI, “En el centenario del Reglamento Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, Revista Jurídica del Perú, Año LI, N° 18, Enero 1999-Enero 2001, p. 121.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, citada, p. 125.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 79.

A partir de la concepción de la “*publicización*” o “*socialización del proceso*” que ya fuera sustentada enfáticamente por Giuseppe CHIOVENDA, y su prédica reformadora, se vertebró un proceso civil que tiene como premisas fundamentales la oralidad, la intermediación y un juez dotado de facultades instructorias y ordenatorias que asume el rol de verdadero director del proceso. Su pensamiento es concretado parcialmente en el Código di Procedura Civile italiano de 1940.

Cabe destacar que los principios liminares de éste ordenamiento procesal, con la impronta señalada, se propaga ampliamente en las ordenanzas de Europa continental y de allí, pasa a influir en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988) -rápidamente adoptado como Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (1989)- que constituyó un paradigma y de fuente inspiradora de diversas reformas legales, tales como en el nuevo ordenamiento procesal de Perú de 1992<sup>20</sup>, incisivas modificaciones brasileñas adoptadas a partir de 1994<sup>21</sup>, en la nueva reforma del procedimiento civil implementado en Cuba a través del Decreto 241 del 26.9.2006, entre otros. En similar corredor de ideas, se inscribe Código General del Proceso de Colombia de 2012.

Sin lugar a duda, el *poder-deber de dirección del proceso*, es la reacción más importante de la orientación publicística del Derecho Procesal; “el juez deja de ser un espectador, con algunas atribuciones, para convertirse en una autoridad, en un sujeto actuante que interviene activamente en el proceso, sin que necesite el estímulo externo de una rogación”<sup>22</sup>.

### INICIATIVA PROBATORIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Si bien la facultad de dictar medidas concernientes a la prueba le fue reconocida a los jueces hace más de setecientos años (1258) en Las siete partidas del rey Alfonso X el Sabio -que reflejaba la aspiración de alcanzar la verdad en los procesos-, no cabe duda que constituye una de las premisas liminares de la concepción publicística del proceso y tiene su fundamento en el incremento de los *poderes-deberes del juez en materia probatoria* al dotar al juez de una *función esclarecedora* de los hechos controvertidos<sup>23</sup>.

Este poder-deber de los jueces se efectiviza a través de las denominadas **medidas de mejor proveer** que tienden a satisfacer la finalidad de la prueba antes desarrollada.

Este instituto ha sido cuestionado a partir -en mi opinión- de criterios ideológicos. Es así que un sector minoritario de la doctrina, que se autodenominó “*garantistas*” -como si los defensores del proceso civil con plenas garantías que proclaman una actividad jurisdiccional de naturaleza pública, con un juez protagonista y que tienda a un resultado útil y justo no lo sean- primero, y principalmente, en Italia (CIPRIANI), a los que se han sumado otros en España (MONTERO AROCA) y en Argentina (ALVARADO VELLOSO) y en otros países, con un entusiasmo y un apasionamiento propio de apóstoles o evangelistas, según opina VAZQUEZ SOTELO<sup>24</sup>, sostienen enfáticamente, que si se atribuye al juez iniciativas probatorias de oficio -dentro de poderes-deberes de dirección- el proceso civil resultante sería autoritario, propio de

<sup>20</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan., “La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos”, 2ª ed., Palestra, Lima, 2004.

<sup>21</sup> BARBOSA MOREIRA, José C., “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, en “Temas de Direito Processual”, Sexta Serie, Saravia, San Pablo, 1997, ps. 67 y sgtes.

<sup>22</sup> DIAZ, Clemente A., “Instituciones...”, citada, Tº II-A, ps. 241 y 242.

<sup>23</sup> Dicha iniciativa probatoria jurisdiccional fue incorporada al Código de Procederes de Santa Cruz en Bolivia (1833) y a la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855, en su art. 48. Podemos mencionar también el Código de Procedimientos Civiles de Perú elaborado entre 1904 y 1908 (art. 340), el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México sancionado el 21.9.1932 (arts. 278 y 279) y Código Procesal de Trabajo de Colombia de 1948 (art.54). Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios son desarrollados minuciosamente por PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, Temis, Bogotá, 2004, ps. 67 y sgtes.

<sup>24</sup> VAZQUEZ SOTELO, José L. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VIII, Nº 13, 2009, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2003, p. 207.

regímenes totalitarios. Postura ésta que ha sido amplia y sólidamente refutada,<sup>25</sup> máxime teniendo en cuenta que las facultades instructorias del juez, tal como se ha expresado datan del siglo XIII (Las siete partidas).

Aparte de los erróneos planteos ideológicos invocados, se impugna la actividad esclarecedora del juez sobre la base de los siguientes argumentos que intentaré rebatir:

a) La iniciativa de la prueba corresponde únicamente a las partes y el juez debe pronunciar su sentencia solo con la prueba que las partes aporten y según el resultado de esa prueba y de la distribución legal de las cargas probatorias, conforme el aforismo “*iudex judicare debet secundum allegata et probata partium*”.

Estimo que el derecho a la prueba de que gozan las partes no implica el monopolio de la prueba a favor de los litigantes. El juez debe pronunciar su fallo sobre la base de la certeza de los hechos litigiosos, y la prueba de éstos, ante la insuficiencia de la aportada por las partes, le corresponde al juez sentenciante. Ello resulta imprescindible para que el mismo tenga la convicción, la certeza de lo ocurrido, por cuanto es criterio jurisprudencial uniforme de que “la renuncia consciente a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva no se compadece con la misión de administrar justicia”<sup>26</sup>.

b) El carácter privado del objeto litigioso impide al juez adoptar iniciativas probatorias. Esta concepción privatista del proceso, que lo considera un negocio particular, ha sido superada por la visión publicista, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado. En atención a ello, resulta imperioso y necesario asegurar al juez, en cierta medida, el comando efectivo del juicio y conferirle poderes e imponerle deberes para disponer todas las medidas tendientes a la investigación de la realidad de los hechos litigiosos.

c) Los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie se encuentra en mejores condiciones de conocer los medios probatorios que acrediten la certeza de sus alegaciones.

Se relativiza la realidad de los hechos controvertidos; se confunde el interés que se debate en el proceso con el proceso mismo. El interés objeto del proceso es privado, el proceso judicial es público, pues le interesa al Estado y a la sociedad. El proceso no es un juego en el cual el juez debe permanecer inactivo, presenciando como la parte más habilidosa obtiene mejores resultados, basados en una supuesta igualdad de las partes.

d) Se destruye la institución de la carga probatoria, por cuanto el juez probará la existencia o inexistencia del hecho que, en virtud del *onus probandi* correspondía probar a las partes. No resulta sustentable este razonamiento por cuanto la carga de la prueba sigue, en principio, perteneciendo a las partes, pero en ausencia o insuficiencia de los elementos obrantes en los actuados, el juez asume su plenitud jurisdiccional y debe, dentro de los fines que le determina la ley, esclarecer los hechos controvertidos, no pudiendo invocar aquéllas en este caso ninguna violación de derechos, porque el interés público de lograr una adecuada justicia, se superpone al interés privado que puedan alegar las mismas.

La circunstancia de que las medidas decretadas coincidan con la prueba ofrecida por las partes no importa suplir la actividad de ellas, por cuanto no es posible desconocer la enorme importancia que, como fuente de información del juzgador, tienen las personas o los instrumentos indicados por aquéllas como antecedentes más inmediatos de la verdad.

Ello no implica beneficios o perjuicios para las partes, pues los testigos no deben ni pueden declarar sino la verdad de tal modo que la imparcialidad y veracidad de sus testimonios esta fundado el valor de esta clase de prueba; lo mismo ocurre cuando requiere un dictamen pericial, solicita una prueba informativa o la remisión de una documentación; el juez, al

---

<sup>25</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio”, citada; TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, trad. de Jordi FERRER BELTRÁN, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005; PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba”, Bosch, Barcelona, 2007; VAZQUEZ SOTELO, José L. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, citada.

<sup>26</sup> Corte Suprema Justicia de la Nación Argentina, 23.12.1980, “O., J. C. c. A., O. N.”, Rev. El Derecho, tº 93, p. 751; Rev. La Ley, tº 89, p. 412.

decretarla desconoce el resultado o su tenor y si acreditará o nó los hechos invocados por los litigantes.

El poder-deber del juez de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos no puede limitarse mediante interpretaciones restrictivas que desvirtúan los propósitos del ordenamiento procesal; por ello considero admisible que los magistrados “*ex officio*” deben decretar la producción de pruebas, que la negligencia de las partes ha impedido su incorporación al proceso.<sup>27</sup> No hay con ello violación al principio de la igualdad en juicio, por cuanto dicha decisión esta dirigida a ambos litigantes, lo que quiere decir que, en idéntica situación de duda, los dos pueden ser beneficiados con la providencia, y las modalidades de cada caso determinarán si el juez ha procedido o no con arbitrariedad de uno u otro. En tal sentido, criteriosamente afirmó GOZAINI que los jueces no pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia<sup>28</sup>.

La CSJN argentina ha sido terminante al asentar como firme doctrina que “hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia”<sup>29</sup>.

Estoy convencido de la necesidad de conferir al juez *poderes-deberes para el esclarecimiento de la verdad*, desligándolo así del concepto privatista, donde el impulso procesal corresponde a las partes y el juez es un simple espectador. No se trata de un divorcio absoluto con el sistema dispositivo, sino simplemente de amoldarlo a las exigencias de las mas modernas concepciones científicas del proceso.

En las últimas dos décadas del siglo pasado se registra una tendencia en todas las legislaciones procesales a reforzar los poderes del juez en el proceso civil, confiriéndole iniciativas probatorias tendientes a la dilucidación y aclaración de los hechos litigiosos.

### LÍMITES A LOS PODERES OFICIOSOS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La postura asumida que confiere al juez la misión de investigar los hechos litigiosos por todos los medios posibles, de manera alguna implica la búsqueda libre de la verdad por parte de los magistrados, pues ello desborda y extralimita su verdadera función y actividad jurisdiccional.

El juez “no debe ser un investigador de la verdad en cualquier caso, sino un facilitador de la producción de la prueba propuesta, de su conservación y de su aprovechamiento pleno; y excepcionalmente, un promotor de la obtención de aquella mediante el despacho de pruebas oficiosas. Así, al fallar, quizás todavía abrigue algunas dudas acerca de si descubrió la verdad, pero habrá cumplido con su real misión acotada pero excelsa: aproximarse a la verdad limitada y selectivamente”<sup>30</sup>.

Las fronteras y los confines de los derechos, es uno de los temas más arduos de toda la ciencia jurídica, de la misma medida que su necesidad es imperiosa. Así, como es imprescindible determinar los límites y resguardos para que las tutelas privilegiadas no se desborden ni se expandan hasta convertirse en regla, con desmedro y vaciamiento del proceso

---

<sup>27</sup> En sentido contrario, PALACIO afirmó “la prohibición de que las facultades instructorias que la ley concede a los jueces puedan ser ejercidas para suplir la negligencia en que hubiere incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces el deber de mantener entre los litigantes”. PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 6ª y 7ª reimpression, Tº II, p. 269.

<sup>28</sup> GOZAINI, Osvaldo A., “Derecho Procesal Civil”, Ediar, 1991, Bs. As., Tº I, ps. 312-313.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 23.12.1980, “O., J. C. c. A., O. N.”, citada, considerandos. 5º y 6º.

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W., “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, Rev. La Ley, tº 2011-A, p. 1087.

común; resulta fundamental precisar los bordes y términos del activismo judicial que, exacerbado, desembocaría en un dramático y no querido “gobierno de los jueces”<sup>31</sup>. MORELLO solía afirmar que “en este juego de avance y contención al derecho siempre lo definen los límites”.<sup>32</sup>

### 1. Derecho a la prueba

Constituye una de las manifestaciones más importantes de las garantías fundamentales de la acción y de la defensa en juicio. Ello es así, pues dado que de la actividad probatoria de las partes depende su posibilidad de satisfacer las cargas probatorias, y por consiguiente, el resultado final de la controversia, es claro que los litigantes deben poder valerse de todos los medios posibles para intentar acreditar el fundamento de sus alegaciones de hecho.

Así como existe un derecho subjetivo para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir todo pronunciamiento judicial, existe un derecho subjetivo de probar en el proceso los hechos invocados que avalan la pretensión incoada, la excepción opuesta o el responde formulado. El rol de las partes –se ha dicho- no aparece realizado en términos de poderes dispositivos sino de garantía, ubicándolos en un plano de paridad con el juez, en cuanto a la facultad de determinar la búsqueda del material probatorio<sup>33</sup>.

El derecho a la prueba reviste desde el plano constitucional, una importancia crucial al erigirse en uno de los vértices más álgidos de la tutela efectiva de los derechos y donde hace pie, en concreto, la garantía de la defensa en juicio.

Ese *derecho a la prueba* de que gozan las partes implica en lo que se refiere a las medidas ordenadas de oficio por el juez, las siguientes prerrogativas:

- a) impugnar su relevancia y admisibilidad, y discutir su eficacia;
- b) controlar y participar en su producción: entre sus facultades se encuentran las de interrogar y repreguntar a los testigos, recusar a los peritos, etc.;
- c) ofrecer medidas para contrarrestarlas: presentar documentos, ofrecer testigos, requerir informes y cualquier medida probatoria tendiente a desmentir la veracidad que genere la prueba oficiosa;
- d) impugnar el resultado de las mismas: alegar sobre la idoneidad de los testigos que declararon; solicitar explicaciones, aclaraciones y formular objeciones e impugnaciones a dictámenes periciales; y
- e) alegar sobre el mérito de la prueba producida.

En fin, ejercer todas las prerrogativas que le está permitido en desarrollo de las mismas, pues no existe diferencia alguna entre la prueba oficiosa y la prueba a solicitud de parte, en cuanto al mérito y a las formalidades en su práctica.

Puede apreciarse claramente que las facultades que gozan las partes emergentes del derecho a la prueba, constituye la satisfacción plena de los principios liminares de todo proceso: el de bilateralidad o contradicción y de igualdad de las partes.

La premisa es que no todo vale para alcanzar la verdad en el proceso, pues si es inconcebible que una de las partes ofrezca y produzca medios probatorios sin que a la contraria se le brinde la posibilidad de contradecirla mediante esa actividad, resulta injustificable que el juez pueda practicar actividad probatoria sobre cualquiera de los extremos fácticos controvertidos, omitiendo el cumplimiento del derecho de contradicción de las partes; ello repugna el derecho de defensa y provoca la inadmisibles *“esistenza di poterio solitari del giudice”*<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> BERIZONCE, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, Revista de Derecho Procesal (Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario), Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2010, p. 169.

<sup>32</sup> MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados”, Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 2004, tº III, p. 101.

<sup>33</sup> GREIF, Jaime, “Prueba y Constitución”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, nº 2, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2002, p. 170.

<sup>34</sup> FABRINNI, G., “Potere del giudice”, en “Enciclopedia del diritto”, Tº XXXIV, citado por DÍAZ CABIALE, José A., “Principio de aportación de parte y acusatorio:...”, Comares, Granada, 1996, p. 77.

## 2. Adecuada fundamentación

Es sabido que los jueces tienen el deber de fundar sus pronunciamientos, por cuanto estos han de constituir una derivación razonada del derecho vigente y no producto de su voluntad individual, de lo contrario se convertirían en afirmaciones dogmáticas por estar desprovistas del necesario fundamento que es condición indispensable de las resoluciones judiciales.

En materia de decisiones oficiosas y específicamente en la faz probatoria, estimo que debe constituir una *exigencia inexcusable la adecuada fundamentación* que debe contener el pronunciamiento que se dicte al respecto.

En efecto, las decisiones judiciales, especialmente en cuestiones vinculadas al ejercicio discrecional de las potestades conferidas a los magistrados requieren que se explicité debidamente los fundamentos del pronunciamiento dictado, pues estamos frente a una situación excepcional que exige la necesidad de justificar idóneamente la razonabilidad de la medida adoptada, amén de constituir la garantía constitucional para el ejercicio de los controles de legalidad y legitimidad que deben ejercer los litigantes tendientes a verificar los eventuales y posibles defectos en que se ha incurrido, de manera de permitir la satisfacción plena del derecho de defensa por vía recursiva y el control de decisión por parte del tribunal superior<sup>35</sup>.

### LABOR MANCOMUNADA: JUEZ Y PARTES (ABOGADOS) O DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE JUECES PROTAGÓNICOS Y ABOGADOS ACTIVOS

Si resulta claro, indiscutible y legítimo el incremento de los poderes instructorios del juez en aras de determinar la realidad de los hechos que las partes afirman en oposición, también debe ser concluyente determinar la necesidad de imponer controles a los magistrados en el ejercicio de los poderes conferidos y los deberes impuestos. Poderes, deberes y responsabilidades son inescindibles, del mismo modo que los derechos y las obligaciones (**No hay derecho sin obligación, pues un derecho no es eficaz en sí mismo, sino solo por la obligación a la cual corresponde**).

La efectiva y concreta responsabilidad de los magistrados se logra confirmando un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, ya que la participación activa de las partes –en realidad de los abogados, que revisten el carácter de apoderados o patrocinantes- equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir el ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos<sup>36</sup>.

Los abogados durante el proceso “son los colaboradores necesarios del juez y sus vigilantes inspiradores”<sup>37</sup>. No debemos olvidar la sabia sentencia de MONTESQUIEU “Para salvar a la sociedad del despotismo es necesario que el poder detenga el poder”.

Por ello, a mayor poder de los jueces mayor control de los abogados, estos son actores solidarios en el drama judicial. “Jueces y abogados se hallan juntos e indivisiblemente enfrentados al crucial desafío de cumplir la misión trascendente asignada al sistema de justicia. Juntos necesariamente deberán recorrer el abrupto camino, porque la Justicia sólo se salvará por la acción mancomunada de unos y otros”<sup>38</sup>.

En esa inteligencia, afirmó el Maestro MORELLO: “A más facultades (o deberes o poderes) mayor bilateralidad y controles...el uso responsable de la Jurisdicción se lleva a cabo a

<sup>35</sup> Conforme De los SANTOS, Mabel, “Tipos de incongruencia. Límites a las potestades judiciales, flexibilización y distintos supuestos. Vinculación con las garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia”, ponencia al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8 a 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, publicación oficial, p. 7.

<sup>36</sup> MASCOTRA, Mario, “Avances y retrocesos en el Derecho Procesal. La privación de poderes de los jueces y la omisión de su ejercicio constituyen una violación a la Constitución”, Rev. El Derecho, del 23.5.2000, Suplemento Universidad del Salvador.

<sup>37</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, citada, p. 222.

<sup>38</sup> STORME, M. y COESTER-WALTJEN, “Judicial activism” en “Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades temporâneas”, Coimbra-Lisboa, A.M. Pessoa Vaz, 1995, p. 376, citado por BERIZONCE, Roberto O., “Recientes tendencias en la posición del juez”, ponencia ante al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, 25-28 de agosto de 1999, Viena, publicación oficial.

través de un proceso organizado con “todas las de la ley” en el cual el equilibrio de los poderes –del juez y de los abogados de las partes- debe permitir lograr acceder a la verdad jurídica objetiva, otorgándole a ésta la primacía que le corresponde para afianzar la Justicia, toda vez que su esclarecimiento es prioritario...Poderes coparticipados entre el juez y las partes. O dicho de otro modo, que su rol de director del procedimiento no instala al órgano judicial en una posición de “super parte”.<sup>39</sup>

El profesor francés Roger PERROT, en lúcida síntesis señaló que el juez moderno está llamado a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de la verdad, en la medida que es su deber descubrir la verdad (o hacer todo lo posible para descubrirla), tarea ésta que cada vez se manifiesta *más como el resultado de una colaboración inteligente y activa entre el juez y las partes*<sup>40</sup>.

La concepción de cooperación además de implicar un juez activo, ubicado en el centro de la controversia, importa la búsqueda de un punto de equilibrio. Ese objetivo se alcanza a través del fortalecimiento de los poderes de las partes, por su participación más activa y leal en el proceso de formación de la decisión, en conformidad con una visión no autoritaria del rol del juez y más contemporánea cuanto a la división de trabajo entre el órgano judicial y las partes.

## EPÍLOGO

A tenor de los conceptos vertidos, sintetizo las siguientes conclusiones:

1. El proceso civil moderno debe asentarse sobre cinco postulados fundamentales: 1) diálogo fluido y permanente entre las partes; 2) igualdad de posibilidades entre los litigantes; 3) ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes de los jueces; 4) equilibrio entre los magistrados y las partes; 5) respeto ineludible al derecho de defensa y a todas las garantías constitucionales y 6) conduzca a un pronunciamiento justo, ecuánime, basamentado en la realidad de los hechos litigiosos y no en la ficción, y que sea herramienta de paz social.

2. El ejercicio de los poderes-deberes instructorios constituyen una exigencia constitucional para dictar un pronunciamiento judicial ajustado a derecho y de manera alguna es una atribución contingente sujeto al arbitrio del órgano jurisdiccional.

3. La eventual iniciativa probatoria del juez, respetando los hechos del proceso y las fuentes de prueba existentes en él, tienden a acercarse más a la verdad, a la legalidad y a la realización de la justicia, sin lesionar otros valores respetables.

4. Si bien el juez no tiene como misión fundamental y preponderante la búsqueda de pruebas, es su deber **“esclarecer la verdad de los hechos controvertidos”**, poder que debe ser ejercido en forma efectiva y que desborda el mero esclarecimiento de las pruebas aportadas por las partes.

5. Las medidas probatorias que se ordenan de oficio deben respetar las plataformas fácticas invocadas por las partes en sus escritos constitutivos; excepcionalmente alcanzarán a los hechos y las fuentes de prueba no aportadas por los litigantes y que surjan de las propias actuaciones, que tengan relevancia jurídica y decisiva para juzgar la procedencia y admisibilidad de las pretensiones incoadas.

6. Ni la endeble posición de la parte, ni su error de estrategia procesal, incluyendo su negligencia, es impedimento al ejercicio de los poderes-deberes instructorios de juez, pues debe priorizarse la preocupación por la justicia del caso concreto.

7. El deber de esclarecimiento y el objetivo de dictar una sentencia basamentada en la realidad de los hechos litigiosos, conduce a la conclusión, que ante conductas “patológicas” de las partes, cuando la debilidad de la postura de una de ellas aparece tan nítida que aplicar las reglas de la carga probatoria pueda llevar a una solución visiblemente injusta, el juez debe disponer por sí medidas instructorias, inclusive supliendo ausencias en la actividad probatoria de las partes.

<sup>39</sup> MORELLO, Augusto M., “Los poderes del juez en la Reforma procesal civil, en curso, en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. El Derecho, tº 179, p. 1150.

<sup>40</sup> MORELLO, Augusto M., “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”, Rev. La Ley, tº 1988-C, p. 780.

8. Las decisiones que ordenan oficiosamente medidas probatorias siempre deben ser debidamente fundadas y sujetas a control; sus límites son las garantías constitucionales: la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y el proceso justo, que implica el respeto a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la equidad.

9. Los poderes-deberes instructorios deben ejercerse con una cuidadosa aplicación del principio de contradicción admitiendo la impugnación fundada de la decisión adoptada, como asimismo garantizar el cumplimiento del principio de igualdad, otorgando a las partes el pleno, amplio y total ejercicio del derecho a ofrecer todas las medidas probatorias que avalen su derecho, la práctica de contrapruebas y el poder participar activamente de su producción. El respeto de tales principios impedirá cualquier connotación arbitraria de la iniciativa probatoria del magistrado.

10. La práctica de los poderes-deberes instructorios conferidos por el ordenamiento legal debe ser llevada a cabo *razonablemente*, es decir, a través del ejercicio moderado, prudente y sesudamente calibrado de un *buen hacer* jurisdiccional. Es decisivo resguardar la razonabilidad, controlando, en los “casos concretos”, los límites para que los excesos de poder, el quiebre de la legalidad, la arbitrariedad, la excesiva discrecionalidad judicial, el absurdo o el abuso no desvirtúen el ejercicio legítimo de los poderes-deberes otorgados por el ordenamiento legal.

11. Temen algunos de la arbitrariedad, y parcialidad de los magistrados intervinientes al conferírseles amplios poderes instructorios.<sup>41</sup> La preocupación es la de siempre cuando el factor humano se trata. Es de presumir que quienes ejercen la augusta función de juzgar a sus semejantes, reúnan las condiciones intelectuales y morales requeridas. Para quien no las posea o no desempeñe el cargo con cabal sentido de la responsabilidad que importa, el ordenamiento legal contempla los remedios para resolver esa situación patológica. La función del juez se ejerce dentro del marco jurídico y se halla vigilada por tribunales superiores, por otros funcionarios, por los litigantes y los profesionales.

12. No considero aceptable que por temor a dejar en manos de jueces incompetentes, se prive a los magistrados idóneos los poderes-deberes enderezados al esclarecimiento de la realidad de los hechos litigiosos y a discernir justicia dando realmente a cada uno lo suyo en lo humanamente posible. A los malos jueces, si los hay, habrá que eliminarlos por la vía legal. Los buenos jueces afianzarán la justicia que sólo se logra cuando la sentencia es expresión de lo verdadero y de lo justo.

13. El ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes instructorios del juez, en la amplitud y extensión sustentada, hoy impracticable, por múltiples razones (exceso de delegación de funciones, cúmulo de conflictos judiciales que provoca colapso judicial, deficiencias de infraestructura, criterios formalistas y ritualistas, temor a modificar criterios tradicionales, cuando no rutinarios por una acendrada mentalidad conservadora, ausencia de espíritu de sacrificio y de criterios responsables en paralelo al fundamental y decisivo rol asignado por el ordenamiento jurídico) y habida cuenta del estado actual del Servicio de Justicia, puede aparecer como un emprendimiento imposible, no obstante, lo estimo total y absolutamente imprescindible.

14. Las propuestas formuladas están destinadas a una estructura judicial, o mejor dicho a un Poder Judicial integrado por magistrados consustanciados con el ideario de Angel OSSORIO: “El Juez no puede ser simplemente un profesional, porque su misión está situada

---

<sup>41</sup> SENTIS MELENDO afirmaba que el peligro más frecuente que presentan los poderes del juez, es el no ejercicio de ellos; “un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de esos poderes que la ley ha puesto en sus manos, y que los ha puesto para que se ejerciten”. SENTIS MELENDO, Santiago, “La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, EJE, Bs. As., 1979, ps. 208 y 209. La realidad tribunalicia – del universo entero- es la prueba más palpable y concluyente de ello. De modo similar se pronunció ESCLAPEZ, cuando sostuvo que no hay que temer a las facultades otorgadas a los jueces..el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o indiferencia, no haga uso de esas facultades, cuando la situación del pleito así lo exija. ESCLAPEZ, Hugo, “Los tres principios rectores del nuevo CPCCN”, en Revista Jurídica de San Isidro, 1968-I-245.

entre los hombres y los dioses”<sup>42</sup>. Quizás hallar jueces ideales pueda ser una utopía, pero no debemos olvidar, como se ha dicho sabiamente, que las utopías son inalcanzables, pero caminar hacia ellas, al menos, nos acerca. Estoy convencido que si renunciamos a las utopías, habremos perdido parte de la aventura de la vida.

---

<sup>42</sup> OSSORIO, Angel, “El alma de la toga”, 11ª ed., EJE, Bs. As., 1986, p. 360.

**“INTERPRETACIÓN VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL”**

**ANÍBAL QUIROGA LEÓN (\*)**

**Lima, Agosto de 2014**

*“El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo [XX], por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.”*

**Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA**

*“Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada certiorari, (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.”*

**Héctor FIX-ZAMUDIO**

---

(\*) Profesor Principal y ex Director General de la Revista “Derecho PUC” de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; Miembro: de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de las Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ex Becario Investigador del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 2002; ex Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional; Ex-Secretario Ejecutivo del Capítulo Peruano del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; Secretario Ejecutivo del Centro de Investigación de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO); ex Presidente y Vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Abogado en ejercicio.

## I. INTRODUCCIÓN

El notorio auge del *Derecho Procesal Constitucional* en la actualidad, y su innegable desarrollo, han hecho de esta joven disciplina escindida del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal –de la que ya no se discuten sus perfiles propios tanto en lo académico, cuanto en lo doctrinario-, evolucionan vertiginosamente, a la par de la búsqueda de la consolidación del Estado democrático de Derecho, lo que ha quedado un necesario correlato en el desarrollo jurisprudencial por medio de los tribunales de justicia o del propio Tribunal Constitucional, lo cual se ha visto reflejado en los posteriores e incontestables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar –en un primer momento- la definición y adecuada comprensión de los diversos instrumentos que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en el Código Procesal Constitucional <sup>(1)</sup>. De allí el innegable interés que suscita su estudio, análisis y divulgación de esta jurisprudencia constitucional.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Constitución dentro de lo que se denomina el *sistema de control constitucional concentrado* o también llamado *sistema europeo de control de la constitucionalidad*<sup>(2)</sup>. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus primeros miembros e integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de su recomposición) un inusual protagonismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social, y que se ha reflejado de modo directo no solo en la especial ubicación que ha logrado en el actual Estado democrático de Derecho, sino también ante el foro, ante la opinión pública –aun por encima del prestigio de la propia Corte Suprema de Justicia de la República, hay que reconocerlo- dando lugar a una importante sólida y sistemática jurisprudencia. Ello, sin embargo, no ha estado exento de algunos errores de concepto y unos cuantos notorios excesos que para nada desmerecen su trabajo integral, de lo que hemos dado oportuna cuenta <sup>(3)</sup>, y que en alguno de sus extremos ha empezado a ser modificado y reparado por el propio Tribunal Constitucional a partir del necesario *Overruling*, actitud que, sin lugar a dudas, pondera aún más su actual labor y dinámica en aras del desarrollo y modernización de la jurisdicción constitucional en el Perú.

La explicación a ello se debe –salvo excepciones– a la inevitable raigambre política partidaria en el origen de algunos de sus miembros que han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones, lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales el interés político claramente se ha impuesto ante la jerarquía constitucional que irradia la Constitución de nuestro país, en desmedro del desarrollo de una verdadera jurisdicción constitucional en los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad. A ello se le podría sumar –en algún caso –la notoria deficiencia en la formación constitucional de alguno de sus integrantes, los menos a decir verdad, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

## II.

---

(1) Sancionado por Ley Nº 28237, con calidad de Ley Orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del artículo 200 de la Constitución de 1993.

(2) QUIROGA LEÓN, Aníbal, *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano*, en Derecho-PUC, Nº 50, Lima, 1996, p. 207 y ss.

(3) QUIROGA LEÓN, Aníbal, *Los excesos del Tribunal Constitucional*, ponencia en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de San María, Arequipa, 2005. Publicado QUIROGA LEÓN, Aníbal, *Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional*, ARA, Lima, 2005.

**LAS ACCIONES DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LAS ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada, adecuada o sistemática. Habiéndose incurrido en el error de no sistematizarlas debidamente. Lo mismo que generó confusiones y no pocos errores conceptuales de interpretación jurídica. Ese mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional peruano, quien no realiza un deslinde entre estos dos tipos de acciones. Ello, a decir de GONZALES PEREZ <sup>(4)</sup> responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho ha sido abordada en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

En adición a lo antes expuesto, habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una ley orgánica que regule todas las acciones de garantía constitucional <sup>(5)</sup>. Hasta años pasados no se había dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, para lograr la promulgación de un Código Procesal Constitucional como ya hemos apuntado con anterioridad, y como se ha logrado al fin ahora, no sin algunos problemas en su concepción.

Una de estas peculiaridades radica ahora en el afán, narcisista por cierto, de “rebautizar todos”, absolutamente todos los instrumentos de Derecho Procesal Constitucional en el Perú, sobre la presunta base de un “purismo procesal”, que tampoco se llega a entender ni – mucho menos – a compartir. Con ello, se abandona, sin mayor explicación sólida, una incipiente tradición y uso de casi veinticinco años que, sin duda, facilitaba su uso. Es que ha sido tradicional en el Perú ese afán de recrear y recrear un “derecho originario” muchas veces extravagante, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, que nos hace – en apariencia – tan imprescindibles como infalibles.

En otros aspectos, en todas las acciones de garantía y en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, ni sentido, ni modernidad alguna (aquí si hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optarse por el concepto de la prescripción, conforme se denota en el Art. 44° del Código Procesal Constitucional, abandonándose a su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa lo regula a la fecha. Se trata, entonces, de una institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio para retrocederse a la de prescripción, siendo que en estos procesos no caben las excepciones, y que los jueces por imperio de la ley – con excepción de alguna inadmisibilidad – no pueden apoyar ni invocar una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes. De tal manera el Código Procesal Constitucional peruano olvida el carácter de orden público constitucional que tienen las acciones de control y las de garantía constitucional.

Asimismo, para el adecuado ejercicio de la jurisdicción de la libertad o de garantía constitucional se han puesto tantos requisitos para su admisibilidad (más que en el Código Procesal Civil) sobre todo en el caso de amparo constitucional (a tal efecto basta una lectura del Art. 42° del Código) que se facilitará su rechazo liminar no solo cuando carezca de sentido, sino cuando teniéndolo y mucho, al implicar una lucha contra el poder político de turno, el juez provisional, timorato o taimado, decida deshacerse de un proceso incomodo o *políticamente caliente*. Esta previsión parece colisionar con lo previsto en el Art. 25° del Pacto de San Jose del cual Perú es signatario, y que señala lo siguiente: “**Art. 25.- Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por**

(4) GONZÁLES PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

(5) Entiéndase por ello como el que todos los procesos constitucionales de control y garantía previstos en el Art. 200 de la Constitución de 1993, más la contienda de competencia (art. 203) y el control difuso o revisión judicial de las leyes (art. 138,2da parte) debían ser sistematizadas en una ley orgánica como lo ordenada desarrollar la Constitución en el art. 200° in fine de su propio texto.

*la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones originales”.*

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgados en la expedición de las resoluciones inhibitorias por falta de simples requisitos formales. Ello, aunando a los problemas políticos, que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable y hasta necesaria y saludable confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de que la naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, “concretización” <sup>(6)</sup>

### III.

#### **EL ACCESO DEL PODER JUDICIAL AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La forma como se llega al Tribunal Constitucional cuando se trata de los derechos que protege la denominada “Jurisdicción de la Libertad”, es decir, cuando se trate del proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento, es a través del “Recurso de Agravio Constitucional”, antes denominado “Recurso Extraordinario”, conforme lo disponía el Art. 41° de la Ley N° 26435(D), anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Contra la Resolución de segundo grado emitida por la Sala Superior o Suprema del Poder Judicial, según sea el caso, que declara infundada o improcedente la demanda, procede el Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional, teniendo para ello 10 días, que se cuentan desde el día siguiente de notificada la Resolución.

La demanda correspondiente al proceso constitucional de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento se interpone en primera instancia ante el Juzgado o Sala Superior que corresponda. Estos resuelven la causa en primera instancia, a través de una resolución que es apelable siempre ante la Sala Superior o Sala Suprema con cada proceso constitucional. Si esta resolución de segunda instancia declara infundada o improcedente la demanda constitucional, se abre el camino para interponer el recurso de agravio constitucional.

El Art. 18° del Código Procesal Constitucional, señala lo siguiente:

***“Art. 18°.- Recurso de agravio constitucional  
Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.”***

El recurso debe interponerse ante la sala que ha emitido la resolución de segunda instancia, y el agraviado tendrá diez días para hacerlo, contados a partir del día útil siguiente de que le fue notificada esta resolución. La norma no dispone el plazo con el que cuenta la Sala Superior para resolver la concesión del recurso, sin embargo debe entenderse que debe resolverse inmediatamente, de conformidad con el Art. 13° del Código Procesal Constitucional, que señala la tramitación preferente.

---

(6) HESSE. Konrad, *La Interpretación Constitucional*, citado por Anibal Quiroga León, La Interpretación Constitucional en Derecho Puc, No 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 322.

No obstante, el Presidente de la Sala Superior tiene un plazo de tres días más el término de la distancia para remitir al Tribunal Constitucional el expediente del proceso constitucional. El cumplimiento de esta obligación debe realizarse bajo responsabilidad del Presidente de la sala respectiva.

La sala que expidió la sentencia recibe el Recurso de Agravio Constitucional cual puede:

1. Conceder el Recurso y elevar el expediente al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie acerca del asunto en forma y fondo.
2. No la conceda por considerarla improcedente.
3. Ante un auto denegatorio del Juzgado o Sala, el demandante puede interponer un Recurso de Queja ante la instancia que le denegó el Recurso de Agravio Constitucional dentro del plazo de 05 días desde el día en que se le denegó el recurso.

Debe recordarse que el plazo sólo empieza a contarse desde el momento en que se notifica la resolución denegatoria. Esto es natural desde que el propio Código Procesal Civil señala que los actos sólo surten efectos desde que son notificados a las partes.

El Recurso de Agravio Constitucional se interpone ante la Sala que denegó la acción de garantía. Esto resulta correcto desde que estas salas están esparcidas por todo el país y si se obligara interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional se estaría obligando al actor a un largo desplazamiento, que podría no estar en condición de realizar.

El Tribunal Constitucional ha estimado y desarrollado las reglas vinculantes del Recurso de Agravio Constitucional a favor del precedente <sup>(7)</sup>:

- A) Regla procesal:** El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional. La revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se puede alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P. Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19º del Código Procesal Constitucional.
- B) Regla sustancial:** El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de su jurisprudencia al Recurso de Agravio Constitucional como un medio impugnatorio <sup>(8)</sup>, de la siguiente manera: “*Solo entendiendo el verdadero carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en él se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente habremos de centrarnos en lo que se conocen como recursos, descartando para el caso concreto los remedios*”. *El más clásico de los recursos es aquél por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aún, el constituyente consideró otro adicional para el caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: éste es el*

(7) STC Exp. Nº 4853-2004-PA/TC (Fj. 40)

(8) STC Exp. Nº 2877-2005-PHC/TC (Fj. 6)

*RAC. Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el inciso 2) del artículo 202º, según el cual es una atribución del TC conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Antes conocido como recurso extraordinario (artículo 41º de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley N° 26435), el RAC, según lo previsto por el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, es presentado de la siguiente manera:*

*Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. Una presentación de este tipo se ve complementada por el artículo 20º del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus, y treinta para el resto). Entonces, es pertinente que este Colegiado revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse a priori la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el artículo 139º, inciso 6) de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, la Convención Americana sobre derechos Humanos enumera, en su artículo 8º, las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona, estableciendo, en el inciso h), el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.”*

#### IV

#### CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “órgano de control de la Constitución” <sup>(9)</sup>. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V “De las garantías constitucionales”, ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad hoc de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo de justicia constitucional concentrada*, <sup>(10)</sup> con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden, de acuerdo al esquema que esta desarrolla, dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control:

- i) La interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y,
- ii) Dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la “fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional”; esto

<sup>(9)</sup> Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se ha sugerido que la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de intérprete supremo de la Constitución. Sin embargo, ello ha sido “subsanado” legislativamente por la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley N° 28301, que señala en su artículo 1º que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

<sup>(10)</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968, p. 88.

es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno, donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional que hoy está más vigente que nunca ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *governmentbymen* por el actual, democrático y jurídico *governmentbylaws* (KAEGI y VON IHERING) <sup>(11)</sup>. Entonces, la Constitución no será solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior* o la *higherlaw*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa no cuestionada, ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional se encuentra definido específicamente en el artículo 201º, señalando como características del mismo, las siguientes:

- a) Ser el órgano del control constitucional;
- b) Ser autónomo e independiente; y,
- c) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra carta magna, en función a lo expuesto con anterioridad. Esta deficiencia lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional peruano <sup>(12)</sup>, cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual se infiere en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida– del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

**“Artículo VI.- Control difuso e interpretación constitucional**

(...)

**Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”**

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo *européo* o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929 <sup>(13)</sup>, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los

<sup>(11)</sup> Citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 49

<sup>(12)</sup> Salvo lo establecido en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>(13)</sup> QUIROGA LEÓN, Anibal, *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano*, cit., pp. 153 y ss.

alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante <sup>(14)</sup>, será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamenta* en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual bastante diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean *autoaplicables*, *programáticas* o *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* “control ad hoc”, esto es, de índole abstracto y por tanto incompatible en ese y en otros puntos con el *control difuso o judicial review* en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como al decir de KELSEN <sup>(15)</sup> *legislador negativo*, esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204º *ab initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una “norma subconstitucional” <sup>(16)</sup>, de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga solo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del título preliminar del Código Civil peruano <sup>(17)</sup>, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*. No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y

<sup>(14)</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal, *La interpretación constitucional*, ponencia al I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Monterrey, Nueva León, México, septiembre de 2005.

<sup>(15)</sup> “El calificativo de ‘legislador negativo’ que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende ‘desjurisdiccionalizar’ ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de ‘legislador en sentido negativo’ lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: ‘un tribunal facultado para anular leyes en forma individual o de manera general funciona como un legislador en sentido negativo.’” (cit. por PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1981, pp. 6 y ss. (resaltado agregado). La cita de Kelsen está en: KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de García Máynez, UNAM, México, 1979, pp. 303 a 334.

<sup>(16)</sup> ALONSO GARCÍA, Alonso, *La interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1984, p. 13.

<sup>(17)</sup> Código Civil, título preliminar: “Artículo I. La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.”

la que proviene de su Corte Constitucional, y la actual española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como la alemana, y la que proviene de su Tribunal Constitucional <sup>(18)</sup>.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demanda* en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una “iniciativa legislativa negativa” que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203° de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía *quirúrgica* del sistema jurídico (a decir de FIX-ZAMUDIO) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben intimidar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea quirúrgica que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el *vacío* que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma carta política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del *control difuso* previsto en la segunda parte del artículo 138° de la Constitución, y ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional <sup>(19)</sup>.

## V.

### LA ACTIVIDAD DE “CONTROL CONSTITUCIONAL” DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o *auténtica* (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un *control político* de los actos normativos con rango de ley del Congreso <sup>(20)</sup>. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador cuyos actos está llamado a controlar cuando se somete bajo su escrutinio las disímiles materias que han sido reguladas por el Poder Legislativo.

---

<sup>(18)</sup> AJA, Eliseo (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 271.

<sup>(19)</sup> Ver, al efecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros acumulado del Tribunal Constitucional.

<sup>(20)</sup> El laboralista Manuel ALONSO OLEA ha señalado que: “Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político, como la indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal, pues es una elección política [sic]. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria” (ALONSO OLEA, Manuel, *El recurso de amparo en materia social*, exposición en el Fórum Internacional “El proceso laboral”, en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/347.htm> [visto el 2 de febrero de 2009]).

Lo antes expuesto debería determinar la *praxis* del supremo intérprete de la Constitución, es decir, *el control y la interpretación de la Constitución*, ya que <sup>(21)</sup>: “*El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero. Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político.*”

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido y en muchas oportunidades infringido por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, que sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, *desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución*. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, en función al sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, el Profesor español FERNÁNDEZ SEGADO <sup>(22)</sup> ha señalado lo siguiente: “*Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que solo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir, no solo el control del Tribunal, (...). Y como ha significado STEIN, un Tribunal Constitucional que solo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no solo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución.*”

## VI

### LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el difuso (*judicial review*) o americano; y (ii) el concentrado o  *europeo* <sup>(23)</sup>.

Lo antes expuesto describe lo que hemos venido a denominar *sistema mixto de control de la constitucionalidad* <sup>(24)</sup>, y que el profesor GARCÍA BELAÚNDE denomina *sistemadual de control constitucional* <sup>(25)</sup> y determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial, quienes de este modo reúnen sobre sí de modo permanente una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda y jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad en cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error

(21) Fundamento jurídico 7 de la sentencia del 18 de febrero del 2005 referida al Exp. N° 002-2005-PI/TC (Casi Cinco Mil Ciudadanos contra el artículo 2º de la Ley N° 28374).

(22) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999, Konrad Adenauer Stiftung - Ciedla, Buenos Aires, 1999, p. 373.

(23) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano*, cit.

(24) QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. Cit. p. 177

(25) GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, UNMSM, Lima, 2000.

que la *“jurisdicción o justicia constitucional”* es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplado ahora en el artículo 138º, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el Art. 14º de el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades fundamentales o *jurisdicción de la libertad*.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, *los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad*, cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución; y las *acciones de control constitucional o de control orgánico*, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto, objetivo y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

## VII. EL OVERRULING EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Un precedente vinculante constituye una regla de derecho generada por una Corte de Justicia y que va a tener alcance general, tanto a nivel público, cuanto a nivel privado. Es una derivación del ejercicio jurisdiccional del derecho anglosajón, como consecuencia del *commonlaw*. Es una figura relativamente reciente en el derecho del *civil law*, sin embargo, se le ha venido adoptando como parte de la necesaria utilización que históricamente se va dando entre las diferentes familias jurídicas en el derecho occidental. Así como el Tribunal de los Precedentes puede establecer un precedente vinculante como parte de su labor interpretativa, asimismo lo puede dejar sin efecto, o lo puede reemplazar por otro. A eso se le conoce, en la doctrina de la predictibilidad de los tribunales, como el *Overruling*.

En efecto, si bien los Magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran vinculados a sus propios precedentes, ello no significa que no puedan ser modificados con posterioridad. En este sentido, el precedente vinculante en algunos casos es dúctil, no obstante para ello resulta necesario los elementos que justifiquen el cambio del precedente, que deben motivarse razonablemente.

En la segunda parte del Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se señala expresamente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional modifique su propio precedente vinculante, prescribiendo que: *“(…) cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”*. En efecto, creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. El Tribunal Constitucional puede apartarse de su precedente, pero la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente sólo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación de precedente vigente– los Magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando. <sup>(26)</sup>.

---

(26) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 92.

**VIII.**  
**CASO CONSORCIO REQUENA: DEJANSIN EFECTO CONTROL DIFUSO  
ADMINISTRATIVO**

El Control Difuso, o también denominado Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes o Judicial Review, es considerado en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional como uno de los sistemas de control constitucional vigentes en el derecho occidental. Por ello también recibe la denominación de Sistema Americano de Control Constitucional<sup>(27)</sup>.

*Antecedentes*

En el curso del Siglo XX, el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936(D) fue la primera norma positiva en el Perú que estableció: “**Art. XXII.- Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera**”.

Esta disposición fue poco entendida y mal estudiada, tuvo como antecedente el Art. 148° del Proyecto de Constitución de 1925, de la llamada Comisión Villarán, casi no tuvo aplicación judicial, ni generó una jurisprudencia o ejecutoria sostenible ni destacable. No fue entendida por los civilistas y ni estudiada por los constitucionalistas de entonces.

Con posterioridad a ello, el Art. 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963(D) reiteró este mismo principio, estableciéndose para ello un trámite procesal vigente para todo tipo de procesos y ante toda instancia judicial sin distinción, señalando a la letra: “**Art. 8°.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. (...)**”. Debe anotarse que tampoco esta previsión tuvo gran auge y práctica usual en sede judicial. Sin embargo, nadie señaló o discutió la posibilidad de que tal principio y tal potestad estuviera fuera del sistema judicial o del Poder Judicial.

Es recién con la Carta Constitucional de 1979(D), en su Art. 236°, en que este reiterado principio constitucional se eleva a rango constitucional, al tiempo que ya no aparece considerado en el vigente Código Civil de 1984. Cabe señalar que dicha norma en la Constitución de 1979 (D) está sistemáticamente ubicada en el Capítulo IX del Título IV, denominado *Del Poder Judicial*, y que a la letra señalaba: “**Art. 236.-En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna**”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, hoy vigente en Texto Único Ordenado, reiteró el trámite procesal de su antecedente en su numeral 14°, reglamentando de este modo lo previsto en el Art. 236° de la Carta Constitucional de 1979 (D), y que la fecha se encuentra vigente, señalando a la letra: “**Art. 14.- De conformidad con el Art. 236°<sup>(28)</sup> de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. (...)**”.

---

<sup>(27)</sup> QUIROGA LEON, Aníbal. *El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional –Ensayos–*; Ed. ARA, Lima, 2005.

<sup>(28)</sup> Léase el Art. 138, 2ª parte, de la Constitución Política de 1993.

Actualmente la Constitución de 1993, en vigencia, mantiene la previsión constitucional del control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede judicial, en la segunda parte del Art. 138°, el primero del Capítulo VIII, *Poder Judicial*, y que a la letra dice: “**Art. 138°.- (...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. (...)**”.

Finalmente, y del mismo modo, ya en el Siglo XXI, el Código Procesal Constitucional, que dejó vigente el Art. 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula la institución en dos de sus numerales, el Art. VI de su Título preliminar y el Art. 3° de su texto<sup>(29)</sup>, los cuales señalan a la letra: “**Art. VI.- Control difuso e Interpretación Constitucional.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez<sup>(30)</sup> debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución (...)** **Art. 3°.- Procedencia frente a actos basados en normas.- Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueren impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece (...)**”.

Así la cosas, el 14 de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional expidió Sentencia de fondo en la causa No. 3741-2004-AA/TC en una causa de Amparo Constitucional interpuesta por Don Ramón Hernando Salazar Yarleque, y en la que fijó como *Precedente Vinculante* la interpretación extensiva del Art. 138° de la Constitución en vigencia, señalando que también correspondería esta facultad-potestad a los Órganos Colegiados y Tribunales Administrativos, señalando que en su concepto e interpretación, tal facultad-potestad también se extendería a dichos órganos de la administración pública dado *que si bien el Art. 138° de la Constitución reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial* (Sic)<sup>(31)</sup>. Esta sentencia mereció una Sentencia Aclaratoria que la complementa, dictada en Resolución de 13 de octubre de 2006, recaída en el mismo proceso antes citado, siendo que en la misma se precisa que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública a los que ha hecho referencia solo son aquellos que imparten “justicia administrativa” con *carácter nacional*<sup>(32)</sup>(Sic), adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados<sup>(33)</sup>.

Para ello, señaló entonces el Tribunal Constitucional, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia

(29) En su versión modificada por la Ley No. 28946, de 24 de diciembre de 2006.

(30) Entendido por el Juez constitucional, por el Juez de los procesos constitucionales a cuyo ámbito se refiere en aplicación el Código Procesal Constitucional, como indica la interpretación sistemática de los Arts. I, II, III y IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

(31) Ver Fundamento 7, Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2005, Exp. 3741-2004-AA/TC.

(32) Creemos que el Tribunal Constitucional se quiso referir a que tengan o ejerzan “competencia nacional”, ya que la expresión “*carácter nacional*” no parece la más acertada ni la más técnica para la materia a la que se refiere.

(33) Fundamento 4 de la Sentencia Aclaratoria de 13 de octubre de 2006, Exp. 3741-2004-AA/TC.

planteada dentro de un proceso administrativo; y, (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Cabe añadir que este Precedente Vinculante fue “*complementado*” mediante una Resolución Aclaratoria de 13 de octubre de 2006 <sup>(34)</sup>, en que el Tribunal Constitucional acotó: “**RESOLUCIÓN DE ACLARACIÓN.-** (...) 4. *Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que "(...) todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)"*. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos Tribunales u órganos Colegiados Administrativos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. (...) 7. *Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.* 8. *Que los Tribunales Administrativos y los órganos Colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (...) Determinar cuándo una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración Pública ni a los particulares. Existen otros órganos a los que se le ha atribuido esa potestad: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nuevamente aparece el principio de la separación de poderes para reafirmar la exigencia constitucional que cada órgano del poder ejerza solo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el constituyente haya decidido atribuirles”*.

Posteriormente, mediante la STC N° 04293-2012-PA/TC el Tribunal Constitucional dispuso dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente por la forma o por el fondo.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que tal precedente (STC 03741-2004-PA/TC) desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

---

(34) Conforme a la doctrina procesal, el recurso de aclaración de un fallo pertenece a la categoría de los medios **ordinarios** de impugnación, y su resultado –la resolución aclaratoria– forma parte jurídica de la sentencia original, formando un solo cuerpo o texto jurídico, y de ese modo debe ser interpretada, unitariamente.

Refiere la STC 04293-2012-PA/TC en su fundamento 33 lo siguiente: “33. (...) c. (...) *permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los Arts. 138° y 201° de la Constitución, respectivamente. En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.*”

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso llevaba a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

Por tal. Estamos de acuerdo con el cambio del precedente vinculante ya que en la primera sentencia adoleció de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y su necesaria reformulación. La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional consiste, en determinar si el control difuso que la historia constitucional, la doctrina procesal constitucional y la Constitución reconoce de modo exclusivo y excluyente sólo al Poder Judicial, puede ser extendida o analogizada hacia los órganos Colegiados y Tribunales de la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Esto es, si el Tribunal Constitucional puede, por vía de la interpretación de la Constitución, alterar el texto expreso de la Constitución, darle un sentido verdaderamente opuesto a su literalidad, si le asiste una función de “poder constituyente” además de ser “poder constituido” y si una facultad constitucional, que es de orden público-constitucional, puede ser interpretada extensivamente hacia otro orden constitucional no expresamente previsto.

Como ya se ha visto, el control difuso en el derecho comparado, nació en 1803 en la Suprema Corte Federal de los EEUU (vértice superior de todo el Poder Judicial en los EEUU), pertenece al Poder Judicial en el derecho comparado, y en el derecho comparado sólo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. No hay precedente comparado en que se haya extendido el control difuso a la justicia administrativa o a la administración pública.

En el Perú, desde su nacimiento formal (1963) su ámbito de aplicación ha sido sólo el Poder Judicial (de hecho, fue concebido por primera vez en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial(D) de 1963, fue reiterado en el actual TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia, fue reiterado en el Art. 236° de la Constitución de 1979(D), y lo mismo ha pasado en el texto expreso de la actual Carta Constitucional en vigencia (Art. 138°, 2da. parte). De hecho, la norma jurídica más reciente que la contiene expresamente, que es el Código Procesal Constitucional, y que se refiere a esta facultad (Arts. VI del Título Preliminar y 3°) sólo tienen como destinatario al Juez del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional –excluyendo a la Administración Pública– como se puede ver de sus Arts. I, III y IV de su Título Preliminar <sup>(35)</sup>. ¿Cómo entonces se puede fundamentar que ello puede ser transvasado conceptualmente a la Administración Pública en sus Tribunales Administrativos o en sus órganos Colegiados?

---

(35) “Art. I.- Alcances.- El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia (...); Art. III.- Principios Procesales.- (...) El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, (...). Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades (...). Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. (...) Art. IV.- Órganos Competentes.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

Uno de los argumentos más débiles del Tribunal Constitucional, y que revela poca consistencia jurídica, radica en la alegación de que en la Constitución peruana no existe norma que prohíba que el control difuso pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, para concluir, entonces, que válidamente puede ser ejercitado por un orden diferente al del Poder Judicial. La endeblez teórica de esta consideración se patentiza al determinarse, prima facie, que la Constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. No es un código político de prohibición. Es decir, por tratarse de facultades constitucionales que son de orden público y de capital importancia para la estructuración de nuestro Estado de Derecho, la Constitución no contiene prohibiciones sino atribuciones (en ello el argumento del Tribunal Constitucional constituiría un claro sofisma); atribuciones que son de orden público y que, por ende, no pueden ser materia de analogía ni de extensión en la interpretación. Lo que señala claramente la doctrina de la interpretación constitucional<sup>(36)</sup> es que las facultades constitucionales, al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que lo que se le atribuye a un órgano, no puede ser ejercitado por el otro, siendo de aplicación el principio de interpretación previsto en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>(37)</sup>.

Así, del mismo modo que la Constitución no prohíbe el control difuso para otros órdenes (no tendría que prohibirlo, ni viene al caso ello), tampoco prohíbe que el Ejecutivo de las leyes (basta para ello que la facultad de dar leyes esté dada al Congreso de la República), o que el Poder Judicial conozca de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (lo que está dado al Tribunal Constitucional); etc.

En consecuencia, a la luz de la doctrina citada y del Precedente Vinculante bajo comentario, lo que hay que determinar es si tal precedente se sostiene y en verdad aplicable y vigente; de manera que de ser la respuesta positiva, hay que determinar cómo es que rige en la vida de la Administración Pública, en sus Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados, dentro de lo que tanto la sentencia original, como la sentencia aclaratoria ha denominado la “*Justicia Administrativa*” en sede del Poder Judicial.

Nuestra posición es que claramente constituye una contravención directa y flagrante al texto expreso de la Constitución el atribuir a la Administración Pública del Poder Ejecutivo el ejercicio de una facultad expresamente diseñada y señalada para el Poder Judicial. No basta, en nuestro concepto, para zanjar ello el que tal interpretación conste en un Precedente Vinculante, ya que como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, y lo tiene determinado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna orden superior será válida ni debe ser cumplida si atenta contra el orden público, los derechos fundamentales de las personas y el propio respeto de los límites constitucionales. De hecho, tal principio está recogido en el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José<sup>(38)</sup>, y que en su parte pertinente señala: “**Art. 25.- Protección Judicial.- 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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)**”.

El Tribunal Constitucional es un órgano constituido -y no un poder constituyente- y es a todas luces evidente que carece de facultades constituyentes o para hacer la modificación de la Constitución por la vía de la interpretación constitucional. En consecuencia, también el Tribunal Constitucional tiene por límite objetivo el texto expreso y literal de la Constitución. La fidelidad a la Constitución así lo exige. De este modo, la conclusión evidente es que este Precedente Vinculante es inaplicable o de ejecución imposible, so riesgo de alterar el texto expreso de la Constitución.

---

<sup>(36)</sup> QUIROGA LEON, Aníbal.- *La Interpretación Constitucional*; Op. Cit

<sup>(37)</sup> “Art. IV.- Aplicación analógica de la ley.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

<sup>(38)</sup> Ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico peruano desde julio de 1978.

En consecuencia, saludamos positivamente este cambio jurisprudencial del mal llamado control difuso en sede administrativa, por las razones ya expuestas y porque su aplicación, reiteramos, constituye en nuestro criterio una evidente y flagrante vulneración constitucional. Téngase en cuenta, además, que la normatividad vigente que desarrolla este postulado constitucional (el del control difuso), contenida tanto en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando en el Código Procesal Constitucional, remiten la definitividad del control difuso a la Corte Suprema de Justicia de la República, por la vía de la consulta obligatoria en caso de que no existan o no se interpongan los recursos de impugnación <sup>(39)</sup>. Esta definitividad de la Corte Suprema no se cumpliría, y sería de imposible cumplimiento, en el caso de este mal llamado control difuso en sede administrativa.

Sin embargo, cabe reconocer que otra posición podría establecer, de manera vertical y jerarquizada, que si al Tribunal Constitucional compete la interpretación auténtica de la Constitución, y el supremo control de la Constitución, su jurisprudencia vinculante debe ser aplicada e interpretada tal como se expresa, sin ningún análisis de razonabilidad o de constitucionalidad –a contrapelo de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades–, de manera que a partir de dicho Precedente Vinculante se debe considerar que la Administración Pública, por medio de los Tribunales u órganos Colegiados administrativos, siempre que impartan la “*justicia administrativa*” con *carácter nacional* (sic), y siempre que sean dependientes o adscritos Poder Ejecutivo (sólo a ella se refiere la Sentencia Aclaratoria bajo comentario, Fundamento 4to. in fine) podrán hacer difuso al resolver los casos que le correspondan.

Es evidente que esta formulación aclaratoria fue impropia, carente de sustento jurídico, desde que por “*carácter nacional*” referida así, de modo resaltado, no se refiere a que sean órganos o tribunales nacionales, sino de competencia nacional, en todo el territorio nacional, y no de competencia local, regional, departamental o sectorial. En segundo lugar, se excluye a la justicia administrativa de competencia nacional, ejercitada por órganos o tribunales no dependientes del Poder Ejecutivo. Y, finalmente, se excluye a la autoridad administrativa unipersonal de competencia nacional, y a la autoridad administrativa colegiada o conformada en Tribunales Administrativos de orden local, regional o sectorial. El Tribunal Constitucional no ha explicado el porqué de esta diferenciación, que más luce como arbitraria e incompleta <sup>(40)</sup>.

De hecho, no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

## IX. PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES

---

<sup>(39)</sup> Tal como, hasta la fecha, ocurre en su cuna, en derecho constitucional de los EEUU, donde todo control difuso judicial es siempre controlado por la Suprema Corte Federal de los EEUU, y su palabra final. Allí no existe, ni se ha postulado jamás, que ello pueda ser ejercitado por su administración pública.

<sup>(40)</sup> Se tiene claro en la doctrina nacional, que así como el Tribunal Constitucional ha efectuado ya un **Overruling** respecto de un anterior Precedente Vinculante (el caso del RAC constitucional frente a fallos estimatorios) (Ver Nota 13 supra); asimismo lo hará en breve respecto del Precedente Vinculante sub-análisis.

El Código Procesal Constitucional ha previsto dentro de su Título Preliminar un conjunto de principios que tienen como función principal la de dirigir u orientar la actividad en los procesos constitucionales. La gran mayoría se encuentran descritos en el Art. III del Título Preliminar.

Los principios procesales son todas aquellas directrices que deberán animar el desarrollo de todos los procesos constitucionales y que el juzgador deberá tomar en consideración en la actuación procesal. Según CASTILLO CÓRDOVA <sup>(41)</sup>: *“sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado”. Y qué duda cabe, que la esencia de todo proceso – como el proceso constitucional – es intentar llegar a la solución justa de las controversias”*.

- (i) **El principio de dirección judicial del proceso.**- Este principio supone que el Juez Constitucional no puede tener una actitud “pasiva” respecto del desarrollo y dirección del proceso, sino que actúe como un juez-director más que un juez-espectador impulsando el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.  
Por su parte, el Tribunal Constitucional estableció que: *“sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. En tal sentido, corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución”*<sup>(42)</sup>
- (i) **El Principio de gratuidad.**- Este principio se encuentra referido al no pago de las tasas por los justiciables para poder acceder al aparato judicial estatal, es decir las costas que pueden establecerse durante el devenir del proceso. Justamente, el principal fundamento de este principio radica en que no puede ni debe haber ningún medio que obstruya o dificulte el acceso celer y eficaz para la protección de derechos constitucionales. En ese sentido, no habrá ninguna onerosidad en la actuación procesal. Cabe mencionar que este principio se recoge igualmente en la normatividad procesal civil, específicamente en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.
- (ii) **El Principio de Economía procesal.**- referido al ahorro y la eficiencia durante el proceso constitucional, donde se apunta a economizar todos los costos en que se pueda incurrir en el proceso, así como la celeridad en el trámite. Este principio se encuentra dirigido a tres áreas principales: tiempo, gasto y esfuerzo. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“debe de tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal y que en el caso de los procesos constitucionales cobra mayor preponderancia por ser procesos de tutela urgente de derechos fundamentales. En efecto, si se parte de la premisa, sobre la cual se sustenta la presente resolución, es decir los fines que informan a los procesos constitucionales, los mismos no deben estar supeditados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, los afecten con dilaciones innecesarias”* (STC N° 05761-2009-PHC/TC F. j. 25).

Así, muy vinculado al principio de economía procesal se encuentra el *principio de celeridad*, el cual no se encuentra expresamente reconocido en ningún artículo del

<sup>(41)</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. Cit., p. 41

<sup>(42)</sup> STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC F. j. 4

Código Procesal Constitucional, pero que igualmente, inculca el desarrollo de los procesos constitucionales.

(iii) **El Principio de Inmediación.-** Este principio tiene por finalidad que el Juez Constitucional trate de tener el mayor contacto posible con todos los elementos intervinientes durante el proceso, ya sean subjetivos (las personas) u objetivos (documentación, lugares, etc.) con la finalidad de arribar a una mejor decisión fundada en derecho. Asimismo, este principio se encuentra recogido en el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Este principio se encuentra relacionado con el derecho de prueba, así: *“De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada”* (STC N° 00849-2011-PHC/TC F. j. 6).

(iv) **El Principio de socialización.-** se encuentra realizado con la igualdad que debe existir en todo proceso. Así, se exige al Juez constitucional que propicie un clima de paridad a fin de que impedir que la desigualdad con la cual las partes concurren al proceso pueda ser determinante en la decisión final. Tal como señala CASTILLO CÓRDOVA <sup>(43)</sup>: *“se trata de un criterio de interpretación que permite y obliga al juez a pasar de una igualdad formal a hacer efectiva una igualdad material”*.

Este principio también se encuentra recogido en el Art. VI del Código Procesal Civil, donde se estableció que Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso

(v) **El Principio de Suplencia de queja Deficiente.-** se encuentra referida al deber que tiene el juez que conoce sobre una causa constitucional a suplir las deficiencias u errores procesales en las cuales hayan incurrido las partes durante la tramitación del proceso. De esta manera, se garantiza una adecuada y eficaz protección de derechos fundamentales. En ese sentido, la finalidad de este principio es facilitar el acceso a la justicia que implica un actuar por parte del juez tuitivo en aras de una protección adecuada de derechos vulnerados.

La doctrina mexicana <sup>(44)</sup> considerar que se trata de una: *“institución procesal constitucional de carácter proteccionista y antiformalista (...), que integra las omisiones parciales o totales de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste (...)*”. Así, Fix Zamudio <sup>(45)</sup> expresa, sobre la suplencia de queja: *“(...) que consiste en la corrección por el juez del amparo, de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el promovente al formular su demanda, protegiendo a la parte débil en el proceso y evitando la aplicación de leyes inconstitucionales”*.

Cabe resaltar que, si bien es cierto la suplencia de queja deficiente no se encuentra establecido taxativamente en el Código Procesal Constitucional, no es menos cierto

<sup>(43)</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 52.

<sup>(44)</sup> CASTRO Y CASTRO Juventino, *La suplencia de la queja deficiente en el Juicio de Amparo*, Editorial Jus, México 1953, p. 41

<sup>(45)</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor., *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1963, p. 403

afirmar que tiene una vigencia efectiva en tanto resulta importante para la vigencia de otros principios expresamente reconocidos (dirección judicial del proceso, economía procesal, etc.)

## X.

**PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

La labor del Tribunal Constitucional se ha definido dentro de los siguientes principios esenciales:

- a. **Principio Pro-Hómíne o Pro Libertatis.** La facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso. Es necesario que exista la certeza de que el proceso constitucional no va más para recién poder declarar su conclusión. La menor sospecha de que debe continuar, obliga al juzgador a proseguir el proceso. Según PÉREZ LUÑO <sup>(46)</sup> esta opción a favor de la libertad ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia una proyección ambulante, al traducirse en posiciones hermenéuticas de orientación conservadora o progresista de la normativa constitucional. En efecto, el principio *in dubio pro libertate* puede considerarse como la versión europea, especialmente germana, de la denominada “doctrina del primado de la libertad” (*preferredfreedom doctrine*) elaborada por la *SupremeCourt* norteamericana fundamentalmente para frenar iniciativas públicas de interés social o colectivo en base a la intangibilidad o a la valoración preferente de los derechos de autonomía individual y de su proyección económica. También respecto al alcance hermenéutico de este principio resulta decisiva la perspectiva teórica de los derechos fundamentales desde que se le enfoca. La teoría positivista, estrechamente vinculada a los presupuestos ideológicos del Estado liberal de Derecho, ha propiciado una interpretación del principio *in dubio pro libertate* de marcado signo individualista y dirigida a la defensa del *statu quo* económico. Por el contrario, las teorías de los valores, institucional, así como la iusnaturalista crítica, acogen o reformulan este principio desde premisas contrapuestas, al contemplarlo como una consecuencia de la fuerza expansiva del sistema de los derechos fundamentales, integrado por normas finalistas con vocación de irradiar todo el ordenamiento jurídico; a la vez que establecen una continuidad entre este principio y el de efectividad de los derechos fundamentales (*Grundrechtseffektivität*), es decir, de la tendencia incita en el sistema de los derechos fundamentales de potenciar su eficacia en todos los ámbitos de la experiencia social y política. A partir de estas interpretaciones el principio *in dubio pro libertate* tiende a ampliarse en el postulado *favor libertatis*, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucionales como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. Ello implica reemplazar la interpretación estática y defensiva de dicho principio, por su caracterización positiva y dinámica. Supone, al propio tiempo, contemplar el sistema de los derechos y libertades fundamentales como un todo unitario. Lo que obliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimento estanco dotado de una lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan.
- b. **Principio de Progresividad.** En la medida que la existencia de los derechos humanos, no dependa de su reconocimiento por parte del Estado, hay siempre la posibilidad de ampliar el catálogo hacia situaciones aún no protegidas por la Constitución o los tratados. Así se aplica la aparición de las sucesivas generaciones de derechos humanos. La manifestación del carácter progresivo de los derechos se encuentra reconocida en el Art. 3º de la Constitución,

<sup>(46)</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995, Quinta Edición, p.315-316.

a veces denominada en la doctrina como *cláusula reconocedora de derechos implícitos*. Conforme BUSTAMANTE<sup>(47)</sup>, la progresividad de los derechos fundamentales consiste en el perfeccionamiento o evolución que gradualmente experimentan –y que deben seguir experimentando– los derechos fundamentales, tanto en su número como en su contenido, con la finalidad de garantizar mejor el *status* jurídico de sus titulares y contribuir de una manera más eficaz al logro de una sociedad libre, reconciliada y justa. Su justificación no sólo se encuentra en el anhelo de lograr esa finalidad, sino en el propio sustento de los derechos fundamentales: la dignidad del ser humano. En efecto, si ésta es el fundamento y valor supremo de todo ordenamiento jurídico político y si la persona humana es el principio y fin de la sociedad y del Estado, no es extraño que la doctrina, los instrumentos internacionales, la jurisprudencia, las cartas fundamentales y la demás legislación interna, busquen perfeccionar y extender, a medida que se van sucediendo, el contenido y número de los derechos fundamentales en tanto son expresión directa de esa dignidad.

- c. **Principio del Stare Decisis.** La obligatoriedad del precedente, del que deriva la tesis del precedente vinculante, de raíz anglosajona. Conforme señala ITURRALDE SESMA<sup>(48)</sup>, la doctrina de *stare decisis et non quieta movere* ha sido definida como una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real. En un sistema basado en el *case law*, el juez debe tener en cuenta las reglas y principios aplicados por los jueces; éstas no son (como en otros sistemas jurídicos) simplemente materiales que “puede” tener en consideración a la hora de tomar decisión. El hecho de que el sistema inglés sea ampliamente un sistema de *case-law* significa que la decisión del juez en un caso particular constituye un precedente.
- d. **El Leading Case.** El caso primero, es decir el caso a partir del cual se fija el precedente vinculante; el caso que constituirá el primer precedente en una materia y que jalonará a los demás;
- e. **El Overruling.** El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. En ese sentido, se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.
- f. **El Self Restraint.** La labor de autocontrol que sobre sí ejerce un Tribunal de los Precedentes, que al no tener superior sobre sí que revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los Derechos Fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución.
- g. **La complejidad de la interpretación constitucional.** Justamente, debido a que la Constitución tiene carácter jurídico normativo vinculante para todos, los criterios de interpretación de la Constitución nos sirven como herramienta para tener aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales. Así, esta complejidad se encuentra referida a modo en el cual se puede entender la Constitución en tanto sistema normativo ya que esta actividad es la realización de una conceptualización abstracta con consecuencias prácticas pero importantes a la hora de aplicar las normas constitucionales.

(47) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, 2001, p. 111-113.

(48) ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, 1995, p. 31-32.

**h. La interpretación sistemática.-** la interpretación de las disposiciones constitucionales nunca se puede realizar de manera aislada o separada en tanto que la Constitución en su conjunto es un sistema normativo. En tal sentido, RUBIO CORREA <sup>(49)</sup> afirma que la interpretación sistemática: “(...) *trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales, no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos*”. De esta manera, en materia de derechos fundamentales, el juez constitucional no podría fundar sus decisiones en una interpretación literal de las disposiciones constitucionales. En ese sentido, se requiere de un esfuerzo de integración del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos y principios constitucionales aplicables para evaluar el análisis en conjunto.

**i. La interpretación teleológica.-** Consiste en averiguar el fin práctico de los preceptos constitucionales en un caso en concreto. Se encuentra relacionada con los fines últimos de las instituciones y principios constitucionales, es la búsqueda de la finalidad inmediata perseguida por la ley. En ese sentido, hay que entender que el Derecho no es un simple conglomerado de dispositivos jurídicos. Los preceptos constitucionales son creados y aplicados no de forma atomizada, sino vinculados formando conjuntos estructurados con coherencia sistémica. Un caso en el cual el Tribunal Constitucional ha aplicado una interpretación teleológica se dio cuando reconoció la validez de los decretos leyes fundado en uno de los fines del Derecho Constitucional el cuales la seguridad jurídica a la que considera un principio jurídico implícito: “*Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso. Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.*”

**j. La teoría de los derechos implícitos o innominados.-** El Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que existen determinados derechos que aunque no se establezcan taxativamente en la Carta Magna, también goza de protección constitucional. Así, la enumeración de los derechos establecidos en el plexo constitucional no excluye la invocación de otros que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana.

Los derechos innominados también enriquecen el contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y ayudan a obtener una fuente adicional de significados para una debida interpretación constitucional ya que el ordenamiento jurídico constitucional no “crea” derechos sino que solamente los reconoce. Un ejemplo de un derecho innominado o implícito que no se encuentra literalmente reconocido en la Carta Magna es el derecho al agua potable, así : “*su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con*

<sup>(49)</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUCP, enero 2005, Lima. p. 70.

*cobertura constitucional*” (STC N° 6546-2006-PA/TC F. j. 4). En consecuencia, el derecho al agua potable es una exigencia que corresponde al Estado en tanto es un recurso natural esencial básico para el mantenimiento y desarrollo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, así como otros derechos primordiales tales como la salud, el trabajo, el medio ambiente, etc. Por tal, el agua no solo es considerado como un recurso fundamental importante para el ser humano, sino que, a su vez, contribuye con la agricultura, la minería, el transporte, etc. Actividades importantes para el desarrollo económico y estructural de una sociedad.

**k. Interpretación conforme a la Constitución.**-Este principio es también consecuencia de que la Constitución sea norma jurídica primaria y fundamental. Así, el Tribunal Constitucional cuando enjuicie la legitimidad de una ley, antes de declararla inconstitucional o no, tiene que tratar de llevar a cabo una interpretación de la ley de conformidad con la Constitución. Estas son las llamadas sentencias interpretativas. Esto es consecuencia tanto del principio democrático, que obliga a defender las normas que son producto del congreso, como del principio de conservación de las normas jurídicas y del principio de seguridad jurídica, en virtud de los cuales las leyes aprobadas tienen una presunción de legitimidad. Igualmente, los tribunales ordinarios, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico, tienen que hacerlo buscando aquella interpretación que más se ajuste a los principios constitucionales y que mejor permita alcanzar los objetivos que están en la Constitución. Esto tiene como consecuencia un efecto multiplicador de la eficacia normativa de la Constitución.

La interpretación de la ley conforme con la Constitución no es un criterio de interpretación de la Constitución, como lo puede ser el de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, etc. La operación que ella presupone hallar un sentido de la disposición legislativa conforme con la norma suprema. En realidad, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución, es una técnica inmanente o consustancial a la justicia constitucional, mas que un criterio de interpretación de normas, puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar invalidez de una disposición legislativa si es que pueda ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la constitución.

Es decir, constituye un canon de actuación del juez de la ley que exige de él no privilegiar la interpretación de una disposición en el sentido que riña con la Constitución, sino de comprenderla en el sentido interpretativo que se encuentre conforme a ella.

En conclusión, la Constitución es el parámetro para la interpretación de la ley, por tal, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquélla que sea conforme a la Constitución

- 1. Bloque de Constitucionalidad:** El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que: *“Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...); en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, “(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de*

*que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él”* (Exp. N.º 0689-2000-AA Fund. 10.5).

Esta capacidad que tienen las fuentes que formalmente no son constitucionales es lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad, y, por ello, “La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no sólo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad”

Por ello, debe precisarse que la Constitución y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad establecen tanto la competencia material así como la competencia territorial, entre otros aspectos vinculados al tema, siendo la nota condicionante de la competencia estatal, la de ser indelegable, taxativa, razonable y proporcional.

Según la Corte colombiana <sup>(50)</sup>: “*la noción de “bloque de constitucionalidad” proviene del derecho francés; y en la historia del derecho constitucional resulta de una data relativamente reciente pues se afirma que esta noción ha surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX, específicamente a partir de 1971*”. No obstante cabe precisar que la noción de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia constitucional francesa.

Efectivamente, el concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. FAVOREAU sostiene que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por vez primera se hizo uso del concepto de normas de constitucionalidad bajo la égida de principios y reglas de valor constitucional, refiriéndose al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. Igualmente, en el derecho administrativo francés se utilizó la expresión bloque de legalidad, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la administración, que no tenían jerarquía legal. Dice Favoreau que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en las que el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la declaración de los derechos humanos de 1789, confirmándose ello en el preámbulo de la Constitución de 1946.

Después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España, en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 refiriéndose al bloque como: “(...) un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen.

El bloque de constitucionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Procesal Constitucional, el mismo que ha establecido en su Art. 79º referido a las Disposiciones Generales de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad lo siguiente: “*Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.*”

Tal como se puede apreciar, el bloque de constitucionalidad resulta determinante para efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la

---

<sup>(50)</sup> PRADO HERRERA, Juan Carlos. *El contenido y desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre el bloque de constitucionalidad*, RAE Jurisprudencia, Lima, setiembre 2008, p. 175.

Constitución, caso en el cual se debe atender no solo a lo establecido por el Código Procesal Constitucional, sino también al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano que explica sus condiciones, alcances y contenido.

*ll) El Principio o Test de Proporcionalidad.-* El auge del principio test de proporcionalidad surge dentro de un Estado Democrático de Derecho, a fin de armonizar los derechos fundamentales cuando estos entran en conflicto limitando la interferencia irracional en los mismos por parte de los poderes públicos. El marco jurídico de dicho principio se encuentra en el artículo 200 de la Constitución, así: “(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al Juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha expresado que: “*El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.*” (STC N° 0010-2002-AI).

El Juicio de proporcionalidad está orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia según las circunstancias del caso y en un determinado contexto a través de la argumentación y racionalidad sin generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados ni de prejuzgar su mayor o menor legitimidad ni producir prohibiciones absolutas.

En ese sentido, partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.

*m) La Ponderación de Valores.-* Como se señaló anteriormente, en un Estado Social y Democrático de Derecho existen principios, derechos y valores constitucionales que deben de ser cumplidos en la mayor medida posible, pero que sucede cuando entran en conflicto, en ellas no cabe, para su solución, como en el caso de las reglas, los métodos tradicionales de validez como la especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior), sino la ponderación.

Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones, un ejemplo claro de ello que tenemos en el ordenamiento jurídico son los derechos fundamentales. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

DWORKIN, citado por BERNAL PULIDO <sup>(51)</sup>, señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto: “(...) **La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación**”. En ese sentido, la técnica normalmente usada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar “ponderación” o “balance”. La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica entre dos principios en conflicto.

Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro.

Por consiguiente, el principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro: éste es aplicado, mientras el otro es acantonado. Si observamos: los criterios de solución de los conflictos “lex posterior” y “lex superior” no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no aplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido. En otras palabras, éste queda “en vida”, en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias.

Por la ponderación asumimos que: “**Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro**”<sup>(52)</sup>. A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión.

La ponderación, por tanto, no es una “conciliación”. No consiste en “poner de acuerdo” los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.

Los conflictos entre principios constitucionales –también a causa de la pluralidad de valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas – son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de expresión y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos fundamentales de los usuarios de dichos servicios. En verdad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar un u otro principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos, y, por tanto, entra en conflicto con algún otro principio constitucional.

Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión.

---

(51) BERNAL PULIDO, Carlos. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales**, Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. 2005, Pág. 87.

(52) BERNAL PULIDO, Carlos. **Estructura y Límites de la Ponderación**, Edición Grafica Espargrafic, Alicante, 2003, p. 8.

## XI.

**¿LA DENOMINADA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?**

Aún se continúa sosteniendo la falta de autonomía del Derecho Procesal Constitucional. Algunos lo derivan del Derecho Procesal y otros del Derecho Constitucional, es decir los enunciados de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal.

El Derecho Procesal Constitucional, al decir de FIX-ZAMUDIO, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del Derecho Comparado contiene, que fueran diseñados en la Constitución de 1979(D) y que permanecen notoriamente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, efectuamos una somera revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales concebidos y destinados a la consecución de esta defensa y el control de la constitucionalidad.

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado Derecho Procesal Constitucional, al decir de GONZÁLEZ PERÉZ <sup>(53)</sup>, quien señala lo siguiente:

**“Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.  
(...)”**

**El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional”.**

Por su parte, GARCÍA BELAÚNDE <sup>(54)</sup> postula que la disciplina es una rama del Derecho Procesal, que participa de su carácter como Derecho Público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias.

Así también ALMAGRO NOSETE <sup>(55)</sup> señala:

**“Por eso, el Derecho Procesal, recibe del Derecho Constitucional la positivización de los principios y reglas que inspiran o limitan el desarrollo legislativo en materia procesal. Pero, a su vez, el Derecho Constitucional, en cuanto a objeto de tutela jurisdiccional, recoge del Derecho Procesal las técnicas que permiten la primacía efectiva de la Constitución en supuestos de controversia. Al**

<sup>(53)</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

<sup>(54)</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica*, En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, nº 2, julio/diciembre 2004, Editorial Porrúa, México, p. 48.

<sup>(55)</sup> ALMAGRO NOSETE, José, *Breves notas sobre el Derecho Procesal Constitucional*”, En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Edersa, Madrid, 1979, p. 648.

primer conjunto de normas le he denominado Derecho Constitucional Procesal. Al segundo, Derecho Procesal Constitucional. El “bloque” normativo integrante del Derecho Constitucional Procesal está formado, exclusivamente, por preceptos constitucionales y su fin es la fijación, con rango constitucional, de determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial y de las garantías procesales básicas. En cambio, no todos, ni la mayoría de los preceptos que forman el Derecho Procesal Constitucional tienen rango constitucional, porque lo a este conjunto normativo no es el rango de las normas sino la peculiaridad del objeto sobre el que versa el proceso”.

Una posición intermedia postula el maestro FIX-ZAMUDIO <sup>(56)</sup> que señala que:

“(…) imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el Derecho Constitucional por una parte, y el Procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que puedan configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como Derecho Procesal Constitucional en sentido estricto, y la otra Derecho Constitucional Procesal (...). El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como Derecho Constitucional Procesal, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del Derecho Constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia”.

---

<sup>(56)</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional*, En: *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2da. Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 269 y ss.

Concluyendo, nosotros sostenemos la autonomía del Derecho Procesal Constitucional. La mirada desde el Derecho Constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que significa un retorno a la dimensión del proceso como garantía.

Desde el Derecho Constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía.

Si se dirige hacia el Derecho Procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso) observamos distancias significativas que no permiten asumir al proceso constitucional como un tipo especial de proceso. Asimismo, si tenemos en cuenta el Debido Proceso Legal, esta institución cuadra en el contenido del Derecho Procesal Constitucional y así, podemos ratificar la autonomía que se preconiza.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, que significa atender el rol del Juez en el proceso, las garantías procesales de la Administración de Justicia, la organización jurídica de un Estado, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. La acción es el derecho de acceso a la Justicia, los presupuestos procesales. Finalmente el proceso, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios, etc.

Así es de destacar lo que señala FERRER <sup>(57)</sup>:

**“En nuestros días se cuestiona por importantes juristas, como Gustavo Zagrebelsky o Peter Häberle, la aceptación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma al estimar que en realidad representa un sector del Derecho Constitucional. Sin embargo, aunque comparte de los principios y estructuras de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional (tan bajo cuatro ópticas distintas, a saber: la legislación, la magistratura especializada, la doctrina y el sentido común.”**

## XII.

### **FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES**

El Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala: *“Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.(...)”*. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)

---

<sup>(57)</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma*; En: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano: Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*; Coordinador: José Palomino Manchego, Editora Jurídica Grijley, Tomo I, 2005, p. 66.

La finalidad esencial de los procesos constitucionales es una misma: favorecer la efectiva vigencia de la constitución, la cual se manifiesta asegurando la plena vigencia de las normas fundamentales.

Ahora bien, cabe mencionar que se han recogido mecanismos que permitan asegurar lo más posible la vigencia de la Constitución, como norma jurídica fundamental. Bien dice el Tribunal Constitucional, cuando afirma que *“es a través de los procesos constitucionales que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución”*. Por tal, es a través del correspondiente proceso constitucional de la libertad (amparo, hábeas corpus y habeas data) que se determinará la ineficacia jurídica del acto por contravenir una norma ius fundamental.

Asimismo, en un Estado Social y Democrático de Derecho, estos procesos constitucionales buscan tutelar no solamente un ámbito subjetivo o individual de los ciudadanos, sino también la tutela objetiva de la Constitución. En efecto, la protección de los derechos fundamentales no solamente compete al titular del derecho conculcado, sino también importa para la institucionalidad del Estado y toda la sociedad, pues su vulneración supone una transgresión al ordenamiento jurídico constitucional en conjunto.

El Tribunal Constitucional ha establecido una *dobles naturaleza* de los derechos fundamentales, por tal: *“bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales, siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro”*

De este modo los procesos constitucionales no sólo tienen como finalidad la resolución a concreta de petitorios constitucionales de las partes, sino también la tutela del orden jurídico constitucional cuya interpretación definitiva corresponde al Tribunal Constitucional.

### XIII.

#### **LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La Constitución, en un modelo post-constitucionalista, ha dejado de concebirse tan sólo como un marco retórico, como una mera declaración de principios y postulados, y ha pasado a formularse como una realidad normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares <sup>(58)</sup>.

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la cual se deriva también la formulación e implementación del Tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la aplicación de los principios *pro-hómine, pro-libertatis, in favor processum y de progresividad*. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales debe ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación interpretativa que debe exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución un orden

---

<sup>(58)</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*; Palestra Eds., Lima, 2008. Ver también; CASTILLOS CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis. *El precedente judicial y el precedente Constitucional*; ARA EDS., Lima, 2008.

abierto a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

La defensa de los derechos fundamentales así como del orden jurídico constitucional corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional, requiere de mecanismos procesales efectivos para que éste actúe oportunamente en los procesos constitucionales, así la autonomía procesal de que se ha venido dotando a este Colegiado Constitucional a través de su propia jurisprudencia, refleja la necesidad de consolidar una serie de instrumentos y mecanismos procesales que permitan una mayor protección de los derechos a través de los procesos constitucionales, los cuales guardan relación, facultad y sustento constitucional directo, a lo dispuesto en el Art. VII del Código Procesal Constitucional, a efectos de dar paso al nacimiento del precedente vinculante.

Dicha facultad y eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional no se encuentra prevista en la Carta Política, lo cierto es que la misma sí se encuentra enmarcada o facultada como tal para su uso, en una norma en una Ley de Orgánica como es el Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante.

CASTILLO CÓRDOVA <sup>(59)</sup>, conforme el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que el precedente en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como así mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional resuelve conflictos constitucionales orgánicos y de la libertad. Por otro lado, es un Tribunal de los Precedentes, que establece a través de su jurisprudencia la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de la Justicia Ordinaria y para sí mismo en casos futuros; de modo que se convierte en un Tribunal de la Predictibilidad, al tiempo de imponer una determinada interpretación constitucional.

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una Sentencia el Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- *En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,*
- *En segundo lugar, así deberá expresarlo la Sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.*

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. De hecho el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente sólo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación del precedente vigente- los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

---

<sup>(59)</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 92.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes*. La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *staredecisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi*. Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.

Sin embargo, resulta poco claro. En primer lugar, el principio del *staredecisis* se aplica en un contexto jurídico muy diferente, por lo que buscar un sucedáneo en el precedente vinculante –*ratio decidendi*. Se ha dicho que gracias a aquel el Tribunal Constitucional es el que fija “qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi*. Ello, no debe interpretarse como una identificación entre lo que es *ratio decidendi* precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean *ratio decidendi* que no sean declarados por el Tribunal Constitucional precedentes vinculantes. El concepto de uno y otro es distinto aunque sus consecuencias se aproximen: un argumento con la calidad de *ratio decidendi* es aquel que sustenta la argumentación que lleva a determinada decisión final en la sentencia; en cambio, el precedente es una parte de la sentencia que el citado Tribunal declara como tal. En este sentido, la *ratio decidendi* es una cuestión de fondo y el precedente vinculante de forma. La aproximación viene por las consecuencias: el precedente vinculante se impone por la exigencia del Art. VII del Código Procesal Constitucional, mientras que el argumento que es *ratio decidendi* se impone por convención doctrinal y jurisprudencial.

Lo que no presenta tantos problemas interpretativos es la parte final del Art. VII del Código, que obliga al Tribunal Constitucional a dar las razones que le lleven a apartarse de un precedente. La seguridad jurídica y el principio de igualdad exigen semejante solución.

También se ha dicho que esta figura está pensada especialmente para “los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento) y no en los destinados al control de la constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la acción popular). Se entiende que la inconstitucionalidad de la ley o reglamento en estos últimos, de ser estimatorios, la elimina del mundo jurídico, y en consecuencia, no puede ser utilizado como un precedente. En realidad, la previsión legal no permite interpretar tal extremo. En el fondo, también se reconoce lo mismo: Pero en estos casos (de inconstitucionalidad de una ley), se pueden extraer principios de la *ratio decidendi* aplicables a casos futuros. Sin duda, las argumentaciones realizadas en un proceso abstracto de inconstitucionalidad perfectamente pueden servir para dar contenido a un precedente vinculante.

Ahora bien, el precedente vinculante en el Perú “vincula” en virtud de la previsión legal del mismo. No obstante, no se precisa ante qué tipo de vinculación nos hallamos. Parece que en alguna ocasión se conecta con la idea propia de la vinculación de las sentencias constitucionales y, en otras, incluso con el efecto *erga omnes*, que es una cuestión diferente. <sup>(60)</sup>

#### XIV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

(60) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *El precedente vinculante en la justicia constitucional peruana. A propósito de la Sentencia del Exp. N° 3362-2004-AA/TC*, En: Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, Ed. Grijley, 2010, p. 172-174.

La estructura de una sentencia del Tribunal Constitucional se encuentra constituida por los siguientes elementos: *a) razón declarativa-teológica, b) la razón suficiente (ratio decidendi), c) la razón subsidiaria o accidental (obiter dicta), d) la invocación preceptiva y e) la decisión o fallo constitucional (decisum).*

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones de los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas de la Constitución. Es el conjunto de juicios de valor relacionados a la comprensión, interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Tribunal Constitucional. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en la Constitución.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión final que adopta el Tribunal Constitucional. Así, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimar o no una causa de naturaleza constitucional; por tal, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis. En consecuencia es aquella consideración determinante e indispensable, justificante de la decisión. Puede encontrarse explícitamente establecida en la sentencia o no, en este segundo caso puede ser inferida analizando la decisión final, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*) se encuentra referida a todas aquellas reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas que, no siendo indispensables, justifican pedagógicamente u orientan el fallo. En ese sentido, pueden o no estar establecidas en la estructura interna de una sentencia, sin que su ausencia pueda afectar el contenido del fallo final.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se estipulan todas las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la controversia.

Finalmente, la decisión o fallo constitucional (*decisum*) contiene el acto de decidir y el contenido de la decisión, es decir, el pronunciamiento expreso y concreto de lo que se manda decidir, la misma que cuenta con la característica de ser vinculatoria. Asimismo, puede contener una exhortación vinculante o persuasiva ya que en esta parte se precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

## XV.

### ***PLENOS CASATORIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA***

La jurisprudencia vinculante que se establece por la Corte Suprema de Justicia de la República tiene fuerza vinculante para los jueces de todas las instancias de la República, siendo su obligatoria observancia para los casos similares, esto es, en los procesos de naturaleza homóloga, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio.

El Art. 41° de la Constitución dispone, entre otras competencias, que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, así pues, los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (Art. 143, segundo párrafo de la Constitución).

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en su Art. 80 inc. 8° que son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República las señaladas por la Constitución, la ley y el reglamento. Precisamente la ley ordinaria, como es el caso del Código Procesal Civil, reconoce y regula en el Art. 400° la doctrina jurisprudencial, la misma que tiene la calidad de jurisprudencia vinculante y que se genera en el Pleno Casatorio. El mismo Código

establece en su Décima Disposición Complementaria y Final que sus normas procesales se aplican preferentemente respecto de las reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La competencia del Pleno Casatorio para expedir sentencia casatoria, con carácter vinculante, está predeterminada por la ley. Además, persigue varias finalidades de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, la uniformidad de la jurisprudencia, hacer efectivo el derecho de igualdad en los justiciables, optimizar el principio de seguridad y certeza, así como hacer predecible la impartición de justicia en nuestro país.

## **PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

### **Casación N° 1465-2007-Cajamarca - Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual**

El objetivo de este primer Pleno Casatorio fue establecer jurisprudencia obligatoria sobre una materia de carácter procesal, esto es generar jurisprudencia sobre los efectos que un contrato de transacción extrajudicial tiene dentro de un proceso donde se discuten los mismos hechos que fueron materia de la transacción. Esta materia procesal llegó al pleno precedida de una evidente controversia: para la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema la transacción extrajudicial tiene plenos efectos, de manera que el proceso instaurado por los mismos hechos debe perecer. En cambio el criterio de la Sala Civil Transitoria es exactamente el inverso. Así, se estableció como decissum de la Sala Suprema lo siguiente

*“1. Como se previene en el Art. 443, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.*

*2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquella, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.*

*3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.*

*4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.*

*5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (error in procedendo) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas.”*

## **SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**Casación N° 2229-2008-LAMBAYEQUE - Prescripción adquisitiva de dominio**

El 22 de agosto de 2009, fue publicada, en el boletín respectivo del diario oficial El Peruano, la sentencia de casación correspondiente al 2° Pleno Casatorio —al parecer el último en esta modalidad—, expedida por unanimidad por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. Se trata de la Sentencia de Casación N° 2229-2008-Lambayeque; en ella se fija como doctrina jurisprudencial vinculante, dictada conforme lo prevé el Art. 400 del Código Procesal Civil —vigente en ese momento—, una correcta interpretación del Art. 950 del Código Civil.

La Corte Suprema de la República, el aquél entonces, solo emitió durante los 15 años de vigencia del Código Procesal Civil dos plenos casatorios, resultando así evidente la escasa presencia de doctrina jurisprudencial vinculante, unificadora de la jurisprudencia civil en nuestro medio en aquella época.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la República, declara, por unanimidad, infundado el recurso de casación y establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

*“La correcta interpretación del Art. 950 del Código Civil debe hacerse en el sentido de que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ser amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación”.*

**TERCER PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****Casación N° 46642010 PUNO - Divorcio por la causal de separación de hecho - indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado**

El Tercer Pleno Casatorio Civil, llevado a cabo el 15 de diciembre de 2010, abordó diversos aspectos en materia familiar, esencialmente aquellos relacionados con la procedencia y determinación de las indemnizaciones en los procesos de separaciones de hecho, específicamente en lo relacionado a la reparación por daño moral.

El Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia, se da con motivo de la sentencia dictada en la Casación N° 46642010 Puno, en los seguidos por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velasco sobre divorcio por la causal de separación de hecho. Al respecto, cabe referir que hasta antes de dictarse el citado precedente, el Supremo Tribunal recibía, en forma continua y reiterada, expedientes de los órganos jurisdiccionales inferiores en los que se venía resolviendo el tema indemnizatorio previsto en el segundo párrafo del Art. 345-A del Código Civil, con criterios disímiles y hasta contradictorios, evidenciándose que no existía criterio uniforme respecto de la naturaleza de la indemnización, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que ésta sea solicitada expresamente por la parte afectada o determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

En el caso concreto, el tema materia de casación trataba esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado, por lo que resultaba necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales de la República sobre el mismo tema.

Asimismo, declara que *constituye precedente judicial vinculante* las siguientes reglas:

*“En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte*

*perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.*

*En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.*

*Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:*

*A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorio o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.*

*De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.*

*En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.*

*En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.*

*En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.*

*Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.*

*El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.*

*La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.”*

#### **CUARTO PLENO CASATORIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**Casación N° 2195-2011 UCAYALI - Desalojo por Ocupante Precario**

En un proceso de desalojo por ocupación precaria, pese a que el demandado alegue que ha adquirido el bien por prescripción, el juez deberá resolver el fondo del asunto y declarar el mejor derecho a poseer, tomando en cuenta los medios probatorios aportados; sin perjuicio que el demandado vencido pueda posteriormente en un proceso sobre prescripción adquisitiva solicitar la inejecución de la sentencia de desalojo o la restitución del bien.

Este criterio elimina la posibilidad de que los jueces declaren improcedente el desalojo cuando el demandado alegaba haber adquirido por prescripción adquisitiva de dominio el bien al haberlo poseído por más de diez años; de tal manera se habilita al juez para que a través de las pruebas aportadas pueda determinar a quién le corresponde el mejor derecho a poseer.

Así lo dispuso el Cuarto Pleno Casatorio Civil publicado por la Corte Suprema de Justicia el 14 de agosto de 2013 en separata especial de El Diario Oficial El Peruano. Constituyéndose así como *precedente judicial vinculante* las siguientes reglas:

*“1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.*

*2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.*

*3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por “restitución” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.*

*4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.*

*5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:*

*5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.*

*5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.*

*5.3. Si el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico–, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.*

*5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente*

*se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.*

*5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mal fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a discutir de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.*

*5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usurpación, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usurpación. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.*

*6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.*

*7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.*

## QUINTO PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

*Casación N°. 3189-2012 – Lima Norte – NULIDAD DE ACTO JURIDICO – 8 de agosto 2014*

Las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, presididas por el Dr. Francisco Artemio Távara Córdova y el Dr. Víctor Ticona Postigo, respectivamente, han convocado al V Pleno Casatorio Civil, con el objeto de uniformizar criterios jurisprudenciales vinculantes, de conformidad con el Art. 400° del Código Procesal Civil (CPC).

Este Pleno Casatorio Civil correspondiente a la Casación N°. 3189-2012 – Lima Norte, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, versa sobre una Nulidad de Acto Jurídico, siendo el señor Rodrigo Sánchez De la Cruz, el demandante, y los demandados la Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva, asimismo participaron en calidad de *AmicusCuriae* destacados profesores universitarios especialistas, como el doctor Juan Morales Godo, decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, doctor Juan Espinoza Espinoza, doctor Eric Palacios Martínez y el doctor Jairo Cieza Mora, profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, respectivamente.

Esta importante actividad se realizó en el marco de la política institucional del Poder Judicial de promover la función integradora y predecible de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los Plenos Jurisdiccionales y lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales y mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia, mediante la unificación de criterios jurisprudenciales; se establece así como doctrina jurisprudencial vinculante, en relación a la institución civil de la impugnación de acuerdos y la interpretación del Art. 92° del Código Civil lo siguiente:

*“La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el Art. 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemáticos y teleológicos que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.*

*El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado por el Art. 92 del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.*

*Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el Art. 92 del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma de acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.*

*Los legitimados antes precisados no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil y otras normas, fuera del plazo previsto en el Art. 92 del citado cuerpo normativo; solo y únicamente pueden impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado Art. 92 que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación.*

*Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil deben realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el Art. 92 del Código Civil, esto es:*

*Hasta 60 días a partir de la fecha de acuerdo.*

*Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo.*

*El juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otro norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre u cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el Art. 92 del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 02 del Art. 427 del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.”*

\*\*\*\*\*

## TENSIONES Y DIÁLOGOS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS PODERES POLÍTICOS

Patricio Maraniello

SUMARIO: I. Introducción. II. Conflicto de poderes. 1. *El caudillismo*. 2. *Complacencia de la Corte Suprema con el Poder Ejecutivo*. 3. *La potestad reglamentaria*. 4. *Los decretos de necesidad y urgencia*. III. Tensión política. IV. Diálogos de poder. IV. Hibridación de los sistemas. 1. *Hibridación en los sistemas concentrados*. 2. *Hibridación en los sistemas difusos*. V. A modo de conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

La Ciencia Política ha sostenido, desde John Locke y Montesquieu en adelante, que la mejor manera de controlar el poder del Estado es separarlo en diversas ramas o poderes, que corresponden a las funciones naturales y básicas de todo Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Esta idea, valiosa en sí misma, supone que los tres poderes del Estado son jerárquicamente iguales.

En una República, además de existir una división de poderes o de funciones (como lo considera una parte de la doctrina) existen los llamados controles recíprocos, donde cada poder del Estado es controlado por los otros dos restantes, siempre que estemos en una división tripartita.

En esta tarea, si bien sencilla, por medio de normas se establecen las potestades y las obligaciones de cada poder del Estado, pero en la práctica no resulta así, pues cada uno en su función diaria, consciente o inconscientemente en ejercicio de su rol institucional, encandilado por una elección popular o por prestigios personales, muchas veces estira a su máxima capacidad sus límites, produciendo de este modo, seguramente, una invasión ilegítima e irracional, ejerciendo facultades que le corresponden a otro poder

del Estado; la consecuencia de todo ello se la conoce comúnmente como conflicto de poderes.

A partir de allí, esta situación se puede resolver o continuar de dos formas, la imposición y supremacía de un poder del Estado por sobre otro poder, o en forma consensuada, meditada y organizada llegar a una pacífica solución donde ambas partes se consideran satisfechas.

El primer caso lo llamaremos “tensión política” y el otro, “diálogo de poderes”. Si bien en ambos se da por terminado —en forma temporal— el conflicto de poderes, en el primero tenemos un país que se aleja de un sistema republicano, y en el otro, un Estado que cumple en forma adecuada los designios republicanos. Del mismo modo acontece entre el Estado Federal y los Estados Provinciales, donde el primero absorbe potestades del segundo.

## II. CONFLICTO DE PODERES

En primer término, no debemos soslayar que los poderes del Estado ejercen sus funciones en forma muy diferente; mientras el Congreso legisla para el futuro y el Poder Judicial resuelve los conflictos producidos en el pasado, el Poder Ejecutivo atiende necesidades actuales tan cotidianas y variadas, como las relaciones internacionales, la defensa nacional, la regulación de la moneda, la percepción de los impuestos, la atención de la salud o la prestación de los servicios públicos<sup>1</sup>.

En cuanto a lo económico, en la Ley de Presupuesto de Argentina, para el ejercicio 2014<sup>2</sup>, el monto total de gastos es de \$860.000 millones, de los cuales la suma de los gastos asignados al Poder Legislativo y al Poder Judicial apenas supera los \$15.000 millones, es decir, menos del 2% del monto asignado al Poder Ejecutivo y a la Administración Pública.

Esto ocasiona, además de la gran diferencia presupuestaria, la clara dependencia del Poder Judicial y del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo, pues en caso de

---

<sup>1</sup> BIANCHI, Alberto B., “Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires”, 2014.

<sup>2</sup> Ley 26.895, BO del 22-10-2013.

producirse algún tipo de contingencia económica, se debe recurrir al Presidente de la República.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica del conflicto de poderes, la doctrina alemana considera que todo conflicto entre órganos constitucionales es, por sí mismo, un conflicto constitucional que pone en cuestión el sistema organizativo que la Constitución, como una de sus funciones básicas, ha establecido. Por ello mismo, sólo el Tribunal Constitucional, allí donde existe, puede ser el órgano idóneo para la resolución de este tipo de conflictos, que afectan a la esencia misma de aquélla<sup>3</sup>.

Como advierte al respecto Sánchez Agesta, el Tribunal Constitucional en España es la pieza de equilibrio de una ordenación compleja de poder, lo que lo convierte necesariamente en árbitro en los diferentes conflictos que puedan suscitarse. Con ello, el Tribunal Constitucional, como cualquier otro órgano jurisdiccional, eleva un conflicto de pretensiones al plano de una cuestión jurídica<sup>4</sup>.

Existen dos tipos de conflictos de poderes: los puramente políticos<sup>5</sup> están dados por el abuso de poder, el choque de poder y la división de poderes. Mientras que el conflicto de poderes jurídicos se desarrolla sobre aspectos que hacen al control de constitucionalidad de las normas jurídicas<sup>6</sup>, sin tener en cuenta aspectos políticos, sino sociales o particulares.

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dickinson, España, 1992, p.1120.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis, "Sistema político de la Constitución Española de 1978", Editorial Revista de Derecho Privado, 6ª ed., Madrid, 1991.

<sup>5</sup> Cuando hay abuso de poder, existe seguramente un poder que prima sobre otro; cuando hay choque de poder, cuando ambos poderes alegan ostentar el mismo poder y en la división de poderes se tratará de la falta de equilibrio que debe mediar entre los poderes.

<sup>6</sup> Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, e incluso, en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos espartanos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (Nomoi) y los decretos ordinarios (Psefismata). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunalado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *ius cogens* prove-

Pero en los sistemas difusos, al no haber un tribunal constitucional con facultades decisorias en cuestiones o conflictos políticos tan claramente como en los sistemas concentrados, la cuestión no resulta tan sencilla. Aunque, entre países que siguen el sistema difuso existen muchas distinciones.

Como por ejemplo Argentina y EE. UU., que regulan en forma diferencial el sometimiento de las provincias a la jurisdicción federal.

No obstante haber establecido el Poder Judicial federal sobre las mismas bases que la Constitución norteamericana, el constituyente argentino nunca incorporó la enmienda decimoprimer<sup>7</sup>.

Esta enmienda inhibe a la Corte Suprema y a los tribunales federales de intervenir en demandas contra los Estados. Tuvo que ser sancionada como consecuencia de las protestas que suscitó el fallo de la Corte en el caso *Chisholm vs. Georgia*<sup>8</sup>, en el cual se hizo lugar a una demanda contra un Estado por el cobro de bonos emitidos durante la Guerra de la Independencia.

En nuestro país, por el contrario, no existe tal prohibición, y las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y también ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción se ha restringido últimamente<sup>9</sup>.

En la Constitución Nacional existen dos regulaciones para dirimir conflictos entre provincias y entre una provincia y el Estado Federal: los arts. 116 y 117, y el artículo 127. En los primeros el Máximo Tribunal actúa como tribunal judicial, decidiendo una controversia sobre la base de un caso, y su sentencia tendrá el mismo alcance que todas sus decisiones.

Sin embargo, en el segundo se confía a la Corte Suprema una función esencial al establecer que “ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia, sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella”.

---

niente del mismo legislador (CAPPELLETTI Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, ps. 34-41).

<sup>7</sup> De acuerdo con esta enmienda: “*The Judicial Power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign State*”.

<sup>8</sup> 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El caso produjo tal conmoción que inmediatamente fue adoptada la enmienda decimoprimer<sup>a</sup>. Para un estudio completo del caso y la enmienda, véase ORTH, John V., *The Judicial Power of the United States - The Eleventh Amendment in American History*, Oxford University Press, 1987.

<sup>9</sup> Ver BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema reduce su competencia originaria”, JA 2006-II, 97.

La Corte Suprema de Justicia en el caso “Provincia de la Pampa”<sup>10</sup> considera que el art. 109 (actual 127) de la Constitución Nacional supone conferir al más alto tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente.

En la disidencia del Dr. Carlos S. Fayt se considera que esta función tiene cierta similitud con el arbitraje internacional, lo cual induciría a ver un indicio de soberanía. Pero la diferencia está en que el arbitraje internacional presupone consentimiento de las entidades que a él se someten, al paso que en el sistema de la Constitución, el arbitraje está impuesto a las provincias.

Su función, continua el Dr. Fayt, no es juzgar sino dirimir. En las acepciones que nos interesan, juzgar es “deliberar”, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en cualquier asunto, y sentenciar lo procedente; dirimir es “ajustar, fenecer, componer una controversia”.

Este peculiar y precioso sistema para componer controversias entre provincias, asegurando así la paz interior, tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano, y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. Lo toma Alberdi de la Constitución de Mora Grande, y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leves variantes.

Retomando el conflicto de poderes, podemos decir que en América han acontecido dos situaciones, que han sido una suerte de absorción de dicho conflicto; nos estamos refiriendo al movimiento político-social “caudillismo” y la complacencia del Poder Judicial.

### **1. El caudillismo<sup>11</sup>**

En la Argentina —al igual que en muchas partes de Latinoamérica— el caudillismo es una parte inescindible de la vida política. Vivimos en un país en el cual es común que los gobernantes se arroguen destinos mesiánicos con el ánimo de refundar

---

<sup>10</sup> CSJN in re “La Pampa, Provincia de vs. Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, del 03/12/1987, t. 310, p. 2478.

<sup>11</sup> BIANCHI, ob. cit., p. 21.

constantemente las bases del sistema. Obviamente que ello está favorecido enormemente por el tejido social.

Sarmiento escribió en *Facundo* que “un caudillo que encabeza un gran movimiento social no es más que el espejo en el que se reflejan en dimensiones colosales las creencias, las necesidades, las preocupaciones y los hábitos de una Nación en una época determinada”<sup>12</sup>.

El caudillo tiende a reemplazar con su figura a todas las instituciones. Linares Quintana decía: “Quizás el rasgo más típico de la política hispanoamericana sea el caudillismo, sistema que comporta el gobierno de los hombres y no el gobierno de las leyes. El personalismo signa a gobiernos y partidos, y son las personas en lugar de las ideas el eje de la turbulenta dinámica política de estos países”<sup>13</sup>.

De este modo, en dicho período los conflictos entre poderes muy difícilmente podrían ser una cuestión jurídica, sino de personas en el uso de la fuerza.

## **2. Complacencia de la Corte Suprema con el Poder Ejecutivo**

Alberto Bianchi hace un muy interesante estudio histórico, en el que el hiperpresidencialismo ha tenido la tolerancia de la Corte Suprema para con decisiones críticas del Poder Ejecutivo<sup>14</sup>.

Es un hecho fácilmente comprobable, a lo largo de toda nuestra historia, que la Corte Suprema en la Argentina ha prestado su apoyo político al Poder Ejecutivo en los casos de gran importancia institucional, sean éstos gobiernos democráticos o totalitarios.

Ya en 1865 en “Baldomero Martínez vs. Otero”<sup>15</sup>, la Corte legitimó lo actuado por el Presidente Mitre como gobernante de facto, doctrina que luego fue intensamente desarrollada a partir del Golpe de Estado de 1930.

---

<sup>12</sup> SARMIENTO, Domingo Faustino, *Facundo*, en Obras Completas, citadas en nota 14 de la Semblanza de Alberdi, t. VII, p. 20.

<sup>13</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, t. III, p. 548.

<sup>14</sup> BIANCHI, ob. cit. p. 27.

<sup>15</sup> Fallos 2-127 (1865).

Tampoco pudo resistir la Corte la influencia del Presidente Sarmiento en el caso “Zaballa vs. Astorga”<sup>16</sup>, originado en la Provincia de San Juan, donde en forma indirecta convalidó erróneamente que la legislatura local concediera al Gobernador facultades que corresponden al Gobierno Nacional durante el estado de sitio, tales como las de arresto y traslado de personas.

En 1922, bajo el Gobierno del presidente Hipólito Irigoyen, la Corte cambió su doctrina ultraliberal sobre la propiedad privada afirmada en 1903 en “Hileret vs. Provincia de Tucumán”<sup>17</sup>, cuando le tocó juzgar la constitucionalidad de la ley 11.157 sobre emergencia locativa<sup>18</sup>, piedra angular sobre la que ha pivotado toda la doctrina sobre las emergencias económicas. Ello no le impidió sin embargo —tres años después— volver a repetir con entusiasmo el carácter venerable de la integridad de la propiedad en un caso sin la trascendencia del anterior<sup>19</sup>.

Bajo la presidencia de Agustín P. Justo, negó al ex presidente Marcelo T. de Alvear, arrestado como consecuencia del estado de sitio, el derecho a elegir como lugar de residencia —luego de haber ejercido la opción para salir del territorio nacional— un país limítrofe<sup>20</sup>; doctrina que cambió en Rodríguez Araya<sup>21</sup> cuando el afectado carecía de la trascendencia política del ex presidente Alvear.

Igual apoyo de la Corte recibió el presidente Juan D. Perón, una vez que ésta fue convenientemente rearmada luego del juicio político de 1947.

Arturo Frondizi supo también contar con el apoyo del Tribunal en momentos políticamente difíciles. Uno de ellos fue la convalidación del llamado “Plan Conintes”, por medio del cual se había establecido la Ley Marcial, en el conocido caso “Rodríguez, Ruggero y Tambascio”<sup>22</sup>, bajo la “doctrina de la autopreservación del Estado”<sup>23</sup>.

Tampoco fue ajeno a esta protección el Gobierno del presidente Raúl Alfonsín. Ello tuvo lugar con la convalidación del llamado “Plan Austral”, mediante el cual se cambió la moneda por medio de un decreto (decreto 1096/85), en el caso “Porcelli vs.

---

<sup>16</sup> Fallos 11.423 (1872).

<sup>17</sup> Fallos 98-24 (1903).

<sup>18</sup> Horta vs. Harguindeguy, Fallos 137-47 (1922).

<sup>19</sup> Bourdié vs. Municipalidad de la Capital, Fallos 145-307 (1925).

<sup>20</sup> Marcelo T. de Alvear, Fallos 167-314 (1933).

<sup>21</sup> Fallos 200-253 (1944).

<sup>22</sup> Fallos 254-116 (1962).

<sup>23</sup> Véase el cons. 6°.

Banco Nación<sup>24</sup>, y cuando se aprobó la validez de las llamadas leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” en los casos Ramón J. Camps<sup>25</sup> y Julia J. Jofré<sup>26</sup>, respectivamente.

El presidente Menem, que también modificó la composición del Tribunal ampliando el número de sus jueces, disfrutó de un amplio respaldo de la Corte, manifestado en el apoyo a la política de privatizaciones. Ello tuvo lugar en la privatización de Aerolíneas Argentinas<sup>27</sup>, en la del sistema portuario<sup>28</sup> y sistema aeroportuario<sup>29</sup>. También fue convalidado en “Peralta vs. Gobierno Nacional”<sup>30</sup> el llamado “Plan Bonex”, por medio del cual los depósitos bancarios fueron sustituidos por la promesa de emisión de bonos externos con garantía dólar.

Aquí vemos una gran cantidad de casos en los cuales la Corte de Justicia apoyó medidas políticas que los diferentes presidentes necesitaban por ser cuestiones de mucha trascendencia para sus Gobiernos; muchas veces fueron realizadas por convicción y otras por conveniencias institucionales o personales, siendo sólo esto último lo más reprochable. Sin embargo, no debemos considerar que dichas Cortes de Justicia tan sólo resolvieron a favor del Gobierno de turno, sino que —como se dijo— era necesario para sus políticas económicas y/o sociales, aunque, realizando una apreciación jurídica, vemos cómo en muchos casos fueron desarrolladas alterando o destruyendo derechos constitucionales.

### 3. La potestad reglamentaria<sup>31</sup>

También ha llevado aguas al molino del superpresidencialismo la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, que se manifiesta en los llamados decretos reglamentarios (delegados o ejecutivos, según los casos) y en los decretos de necesidad y urgencia.

---

<sup>24</sup> Fallos 312-555 (1989).

<sup>25</sup> Fallos 310-1162 (1987).

<sup>26</sup> Fallos 311-80 (1988).

<sup>27</sup> José Roberto Dromi, Fallos 313-863 (1990).

<sup>28</sup> Cocchia vs. Estado Nacional, Fallos 1992).

<sup>29</sup> Jorge Rodríguez (jefe de gabinete), Fallos 320-2851 (1997).

<sup>30</sup> Fallos 313-1513 (1990).

<sup>31</sup> BIANCHI, ob. cit. p. 31.

En relación con los decretos reglamentarios, es decir, aquellos que emite el Poder Ejecutivo para poner en ejecución las leyes, se advierte aquí una nueva y profunda diferencia entre la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución Argentina.

En nuestro país, el Presidente es el principal órgano de emisión de estos reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen de aquél.

Los constituyentes de 1853 en esto siguieron el proyecto de Alberdi, que copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de Cádiz de 1812, volcado actualmente en el artículo 99, inciso 2 de la Constitución.

En los Estados Unidos el único paralelo que podemos encontrar con este artículo es la llamada *take care clause* del artículo II de la Constitución norteamericana, que encomienda al Presidente cuidar (*take care*) que las leyes sean fieles y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración.

Así, mientras en la Argentina es el Presidente quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos éste *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas, por las diferentes reparticiones públicas.

En los Estados Unidos la sanción de un reglamento es un acto rodeado de una gran cantidad de controles administrativos previos y de una gran participación de los eventuales afectados, todo lo cual tiende a superar el déficit democrático de las normas administrativas<sup>32</sup>.

Por el contrario, en la Argentina el Poder Ejecutivo y la Administración en general poseen una libertad completa para la sanción de reglamentos, que se comportan como un acto virtualmente discrecional y unilateral de la autoridad que los sanciona.

Dada la discrecionalidad existente en el ejercicio de los poderes reglamentarios acordados al Presidente y no limitados prácticamente por ley alguna, la Corte Suprema fue el Poder del Estado que lo ha controlado, en algunas ocasiones correctamente y en otras no. Y lo ha realizado fijando como buena doctrina que todo acto administrativo

---

<sup>32</sup>LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 4th. ed., American Bar Association.

debe tener por parte del Poder Judicial un control judicial suficiente<sup>33</sup>, y esto ha brindado seguridad jurídica a las decisiones administrativas.

Desde 1928 en adelante en el caso “Administración de Impuestos Internos vs. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”<sup>34</sup>, la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y, en general, los ha declarado constitucionales empleando para ello un cliché muy habitual que dice: “*Los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva*”.

Lo mismo afirmó en ulteriores pronunciamientos, entre los que cabe mencionar a “María F. de Salmón”<sup>35</sup>, “Pérez y González”<sup>36</sup>, “L. Bustos SRL vs. Nación Argentina”<sup>37</sup>, “Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines vs. E. Flaibán SA”<sup>38</sup>; “DGI vs. De Angelis SA”<sup>39</sup>; “The American Rubber Co.”<sup>40</sup>; “Compañía Azucarera y Alcoholera SA vs. Nación Argentina”<sup>41</sup>; “Krill Producciones Gráficas SRL”<sup>42</sup>; “Barrose vs. Nación Argentina”<sup>43</sup>; “Juárez vs. Nación Argentina”<sup>44</sup>; “Agüero vs. Banco Central”<sup>45</sup> “AADI-CAPIF vs. Hotel Mon Petit”; “Oharriz vs. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”<sup>46</sup>; “Provincia del Chaco vs. Estado Nacional”<sup>47</sup>; “Jesús Eijo SA”<sup>48</sup>; y “Gianola y otros vs. Estado Nacional y otros”<sup>49</sup>.

Esa apelación al “espíritu de la ley” obviamente es subjetiva y ha dado pie a una gran tolerancia de la Corte para con el Poder Ejecutivo.

<sup>33</sup> CSJN in re: “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José”, del 19/09/1960.

<sup>34</sup> Fallos 151-5 (1928).

<sup>35</sup> Fallos 178-224 (1937).

<sup>36</sup> Fallos 200-194 (1944).

<sup>37</sup> Fallos 232-287 (1955).

<sup>38</sup> Fallos 244-309 (1959).

<sup>39</sup> Fallos 304-438 (1982).

<sup>40</sup> Fallos 298-609 (1977).

<sup>41</sup> Fallos 311-1617 (1988).

<sup>42</sup> Fallos 316-1239, 1243 (1993).

<sup>43</sup> Fallos 318-1707 (1995).

<sup>44</sup> Fallos 313-433 (1990).

<sup>45</sup> Fallos 315-2530 (1992).

<sup>46</sup> Fallos 326-3032 (2003).

<sup>47</sup> Fallos 326-3521 (2003).

<sup>48</sup> Fallos 328- 43 (2005).

<sup>49</sup> Fallos 330-2255 (2007).

#### **4. Los decretos de necesidad y urgencia<sup>50</sup>**

Hijos directos de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo son los decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales el Presidente sustituye al Congreso en la función legislativa cuando razones de emergencia lo exigen.

Un estudio elaborado por Josefina Ichaso del Centro de Estudios Nueva Mayoría, que abarca los DNU dictados hasta el 20-03-2009<sup>51</sup>, revela que el presidente Menen dictó 4,4 DNU por Mes, el presidente Duhalde 9,3 y el presidente Kirchner 5.

La “abundancia” ejecutiva en el empleo de los DNU y la “escasez” legislativa del control sobre éstos, hizo que el Poder Judicial haya analizado la constitucionalidad de varios de ellos.

Al respecto, es preciso analizar los parámetros constitucionales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estos principios sentados principalmente en el caso “Verrocchi”, son los siguientes:

- i. La Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.
- ii. El texto del artículo 99, inc. 3 de la Constitución es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país.
- iii. En lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de la Corte Suprema evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

---

<sup>50</sup> BIANCHI, ob. cit., p. 33.

<sup>51</sup> Ver [www.nuevamayoria.com](http://www.nuevamayoria.com).

iv. La previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto, autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación.

v. Una vez admitida la atribución de la Corte Suprema de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son.

Se trata de casos fáciles, en los cuales la inconstitucionalidad del DNU era manifiesta y, además, no estaba comprometida ninguna decisión política de trascendencia”.

Ejemplos típicos de ello lo constituyen casos como “Video Club Dreams vs. Instituto Nacional de Cinematografía”; “Risolia de Ocampo vs. Rojas”;<sup>52</sup> “Verrocchi vs. Poder Ejecutivo Nacional”<sup>53</sup> y “Consumidores Argentinos vs. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional”<sup>54</sup>.

Por el contrario, ninguno de los principios sentados en estos fallos ha sido suficiente —hasta ahora— para invalidar aquellos DNU portadores de un fuerte interés del Poder Ejecutivo.

Pensemos, sin ir más lejos, en el decreto N° 214/2002 que fue declarado inconstitucional en el limitadísimo contexto de Provincia de San Luis vs. Nación Argentina<sup>55</sup>; pero sobrevivió con éxito en Bustos vs. Estado Nacional<sup>56</sup>, Galli vs. Poder Ejecutivo Nacional,<sup>57</sup> Massa vs. Poder Ejecutivo Nacional<sup>58</sup> y en todos aquellos casos en los cuales la decisión sobre la pesificación de las obligaciones tenía —de hecho— efectos ge-

---

<sup>52</sup> Fallos 323-1934 (2000).

<sup>53</sup> Fallos 322-1726 (1999).

<sup>54</sup> Fallos 333-633 (2010).

<sup>55</sup> Fallos 326-417 (2003).

<sup>56</sup> Fallos 327-4495 (2004).

<sup>57</sup> Fallos 328-690 (2005).

<sup>58</sup> Fallos 329-5913 (2006).

nerales. Lo mismo cabe decir de un precedente como “Guida vs. Estado Nacional”<sup>59</sup>, en el que estaba en juego nada menos que la masa salarial de todos los agentes de la Administración.

Existen otros ejemplos en los cuales el Poder Judicial ha considerado su constitucionalidad:

- Reducción y congelamiento de alquileres pactados<sup>60</sup>.
- Prórroga legal de las locaciones urbanas<sup>61</sup>.
- Moratoria hipotecaria<sup>62</sup>.
- Reducción de los intereses pactados entre acreedores y deudores hipotecarios<sup>63</sup>.
- Suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo<sup>64</sup>.
- Fijación de precios máximos para la venta de ciertos productos<sup>65</sup>.
- Disminución de haberes jubilatorios ya acordados<sup>66</sup>.
- Obligación de contratar e imposición de aportes forzosos a ciertos empresarios<sup>67</sup>.
- Obligación de las salas de cine de contratar “números vivos”<sup>68</sup>.
- Estatización de los depósitos bancarios y sustitución por un bono que todavía no había sido emitido<sup>69</sup>.

---

<sup>59</sup> Fallos 323-1566 (2000).

<sup>60</sup> Fallos 136-170; 204-195.

<sup>61</sup> Fallos 136-161; 199-466; 200-158; 206-158.

<sup>62</sup> Fallos 172-21 y 291; 263-83.

<sup>63</sup> Fallos 172-21.

<sup>64</sup> Fallos 144-220; 204-195; 235-171 y 512; 243-467.

<sup>65</sup> Fallos 200-450; 205-386.

<sup>66</sup> Fallos 173-5; 179-394.

<sup>67</sup> Fallos 177-147.

<sup>68</sup> Fallos 247-121.

- Conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera<sup>70</sup>.

### III. TENSION POLÍTICA

Cuando un poder del Estado toma funciones no propias o no cumple con sus obligaciones, produce lo que denominamos tensión política; en el primer caso una invasión a otro poder del Estado, cuya situación o queja ante la autoridad lesionante queda controvertida, pues la parte disminuida en su funciones protagonizará algún tipo de demanda o la conservará para momentos más propicios, si estamos frente a gobiernos totalitarios. Debemos resaltar que esta situación en algún momento tendrá su contrapartida o sublevación, pues no fue producto de un consenso sino de imposición, es por ello que lo llamamos tensión pues, aunque no se pueda visualizar la puja por diferentes circunstancias, la realidad indica que sigue latente, con una solución de silencio aparente pero no real.

En el segundo caso, se produce una tensión social producto de incumplimientos con los ciudadanos. Se considera tensión social a aquella situación en la que la persecución de determinados objetivos o la no satisfacción de ciertas demandas planteadas por diversos actores conlleva altos niveles de movilización política, social o militar y/o un uso de la violencia con una intensidad que no alcanza la de un conflicto armado, que puede incluir enfrentamientos, represión, golpes de Estado, atentados u otros ataques, y cuya escalada podría degenerar en un conflicto armado en determinadas circunstancias.

Estas tensiones están normalmente vinculadas a: a) demandas de autodeterminación y autogobierno; b) la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado, o a la política interna o internacional de un Gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o c) al control de los recursos o del territorio<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Fallos 313-1513 (1990).

<sup>70</sup> Fallos 327-4495 (2004); Fallos 329-5913 (2006).

<sup>71</sup> Estudio estadístico realizado por La Escola de Cultura de Pau; ver [www.escolapau@uab.cat](mailto:www.escolapau@uab.cat). Esta institución se creó en 1999 con el propósito de trabajar por la cultura de paz, los derechos humanos, el análisis de conflictos y de los procesos de paz, la educación para la paz, el desarme y la prevención de los conflictos armados.

Respecto a la relación entre el escenario de conflicto y los actores involucrados, los datos confirman la tendencia observada en años precedentes de que la mayoría de las tensiones tuvo un carácter interno. Esto significa que en un 62% de los casos (47 de 76) las crisis estuvieron protagonizadas por actores del mismo Estado, que actuaron dentro de sus límites territoriales. En el resto de los casos, las tensiones presentaron elementos de internacionalización (20%) o fueron identificadas como tensiones internacionales (18%).

La oposición de sectores políticos y sociales a determinadas políticas gubernamentales fue la principal causa de las tensiones en 2009, y en ocasiones generó una dura respuesta de las autoridades, como en el caso de Irán o Siria. A nivel global, la mayoría de las tensiones presentó una intensidad media o baja; pero en 11 casos se registraron altos niveles de intensidad, entre ellos Etiopía, la región etíope de Oromiya, Guinea, Sudán, Nigeria, Pakistán, Sri Lanka, Irán, la provincia china de Turquestán Oriental, Perú y la región rusa de Daguestán. A lo largo de 2009 se contabilizaron 76 escenarios de tensión en el mundo, concentrados principalmente en África (25 casos) y Asia (22). El resto de las tensiones tuvo lugar en Europa (13 casos), Oriente Medio (nueve) y América (seis).

A pesar de la multicausalidad de los casos observados, casi la mitad de las tensiones (37 de las 76, equivalentes a un 49%) estuvieron relacionadas con movimientos de oposición de sectores políticos y sociales contra las autoridades, con el propósito de acceder o desgastar el poder.

Es por ello que toda tensión política o social debe ser resuelta por vías legales dentro de un Estado de Derecho Constitucional, pues es la única forma de que los conflictos sean resueltos en forma efectiva y duradera, porque de otro modo son batallas interminables de todos contra todos.

#### **IV. DIÁLOGOS DE PODER**

El diálogo es una forma moderna y saludable para preservar las instituciones a través del cual se trata de llegar a un acuerdo entre organismos políticos; puede ser previo, para tratar de evitar el conflicto, o posterior, para reparar los daños sufridos.

Muchas veces la declaración de inconstitucionalidad puede ser mucho más dañosa para el sistema jurídico que su no declaración, atento a que en varias ocasiones aquélla trae consigo un vacío legal o un caos institucional y social.

Para evitar estos inconvenientes y para que el juez constitucional no se sienta traicionado con su deber y lealtad a la Constitución, se puede llamar al diálogo de poderes, para buscar una solución a dicho inconveniente.

Ha ocurrido en Alemania, partiendo de la base de la imposibilidad de la adaptación de todas las leyes previas a la Constitución; “en un solo día” se aceptó por un período de transición dar tiempo al legislador para subsanar la inconstitucionalidad, por considerar que era el mal menor, frente a una declaración de nulidad. Que tal medida —la limitada vigencia de la ley— estaba más próxima a la Constitución que el caótico vacío legislativo que se derivaría de la declaración de nulidad de la ley<sup>72</sup>.

Al respecto se consideró que solamente procedía la declaración de nulidad inmediata de aquellas que eran contrarias a la dignidad humana, a principios irrenunciables, y que hacían al Estado de Derecho y al orden democrático.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional de Alemania en un fallo del 14/09/1973 fijó como plazo para suprimir la prohibición de contraer matrimonio (en el caso de comunidades de vida) la conclusión del período legislativo de otoño de 1976.

La acción concertada en Italia, entre el Tribunal Constitucional, los jueces y el Parlamento está mostrando que es capaz de evitar, o al menos minimizar, los daños que el eventual vacío legal —generado por una sentencia— podría causar, haciendo que la Corte actúe cada vez menos aisladamente.

Como sintetiza Romboli, la *Corte Costituzionale* desempeña su cada vez más compleja actividad como juez de las leyes moviéndose entre dos polos: “el primero, representado, en cierto modo, por el juez *a quo*; el segundo, en cambio, por el legislador. Cuando la Corte establece un diálogo más estrecho con la autoridad judicial y se muestra más sensible a los intereses expresados por ella —que suelen coincidir con los intereses presentes en los procesos principales—, lo que se manifiesta es, esencialmente,

---

<sup>72</sup>WITTHAUS, Rodolfo Ernesto, *Poder Judicial alemán*, Ad Hoc, 1994.

el carácter jurisdiccional del proceso constitucional; mientras que cuando se muestra más atenta a las exigencias del legislador, termina inevitablemente por aumentar y evidenciar el carácter político implícito en el proceso mismo”<sup>73</sup>.

Ese diálogo directo con la autoridad judicial e indirecto con las partes del proceso principal, así como con el legislador, determina en gran medida la forma y el contenido de las sentencias de la Corte, siendo otro intento de buscar alternativas a la excesiva rigidez de la previsión constitucional, que contempla exclusivamente la anulación de preceptos con efectos *erga omnes* y *ex tunc*. Como recuerda con propiedad La Pergola, la sentencia interpretativa en su versión estimatoria se impuso en Italia porque, si se adoptase una sentencia desestimatoria, los efectos vinculantes del pronunciamiento no se encontrarían previstos en ningún texto normativo, y el resultado de la decisión adoptada resultaría incierto<sup>74</sup>.

En la Argentina se ha utilizado esta herramienta que fue llamada como los efectos diferidos en el control de constitucionalidad de las leyes<sup>75</sup>, y precisamente en el caso “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de Casación”, donde la Corte se expidió sobre la subrogancias de los jueces por parte de los secretarios judiciales, sobre la base de considerar inconstitucional la reglamentación emanada del Consejo de la Magistratura. Pero en este caso se debía tomar en cuenta que la inconstitucionalidad produciría la nulidad de parte o de todo lo actuado por jueces subrogantes. Dada la significativa cantidad de designaciones llevadas a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades podían incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República. Destacó, asimismo, que esas consecuencias no se traducirían sólo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreseídas.

En virtud de todo ello, *sin abrir juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas* —punto cuyo tratamiento difirió a la existencia de un planteo que

---

<sup>73</sup> ROMBOLI, R., Italia en AJA, E. (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

<sup>74</sup> LA PERGOLA, A., Prólogo en MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia...*, pagina 19.

<sup>75</sup> MARANIELLO, Patricio, “Los efectos diferidos en el control de constitucionalidad”, Diario La Ley, Argentina.

habilite la competencia ordinaria o extraordinaria del Tribunal— e invocando las atribuciones conferidas en su condición de cabeza del Poder Judicial de la Nación, estimamos oportuno ejercer la facultad y el deber constitucional de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para evitar el caos institucional sin precedentes, que provocaría la extensión indiscriminada de esas nulidades.

En esa inteligencia, se invitó a los poderes del Gobierno Federal a cumplir, de un modo adecuado en el tiempo, su ineludible función de nombrar a los jueces nacionales y federales en las numerosas vacantes existentes con nóminas provistas a ese efecto por el Consejo de la Magistratura.

Ello, a fin de hacer viable a los habitantes del país su elemental derecho a la jurisdicción. También se los invitó a adoptar las medidas necesarias para adecuar las normas reglamentarias del proceso de designación de los jueces, de modo tal que las vacantes sean efectivamente cubiertas en un tiempo razonable que tenga en cuenta la naturaleza impostergable de los reclamos que se someten a conocimiento de los tribunales.

En función de ello, decidió: 1) Mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo a la reglamentación cuestionada; y 2) invitar al Poder Ejecutivo Nacional y al Consejo de la Magistratura a que, en sus respectivos ámbitos de competencia y en la medida de sus posibilidades, ejerzan las atribuciones necesarias para proceder a las designaciones de magistrados en los cargos vacantes<sup>76</sup>.

Esta invitación es sin duda un llamado, por parte de la Corte de Justicia Nacional, al diálogo de poderes, pues las vacantes deberían cubrirse en modo más ágil, para no llegar a la problemática actual de tener que subrogar una gran cantidad de juzgados que se encuentran sin juez; pero ello deberá requerir la coordinación de los tres poderes en conflicto, es decir, el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, cuya actuaciones eran descoordinadas e inconstitucionales, pues no existía ninguna norma constitucional que permitiera la designación de subrogancias, y con ello, claro

---

<sup>76</sup> Este criterio ya había sido sostenido desde antaño cuando en el derecho romano, a través de la Lex Barbarius Philippus, se mantuvo la validez de los actos dictados por un pretor que fue designado sin reunir las calidades necesarias para ello, según las normas de la época, dada su condición de esclavo (Digesto, Libro II, Título XIV, 3).

está, que sus decisiones no encuentran un adecuado respeto al modo que la Constitución indica.

Por lo tanto, las características que debe tener el diálogo de los poderes son: 1) Una autolimitación de la función específica de un poder del Estado, un no actuar en funciones no habilitadas constitucionalmente, 2) una invitación al diálogo, 3) una oportuna decisión al diálogo de los poderes, 4) la aplicación de un efecto diferido en la inconstitucionalidad de la norma en litigio.

## V. HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS

Actualmente es muy difícil encontrar sistemas, tanto concentrados como difusos, completos o cerrados, pues ambos están sobrellevando un período denominado de “hibridación”.

### 1. Hibridación en los sistemas concentrados

Los sistemas concentrados, con el amparo en España o Alemania, han permitido una mayor participación de los todos los jueces ordinarios en cuestiones constitucionales. Otro tanto se ha desarrollado en Italia, donde se les ha dado el control de admisión de constitucionalidad de las normas jurídicas a los jueces ordinarios, teniendo por lo tanto un sistema de admisión difusa.

Actualmente ya se empieza a aceptar que la jurisdicción constitucional italiana camina, en la práctica, hacia un sistema cada vez más *inter partes*. Las decisiones buscan circunscribir las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad preferentemente a las partes de la demanda concreta, evitando el gravoso instrumento de las decisiones *erga omnes*.

En ese sentido, Groppi entiende que hay una tendencia a acrecentar el papel de los jueces ordinarios en la jurisprudencia constitucional de los últimos años, que va más allá de la aplicación de sentencias aditivas de principio o de la necesidad de interpretación conforme a la Constitución; en ausencia de reglas creadas por el legislador, la Corte no ha declarado inconstitucional una laguna colmándola (ni siquiera con un princi-

pio), sino que ha invitado al juez a buscar él mismo el principio en el sistema constitucional<sup>77</sup>.

De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación —para obligar el Poder Judicial a acatarlas—, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas, y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo de los jueces, permitiéndoles que decidan cuestiones constitucionales, que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia. Es decir, de la preocupación inicial por emitir sentencias con efectos *erga omnes* con la intención de legitimarse —en una época en la cual la Corte no encontraba a los jueces ordinarios demasiado propensos a aplicar la Constitución— ha pasado a dar preferencia a soluciones judiciales con efectos meramente *inter partes*. Un cambio que se debe también al hecho de que la aplicación de la Constitución es algo ya asimilado como natural por la jurisdicción ordinaria<sup>78</sup>.

## 2. Hibridación en los sistemas difusos

Por otro lado, los jueces de los modelos difusos fueron incorporando en sus sentencias y efectos un rol más político, como por ejemplo las sentencias aditivas, y en cuanto a los efectos, podemos citar los diferidos, derogatorios o *erga omnes*.

En los sistemas concentrados existe una mayor autonomía o independencia en sus decisiones que en los sistemas difusos, por estar siempre ligado a una causa. Aunque en algunas causas se ha extendido ello como en el caso “Pedraza”<sup>79</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde además de declarar la inconstitucionalidad sobreviniente, lo ha realizado de oficio y con efectos *erga omnes*<sup>80</sup>. Finalmente, debemos reparar

---

<sup>77</sup> GROPPI, T., “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces en la experiencia italiana”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 107, mayo-agosto 2003, p. 502.

<sup>78</sup> ZAGREBELSKY, G., GROPPI, T., “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’?... ob. cit. ps. 501 y ss. Ver también: ANZON, A., “Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente” en *Giurizprudenza Costituzionale*, 1998.

<sup>79</sup> Resuelta el 06 de mayo de 2014.

<sup>80</sup> Ampliar en, MARANIELLO, Patricio, “Declaración de inconstitucionalidad de oficio con efectos *erga omnes*”, LL diario del 02/06/2014.

que en un modo de autorestricción la Corte, antes de asumir un rol político, llama al diálogo de poderes, dictando sentencias con efecto diferido, es decir, sentencias que no declaran la inconstitucionalidad de la norma, por más que ellos la consideran contraria a la Constitución, pero le da un tiempo a los otros poderes del Estado para que se reúnan y constitucionalicen las normas inadecuadas.

Pero sin dejar de señalar el proceso de hibridación del sistema, puesto que tanto el dialogo de poderes como los efectos difusos fueron tomados de los sistemas concentrados, pues no son herramientas de uso de los sistemas difusos.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los poderes del Estado, como las personas, tienden a producir conflictos, producto de la ambición, el ego, las necesidades insatisfechas, etc. La Corte Suprema de Justicia, que comenzó a funcionar en 1863, tuvo un rol muy importante en el conflicto de poderes, resolviendo y dirimiendo<sup>81</sup> los problemas políticos entre los poderes del Estado y entre los propios Estados, o entre el Estado Federal y las provincias.

En la Argentina a principios del siglo XIX el conflicto o la ausencia de poder (periodo anárquico) trajo aparejado el caudillismo que, como sostenía Sarmiento, fue un fiel reflejo de un gran movimiento social, aunque implementado por el gobierno de los hombres por sobre el gobierno de las leyes.

Si bien, luego del período constitucional de 1853/1860 la República Argentina se ordenó jurídica y políticamente, tuvo períodos de gobierno de facto en los que quedaron suspendidas las garantías constitucionales, donde los resultados producidos desde la restauración democrática de 1983 aún hoy se encuentran en período de reparación con tensión permanente.

Los conflictos de poderes existen y existirán, dando resultados donde las tensiones políticas fueron las respuestas incorrectas de los Estados. La mayoría de estos conflictos de origen étnico, religioso, político, cultural, etc., tuvieron su carácter interno (alrededor del 62 %).

---

<sup>81</sup> De este modo está regulado en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, en cuanto a su función resolutoria, y en el art. 127 en su rol dirimente, negociador o mediador.

Con la esperanza puesta en los tratados internacionales, en este siglo XXI tendremos la expectativa de que los conflictos de poderes sean resueltos a través del diálogo de poder y no de tensiones políticas.

Los conflictos de poderes tienen una regulación y un desarrollo diferente si estamos frente a un sistema difuso o concentrado.

En los sistemas concentrados, como sintetiza Romboli, la *Corte Costituzionale* desempeña su cada vez más compleja actividad como juez de las leyes moviéndose entre dos polos: “el primero, representado, en cierto modo, por el juez *a quo*; el segundo, en cambio, por el legislador”. Ese diálogo directo con la autoridad judicial e indirecto con las partes del proceso principal, así como con el legislador, determina en gran medida la forma y el contenido de las sentencias de la Corte, siendo otro intento de buscar alternativas a la excesiva rigidez de la previsión constitucional, que contempla exclusivamente la anulación de preceptos con efectos *erga omnes* y *ex tunc*.

En las tipologías de las sentencias se pretende subrayar la premisa de que la tarea principal del Tribunal Constitucional en esos años ha sido siempre la de intentar adaptarse y superar la parquedad normativa para lograr cumplir con más eficacia su función. Como recuerda con propiedad La Pergola, la sentencia interpretativa en su versión estimatoria se impuso en Italia, porque si se adoptase una sentencia desestimatoria, los efectos vinculantes del pronunciamiento no se encontrarían previstos en ningún texto normativo, y el resultado de la decisión adoptada resultaría incierto<sup>82</sup>.

Esta realidad, que en los primeros tiempos de la Corte unió a la mayoría de la doctrina en contra de la primera tesis de Calamandrei respecto a la sentencia desestimatoria como interpretación auténtica de la ley, ilustra bien la influencia de la falta de norma reguladora sobre la tipología de sentencias. El permanente diálogo entre la doctrina y la Corte, en parte gracias a que buena parte de los autores italianos más importantes acabaron ocupando una silla entre los magistrados del Tribunal Constitucional, fue otro factor relevante para el enriquecimiento de la tipología. Las sentencias de dicho tribunal son, sin lugar a dudas, las más representativas de la rica tipología italiana, aunque no se ignora la existencia de algunas variantes. Para un análisis más claro del rico

---

<sup>82</sup> LA PERGOLA, A., “*La Giustizia Costituzionale nel 1986*”, en *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti* (1956-1989), Roma, 1991.

fenómeno tipológico de los pronunciamientos del Tribunal italiano, las decisiones de la Corte se clasificarán en sentencias simples, que en principio son las que más atienen al art. 136 CI; sentencias interpretativas, que abarcan las interpretativas *stricto sensu* —en las cuales la Corte elige una interpretación constitucional o inconstitucional entre las deducibles del precepto cuestionado— y las manipulativas aditivas, reductoras y sustitutivas, en que la Corte manipula los preceptos legales para adecuarlos de inmediato a la Constitución; y, finalmente, la modulación de los efectos temporales de las sentencias hacia el pasado —con las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida— y hacia el futuro, con las admoniciones al legislador y las sentencias aditivas de principio, en las cuales el diálogo con los Poderes Judicial y Legislativo se muestra más visible.

En los sistemas difusos no existe esta problemática entre el juez ordinario y el juez constitucional, pues ambos se encuentran unidos en todos los jueces del Poder Judicial. Pero con el advenimiento de los tratados internacionales se le ha sumado una función más, pues es también juez internacional o convencional, en el primero como custodio de los principios internacionales y en el segundo caso a través del control de convencionalidad.

Aunque hoy en la Argentina también podemos hablar del juez político, que no sólo debe resolver las cuestiones atinentes a la división de poderes, sino también cuestiones políticas económicas, sociales y ambientales. Tales son los casos del corralito financiero, la paridad cambiaria, los problemas de vivienda, de salud, y las cuestiones de saneamiento de aguas contaminadas, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tomado una postura más cercana a decisiones políticas que judiciales, que resultaron plausibles para la sociedad.

Ello ha sido un factor importante, ya que si bien la gran mayoría de los estudios sobre la imagen que de la Justicia tiene la opinión pública en la Argentina arrojan un promedio, en más menos un 67% de signo negativo<sup>83</sup>, cuando la sociedad es consultada específicamente por la imagen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos encontramos con guarismos totalmente distintos: más del 78% coincide con una imagen entre buena y muy buena.

---

<sup>83</sup> Investigaciones realizadas en distintos momentos, como las de Latín barómetro, la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA) a través de su Observatorio del Estado de Derecho o las realizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) mediante el Centro de Estudios Nueva Mayoría, corroboran la alta imagen negativa que tiene la Justicia en nuestra sociedad

Esta divergencia ocurre habitualmente en los sistemas difusos. Sin embargo, en la actualidad es muy difícil encontrar un sistema completo tanto concentrado como difuso, lo que hace que cada uno se acerque más al otro, esta etapa se la conoce con el nombre de hibridación de los sistemas judiciales.

Finalmente, debemos observar que en los problemas de conflictos de poderes el diálogo de poderes es la solución más beneficiosa tanto para el sistema político como para los ciudadanos, y se fue perfeccionando en los sistemas. En los sistemas difusos los jueces tratan de decidir junto con los poderes del estado, ni a favor ni en contra, sino junto a ellos. Mientras que los sistemas concentrados se acercan cada vez más hacia un sistema *inter partes*, circunscribiéndose las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad preferentemente a las partes concretas.

En línea con las últimas posiciones de Zagrebelsky<sup>84</sup>, para quien “..el derecho basado en reglas está gradualmente dando lugar a un derecho basado en principios y por eso más dúctil..”. Ello coincide actualmente con la evolución más reciente de la Corte de Justicia Italiana.

---

<sup>84</sup> ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzional*, Milan, 1977, p. 320.

## ELEMENTOS METODOLOGICOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

Giovanny Francisco Niño Contreras<sup>1</sup>.

### Resumen.

La observación y análisis del influjo internacional de las ideas para la comprensión sobre el desarrollo que un campo del conocimiento en el derecho ha tenido en un periodo de tiempo, resulta en ocasiones insuficiente así se trate de lugares donde la producción del conocimiento es escasa. Las dinámicas locales en las que las recepciones de ideas suceden para explicar sus propios fenómenos, la adaptación de conceptos para dar un impulso específico al área de conocimiento, o los debates, controversias, diálogos y puntos de acuerdo, contribuyen en sí, en la construcción de un conocimiento local, el cual para intentar describirlo se debe desentrañar en varios componentes, su contexto de desarrollo, sus actores o participantes, sus relaciones, sus posiciones teóricas, el impacto de los conceptos en el fortalecimiento del área, la conformación de comunidades y en ultimas la definición de un área de conocimiento de una ciencia social como el derecho constitucional.

### Introducción.

Esencialmente este escrito presenta un marco de aproximación metodológica, sobre trasplantes de las ideas, teoría sociológica del conocimiento, la importancia del contexto social de producción e historia de los conceptos, susceptible de ser aplicado en los estudios constitucionales en América Latina.

### La Teoría De Trasplantes y La Formación De Culturas Locales.

El profesor Diego López en su teoría impura del derecho plantea que de los sitios de producción se realiza un proceso de trasplante o de difusión o adaptación de ideas a culturas jurídicas locales (pg 71) y que esta circunstancia supone que se produce una interrelación dependiente, que da lugar al nacimiento de teorías del derecho locales, generando de este modo dos condiciones que pueden ser comparables, y que ésta es una buena ruta para poder explicar las *dinámicas de la teoría local del derecho* (pg 72) , *que surgen por oposición a teorías generales o universales* (pg 73) aunque éstas, habitualmente hayan sido tenidas poco en cuenta en sus propios círculos de desarrollo y

---

<sup>1</sup> Polítólogo, Magister en Derecho, Magister en Relaciones Internacionales, Estudios de doctorado en en Derecho.

casi nada en las redes intelectuales transnacionales. En todo caso se propone *mostrar el valor que tiene la reconstrucción local de la teoría jurídica* (pg74), ya a partir de una teoría del derecho comparada entre teorías generales y particulares, desde un interés crítico, o descriptivo acerca de estas transformaciones.

Frente a su interés de desarrollar la idea de *teoría comparada del derecho* realiza un barrido amplio de autores principalmente norteamericanos que abordan desde diferentes puntos de vista este enfoque, pero centra una especial atención en William Ewald profesor de la universidad de Pennsylvania, por considerar que coinciden, en algunos aspectos, argumentativamente en la teoría comparada (TeoComp<sup>2</sup>) en el sentido que él la usa. De manera resumida Ewald hace una crítica del cómo se realiza el derecho comparado, señalando que desde el formalismo se hace de carácter literalista y desde el realismo se ha vuelto extremadamente contextualista, proponiendo *investigar contextos intelectuales para la comprensión de un sistema jurídico dado* (pg 85) *investigando el derecho en las mentes* (pg 86). El profesor Diego López formula que

“Si se toma en serio un estudio cultural del derecho de la manera como lo propongo... ]La posibilidad de prescribir en teoría del derecho...] depende...] de un trabajo anterior que consiste en describir de manera correcta la red de ideas, autores e instituciones que conforman el escenario intelectual desde el que los abogados y otras personas piensan acerca del derecho.”

Sin embargo aunque existen coincidencia con Ewald hay profundas diferencias. En todo caso el profesor Diego López busca formular *una teoría del derecho nacida de los trasplantes extraídas de diferentes tradiciones* (pg 90).

El profesor Diego López para emprender el planteamiento de su objetivo de investigación en la “teoría impura del derecho” toma como una referencia relevante un escrito norteamericano que tenía por objeto la descripción de la filosofía jurídica global, el cual tenía una especial dedicación a Latinoamérica, en este tomo se describe la filosofía latinoamericana como el resultado de los efectos de la tradición europea; en la descripción de Kunz, una iusfilosofía local está constituida exclusivamente por la alta teoría de eruditos, no por las ideas que han penetrado en la profesión legal (pg. 29), es decir, las convicciones iusteóricas efectivas dominantes en una comunidad jurídica realmente existente (pg. 30) como el profesor Diego López antepone a Kunz.

Para el profesor Diego López resulta complejo definir el espacio vacío entre producción transnacional y recepción iusteórica (33) para lo cual anota que no se trata de mera copia o pura originalidad, sino de una iusteoría particular - Culturas jurídicas reales - que es una actividad de producción y no mera recepción (34). Pero qué sucede cuando los iusteóricos locales redimen las tareas científicas de la iusteoría como la descripción, la prescripción y la predicción (pg. 33). Digamos por el momento que ese sería el objeto de la investigación que aquí se plantea, ya no rastrear los trasplantes (tergiversaciones) de

---

<sup>2</sup> Nota 7, pg. 77. Teoría Pura del derecho. Diego López Medina. 2004

teóricos transnacionales sobre los locales en una relación de dependencia, sino concentrarse en la producción y recepciones de ideas al interior de la cultura jurídica local en la que se dan relaciones de interdependencia, también tergiversaciones, que logran imbricarse produciendo dinámicas, adaptaciones, variaciones y procesos endógenos de verdadera creación (35).

Es necesario partir de la hipótesis según la cual el proceso de trasplantes o transmutaciones que han configurado el derecho en Colombia ha dado origen a una disciplina del derecho llamada derecho constitucional colombiano, que vale la pena ser estudiada y ser descrita desde los supuestos planteados por el profesor Diego López, en este sentido se hará necesario aproximarse a la manera en que pueden ser estudiadas estas disciplinas intelectuales.

### **Aproximaciones Desde Una Teoría Sociológica Del Conocimiento**

Stephen Toulmin un profesor de humanidades colega de trabajo de Ludwig Wittgenstein, se interesó en temas de historia de las ideas y de la ciencia. En uno de sus textos revisados para efectos de esta propuesta “La Comprensión Humana” plantea una serie de métodos para el estudio de las disciplinas ofreciendo representaciones longitudinales genealógicas a fin de esquematizar los progresos conceptuales, las transformaciones, los giros epistemológicos que dentro de una comunidad intelectual ocurren.

La noción de disciplina intelectual puede aproximarse a la capacidad explicativa de los conceptos que la componen y los hombres que los conciben<sup>3</sup> (pg 164), en este sentido Toulmin busca plantear que las disciplinas intelectuales surgen mediante un proceso histórico en el que puede observarse la continuidad racional de ideas en respuesta a problemas que van conformando su corpus, al que se van adhiriendo hombres cuando se enrolan en la profesión correspondiente. Plantea la categoría de “procedimientos explicativos” (pg 167) para indicar que los científicos van organizando sus teorías en función de los fines colectivos de la disciplina y que estos se transmiten de una generación de científicos a otra, claro, con sus modificaciones, las que hayan resultado del proceso de aprendizaje del científico que busca resolver problemas o explicar fenómenos.

Toulmin busca en los procedimientos y técnicas hallar el conjunto representativo de conceptos que constituye la transmisión colectiva de la disciplina intelectual (pg 170). En este sentido el proceso histórico de cambio conceptual (pg 208) es útil para establecer periodos de análisis que permita describir la manera en que los conceptos han sido creados, identificando su genealogía y sus participantes; han sido reformulados o han sido seleccionados de manera intelectual, o si han sido el resultado de innovaciones o hallazgos.

---

<sup>3</sup> TOULMIN Stephen. La Comprensión Humana. Alianza editorial. Madrid 1977.

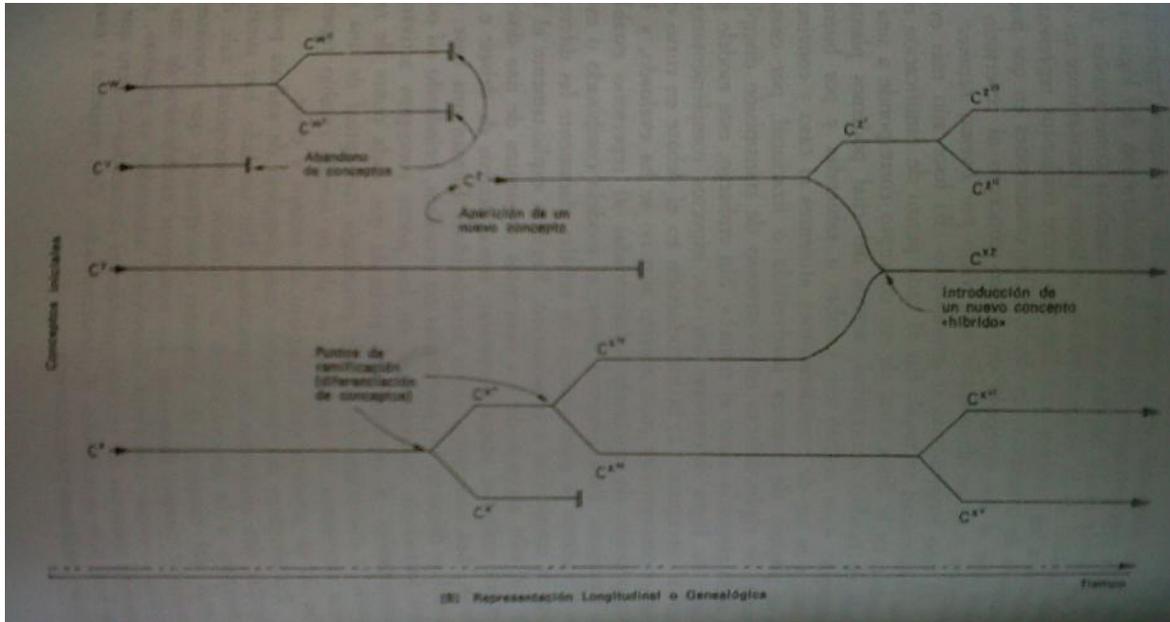
Sin embargo para Toulmin el componente humano es sumamente esencial y que puede, a la luz de esta propuesta, ser estudiado como una población de científicos vinculados a instituciones más o menos organizadas (pg. 268), que funciona como una empresa racional, dentro de la cual puede ubicarse grupos de referencia autorizados y otros que compiten para serlo. En este punto presenta una teoría política de las disciplinas intelectuales, que exhibe instrumentos característicos de la vida y la actividad política: grupos de presión, acciones de partido, pugnas entre bandos, entre otros, para conquistar la autoridad de una profesión. Frente a lo anterior propone como problema el discernir, cómo se transfiere la autoridad profesional de un periodo a otro, y que garantías hay de mantenerse las pretensiones intelectuales de la autoridad disciplinaria (pg. 277).

Un especial aspecto de análisis que no puede dejarse de lado son los “textos estándar” (pg. 282) a partir de los cuales se puede observar “cómo la transmisión intelectual de una disciplina se convierte en la *propiedad colectiva de una profesión*”. Otra de las cosas que cobra importancia es la propuesta de Toulmin de estudiar al menos desde dos puntos de vista la disciplinas intelectuales, esto es, un punto de vista interno y otro externo, en el primero hace referencia a la genealogía de los conceptos y el segundo a los factores sociales, de poder, o de contexto que generan el cambio científico. Y es relevante en la medida que es tal vez menos complicado en las ciencias y/o disciplinas consolidadas como la física o la biología, y que por lo contrario la división entre estos dos factores en disciplinas recientes no es muchas veces fácil de delinear,

“Aun los argumentos más puramente intelectuales sólo pueden explicar un cambio conceptual en la ciencia en el supuesto de que se dio una ocasión social en la que este argumento podía tener efecto” (pg. 310)

En resumen tanto la genealogía de los conceptos, como de las autoridades profesionales en una disciplina intelectual son elementos que posibilitan la realización de un análisis de población aplicadas a instituciones científicas de diverso tipo, diferentes factores podrían ser tenidos en cuenta para poder ser explicadas, entre ellos, los contextos en los que se desarrollan, las competencias internas por hacerse a la legitimidad del discurso, las rivalidades entre instituciones intelectuales o políticas, los científicos independientes, la generación de textos de referencia, las redes que configuran y dan sentido a las empresas de conocimiento.

La grafica siguiente es una representación longitudinal o genealógica, en la que puede observarse de izquierda a derecha la evolución de conceptos iniciales, que pueden ser abandonados como se muestra de arriba hacia abajo, o que pueden señalar el surgimiento otros, o en la parte inferior se puede observar la forma como se mezclan entre sí con otros, o se ramifican mediante interpretaciones aceptadas por la población que conforma la disciplina intelectual.



Fuente: pg. 210. La comprensión humana. Stephen Toulmin.

Carlos Pérez Gil, profesor universitario realiza un artículo sobre Toulmin<sup>4</sup>, allí presenta una idea de Toulmin: “empresa racional”, que se trata de una historiografía de los procedimientos que orientan los desarrollos intelectuales; y “ecología intelectual” que alude a la capacidad que tienen los conceptos de adaptarse a un ambiente intelectual receptivo. Según esto, La empresa racional puede llegar a convertirse en una empresa científica que posteriormente lleva a su institucionalización, sus componentes de funcionamiento serán la disciplina, las instituciones profesionales y los científicos, en este sentido cita el profesor Pérez de Toulmin:

La tarea de los historiadores y teóricos de la ciencia:

“es brindar una explicación históricamente convincente de la ciencia, contemplada tanto desde el punto de vista profesional como personal, que aclare cómo interaccionan los factores intelectuales, institucionales y personales; y cómo, al promover sus propios intereses legítimos, los científicos y las instituciones científicas, pueden al mismo tiempo, promover el “bien común” de sus disciplinas colectivas”<sup>5</sup>

<sup>4</sup> PÉREZ Gil Carlos Alberto. El Concepto De “Empresa Racional” Como Modelo De Desarrollo Científico En Stephen Toulmin. Copia de artículo enviada por el autor a mi e-mail.

<sup>5</sup> *Ibid.*, Pág., 274

## **El Derecho Como Campo Social De Investigación**

De otro lado, retomando argumentos planteados por el profesor Mauricio García Villegas, el derecho, siguiendo a Pierre Bourdieu, es un campo social <sup>6</sup> en el cual quienes participan se enfrentan por el monopolio de la interpretación de las normas jurídicas y de la visión legítima del derecho y de la sociedad. Los participantes en el campo jurídico – como los del campo religioso - luchan por la apropiación de la fuerza simbólica que se encuentra implícita en los textos jurídicos (Bourdieu 1986: 4). El derecho se convierte así en la forma por excelencia de poder simbólico – y de violencia simbólica - a través de la posibilidad que tienen sus practicantes de crear instituciones y con ellas realidades históricas y políticas a partir del simple ejercicio de nominación (Bourdieu 1986:13). Siendo el derecho un campo social depositario de un gran capital social y simbólico, no es de extrañar que al interior del campo existan fuertes enfrentamientos entre sus miembros por la posesión y distribución de dicho capital. Desde este punto de vista los debates teóricos al interior de la academia jurídica – por ejemplo entre formalistas y antiformalistas, entre iusnaturalistas y iuspositivistas o entre realistas e iuspositivistas – entre liberales y conservadores, buscan la consolidación de una determinada posesión-posición-distribución del capital simbólico que está en juego al interior del campo.

Para comprender el sentido y alcance de estos debates intelectuales, es necesario explorar las condiciones sociales y materiales que hicieron posible que un tipo de argumentación prosperara más que otro en las circunstancias económicas y políticas de país (Foucault 1971).

Una visión comparada de los autores, los debates, los movimientos que al interior de los campos del derecho pueden ser caracterizados como socio- jurídicos, debe tener presente la conexión compleja entre, por un lado la autonomía relativa de los discursos jurídicos que luchan por la apropiación de capital simbólico y, por el otro lado, el contexto social y político en el cual dichos discursos prosperan, de esta manera puede tenerse una idea adecuada de las razones por las cuales ciertas ideas, autores o movimientos son aceptadas.

## **Algunos Indicadores Que Permiten Enmarcar Estudios sobre derecho Constitucional en América Latina**

En otra dirección pero también introduciendo aspectos históricos el profesor Bernd Marquardt<sup>7</sup> se interesa en destacar la experiencia de la vida republicana de Latinoamérica y su aporte en el derecho constitucional moderno, a partir de su trayectoria, realiza una investigación a profundidad implementando para este fin, los métodos de los estudios

---

<sup>6</sup> Un campo es, según Bourdieu, un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que luchan por poder o capital. (Bourdieu 1992: 16)

<sup>7</sup> MARQUARDT Bernd. “Dos Siglos Del Estado Constitucional En América Latina”. Tomo 1. Universidad Nacional. Bogotá D.C. 2011

comparados. Parte en buena medida realizando observaciones sobre sus colegas alemanes, Peter Haberle, Hors Dippel, Kriele, Sieferle, (Koselleck: un teórico de la historia, más que de estudios constitucionales comparados), y otros más de la universidad de Frankfurt, Sankt Gallen y otras, quienes también han realizados estudios comparados del derecho constitucional y que revisan las experiencias europeas y norteamericana de forma histórica, conceptual y genealógicamente, entre muchos aspectos, aunque son parte relevante de sus formulaciones toma distancia de ellos en alguna manera.

El profesor Bernd se propone realizar una reconstrucción acerca del papel de Hispanoamérica en la historia universal del constitucionalismo moderno, señalando que esta experiencia ha sido de poco reconocimiento internacional, tal vez porque se ha subestimado al considerarse como un constitucionalismo subdesarrollado, o por una especie de autolimitación al emplear únicamente fuentes externas en la explicación aún de los desarrollos locales, o por el estigma del autocratismo o autoritarismo en América Latina, colocándola como un conjunto de regímenes políticos inestables, clientelistas y difusos.

Propone seis fases cronológicas para la comprensión del bicentenario del constitucionalismo hispanoamericano. Que abarcan los periodos: 1810-1847, 1848-1880, 1880-1916, 1917-1949, 1950-1980 y desde 1985 (pg. 94). Para comprender sus desarrollos, transformaciones, elementos de cambio, de crisis, de renovaciones. Las dos últimas fases son de especial interés, porque contribuyen a definir las líneas genealógicas de la producción del derecho constitucional sobre el cual se dispone un mayor conocimiento en América Latina, la fase del Estado en la crisis de la transformación industrial y el anticonstitucionalismo dictatorial (1950-1980) (Tomo2. Pg. 129) y la fase del restablecimiento del Estado Constitucional y la transformación al constitucionalismo pluralista (desde 1985) (tomo 2 pg. 225).

Otro de los elementos teóricos importantes del trabajo del profesor Bernd es su propuesta de establecer unos indicadores para *evaluar el lugar de un Estado en el bicentenario* (pg. 31), en un momento de la historia. Este conjunto de criterios es un ejemplo plausible de la forma como podrá aproximarse la evolución de los conceptos que han definido los periodos de desarrollo del pensamiento constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Al revisar una de las fuentes citadas por el profesor Marquardt, el teórico alemán Peter Haberle se encontraron algunos elementos provechosos en especial su concepción cultural de la constitución.

Es así que de manera muy resumida para Peter Haberle<sup>8</sup> la constitución es la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, realiza una aproximación conceptual de cultura entendida a partir de la sistematización de significaciones aportadas por Kroeber y Kluckhohn, según los cuales, la tradición, la innovación y el pluralismo son los elementos

---

<sup>8</sup> Häberle Peter. Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Editorial Tecnos, año 2000.

de toda teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Mediante esta misma lógica emplea el término “*cristalizaciones culturales*” obtenido de Kolakowsky, para indicar que estas, *forman un sustrato, que actúan como catalizador y permite el desarrollo de los textos normativos positivos* (pg. 36), con cristalizaciones culturales por ejemplo se refiere a textos de doctrina, discursos, fundamentaciones de voto de magistrados, argumentación legislativa. Para Haberle quienes hacen uso y terminan desempeñando un rol de codecisión y que terminan llevando a la práctica los procesos del desarrollo constitucional los denomina interpretes constitucionales, que pueden ser varios pero solo tomaremos como referencia a las “*Posturas dimanantes de.....la teoría de la constitución.... Como ciencia y literatura, subdividida a su vez en función de sus diferentes campos de investigación junto con sus correspondientes logros...y junto con: Las obras y resultados de las diferentes áreas de conocimiento científico...(pg 42)*”

Sin embargo atribuye un importante papel en el desarrollo constitucional a las cristalizaciones culturales que además de las señaladas también se encuentra las propuestas de la doctrina científica y que en ocasiones sirven de insumo para los intérpretes constitucionales. Para Haberle la teoría de la constitución como ciencia de la cultura “*Igualmente abarca las diferentes formas y posibilidades de influencia mutua en lo tocante a las diferentes materias jurídico constitucionales existentes (pg 49)*”

Finalmente cabe resaltar que Haberle considera como uno de los elementos esenciales la ciencia jurídica *en su calidad de asesora, mediante sugerencias y propuestas de mejora el desarrollo constitucional (pg 51).*

### **Filosofía Y Sociología Del Conocimiento: elementos para la comprensión de comunidades científicas.**

Retornando un poco a las ideas propuesta por Toulmin pero también haciendo uso de las referencias realizadas por el profesor Marquardt, encontramos a Koselleck<sup>9</sup>, quien hace una propuesta filosófica empleando términos de la geología, acerca de la historia de los conceptos, allí señala que los conceptos son cuando una idea se carga de connotaciones diversas con capacidad de trascender su contexto originario y proyectarse en el tiempo, en la medida que proveen a los actores sociales el sentido de su accionar<sup>10</sup>. Koselleck hace un desarrollo bastante filosófico y tomando periodos extensos de la historia, frente a los cuales realiza reflexiones en torno al surgimiento y mutación de los conceptos. Parcialmente se podría decir que se refiere a tres métodos de hacer historia, el primero la historia que se registra, es decir la experiencia inmediata; la historia que se desarrolla, que permite conjugar experiencias dispares; y la historia que se reescribe, que rearticula la experiencia originaria. Para Elias Palti, Koselleck logra combinar la filosofía con la investigación empírica. Koselleck es un autor complejo, acuña conceptos como la metahistoria para referirse a la historia que forja las ciencias naturales a la manera de un contexto en la que se desarrollan otras metahistorias como las políticas, superponiéndoles

---

<sup>9</sup> KOSELLECK Reinhart. Los Estratos del Tiempo: estudios sobre la historia. Editorial Paidós 2002.

<sup>10</sup> PALTÍ Elias. Introducción realizada al libro los estratos del tiempo de Koselleck.

capas de temporalidades de corta a larga duración y hasta llegar a tomar conceptos como los de historia del presente en los que discute sus diferentes acepciones y concluir con el desentrañamiento que influyen en la conciencia de los sujetos que viven la historia.

Por último, Michel Vovelle<sup>11</sup>, propone el término historia de las mentalidades. Coincide en afirmar que se trata a la vez de una historia de la cultura, que toma prestados los métodos de la antropología, la sociología, y que se inscribe en lo pluridisciplinario, con miras a encontrar la evolución de las consideraciones, pero esta perspectiva se distancia de la historia de las ideas teniendo en cuenta que ésta busca hacer una historia de la producción conceptual mientras que la historia de las mentalidades, en palabras de Vovelle, se refiere acerca de aquello que no tuvo un medio de expresión como una historia de la memoria. Tenía la intención de pasar por este autor para indicar que esta concepción propone un desarrollo sobre una historia de las ideas.

Una de las razones que motivaron este escrito es la escasa bibliografía en Colombia sobre derecho constitucional colombiano. Al revisar los varios libros que se ofrecen bajo este título, uno quisiera encontrar una historia acerca de las ideas locales que se han producido en este contexto, en vez de ello se encuentran manuales sobre la historia de la constitución de países centrales o en palabras de Karl Lowenstein, de constituciones originarias, o en su defecto una sistematización de las constituciones de la vida republicana, haciendo alusión a diferentes autores foráneos. Pese a este contexto de producción local, al buscar en el interior de los textos de doctrina constitucional colombiana, sorprendentemente se encuentran cientos de referencias a otros autores locales lo cual es sintomático de la existencia de un pensamiento constitucional local que aún se encuentra oculto y bien valdría la pena desentrañar, esto vale para Colombia, bien valdría, supongo para los países latinoamericanos, que no nos diferenciamos profundamente en la producción intelectual en los asuntos jurídicos.

## Bibliografía

- BOURDIEU Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. Modulo Sociología jurídica. Maestría en derecho Universidad Nacional de Colombia. 2003
- BOURDIEU Pierre. Estudio de la razón práctica. College de France. 1992
- DIPPEL Horse. Constitucionalismo Moderno. Editorial Marcial Pons. 2009.
- FOUCAULT Michel. La arqueología del saber. Traducción Aurelio Garzón del Camino. México siglo XXI. 1970.
- GARCIA Pelayo Manuel. Derecho constitucional comparado. Alianza Editorial. 1999.
- GARCIA Villegas Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad en Colombia: 1957-1997
- GUERRERO Andrea y NIÑO C Giovanni. Una Historia de las Ideas en el derecho constitucional Colombiano. Editorial. Universidad la Gran Colombia. 2011.
- HÄBERLE Peter. Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Editorial Tecnos, año 2000.
- HABERMAS Jurgen. La teoría de la acción comunicativa. Editorial Taurus 1999.
- KOSELLECK Reinhart. Los Estratos del Tiempo: estudios sobre la historia. Editorial Paidós 2002.
- LÓPEZ M Diego E. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana. Editorial Legis. 2004.
- MARQUARDT Bernd. "Dos Siglos Del Estado Constitucional En América Latina". Tomo 1. Universidad Nacional. Bogotá D.C. 2011

---

<sup>11</sup> VOVELLE Michel. Aproximación a la historia de las mentalidades colectivas en cuadernos de historia XII. Universidad de Lima facultad de ciencias humanas. 1991.

NIÑO C Giovanni. Producción del derecho de la Universidad Nacional 1987-1990. Tesis de maestría en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. 2007  
PALTÍ Elías. Introducción realizada al libro los estratos del tiempo de Koselleck. Paidós. 2002  
TOULMIN Stephen. La Comprensión Humana. Alianza editorial. Madrid 1977.  
VOVELLE Michel. Aproximación a la historia de las mentalidades colectivas en cuadernos de historia XII. Universidad de Lima facultad de ciencias humanas. 1991.

**VALORACIÓN, Y ANÁLISIS DE LA DE LA PRUEBA JUDICIAL**

**Norhys Esther Torregrosa Jiménez<sup>1</sup>**  
**Carlos Bernardo Medina<sup>2</sup>**

La presente investigación pretende realizar un análisis jurídico de los sistemas probatorios y su incidencia en las decisiones judiciales; de esta manera la valoración de las pruebas y las reglas de la sana crítica se revisan en un contexto sustantivo y procedimental, para entender los efectos de su apreciación y su repercusión en los fallos judiciales.

Al mismo tiempo, pretendemos enriquecer la revisión con un juicioso análisis socio jurídico, en cada una de las situaciones propuestas; complementando los resultados de las causas y efectos, meramente jurídicos en un enfoque realista, práctico y ajustado a la realidad socio jurídica.

En concreto tenemos que adentrarnos en el tema con los fundamentos de la teoría probatoria, los cuales dibujaremos a continuación y en complemento contemplaremos el tema de pruebas en el marco del debido proceso, para terminar en consideraciones acerca de la verdad, la certeza y la probabilidad, como presupuestos básicos de la decisión del juez.

La función jurisdiccional debe estar orientada a la aplicación de los derechos fundamentales, a la consecución de los fines esenciales del Estado (Art. 2 Constitución Política de Colombia), así como a la prevalencia del derecho sustancial, en el marco del debido proceso. Una de las debilidades detectadas es la valoración de la prueba, como fundamento racional y objetivo de la sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El sistema de la apreciación racional instaurado a partir de la derogatoria del Código Judicial (Ley 105 de 1.931), restringió de manera especial el sistema de la Tarifa Legal (sistema de la prueba tasada o de la prueba legal), que establece la obligación del Juez de mensurar la eficacia probatoria del medio de prueba indicado, según el valor que previamente se ha asignado por la norma jurídica.

Devis Echandía en su Compendio de la Prueba Judicial refiere que este sistema sujeta "al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba..."<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; Magister en Ciencia Política, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Magister en Docencia Universitaria, Universidad de La Salle, Bogotá, D. C. Catedrática Universidad de La Salle; docente investigadora, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Seccional Bogotá, D. C.

<sup>2</sup> Abogado Universidad Libre. Especialista en Derecho Administrativo. Magister en Derecho Procesal. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C. Ex conjuer Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Director y profesor en Especialización Derecho Probatorio, Universidad Sergio Arboleda. Docente en Derecho Procesal y Probatorio pregrado, especializaciones y maestría. Universidad Libre

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000, p. 16.

Las desventajas que tiene este sistema según Devis Echandía son de tres tipos: a) Mecaniza o automatiza al Juez, impidiendo que forme un criterio personal, y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado; b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, esto es no permite la búsqueda de la verdad real; c) Genera un divorcio entre la justicia y la sentencia, ya que se otorga preeminencia a fórmulas abstractas en desmedro de la función primordial del derecho de realizar la armonía social mediante una solución que responda a la realidad y que haga justicia.

De otra parte se encuentra el Sistema de la Libre Apreciación de la prueba (sistema de apreciación razonada, el libre convicción o de la prueba racional). Al respecto Carrión Lugo nos dice que "el juzgador tiene libertad para apreciar las pruebas actuadas de acuerdo a las reglas de la lógica, a las reglas de la experiencia, a su propio criterio racional de apreciación, a su observación crítica, a sus propios conocimientos psicológicos y alejado, naturalmente, de la arbitrariedad"<sup>4</sup>.

Devis Echandía observa además este sistema como parte del moderno sistema probatorio cuando expresa: "...el proceso moderno debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda; inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad, y con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica basadas en los principios de la sicología y la lógica y las máximas generales de la experiencia, quedando sujeto únicamente a las formalidades que la leyes materiales contemplan ad *substantiam actus*, o sea solemnidades necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos"<sup>5</sup>.

La aplicación de este sistema va de la mano con la motivación de la sentencia, pues en la parte considerativa de la misma debe figurar el proceso de convicción o certeza que las pruebas han creado en el Juez, pues con ello se observaran los principios del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, se evita incurrir en la arbitrariedad.

El Juez, apreciará todos los medios probatorios actuados, los confrontará unos con otros, establecerá la congruencia o incongruencia entre unos y otros, hasta llegar al convencimiento de la certidumbre de los hechos materia de la controversia<sup>6</sup>.

Con relación a los Sistemas Fundamentales para la Valoración de las Pruebas, se han considerado cinco sistemas de valoración de las pruebas, correspondiendo cada uno de ellos a una particular etapa o época histórica. Así, a la etapa primitiva de la prueba corresponde un sistema empírico de valoración; a la etapa religiosa de la prueba le corresponde el sistema de valoración divina o peritación divino-legal; a la etapa legal de la prueba le corresponde el sistema legal de prueba o de tarifa legal; a la etapa moral o sentimental le

---

<sup>4</sup> CARRION LUGO, Jorge...Op. Cit., p.53

<sup>5</sup> DEVIS ECHEANDIA, Hernando....Op. Cit., p.28.

<sup>6</sup> CARRION LUGO, Jorge...Op. Cit. p. 53-54.

corresponde el sistema de la íntima convicción; y, a la etapa científica de la prueba el sistema de libre valoración de la prueba.<sup>7</sup>

No obstante, se ha considerado que solamente hay dos sistemas<sup>8</sup> de valoración: el de prueba legal (tasada o de tarifa legal) y el de libre valoración (libre apreciación, apreciación racional y científica, de la sana crítica, entre otras denominaciones)<sup>9</sup>.

**Reglas de la sana crítica.** La doctrina entiende por reglas de la sana crítica a las "pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta la leyes lógicas del pensamiento) y argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que demuestra o repite, en los autos, la convicción formada en base a aquéllas"<sup>10</sup>. A propósito, debe tenerse presente que las reglas de la lógica son de carácter permanente y las reglas de la experiencia son variables en función del tiempo y del espacio (Linares).

**Reglas de la lógica.** "Sustentan la validez formal del juicio de valor contenido en la resolución que emita el Juez, permiten evaluar si el razonamiento es formalmente correcto, es decir, si no se ha transgredido alguna ley del pensar. Sus características son su validez universal y la legitimación formal que le otorga a la valoración efectuada por el Juez."<sup>11</sup> Monroy clasifica la lógica en analítica y dialéctica. La lógica analítica plantea que en un razonamiento, partiendo de afirmaciones necesariamente verdaderas se llega a conclusiones que también deben ser verdaderas. Sobre la lógica dialéctica precisa que estudia aquellos métodos que conducen el razonamiento en las discusiones o controversias, buscando persuadir, convencer o cuestionar la afirmación sostenida por el contrario<sup>12</sup>.

Ruiz Jaramillo en su trabajo de investigación "*El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*", inscrito en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, explica sobre la validez de la prueba judicial que "En su obtención, la validez de la prueba se relaciona con el debido proceso. Existe una validez formal que se refiere a los

---

<sup>7</sup> Carrara Francesco, en su programa de derecho criminal explica la existencia de tales sistemas. La doctrina europea y latinoamericana ha repetido esta historia para concluir que finalmente existen dos grandes sistemas (o principios): sistema legal (o de tarifa legal) y sistema de libre valoración o apreciación de la prueba.

<sup>8</sup> Aunque a estos dos sistemas también se les denomina "principios", tanto de la tarifa legal como de la libre valoración, no haremos un desarrollo del tema porque para los fines de este estudio no tendría una incidencia importante en su resultado.

<sup>9</sup> Sistema como lo designa Hernando Devis. Principio Michelle Taruffo, aunque también el mismo Devis le denomina principio.

<sup>10</sup> PAREDES, Paul...Op. Cit., p.312.

<sup>11</sup> Linares San Román, Juan. Juez Titular Civil de la Corte de Lima. La Valoración de la Prueba en Derecho y Cambio Social. En <http://www.derehocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm> tomado el 5 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. TEMIS – De Belaúnde & Monroy. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996, p. 307 – 308.

condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se relaciona con la conformidad de los contenidos de la decisión judicial en materia probatoria respecto a los contenidos constitucionales; este último se refiere básicamente a que la decisión del juez respete el principio de proporcionalidad lo mismo que el de racionalidad en su argumentación sobre los hechos como condición de legitimidad de la decisión.” Y continúa aclarando que “El debido proceso se entiende en dos sentidos, uno formal y otro sustancial.

A propósito de la interpretación del art. 29 de la Constitución sobre el debido proceso por la Corte Constitucional (Sentencia SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Cons. 4.2.2) preceptúa: “(...) es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales”.

El criterio de distinción alude simplemente a que el formal se refiere a los condicionamientos de validez (formal y material) que brindan las garantías legales y constitucionales para los actos procesales-probatorios de admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del proceso. En cambio, el sustancial se refiere a que la restricción de los derechos fundamentales sustanciales tanto en el ámbito extraprocesal como en el intraprocesal cumpla con los presupuestos constitucionales de validez (formal y material).”

*“Al momento de la valoración, las partes o los intervinientes, en virtud del derecho a la prueba, tienen la posición iusfundamental de exigir que la prueba relacionada con su interés material tenga validez y que después el juez establezca su capacidad demostrativa. No obstante, a la parte que se ve afectada en su interés material o en general en sus derechos fundamentales con alguna prueba, en virtud del debido proceso constitucional, le asiste el derecho de invocar los mecanismos procesales de exclusión de la prueba que no cumpla con los presupuestos de validez. Debe precisarse que la valoración de la validez de la prueba depende del motivo de la irregularidad probatoria. Si se trata de la ausencia de un requisito relacionado con la práctica de la prueba en el ámbito del proceso, y por tanto del debido proceso formal, ordinariamente son irregularidades subsanables o que pueden convalidarse con la conducta de la parte dentro del proceso; excepto que se trate de fallas estructurales relacionadas con el derecho de defensa en la vinculación de la parte al proceso. En este evento, si se anula el acto procesal de la vinculación de la parte, por efecto reflejo, la prueba también se considera viciada de nulidad. Lo mismo ocurre cuando la falla estructural del proceso se relaciona con los períodos probatorios o con las oportunidades para solicitar pruebas. La omisión de estas fases del proceso conlleva a la nulidad procesal y a la afeción como consecuencia de las pruebas allí obtenidas.*

*El debido proceso también se conculca al momento de la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación de la prueba para establecer la verdad procesal. Quitarle una oportunidad de prueba a la parte en razón de la extemporaneidad de la petición puede afectar la validez material de la posición iusfundamental de la parte a la luz del principio de proporcionalidad y, por ende, es posible la nulidad procesal por violación al debido proceso sustancial. En los eventos en que se trata de pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental sustantivo debe analizarse el cumplimiento de los presupuestos constitucionales que del debido proceso constitucional y sustantivo se desprenden para la restricción de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. Si se presenta incumplimiento de estos presupuestos el juez debe aplicar la nulidad de pleno derecho de que trata el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política. Entre estos presupuestos existen unos de carácter formal (ley previa, orden del*

*juez, motivación, personal autorizado para la práctica de la medida) y otros de naturaleza estrictamente material, el uno jurídico, que es el juicio de proporcionalidad y el otro fáctico que se denomina principio de la prueba mínima para intervenir, el cual se basa en los elementos probatorios existentes al momento de realizar la medida de obtención de prueba.*

*Como se observa, la validez constitucional tanto de las fuentes como de los medios de prueba tiene un importante nivel de complejidad, ya que implica realizar juicios jurídicos de carácter procedimental así como de valores y principios constitucionales; lo mismo que juicios de carácter probatorio los cuales se refieren a la capacidad demostrativa de los elementos de conocimiento disponibles en un momento determinado y permiten apuntalar la decisión en cuestión. Estos juicios valorativos se realizan tanto al momento de la sentencia, como en otros momentos procesales en los cuales debe valorarse la prueba. En especial en materia procesal penal los realiza el juez de garantías cuando enjuicia los actos de investigación con miras a ordenarlos o rechazarlos a solicitud del fiscal delegado; o cuando realiza el control posterior sobre actos que hayan sido previamente ordenados por la fiscalía.”<sup>13</sup>*

La certeza, o convicción entera, del juez pasa a ser la finalidad del acervo probatorio.<sup>14</sup> *La certeza no solo es un estado del conocimiento, resultante de operaciones intelectuales y lógicas, sino un estado emocional o psicológico de seguridad.*<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. Valoración de la Validez y de la Eficacia de la Prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. En [aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955), tomado en diciembre 5 de 2012. Págs. 168 – 170.

<sup>14</sup> Se entiende que el fin de la valoración de la prueba implica el precisar el mérito que la misma pueda tener para brindar certeza al Juez, en este sentido, su valor puede ser positivo o negativo. Entonces, debido a la valoración podrá el Juez determinar si la prueba ha cumplido su fin propio, esto es verificar su resultado. (Linares).

<sup>15</sup> De manera corriente se le da una connotación epistemológica y racional, pero no hay que perder de vista que el estado de certeza sobre un hecho (sobre sus circunstancias de lugar, tiempo, modo, sobre la buena o mala fe, la intención o dolo, el descuido, la negligencia, la imprudencia, etc.), también tiene un alto componente emocional o psicológico, constituido por el elemento *seguridad*. Cuando una persona está en estado de certeza sobre un hecho, así esté errada en su apreciación de los hechos, resulta muy difícil que cambie de opinión, llegando incluso a estados de terquedad. Es posible que tome determinaciones de las que posteriormente se arrepienta. El arrepentimiento es también un estado psicológico que genera emociones que, normalmente, se consideran desagradables. La duda, también genera emociones o estados psicológicos.

Sobre el estado certeza o de probabilidad sobre los hechos, podemos mencionar, lo siguiente:

a. CERTEZA: Posición de Devis Echandía, que lideró la Comisión redactora del código de procedimiento civil colombiano de 1.970 (Decreto 1.400 de 1.970): Sostiene que el grado de convicción *o eficacia de la prueba puede variar, en forma de producir en la mente del juez la certeza o simplemente una opinión de probabilidad o verosimilitud y también de ignorancia sobre el hecho objeto de aquella.* Reitera el citado autor que el juez solo puede declarar probado- un hecho- sobre la base de *su certeza o el convencimiento que tenga de él*, y que, cuando falta ese grado de eficacia probatoria debe recurrir a la regla de carga de la prueba para adoptar su decisión, pues él considera que *no le es lícito basarla sobre la simple verosimilitud o probabilidad del hecho.*<sup>16</sup>

Manifiesta Miranda Estrampes que la certeza se refiere a un conocimiento absoluto, que “aun existiendo diferentes especies de certeza<sup>17</sup>, ésta considerada en una misma especie no es susceptible de gradación, es decir no admite grados. La certeza se alcanza o no se alcanza, no cabe término medio. No puede decirse que el juez se halla semiconvencido o mínimamente convencido, lo está o no lo está.”<sup>18 19</sup>

---

Así, por ejemplo en los actos de presunto engaño, provocan en el sujeto pasivo del mismo, desconfianza, malestar o desencadenan en actos de retaliación. El juez también se arrepiente de sus injusticias por ligereza.

<sup>16</sup> El profesor Devis Echandía, que lideró la Comisión redactora del código de procedimiento civil colombiano de 1.970 (Decreto 1.400 de 1.970). En esa codificación se consagra como finalidad de la prueba judicial la de “formar el convencimiento del juez”, (ver artículo 175).

<sup>17</sup> La doctrina ha convenido en diferenciar a la certeza en dos categorías, la certeza positiva que no es otra que la que permite emitir una condena al haberse probado la materialidad del delito y la responsabilidad del imputado; y la certeza negativa, que, contrariamente, determina la suficiencia probatoria que lleva a haber acreditado la inmaterialidad del delito o bien la no responsabilidad del imputado.” Franco Echavarría, Neil Armstrong. El Estándar probatorio más allá de toda Duda Razonable en el Sistema Penal Oral Acusatorio actual en Colombia. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín. 2207

<sup>18</sup> Franco Echavarría, Neil Armstrong. El Estándar probatorio más allá de toda Duda Razonable en el Sistema Penal Oral Acusatorio actual en Colombia. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín. 2207. En [cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD.../01.Texto%20%20completo.pdf](http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD.../01.Texto%20%20completo.pdf), tomado en diciembre 6 de 2012.

<sup>19</sup> La prueba más allá de cualquier duda razonable, menciona Taruffo, en Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, que es un “...estándar de prueba que es típico del proceso penal (y que no se adopta en ningún tipo de proceso civil) es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*” y nos explica que “... tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma repetidamente hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense”, complementando, “... La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es esencialmente de naturaleza *ética o ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la “certeza” de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado — y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy* lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba

Ruiz Jaramillo se pronuncia con respecto a la certeza que “La verdad judicial es la decisión del juez respecto a las afirmaciones de los hechos que hacen las partes a partir de argumentos de convicción basados en la prueba obtenida con legalidad en el proceso y, sucedáneamente, si no se conforma un grado de certeza en su intelecto, la declara mediante la respectiva regla de la carga de la prueba que señale la ley según el tipo de proceso. De esta definición operacional de verdad procesal se establecen varias características de la misma de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales sobre el derecho probatorio.”<sup>20</sup>

b. Certeza o, en subsidio, aplicación de las reglas sobre carga de la prueba

Las reglas sobre carga de la prueba<sup>21</sup> distribuyen el peso de probar entre las partes<sup>22</sup> y, como tal, son reglas de conducta procesal para las partes. Esas mismas reglas -sobre carga de la prueba- son reglas de juicio frente al juez.

Son las reglas legales que el juez aplica al momento de decidir. Verifica quien cumplió, al momento de decidir de fondo, haciendo el inventario y el balance de los hechos que debían ser probados por cada una de las partes, y los que efectiva y legalmente fueron

---

con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.”

<sup>20</sup> Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. Valoración de la Validez y de la Eficacia de la Prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. En [aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955), tomado en diciembre 5 de 2012. Págs. 168 – 170.

<sup>21</sup> En síntesis, el principio de la carga de la prueba señala que cada parte en un proceso debe suministrar la prueba de los hechos de las normas que contienen el efecto jurídico que ellas persiguen. Al mismo tiempo, es una regla de conducta para el juez, mediante la cual puede decidir de fondo un asunto determinado cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar (Devis, 2002, p. 131).

<sup>22</sup> En lo penal y en lo constitucional el proceso se torna “*sui géneris*” en el sentido de que la prueba se asume de distinta manera por los intereses vitales que implica para la sociedad, el individuo y el sistema democrático. Así, por ejemplo, se presenta una serie de presunciones constitucionales que hasta cierto punto hace nugatoria la carga de la prueba para el justiciable o el accionante que actúa en defensa del ordenamiento jurídico en abstracto o en defensa de los intereses de la sociedad. Tal es el caso de la presunción de inocencia (Constitución Política de Colombia, art. 29 superior) y el de la buena fe (Constitución Política de Colombia, art. 83 superior). La jurisprudencia constitucional colombiana, en materia de presunción de inocencia, ha señalado, como se colige de la sentencia C-416 de 2002 de la Corte Constitucional, que cuando en el artículo 29.4 de la Constitución Política de Colombia se dispone que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable; dicho postulado no admite excepción alguna “e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance” (Corte Constitucional, sentencia C-416 de 2002, 2002). Posición recogida nuevamente en la sentencia T-825 de 2005 de la misma corporación cuando reiteró que la presunción de inocencia constituye una de las columnas sobre las cuales se levanta el Estado de derecho, y es, de igual modo, “uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada” (Corte Constitucional, sentencia T-825 de 2005, 2005). Castaño Zuluaga, Luis Ociel. La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable; resultado de la investigación titulada “Hermenéutica y práctica judicial: la función de administrar justicia del juez colombiano en el Estado social, con énfasis en la justicia constitucional” 2010. Opinión Jurídica - Universidad de Medellín. Págs. 188 -189. En [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1692-25302010000200011&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1692-25302010000200011&lng=es&nrm=iso&tlng=es), tomado el 6 de diciembre de 2012.

probados. En ese inventario y balance final hace un verdadero chequeo, lista en mano, de qué hechos debía probar cada parte y cual o cuales efectivamente probó.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las disposiciones jurídicas en que fundamenta su petición judicial - pretensión o su excepción-, es decir corresponde a cada parte probar su teoría fáctica del caso, ya sea la tesis del demandante o la anti tesis del demandado.

Esa expresión dramática utilizada por el profesor Luis Muñoz Sabaté sintetiza la consecuencia jurídica de la parte que no cumple con sus cargas probatorias en el proceso. Sufrir las consecuencias negativas de las reglas carga certeza. Esa certeza también la prueba judicial. Certeza es el estado de pleno conocimiento y, paralelamente, el estado psicológico de seguridad.

- c. Probabilidad: Posición de Michele Taruffo: Considera que *aun cuando se asuma que la verdad de los hechos litigiosos se puede establecer tomando como base los elementos de prueba relevantes, el problema de verdad judicial no está resuelto satisfactoriamente, que el problema de “qué tipo de verdad” se puede alcanzar en los contextos judiciales es muy complejo; y que por tanto, encontrar una definición fiable de la función de la prueba es también una tarea difícil.*<sup>23</sup>

En la traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar del artículo Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, Taruffo, se refiere a *La probabilidad prevalente y explica que “En ocasiones el estándar prevalente emerge en el nivel normativo*<sup>24</sup>*,.... En muchos ordenamientos la regla de "más probable que no" no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio racional para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. En otros términos, se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.”*

Explica que “el estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales:

- a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho

---

<sup>23</sup> La prueba civil, Michele Taruffo...

<sup>24</sup> por ejemplo, de la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses que establece, definiendo la relevancia de las pruebas, que una prueba es relevante si tiene "any tendency to make the existence of any fact *more probable or less probable*

de la causa; el problema del juicio de hecho puede y debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes alternativas posibles. En otros términos, lo que el juez debe hacer es resolver la incerteza que *ab initio* caracteriza los enunciados en torno a los hechos singulares de la causa: cada enunciado hipotético puede ser verdadero o falso y, por si fuera poco, el propio hecho puede enunciarse de diferentes maneras, porque — como dice Susan Haak— de cada hecho pueden darse una infinidad de descripciones verdaderas (y, por lo tanto, también de descripciones falsas). Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles relativas a cada caso debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho

b) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; se trata de aplicar a cada elección particular del juez la orientación antes señalada que embona con la utilización de esquemas racionales de razonamiento y no con el uso de la persuasión "íntima" del propio juez.

c) Que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; se puede hablar de verdad en el proceso sólo en un sentido relativo y contextualizando el juicio relacionado con las pruebas adquiridas, según el principio que establece que puede considerarse verdadero solamente aquello que ha sido probado, siempre y cuando —y en la medida en la que— las pruebas confirmen la hipótesis que el juez asume como verdadera.

d) Que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.”

*Exige que asumamos una perspectiva metodológica precisa en torno al concepto de probabilidad, aun cuando no implica —per sé— la adopción de una teoría particular entre las diversas teorías de la probabilidad.*

*El estándar de la probabilidad prevalente<sup>25</sup> “nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a*

---

<sup>25</sup> Sin embargo, implica que no se hable genéricamente de probabilidad para indicar indistintamente todas las situaciones en las que no es posible hablar de certeza o de verdad absolutas, y que se adopte — como ya lo sabían Bacon y Pascal, y como es evidente para cualquier concepción no *naïve* de la probabilidad— una definición de probabilidad como concepto "de grado" que permita identificar probabilidades "bajas", "medias" o "elevadas" según las diferentes situaciones, y de qué

*determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional. Éste puede articularse en algunas reglas más específicas. En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como "verdadera" una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación."*

“En el caso en el que solamente exista una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no". Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa a la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho es, por lo tanto, "más probable que no" y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis "más probable que no" es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó "menos probable" que la negativa. A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40%, y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del "más probable que no" nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente.”

“Surge de esta manera un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado "verdadero". Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%. Naturalmente, la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las hipótesis en las que prevalece la probabilidad negativa. En otros términos, el juez puede asumir como "verdadera", por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un

---

tanto los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial.

hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor.”<sup>26</sup>

d. Decisión judicial y complejidad probatoria. La decisión judicial que resuelve un asunto contencioso no es un mero acto procesal del juez. La decisión judicial de fondo que, comúnmente, es la sentencia pone fin tanto al conflicto como al proceso judicial. Esta, como acto culminante de la función jurisdiccional, debe ser el producto inteligente y justo que pone fin al debate procesal y dialéctico- de oposición y lucha de contrarios-, que examina, comprueba y resuelve sobre las hipótesis fácticas y jurídicas en pugna, la tesis y las anti tesis. sobre las teorías del caso o hechos debatidos, la prueba de los mismos, estar elaborada con fundamento en las pruebas incorporadas al proceso con observancia del debido proceso, estos es en las oportunidades y bajo las formalidades preestablecidas, para garantizar el respeto de los principios, derechos, deberes y garantías tanto constitucionales como legales que rigen la prueba.

e. Necesidad de la prueba: Toda decisión judicial debe fundarse en la prueba legal, regular y oportunamente allegada al proceso. El juez no puede fundar su decisión el llamado conocimiento privado del juez

El juez que decide en derecho<sup>27</sup> debe decidir, motivando cómo y a través de cuales pruebas, relevantes y debidamente allegadas o producidas dentro del proceso, logró reconstruir y representarse los hechos del caso que ha sido sometido a su decisión.

f. El convencimiento del juez: verdad o probabilidad. Sentencia es *el sentir* del Juez sobre el caso que juzga. El juez debe tener claro, o asumir, que la verdad sobre los hechos litigiosos la ha establecido a través de inferencias derivadas de pruebas fiables y verdaderamente útiles (o relevantes). Pero, en el estado actual de desarrollo del ser humano, el problema de la verdad judicial *está lejos de ser resuelto satisfactoriamente.*<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (IIJ-UNAM). Asociación Pro Iure. Universidad de Pavia. [proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf](http://proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf). Págs. 13 - 16

<sup>27</sup> El juez, o jurado, que, acorde con un sistema jurídico, puede o debe decidir en conciencia, no tiene el deber de motivar la reconstrucción de los hechos a través de las pruebas, porque su decisión la hace con “la voz del alma”, como se señala en el sistema de valoración denominado de la *íntima convicción*, pues se hace bajo la premisa: *verdad sabida, buena fe guardada*.

<sup>28</sup> El problema de la verdad judicial está lejos de quedar resuelto satisfactoriamente. El problema “epistémico de” qué tipo de verdad” se puede alcanzar en los contextos judiciales es muy complejo– Michele Taruffo, pág., 30- sta apreciación es exp

Se ha planteado que puede ser primero la decisión en la mente del juez y luego la decisión. Que algunos jueces italianos decían que: es fácil decidir, lo difícil es motivar lo decidido. Que le juez puede saber de antemano cómo va a decidir, cuál va a ser el sentido de su decisión y que luego el problema de los prejuicios del juez psicológico del juez en la verdad judicial

Entonces la verdad judicial es un verdadero problema, será

g. El problema de la función de la prueba y la verdad judicial. En algunos sistemas legales se establece que la función de la prueba judicial es *formar el convencimiento del juez* sobre el caso concreto sometido a su decisión<sup>29</sup>.

Plantea el profesor Michele Taruffo que el problema de las decisiones fácticas puede ser interpretado como el problema de una elección acerca de la verdad o la falsedad de las hipótesis acerca de los hechos relevantes para el caso; cuando el caso es complejo puede haber un complicado conjunto de hipótesis hipotéticamente verdaderas o falsas. Plantea el citado autor que, así, la tarea básica del juzgador es determinar, sobre la base de la prueba aportada, la verdad o falsedad de cada hipótesis fáctica<sup>30</sup>.

Sin embargo, el solo hecho de pensar o plantearse la pregunta: ¿cuál es la función de la prueba?, genera varias tensiones o problemas<sup>31</sup> así: 1. ¿Se persigue lograr una verdad real - o material del hecho- o basta con verdad supeditada a las pruebas aportadas- así sean insuficientes, por la causa que sea?<sup>32</sup>; 2. ¿Se persigue lograr el convencimiento o certeza del juez, donde no quepa la más mínima duda (verdad absoluta), o es suficiente una verdad o *conocimiento intermedio*<sup>33</sup>?; 3. ¿Es eficaz aplicar el concepto de la probabilidad cuantitativa o “estadística”, (que es bastante más complejo y sofisticado) - , y que- para el profesor M. Taruffo, “ofrece la posibilidad de estimar la frecuencia relativa de un suceso en un contexto dado?”<sup>34</sup>

h. No hay solución al problema epistémico de la ”verdad judicial”

---

<sup>29</sup> En el artículo 175 del código de procedimiento civil colombino se establece que la finalidad de los medios de prueba es *formar el convencimiento del juez*

<sup>30</sup> Taruffo, Michele, La Prueba Civil,...op. cit.

<sup>31</sup> Que aún no han sido resueltos de manera uniforme,

<sup>32</sup> Por incapacidad, desidia, descuido, negligencia, impericia o dificultad de las partes o sus apoderados; por imposibilidad, limitación o desidia del juez en punto de la prueba oficiosa, etc.

<sup>33</sup> M. Taruffo describe que, dada la vaguedad de la idea de verdad relativa, se usa un “concepto tosco y muy general de “probabilidad”, para referirse a “algún grado de conocimiento” que supuestamente se ha de situar en un punto que va desde el conocimiento “0” (donde no hay ningún conocimiento fiable) y “1” (que indica certeza o verdad absoluta). Expresa el teórico del derecho probatorio que esas tendencias se presentan en todas las culturas jurídicas al menos desde el siglo XVII. El concepto de conocimiento intermedio ha servido para sustituir el vago concepto de “verdad relativa”,

<sup>34</sup> Para el profesor Michele Taruffo, “...su uso es muy común en ámbitos diversos con el propósito de explicar y racionalizar muy diferentes tipos de conocimientos inciertos” y que, en el ámbito o cualitativo, ofrece la posibilidad de estimar la frecuencia relativa de un suceso en un contexto dado

La humanidad no desea ser juzgada con base en el desacierto, en la mentira ni en la injusticia. Todo lo contrario: el anhelo de los hombres es que sus jueces, que la sentencia o decisión judicial, la sentencia o sentir del juez.

Los jueces no son seres perfectos. La humanidad no cuenta con sistemas de justicia perfectos, pero aún que contase con ellos, si esa justicia ha de ser administrada por hombres la justicia valdrá lo que valgan esos hombres de justicia

Dice Taruffo con respecto al problema de la verdad procesal, que "...se puede subrayar sintéticamente que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino solo verdades relativas. ... la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. ...en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos. La circunstancia de que no se hable de verdades absolutas, y que la verdad procesal sea "relativa a las pruebas", no pudiendo fundarse más que en ellas, induce a formular el problema de la decisión sobre los hechos, no en términos de certeza sino en términos de probabilidad. ...."<sup>35</sup>

El hecho de que este problema ha tomado gran relevancia está demostrado no solamente por la actualmente rica y amplia literatura que en varios países se refiere al tema de las pruebas científicas, sino también por la circunstancia de que los tribunales se ocupan hoy en día con una cierta frecuencia de problemas referidos a la científicidad de las nociones que en el proceso se utilizan como prueba de los hechos. El caso más famoso en este sentido es la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, emitida en 1993 en el caso *Daubert*, en la cual el juez Blackmun indicó los requisitos de científicidad de las nociones que pueden ser utilizadas como prueba. Se trata: *a)* De la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; *b)* De la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; *c)* De la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; *d)* De la existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia.

Se requiere además que la prueba científica sea directamente relevante (*fit*) respecto a los hechos que deben ser determinados en el caso concreto. .... Lo que importa subrayar es que esa decisión es un importante punto de surgimiento del problema de la calidad de la ciencia que se utiliza en el proceso: los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio como "científica", y deben asumir el problema de verificar

---

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (IIJ-UNAM). Asociación Pro Iure. Universidad de Pavia. [proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf](http://proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf)

la validez y la atendibilidad de las informaciones que pretenden tener dignidad científica, y que están destinadas a constituir la base de la decisión sobre los hechos. Los estándares de científicidad definidos en *Daubert* pueden también ser compartidos o ser entendidos como muy restrictivos o muy genéricos: pero queda presente el problema constituido por la necesidad de que los jueces verifiquen con el máximo cuidado la calidad de la ciencia que adoptan.”<sup>36</sup>

A partir de estos antecedentes nos hacemos la pregunta de investigación:

¿Cuáles son las fallas más frecuentes en la valoración y análisis de la prueba? Y cuáles son los niveles de afectación en el derecho sustancial?

Para dar respuesta a la problemática el proyecto de investigación se realizará un estado del arte sobre el tema y luego se realizará el análisis e interpretación de conformidad con los autores consultados las fuentes o referencias documentales, r escritos o documentos como sentencias, tutelas, libros, artículos de revistas indexadas, actas, tratados, encuestas y conferencias escritas; ponencias, documentos grabados o sistematizados como discos, cintas, USBs, memory card y casetes.

A “partir de la interpretación, de los documentos y de las decisiones judiciales (...) porque lo que se está haciendo es un esfuerzo por establecer un diálogo entre: la propuesta de conocimiento que desarrolla un proceso específico de indagación y un fenómeno al que se quiere referirlo nuevamente”. (Vargas Guillen, 1986:8).

No obstante la presente investigación” se fundamenta a partir de la producción escrita (sentencias, doctrina, conceptos, boletines, informes, artículos de revistas especializadas, trabajos de grado, libros, entre otros) que se relacionan o fundamentan el tema.

Para la investigación documental se pueden considerar varias etapas que permiten consolidar el proceso investigativo realizando la revisión del tema determinado, entre las cuales se pueden mencionar: acopio de bibliografía básica sobre el tema, elaboración de fichas bibliográficas (doctrinales, legales y de jurisprudencia), lectura amplia o rápida del material, delimitación del tema, elaboración de un esquema de trabajo (matrices procesamiento por categoría y subcategoría), ampliación y complementación del material referente al tema delimitado, lectura detallada o minuciosa de la bibliografía, elaboración de fichas de contenido, organización de las fichas de contenido, revisión del esquema, organización definitiva o final del fichero, redacción y revisión del trabajo en borrador y redacción del trabajo final. (Cazares et al, 2003:24-29).

---

<sup>36</sup> TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (IIJ-UNAM). Asociación Pro Iure. Universidad de Pavia. [proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf](http://proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf).

## Bibliografía

- CARRION LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editora Jurídica GRIJLEY. 1º Edición. Lima, 2000.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000.
- MIXAN MASS, Florencio. Lógica para Operadores del Derecho. 1º Edición. Ediciones BLG, Lima, 1998.
- MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. TEMIS – De Belaúnde & Monroy. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996.
- PAREDES, Paul. Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral. ARA Editores. 1º Edición. Lima, 1997.

## Webgrafía

- Castaño Zuluaga, Luis Ociel. La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable; resultado de la investigación titulada “Hermenéutica y práctica judicial: la función de administrar justicia del juez colombiano en el Estado social, con énfasis en la justicia constitucional 2010. Opinión Jurídica - Universidad de Medellín. Págs. 188 -189. En [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1692-25302010000200011&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1692-25302010000200011&lng=es&nrm=iso&tlng=es), tomado el 6 de diciembre de 2012.
- Franco Echavarría, Neil Armstrong. El Estándar probatorio más allá de toda Duda Razonable en el Sistema Penal Oral Acusatorio actual en Colombia. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín. 2207. En [cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD.../01.Texto%20%20completo.pdf](http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD.../01.Texto%20%20completo.pdf), tomado en diciembre 6 de 2012.
- Linares San Román, Juan. Juez Titular Civil de la Corte de Lima. La Valoración de la Prueba en Derecho y Cambio Social. En <http://www.derechocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm> tomado el 5 de diciembre de 2012
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. Valoración de la Validez y de la Eficacia de la Prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. En [aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../1955), tomado en diciembre 5 de 2012.

NEOPROCESALISMO

- TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (IIJ-UNAM). Asociación Pro Iure. Universidad de Pavia. [proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf](http://proiure.org.pe/articulos/taruffo1.pdf)

## LA SUPREMA CORTE Y LA JUSTICIA ORDINARIA: ANÁLISIS DE SENTENCIAS RELEVANTES EN AMPAROS DIRECTOS EN REVISIÓN

Vicente Fernández Fernández<sup>1</sup>

### SUMARIO

Introducción. 1. La revisión en amparo directo. 1.1. La reforma de 1988 y la consolidación de la revisión en amparo directo. 1.2. La Reforma de 1999 y el inicio de los Acuerdos de la Corte. 1.3. La revisión en la Décima Época. 2. Análisis de sentencias relevantes. 2.1. Control difuso de constitucionalidad (amparo directo en revisión 914/98). 2.2. El arbitraje a juicio (amparo directo en revisión 1225/2006). 2.3. Responsabilidad patrimonial del Estado. Derecho humano a la indemnización y vía para su ejercicio (amparo directo en revisión 10/2012). 2.4. *Derecho humano a una defensa penal adecuada (amparo directo en revisión 207/2012)*. 2.5. Inconstitucionalidad de la Ley de Amparo (amparo directo en revisión 4081/2013). Conclusiones

### Introducción

Uno de los elementos relevantes en el derecho humano de acceso a la justicia es, sin duda, el rol que juega el sistema procesal. El diseño de los procedimientos a seguir en cada juicio es el punto de partida para considerar si se trata de un derecho vivo o, por el contrario, estamos ante un enunciado hueco y sin luz.

En México tenemos una gran cantidad de regulaciones procesales, dependiendo el lugar, la entidad federativa de la que se trate; la materia, si es civil, penal, mercantil, laboral, administrativa; si es un proceso local o federal. Pero en todo ello, que denominamos de manera genérica la justicia ordinaria, destaca el hecho de que las resoluciones que se emiten en todos esos juicios (ya sean de tribunales locales o federales; tribunales pertenecientes al poder judicial o se ubiquen dentro de la estructura de la administración pública o, incluso, sean autónomos), el punto en común es que no son la última palabra, no son terminales. Y no lo son precisamente por la existencia de un mecanismo de impugnación extraordinario, en el que descansa el último aliento de los justiciables: el juicio de amparo.

El juicio de amparo, al ser el principal mecanismo que permite hacer efectivos los derechos humanos, debe tener un diseño procesal que realmente posibilite y haga realidad el acceso a la justicia. Sin embargo, la realidad pareciera ser otra. Dentro del derecho procesal, el juicio de amparo suele ser considerado como el de mayores

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor e investigador en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Investigador Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

tecnicismos, con reglas generales, casos de excepción y excepciones a las excepciones. Y si bien el amparo indirecto, por la diversidad de reglas y supuestos de procedencia, así como por la sustanciación, tanto del juicio principal como del incidente de suspensión, suele ser el de mayor exigencia y profundidad, lo cierto es que el amparo directo también tiene sus particularidades, sobre todo por lo que hace al tema de los recursos, que son, de entrada excepcionales.

Cuando leemos alguna ley procesal, a veces pareciera que así ha permanecido siempre, que las reglas ahí han estado, incólumes, esperando ser aplicadas por los jueces. Pero basta explorar un poco para darse cuenta que todo tiene un pasado y una explicación de su existencia. Para el juicio de amparo no es la excepción. Hablamos de una nueva Ley de Amparo del año 2013, pero no debemos soslayar su origen y evolución. El recurso de revisión en amparo directo es relativamente reciente. Tiene su origen en la reforma constitucional de 1951, con la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito y, luego, reforzado en 1988, con la delegación total del amparo directo a ellos, quedándose la Suprema Corte con la posibilidad de revisar, en ciertos casos de constitucionalidad, sus sentencias, dado el carácter de terminalidad que por regla general se les otorgó. Pero el surgimiento del recurso de revisión en el amparo directo no tuvo una explicación jurídica, sino práctica; la gran carga de trabajo que tenía la Suprema Corte, quien conocía del amparo contra las sentencias definitivas, llegó a ocasionar un rezago que ponía en duda el verdadero acceso a la justicia. El año de 1948 culminaba con 20 mil amparos civiles pendientes de resolver en el Máximo Tribunal. Por eso se crearon en 1951 los Tribunales Colegiados de Circuito, como una forma de apoyo a la Corte para la resolución de ese gran rezago. Pero como la competencia que se les otorgó fue limitada, no representó la solución y, por ello, en la reforma de 1987 que entró en vigor en 1988, se les reconoce ya una competencia total para conocer y resolver todos los juicios de amparo directo (además de algunos recursos de revisión en indirecto), iniciando prácticamente aquí la posibilidad real de impugnar sus sentencias a través del recurso de revisión ante la Corte.

En su origen, el recurso de revisión estaba destinado solo a los casos en los cuales el Tribunal Colegiado se había pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley o había realizado la interpretación directa de un precepto constitucional, supuestos de procedencia que dieron pauta a una serie de interpretaciones que, a la par de los cambios legislativos, fueron conformando cada vez más casos a discusión, como aquellos en donde se pudieran llevar a la revisión en amparo directo, juicios en los que se impugnara una reforma constitucional o una omisión legislativa, hasta temas más recientes como el hecho de que la impugnación de normas generales por contravenir un tratado en materia de derechos humanos y la interpretación de esos tratados, sean consideradas una cuestión constitucional y, con ello, proceda la revisión ante la Corte.

## **1. La revisión en amparo directo**

### **1.1. Reforma de 1951: la creación de los Tribunales Colegiados y el nacimiento de la revisión en amparo directo**

Bajo el sistema de procedencia y competencia del juicio de amparo desde su creación hasta el diseñado en la Constitución de 1917, el papel de la Suprema Corte

fue de trascendencia vital, al grado de descansar en ella la gran cantidad de juicios que año con año iban incrementándose.

En el Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su entonces Presidente, Salvador Urbina, correspondiente al año 1948,<sup>2</sup> se destacaba de manera muy importante el rezago que imperaba en el Máximo Tribunal y que representaba ya un serio problema para el sistema de justicia, tal y como lo muestran las estadísticas que en dicho informe se plasman:

*El total de asuntos pendientes de despacho del Pleno y de las cuatro Salas, al 30 de noviembre último, son como sigue:*

<i>Amparos penales:</i>	<i>2,782</i>
<i>Amparos administrativos:</i>	<i>1,670</i>
<i>Amparos civiles:</i>	<i>19,836</i>
<i>Amparos del trabajo:</i>	<i>2,698</i>
<i>Incidentes de suspensión:</i>	<i>1,119</i>
<i>Quejas:</i>	<i>1,006</i>
<i>Asuntos del pleno:</i>	<i>605</i>
<i>Competencias:</i>	<i>297</i>

Como se observa de esas cifras y se destaca en el propio informe, había casi 20 mil juicios de amparo civiles pendientes de resolución, por lo que “*es indudable –se lee en el informe-, entonces, que la organización de labores y despacho de este Alto Tribunal, dada la jurisdicción que la Constitución y las leyes orgánicas le señalan, hacen imposible que, aún con la división del trabajo en Salas, pueda humanamente atender al despacho de todos los asuntos que a él llegan.*”

Similar situación se refleja en el Informe del año siguiente, 1949, en el que al referirse al problema del rezago, el Presidente de la Corte, Salvador Urbina, insiste en que “*el mal reviste carácter de crónico, pues basta con recordar cifras que fueron dadas en el Informe de la presidencia del año de 1943. De un ingreso de sólo 123 amparos en el año de 1869, en que se promulgó la primera Ley Reglamentaria de Amparo; de 2108 anuales en 1880, que Vallarta juzgaba excesivo, hasta un ingreso de 12,443, en toda clase de asuntos, en el presente año, resulta abrumadora la tarea de este Alto Tribunal.*”<sup>3</sup>

Los números plasmados en el informe correspondiente al año 1950, muestran que la carga de trabajo se seguía incrementando de manera muy importante:

<i>Juicios de amparo civiles directos y en revisión</i>	<i>22,343</i>
<i>Juicios de amparo penales directos y en revisión</i>	<i>4,622</i>
<i>Juicios de amparo en materia administrativa</i>	<i>3,041</i>
<i>Juicios de amparo en materia de trabajo</i>	<i>3,270</i>
<i>Competencias, juicios de inconformidad y</i>	

<sup>2</sup> Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1948, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1948, pp. 7 a 13.

<sup>3</sup> Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1949, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1949, p. 26.

otros correspondientes al Pleno	573
Demás asuntos no especificados antes, del Pleno y de las Salas	4,032
TOTAL	37,881

Dada la situación imperante en esos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había enviado al Presidente de la República, una propuesta de reforma constitucional, que buscaba resolver el rezago que se mostraba como un problema alarmante, siendo que para cuando se rinde el informe de 1950, ya estaba finalmente presentada en el Congreso de la Unión, la iniciativa presidencial de reforma constitucional, de tal manera que en el citado informe se dice al respecto que:

*El presente informe iba a contener nuevamente el análisis del problema del rezago, que ya no sólo en la materia civil, sino en las demás, crecía en gravedad año por año, y que ya se había delineado ampliamente en informes anteriores. Pero la iniciativa del señor Presidente Alemán ha venido a resolver de modo satisfactorio esta situación que amenazaba, en un futuro no lejano, con paralizar de hecho o hacer nugatoria la labor de la Suprema Corte de Justicia.*<sup>4</sup>

Y efectivamente la presión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, propició que se buscara una reforma constitucional que incidiera en el abatimiento del rezago, pero sin limitar la procedencia del juicio de amparo, que pudo haber sido un camino fácil para lograrlo pero que, desde luego, representaría un retroceso en la búsqueda de un mejor sistema de justicia.

En la iniciativa de reforma constitucional, de 1º de noviembre de 1950,<sup>5</sup> se resaltan los temas del rezago denunciado por la Corte:

*"El problema más grave que ha surgido en el campo de la Justicia Federal, ha sido suscitado por el rezago de juicios de amparo que existe en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El fenómeno ha adquirido tan graves proporciones que entraña una situación de verdadera denegación de justicia. El Ejecutivo de mi cargo considera, por ende, que no es posible demorar más su solución.*

*"El fenómeno del rezago no es nuevo. Ya en el siglo pasado, el fenómeno se conocía. Y los integrantes de aquel Tribunal, consideraron excesivo que hubiesen ingresado 2,108 juicios de amparo a la Suprema Corte en el año de 1880, que en el de 1904, llega a la elevada suma de 4,567. El aumento cada día mayor de estos juicios, no ha dejado de preocupar a nuestros más distinguidos juristas, aunque debe precisarse que las cifras más alarmantes de acrecentamiento de asuntos en la Corte, comienzan el año de 1930 con un registro de 10,067 juicios de amparo pendientes de resolución, y se agrava, a proporciones incalculables, en 1949, que señala un total de 32,850 negocios sin*

<sup>4</sup> Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente el Sr. Lic. D. Salvador Urbina, al terminar el año de 1950, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1950, p. 16.

<sup>5</sup> Consultada el 20 de agosto de 2014 en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=130&IdRef=32&IdProc=1>

*fallar, entre amparos directos e indirectos, incidentes, competencias, quejas y juicios federales.*

*A esta iniciativa se acompaña el folleto editado por la Suprema Corte y que se intitula "El Problema del Rezago de Juicios de Amparo en Materia Civil", que contiene el anteproyecto que sometió aquel alto Tribunal a la consideración del Ejecutivo y los estudios que lo precedieron.*

Y si bien la propuesta del Ejecutivo Federal obedeció, en gran medida, a la petición y reclamo de la Corte y, asimismo, se basó en la iniciativa de ésta, se hace ver que esa propuesta era insuficiente y, por ello, se propuso llegar más allá de la intención de la Corte, es decir, que además de la creación de una Sala Auxiliar, se crearan los Tribunales Colegiados de Circuito, tal y como se explica en la referida iniciativa:

*Con referencia al problema de los amparos civiles, directos e indirectos, basta tener en cuenta que la Tercera Sala no puede resolver todos los amparos que recibe anualmente, para estimar que la bien intencionada solución propuesta en el anteproyecto formulado por la Corte, es insuficiente. En el último año de labores (1949), ingresaron a la Sala Civil 1,514 amparos directos y 1,180 amparos indirectos, habiendo podido despacharse sólo 585 de los primeros y 409 de los segundos, lo que indica que mucho más de la mitad de los asuntos ingresados quedaron pendientes de fallo, por lo que de no adoptarse medidas más enérgicas que las propuestas por la Suprema Corte, pronto el rezago que pretende resolverse estaría nuevamente presente en cuanto a estos mismos amparos.*

*Las razones que justifican la creación de estos Tribunales colegiados de circuito, son múltiples: estos tribunales conocerán inmediatamente del rezago existente en la Primera, Tercera y Cuarta Salas de la Corte, en amparos en revisión, que asciende, sólo en cuanto a la civil, a 9,549 expedientes; en lo que respecta a la penal, a 1,573 expedientes, y por lo que hace a la del trabajo, a 796, que dan un total de 11.018 juicios de amparo.*

*Es necesario subrayar que estas nuevas normas de competencia para los diversos órganos del Poder Judicial de la Federación, se adapten sin perjuicio de atribuir a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento del amparo en que se planteen problemas auténticamente constitucionales, ya sea a través de leyes impugnadas de contrarias a la Magna Carta o de actos de autoridad directamente violatorios de la Constitución. Y así, aquel Alto Tribunal, conserva intacta su soberanía y el ejercicio de su función de control de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad y de intérprete supremo de la Constitución.*

Una vez justificada en la iniciativa la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales conocería de recursos de revisión en amparos indirectos y algunos amparos directos, se expone el por qué se instaura el recurso de revisión para dichos juicios:

*La fracción IX del artículo 107 de esta Iniciativa determina que las resoluciones que en materia de amparo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la constitucionalidad de una ley o establezca la interpretación directamente de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales sin extenderse a las derivas de leyes secundarias.*

*Esta regla no acrecentará el trabajo de la Suprema Corte, pero aunque así fuere, es jurídicamente indispensable, puesto que a ese Alto Tribunal está confiado el problema de la constitucionalidad de las leyes y es el supremo intérprete de la Constitución.*

En este contexto, es que en el año 1951 se dio un cambio trascendental en la Constitución y la Ley de Amparo, para la procedencia del juicio de amparo y la competencia para conocer del mismo, precisamente por la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito.

En el Decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1951, se reformó el artículo 107, cuyas fracciones V, VI y IX quedaron en los siguientes términos:

**Artículo 107.-** *Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:*

*V.- Salvo lo dispuesto en la fracción siguiente, el amparo contra sentencias definitivas o laudos, por violaciones cometidas en ellos, se interpondrá directamente ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pronunciará sentencia sin más trámite que el escrito en que se intente el juicio, la copia certificada de las constancias que el agraviado señale, la que se adicionará con las que indicare el tercer perjudicado, el escrito de éste, el que produzca, en su caso, el Procurador General de la República o el Agente que al efecto designara y el de la autoridad responsable.*

*VI.-El amparo contra sentencias definitivas o laudos, se interpondrá directamente ante el Tribunal Colegiado de Circuito bajo cuya jurisdicción esté el domicilio de la autoridad que pronuncie la sentencia o laudo, cuando la demanda se funde en violaciones substanciales*

*cometidas durante la secuela del procedimiento o se trate de sentencias en materia civil o penal, contra las que no proceda recurso de apelación, cualesquiera que sean las violaciones alegadas.*

*Siempre que el interponerse amparo contra sentencias definitivas en materias civil o penal o laudos en materia del trabajo, se aleguen violaciones substanciales cometidas durante la secuela del procedimiento y violaciones cometidas en la sentencia o laudo respectivos, se reclamarán conjuntamente, presentándose la demanda ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, el cual sólo decidirá sobre las violaciones substanciales durante el procedimiento, y si la sentencia fuere desfavorable al agraviado, remitirá el expediente a la Suprema Corte de Justicia, para que resuelva sobre las violaciones cometidas en sentencias o laudos.*

*Para la interposición y tramitación del amparo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, se observará lo dispuesto en la fracción precedente. Cumplido ese trámite, se pronunciará sentencia conforme al procedimiento que disponga la ley.*

*IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.*

*La resolución del Tribunal Colegiado de Circuito no será recurrible, cuando se funde en la jurisprudencia que haya establecido la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto de la constitución.*

En consonancia con lo anterior, el mismo 19 de febrero de 1951<sup>6</sup> se publicó en el Diario Oficial la reforma a la Ley de Amparo, para ajustarla a la constitución, de tal manera que se reguló el amparo ante la Suprema Corte y ante los Tribunales Colegiados de Circuito, agregándose, además, la fracción V al artículo 83, para considerar la procedencia del recurso de revisión en los amparos directos competencia de los Colegiados.

**Artículo 83.-** *Procede el recurso de revisión:*

<sup>6</sup>

<http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/K.%201917-1957/g%29%20Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20103%20y%20107%20de%201936/19.feb.1951.pdf>

*V.- Contra las resoluciones que en materia de amparo directo, pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de una ley, o la interpretación directa de un precepto de la Constitución, siempre que esa decisión o interpretación no estén fundadas en la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia.*

*No obstante lo dispuesto en esta fracción, la revisión no procede en los casos de aplicación de normas procesales de cualquier categoría, o de violación a disposiciones legales secundarias.*

*La materia del recurso se limitará, exclusivamente, a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.*

**Artículo 158.-** *Es procedente el juicio de amparo directo ante la Suprema Corte de Justicia en única instancia, contra sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles o penales o laudos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por violación de garantías cometidas en ellos, salvo el caso previsto en la fracción II del artículo siguiente.*

**Artículo 158 bis.-** *Es procedente el juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, en los casos siguientes:*

*I.- Contra sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles o penales o laudos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento, siempre que afecten a las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.*

*II.- Contra sentencias definitivas dictadas en asuntos civiles o penales contra las que no proceda recurso de apelación, de acuerdo con las leyes que las rigen, cualesquiera que sean las violaciones alegadas.*

Conforme al sistema previsto en los preceptos citados, ya se hace una distinción clara y precisa para la procedencia del amparo, dándole ya el nombre de amparo directo al que procede contra las sentencias definitivas, solo que haciendo una distinción competencial entre la Suprema Corte y los nuevos Tribunales Colegiados de Circuito.

El elemento principal para determinar competencias, lo fue el tipo de violaciones alegadas, en donde aquellos amparos cuyas violaciones aducidas por el quejoso, fueran las cometidas en las propias sentencias definitivas o laudos, entonces sería competencia de la Corte, siempre y cuando, de tratarse de asuntos civiles o penales, las sentencias sí hubieran tenido la posibilidad de ser apelables, porque de no ser así, el amparo directo sería competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Por otra parte, cuando las violaciones hechas valer fueran relativas a las cometidas durante el procedimiento, el amparo sería competencia de los Tribunales

Colegiados y, de hacerse valer ambas, es decir, tanto violaciones cometidas en las sentencias como durante el procedimiento, la demanda debería de ser presentada ante el Tribunal Colegiado de Circuito, pero solo para resolver el tema relativo a las violaciones procesales y, de conceder el amparo, ordenaría la reposición del procedimiento, pero, de negarse el amparo por las violaciones procesales, el Tribunal Colegiado reservaría la competencia de la Corte, de tal manera que debería remitirse a ésta el expediente, para que resolviera los argumentos vertidos sobre las violaciones cometidas en las sentencias.

Como vemos, si bien se crean los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer de las demandas de amparo en contra de sentencias definitivas, que antes eran competencia exclusiva de la Corte, lo cierto es que se les otorgó una competencia limitada a conocer de las violaciones cometidas durante el procedimiento, reservando la competencia para la Corte, en tratándose de las violaciones actualizadas en la propia sentencia, salvo que se tratara de asuntos civiles o penales en los que no procediera la apelación, caso en el cual siempre sería competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.

De igual manera, se observa la competencia limitada a los Colegiados para los temas no solamente de violaciones cometidas en el procedimiento, sino, además, a las cuestiones de legalidad, reservándose también la competencia originaria de la Corte, para revisar las sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito, en aquellos juicios en los que se hubiere decidido sobre la inconstitucionalidad de una ley o se estableciera la interpretación directa de un precepto constitucional.

Por ello, vemos que la revisión en amparo directo tiene su génesis en la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito, que lo fueron precisamente para desahogar la gran carga de trabajo que tenía la Suprema Corte de Justicia, porque antes de ello, una vez que se aceptó la procedencia del amparo contra actos jurisdiccionales y, en específico, contra las sentencias definitivas, siempre fue competencia exclusiva del Máximo Tribunal, de ahí que en ningún caso podrían cuestionarse sus sentencias.

Entonces, con la llegada de los Tribunales Colegiados de Circuito, prácticamente se delegaron a ellos algunas facultades de la Corte, que, en este caso que nos ocupa, fue lo atinente a los amparos directos (algunos de ellos, como se ha visto), pero conservando como hasta hoy en día, la atribución de tribunal constitucional, es decir, tener la última palabra en temas de inconstitucionalidad de leyes e interpretación directa de la constitución, rubros sobre los cuales fue también dándose una gran cantidad de criterios interpretativos del alcance de la procedencia de la revisión en esos casos y que se verán más adelante.

## **1.2. La reforma de 1988 y la consolidación de la revisión en amparo directo<sup>7</sup>**

No obstante que con la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito se buscó resolver el problema del rezago en la Suprema Corte, en razón de que ésta última seguía conociendo de algunos amparos directos, fue necesario hacerse una

---

<sup>7</sup> Sobre la repercusión de estas reformas constitucionales, destaca el trabajo de Héctor Fix-Zamudio, La reforma en el derecho de amparo, cuya versión electrónica es consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/639/19.pdf>

reforma que fuera más allá y le otorgara una mayor competencia a los Colegiados y, por otro lado, reservar a la Suprema Corte los temas propiamente constitucionales, tal y como se dejó plasmado en la iniciativa de reforma constitucional de 21 de Abril de 1987:

*No obstante la eficiente actuación de los tribunales colegiados de circuito, el problema del rezago de los asuntos de la competencia de la Suprema Corte de Justicia no ha podido ser superado, pues la distribución de competencias entre ambos órganos no satisface ni las finalidades políticas y jurídicas del juicio de amparo, ni las exigencias que presenta la complejidad de la vida social.*

*El criterio general que propone esta iniciativa respecto de la distribución de competencias entre los órganos del Poder Judicial Federal, responde a las finalidades políticas y jurídicas del juicio de amparo y supera las dificultades prácticas que se han apuntado.*

*La presente iniciativa propone que la Suprema Corte de Justicia se dedique fundamentalmente a la interpretación definitiva de la Constitución, como debe corresponder al más alto tribunal del país.*

*La Corte Suprema, sin un enorme volumen de negocios a su cuidado, impartirá una justicia mejor; y como órgano único que interpretando en definitiva sus mandamientos, vele por el respeto de la Ley Superior, reasumirá fundamentalmente las funciones que conciernen al Tribunal más alto de la nación.*

*El sistema propuesto en esta iniciativa elimina, en definitiva, el problema del rezago de asuntos de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, pues el cumplimiento de las normas constitucionales se presenta normalmente en forma espontánea, por lo que sólo conocerá de aquellos casos de excepción en que se cuestiona la violación de un precepto constitucional o se requiere fijar su interpretación definitiva.*

Una vez seguido el trámite legislativo, el 10 de agosto de 1987<sup>8</sup> se publicó en el Diario Oficial otra de las reformas trascendentales para el amparo directo y su revisión, porque es el punto en el cual la Suprema Corte deja por fin de conocer de los juicios de amparo directo, pasando la competencia, en todos los casos, a los Tribunales Colegiados de Circuito y, en consecuencia, a que la Corte quedara como tribunal de segunda instancia para los casos excepcionales como se verá enseguida.

El artículo 107 constitucional se reformó en su fracción V, dejando claro que la competencia para conocer los amparos directos le correspondería a los Tribunales Colegiados de Circuito, pero el tema de la revisión en contra de las sentencias ahí dictadas, regulada en la fracción IX, no sufrió cambio alguno, permaneciendo el texto

---

<sup>8</sup> [http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/M.%201969-1988/a\)%20Constitucion%201917/10.ago.1987.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/M.%201969-1988/a)%20Constitucion%201917/10.ago.1987.pdf)

que desde la reforma de 1951 se introdujo, de tal manera que dichas fracciones, la V ya reformada y la IX que no se reformó, quedaron en los siguientes términos:

*V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación...*

....

*La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales así lo ameriten.*

*IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, caso en que serán recurribles ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.*

*La resolución del Tribunal Colegiado de Circuito no será recurrible, cuando se funde en la jurisprudencia que haya establecido la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto de la constitución.*

Esta reforma constitucional entró en vigencia el 15 de enero de 1988, pero, no obstante ello, el 5 de enero de dicho año se publicó en el Diario Oficial la reforma a la Ley de Amparo<sup>9</sup>, la cual también entraría en vigencia el 15 de enero de 1988, a fin de que ambas, la reforma constitucional y la de la ley secundaria iniciaran su vigencia de manera simultánea.

La reforma a la Ley de Amparo tocó la fracción V del artículo 83, relativo a la revisión en amparo directo, quedando en los siguientes términos:

*V. Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.*

<sup>9</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/N.%201988-1995/d%29%20Ley%20de%20Amparo%20de%201936/05.ene.1988.pdf>

*La materia del recurso se limitará, exclusivamente, a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.*

*En todos los casos a que se refiere este artículo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses, puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.*

Así como la reforma de 1951 marcó un cambio trascendente en el Poder Judicial de la Federación y el juicio de amparo, al crearse los Tribunales Colegiados de Circuito, la reforma de 1988 ahondó en la separación de la Corte de los amparos directos, al dejarle toda la competencia a los Tribunales Colegiados, si bien se dejó también la posibilidad de que el Máximo Tribunal decidiera atraerlos cuando sus características especiales así lo ameritaran.

Asimismo, se mantuvo la competencia de la Corte para seguir siendo la última instancia en los casos en los cuales persista un problema de constitucionalidad, es decir, que las sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo directo, pudieran seguir siendo impugnables bajo ciertos parámetros, que es de destacarse que conforme a la fracción IX del artículo 107 constitucional, lo serían solamente las “*que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución*”, mientras que en la Ley de Amparo se hace una precisión de qué se entiende por “leyes”, lo que se hizo en sentido amplio porque en la fracción V del artículo 83 se lista a las “*leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados*”.

### **1.3. La Reforma de 1999 y el inicio de los Acuerdos de la Corte**

La siguiente reforma constitucional sobre el tema de la revisión en amparo directo, se dio mediante decreto publicado el 11 de junio de 1999,<sup>10</sup> cuya fracción IX quedó en los siguientes términos:

*IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso*

<sup>10</sup> [http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/O.%201995-2011/a\)%20Constitucion%201917/11.jun.1999.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/O.%201995-2011/a)%20Constitucion%201917/11.jun.1999.pdf)

*exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.*

Vemos del texto transcrito que se restringió aún más la procedencia de la revisión en amparo directo, porque de entrada es un recurso excepcional que, como se ha visto, buscó reservar a la Suprema Corte el tema de constitucionalidad pero ahora ya no era suficiente ese filtro, sino que, además, se incluyó el requisito de la importancia y trascendencia que, además, se dejó la atribución para que la misma Suprema Corte, en acuerdos generales, estableciera lineamientos a seguir para determinar los casos que se considerarían importantes y trascendentes, lo que desde luego hizo al emitir el Acuerdo 5/1999 de fecha 21 de junio de 1999, precisándose en el mismo que “se entenderá que un asunto es importante cuando de los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico, si opera la suplencia de la queja deficiente), se vea que los argumentos (o derivaciones) son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en la materia de constitucionalidad.”<sup>11</sup>

#### **1.4. La revisión en la Décima Época**

El 6 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación<sup>12</sup> la reforma constitucional en materia de amparo de mayor trascendencia desde que se instauró este medio de control constitucional.

Por lo que hace a la procedencia de la revisión en amparo directo, en la fracción IX del artículo 107 constitucional se hicieron algunas precisiones que, sobre todo, obedecieron a criterios que ya la Suprema Corte había venido sosteniendo, de tal manera que el ajuste quedó en los términos siguientes:

*IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.*

Como vemos, se utiliza el término amplio de “normas generales” y ya no solamente de “leyes”; se precisa que las sentencias de amparo directo serán impugnables si se hizo el estudio de inconstitucionalidad planteado o bien que haya sido omiso el Tribunal Colegiado no obstante haber sido planteado por el quejoso. Asimismo, se mantuvo el requisito de la importancia y trascendencia y se dejó, de igual

<sup>11</sup> Víctor Rojas Amandi, en su trabajo titulado El recurso de revisión de las sentencias de amparo directo ante la Suprema Corte, hace un análisis muy puntual sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos Generales de la Corte.

<sup>12</sup> [http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/O.%201995-2011/a\)%20Constitucion%201917/06.jun.2011.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/O.%201995-2011/a)%20Constitucion%201917/06.jun.2011.pdf)

manera, a fijarse criterios en los acuerdos generales que al efecto emita el Máximo Tribunal, sin que al momento en que esto se escribe se haya emitido un nuevo acuerdo, de tal manera que sigue siendo vigente y aplicable el mencionado Acuerdo 5/1999.

Finalmente, la reforma constitucional se materializó en una nueva ley de amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 y entrando en vigencia al día siguiente, marcando un cambio que poco a poco se irá concretando en la práctica diaria en los tribunales.

## **2. Análisis de sentencias relevantes**

### **2.1. Control difuso de constitucionalidad (amparo directo en revisión 914/98)**

A partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010 (caso Radilla), dictada en 2011, y las reformas constitucionales del mismo año, en materia de derechos humanos y amparo, se ha llegado a sostener que en nuestro sistema jurídico opera el control concentrado de constitucionalidad, mediante los mecanismos de control jurisdiccional, entre los que se encuentra el juicio de amparo y, además, un sistema de control difuso de constitucionalidad, *ex officio*, en el que todos los jueces del país deben hacer el análisis de constitucionalidad de cualquier norma y, en caso de no ajustarse a la Constitución Federal, inaplicarla en el caso concreto. Esto hoy en día es algo cotidiano que prácticamente todos los juzgadores están conscientes de ello y lo hacen, también, ya de manera regular.

Pero antes de 2011, vivíamos en un modelo distinto, en donde se sostenía que el control de la constitucionalidad de normas solamente podría llevarse a cabo por el Poder Judicial de la Federación, en la vía dispuesta para ello en los artículos 103 y 107 de la Carta Magna. Esto, aun y cuando el artículo 133 de la propia constitución decía lo contrario; en realidad lo sigue diciendo, porque la reforma de 2011 no lo tocó.

En efecto, el referido artículo 133 constitucional prescribe que:

*"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."*

Cuando coincidíamos con algún juzgador o académico de otro país, en algún congreso, y se comentaba el tema, es decir, sobre qué modelo de control constitucional se tenía, ellos normalmente decían que en México había un modelo difuso, precisamente porque ellos lo estudiaban a la luz del artículo 133 constitucional. Y nosotros, los mexicanos, teníamos que decirles que no, que en nuestro país el sistema era concentrado; pero por qué, nos preguntaban, si la constitución mexicana dice que "los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar

*de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." Pues sí, insistíamos, pero lo cierto es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales, en el sentido de que la prescripción del 133 no podía interpretarse de manera aislada, sino a la luz del sistema previsto en los artículos 103 y 107, de tal manera que solamente el Poder Judicial de la Federación podía hacer control de constitucionalidad.*

Y, en efecto, he aquí parte de la historia: el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 914/98, por unanimidad de 9 ministros, llegó a la conclusión de que el control difuso no operaba en México.

En un juicio civil en el estado de Nuevo León, se promovió amparo directo en el que el tema de fondo controvertido era la condena en costas. El quejoso adujo que el Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad, violentaba el artículo 17 constitucional, que reconoce el derecho a la justicia gratuita y que dice expresamente que están "*prohibidas las costas judiciales*". Como el Tribunal Colegiado llevó a cabo la interpretación directa de dicho precepto constitucional, la revisión fue procedente y, entonces, el Máximo Tribunal se avocó a su estudio, concluyendo que las costas a las que se refiere el artículo 17 son las que implican un pago a los tribunales, es decir, que la prohibición va en ese sentido, que el justiciable no pague a los juzgadores por conocer y resolver sus juicios, pero, de ninguna manera abarca el pago que deba hacerse a la contraparte por los gastos en los que se le hizo incurrir por el juicio.

Asimismo, en la ejecutoria de mérito, se dice que en razón de que el recurrente hizo valer que la autoridad responsable infringió el artículo 133 constitucional, procede el Máximo Tribunal a su estudio, diciendo al respecto lo siguiente:

*Por último, respecto del agravio de la recurrente que se hace consistir en la violación por parte de la autoridad responsable, de lo preceptuado por el artículo 133 constitucional, resulta infundado.*

*En efecto, este Supremo Tribunal al establecer la interpretación de los alcances del numeral 133 de la Constitución Federal, en lo que respecta al denominado "control difuso", se ha pronunciado en el sentido de que sólo el Poder Judicial Federal, puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo.*

...

*En este orden de ideas, y concretamente por lo que se refiere al problema planteado en el caso a estudio, resulta inadmisibles sostener, que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución General de la República, los Jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar las leyes locales, en base al argumento de que éstas son violatorias de la Ley Suprema.*

*Y si bien es cierto que en principio la redacción del artículo 133 constitucional sugiere la posibilidad de que los Jueces puedan juzgar la constitucionalidad no sólo de sus actos sino además la de los ajenos, especialmente las leyes y Constituciones de los Estados en cuya jurisdicción ejerzan, y que en dicho sentido se llegó a pronunciar*

*inicialmente esta Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo la postura sustentada hasta la fecha por este Alto Tribunal de manera predominante ha sido en sentido opuesto teniendo en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que informan nuestra Constitución.*

...

*Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para los Jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en un juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales.*

*A mayor abundamiento, debe aclararse en esta línea de interpretación, que si bien desde la Constitución de 1857 se reprodujo en esencia el artículo 126 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en el contenido del actual artículo 133 de la Constitución de 1917, sin embargo su aplicación es diversa en ambas latitudes, pues mientras en aquel país esta disposición tiene una vigencia plena en la medida en que el control constitucional se despliega por la vía de excepción o defensa inicialmente ante cualquier autoridad local y pasa después a la jurisdicción federal a través de recursos procesales, que vinculan dentro de un solo proceso las dos instancias desarrolladas sucesivamente ante las dos jurisdicciones; en cambio, en nuestro sistema jurídico, como ya se asentó con antelación, el control constitucional se previene en la vía de acción y se encomienda exclusivamente al Poder Judicial de la Federación.*

Como se observa de lo anterior, la Suprema Corte hizo una interpretación restrictiva, pensando más bien que debiera tenerse un modelo controlado, en donde solamente el Poder Judicial tuviera la posibilidad de conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas, a través de las vías en las que es posible controvertirlas directamente, como sucede con el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, mecanismos de control en los que si se determina que la ley es contraria a la constitución, se emite una sentencia en la que se dice expresamente que dicha norma es inconstitucional. A nuestro modo de ver, esto era lo que la Corte tenía en mente cuando decía que tal atribución no podían desplegarla los jueces locales, lo que desde luego era y sigue siendo cierto. Sin embargo, se pasó por alto que en realidad en un control difuso, los jueces al ajustarse a la constitución, sí podían –como sucede hoy-, inaplicar normas generales pero solamente al caso concreto, sin que puedan dictar una sentencia en la que digan que tal ley es inconstitucional, porque la vía que están conociendo no lo permite.

Finalmente, la jurisprudencia por reiteración conformada con la ejecutoria que venimos comentando, fue dejada sin efectos por el Pleno de la Corte, al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, bajo el argumento de que la

reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, exigía una nueva interpretación constitucional. Pero realmente, el que antes no se aceptara el control difuso de constitucionalidad y ahora sí sea procedente y, además, oficioso, obedece más que a un cambio legislativo (el artículo 133 no se reformó), a un cambio de postura, de criterio, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## **2.2. El arbitraje a juicio (amparo directo en revisión 1225/2006)**

Como en su momento fue conocido en los medios de comunicación, el periodista José Gutiérrez Vivó y su empresa Monitor, se enfrascaron en un litigio con Grupo Radio Centro, derivado de la relación que tenían para que el primero transmitiera sus programas de radio en las frecuencias de Radio Centro. Como en el contrato por ellos celebrado pactaron que los litigios que derivaran del mismo se resolverían mediante arbitraje, se procedió a conformar el tribunal arbitral, mismo que emitió laudo en el que dio por terminada la relación comercial y diversas consecuencias económicas para las partes.

Si bien el laudo no tiene medios de impugnación, lo que se hizo fue demandar incidentalmente la nulidad del procedimiento arbitral, la cual fue decretada por el Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil en el Distrito Federal.

En contra de dicha sentencia, ambas partes promovieron juicio de amparo indirecto, en el cual se concedió el amparo a una de ellas y, en contra de esta sentencia, se promovió recurso de revisión, conociendo del mismo el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el que determinó revocar la sentencia del juez de distrito, considerando que la vía indirecta era improcedente, porque la resolución dictada en el incidente de nulidad del procedimiento y laudo arbitral, era una sentencia definitiva para efectos de procedencia del amparo directo, de tal manera que una vez revocada la sentencia del inferior, procedió a dictar sentencia en amparo directo.

La sentencia del Tribunal Colegiado en amparo directo, fue impugnada en revisión y es el que finalmente la Corte conoció y resolvió (antes se había negado a ejercer su facultad de atracción), determinando que sí era procedente el recurso porque el Tribunal Colegiado había efectuado una interpretación directa del artículo 107 constitucional, para determinar cuál era la vía procedente, si el amparo indirecto o el directo.

Bajo esta premisa, el Pleno de la Suprema Corte realizó un análisis, primero, a la naturaleza jurídica del arbitraje y, después, a los incidentes mediante los cuales se reclama su nulidad, para de ahí determinar la procedencia del juicio de amparo.

Sobre el primer tema, es decir, la naturaleza del arbitraje y sus resoluciones, en la ejecutoria se dice lo siguiente:

*El laudo arbitral constituye la decisión tomada por el árbitro o por un tribunal arbitral, encaminada a resolver el conflicto de intereses que llevó a las partes a someterse a dicha decisión arbitral. Dicho laudo no es propiamente una sentencia, sino que es simplemente una resolución que pone fin a un procedimiento arbitral, llevado a cabo con motivo de un compromiso inter-partes, quienes previamente acordaron o*

*convinieron en someterse a ese procedimiento y a dicha decisión que, una vez tomada, les obliga.*

*No obstante, en el propio compromiso arbitral, generalmente se establecen las causas por las que una de las partes podría oponerse a la ejecución del laudo, para el caso de que éste hubiese sido homologado y con ello elevado a la categoría de acto jurisdiccional, cuando ese requisito sea legalmente indispensable para su ejecución.*

...

*Además, los árbitros tienen y ejercen jurisdicción, es decir, están investidos por las partes, con autorización y sanción de la ley, de la facultad exclusiva de decidir la controversia o disputa con fuerza vinculativa para las partes. En otras palabras, en el arbitraje se establece una verdadera relación jurídico-procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional, que es el árbitro o el tribunal arbitral. Se siguen los trámites y formalidades del juicio arbitral y finalmente el órgano resuelve la controversia a través de una resolución definitiva que pone fin al juicio arbitral y que se llama laudo. Cuestión muy diferente es que ese laudo sea o no ejecutable por sí mismo y que los árbitros sean o no autoridades para efectos del juicio de amparo. Estos temas nada tienen que ver con la naturaleza del arbitraje como verdadero juicio y del laudo como sentencia que le pone fin.*

Es de llamar la atención el hecho de que se asimile al arbitraje a un juicio, al grado de calificar de jurisdiccionales los actos del árbitro. Se afirma en la sentencia, que las partes al convenir que el litigio se someta al arbitraje, le están otorgando o dotando al árbitro o al tribunal arbitral de la función jurisdiccional; se afirma categóricamente que “*los árbitros tienen y ejercen jurisdicción*”, cuando lo cierto es que la jurisdicción es una función pública, estatal.

El Estado despliega básicamente tres funciones (a través de los tres poderes y demás organismos autónomos), la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. La función jurisdiccional es una actividad propia del Estado, es una función pública, que consiste en conocer y resolver litigios a través del proceso, en donde se relacionan los conceptos de acción y jurisdicción, porque esa facultad implica no solamente conocer y resolver las controversias trascendentes para el derecho, sino, además, el poder ejecutar por la fuerza sus resoluciones. La jurisdicción se despliega únicamente a través del proceso.

Si bien el arbitraje es una forma de resolver el litigio, la diferencia con el proceso estriba, sobre todo, en que el segundo solamente lo puede conocer el Estado, precisamente dentro de la función jurisdiccional, mientras que en el arbitraje, los particulares pueden desempeñar la atribución cuando así lo han pactado las partes, pero, precisamente la restricción principal está en el hecho de que ellos, los árbitros, no pueden ejecutar coercitivamente sus resoluciones. Y esto es así porque carecen de jurisdicción; solo los tribunales instituidos por el Estado pueden ser titulares de esta función pública.

Más allá de lo criticable que pudieran resultar ciertas afirmaciones sobre la naturaleza del arbitraje, sí se dice que los laudos que ahí se emiten no son susceptibles de impugnación, ni por medios ordinarios ni extraordinarios, es decir, que no procede el amparo en su contra. Claro que ahora se ha abierto la discusión en razón de regularse en la Ley de Amparo de 2013 la procedencia del juicio de amparo contra actos de particulares, a quienes en ciertos casos se les puede llegar a considerar autoridades por equivalencia.

Lo que sí se ha aceptado es que el procedimiento arbitral pueda estar afectado de nulidad y ésta se haga valer en la justicia ordinaria, para luego, las sentencias dictadas en esos incidentes (las leyes precisan que esa será la vía), puedan entonces sí ser controvertidas en amparo, surgiendo la discusión de si son sentencias definitivas impugnables en la vía directa o bien, caben en los supuestos de procedencia del amparo indirecto.

Al respecto, el Pleno de la Corte, por mayoría de 5 votos (sesionaron 9), llegó a la conclusión de que no se trataba de una sentencia definitiva y, por ello, no procedía el amparo directo como lo había sostenido el Tribunal Colegiado, bajo la siguiente argumentación:

*Así las cosas, resulta que si el incidente de nulidad del laudo arbitral no nace del ejercicio de una acción civil (personal, real o del estado civil) aun cuando culmine con una resolución contra la cual no procede recurso, ésta no podrá reputarse como sentencia definitiva por la que se pone fin a juicio para los efectos de la procedencia del amparo directo.*

*En la especie, debe considerarse que la resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral, en las condiciones apuntadas, no constituye un supuesto de procedencia del amparo directo, en los términos previstos en el artículo 158, de la Ley de Amparo, porque dicha resolución no tiene la característica de ser una sentencia definitiva para los efectos del amparo directo, pues en todo caso, dicha interlocutoria constituye la última resolución dictada en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional, situación que se equipara a la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 114, de la Ley de Amparo, que literalmente señala lo siguiente:*

...

*No obstante, que el laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos del amparo, sí es la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, lo cual permite establecer que la resolución dictada en el incidente de nulidad del laudo arbitral debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por ende, la resolución recaída al incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento que inició con una etapa arbitral y culminó con una fase jurisdiccional en la que se busca, bien la homologación o bien la nulidad del laudo.*

Si la sentencia definitiva para efectos de procedencia del amparo directo, es la que resuelve el juicio en lo principal, resulta que en estos incidentes de nulidad, que no son verdaderos juicios porque no se juzga si el laudo fue correcto o no, sino cuestiones de vicios del pacto arbitral o del propio procedimiento, se llegó a la conclusión de que se les puede considerar como actos dictados fuera de juicio.

Veamos que el punto de partida para las reglas de procedencia del juicio de amparo, en estos casos, es ubicar al acto reclamado como aquél que emana de un tribunal, judicial, administrativo o del trabajo (es decir, un órgano jurisdiccional) y, segundo, determinar en qué punto del camino procesal se encuentra para ver cuál es la regla específica de procedencia: si es un acto en juicio, fuera de juicio, después de concluido el juicio o bien, si es la sentencia definitiva. Para el último caso, ya se ha visto cómo la Corte considera que una sentencia sea definitiva y, entonces, se impugne en amparo directo. Para los actos en juicio (todo lo que pasa entre la demanda y la sentencia), la regla es que al tratarse de violaciones procesales, se impugnan al final, en el amparo directo que se promueva contra la sentencia definitiva, salvo que causen un agravio irreparable, que lo será cuando se afecten derechos sustantivos. Los actos después de concluido el juicio son los que se presentan una vez dictada la sentencia. Para los actos fuera de juicio, ni la constitución ni la ley de amparo precisan cuáles son, de tal manera que se ha aplicado una regla de exclusión, es decir, si el acto reclamado no fue dictado en juicio, ni después de concluido el juicio, ni se trata de una sentencia definitiva, entonces será un acto fuera de juicio y bajo ese supuesto es que procede el amparo en la vía indirecta.

Para la mayoría de los Ministros del Máximo Tribunal, los incidentes de nulidad de procedimientos y laudos arbitrales (así como los incidentes para su ejecución judicial, decimos nosotros), al no ser propiamente juicios, no concluyen con sentencias definitivas y, por ello, no procede el amparo directo; esas resoluciones son consideradas como actos fuera de juicio, de tal manera que resultan impugnables en amparo indirecto.

En el caso que venimos comentando, las partes promovieron juicio de amparo indirecto en contra de la resolución que puso fin al incidente de nulidad y, en contra de la sentencia del juez de distrito, interpusieron recurso de revisión, pero, al llegar al Tribunal Colegiado, éste determinó que la vía no era la correcta así que la rectificó y lo que le llegó como amparo indirecto en revisión, acabó por resolverlo como amparo directo. En contra de dicha sentencia se promovió revisión, la que fue procedente porque el Tribunal Colegiado había realizado una interpretación directa de la constitución. Por su parte, el Pleno de la Corte, consideró equivocada la interpretación de la constitución efectuada por el Colegiado, y determinó que la vía correcta era la indirecta y no la directa, así que revocó la sentencia y le regresó al Tribunal Colegiado el expediente para que resolviera la revisión del amparo indirecto, la que, vale decir, fue declarada infundada y quedó firme la sentencia del juicio de amparo indirecto y, con ello, la nulidad del procedimiento arbitral.

### **2.3. Responsabilidad patrimonial del Estado. Derecho humano a la indemnización y vía para su ejercicio (amparo directo en revisión 10/2012)**

En el año 2009, una persona fue sometida a una cirugía en una clínica del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y al poco tiempo presentó secuelas que le afectaron de manera irreversible en su movilidad. Por ello, presentó queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y ante el propio Instituto. En el primer caso se tuvo por no conciliada la queja y, en el segundo, se determinó que existía la responsabilidad médica civil que se demandaba y, por lo tanto, se fijó una indemnización para el afectado.

Dado que el gobernado consideró insuficiente la indemnización que el propio IMSS determinó, en 2011 presentó demanda en la vía ordinaria civil, reclamando como prestación principal, el pago del daño moral y responsabilidad civil del IMSS, quien una vez emplazado interpuso la excepción de incompetencia por declinatoria, en razón de la materia, argumentando que la vía correcta no era la civil sino la administrativa. El tribunal de alzada declaró fundada la declinatoria y dio por terminado el juicio.

Inconforme con tal resolución, promovió juicio de amparo indirecto ante el juzgado de distrito, quien consideró que al estarse impugnando una resolución que había puesto fin al juicio, la vía procedente era la directa, de ahí que remitió la demanda al Tribunal Colegiado de Circuito, el que una vez sustanciado el procedimiento, dictó sentencia negando el amparo solicitado.

El quejoso interpuso recurso de revisión, el cual fue procedente, en razón de que en la demanda de amparo se había planteado la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, sobre todo por lo que hace a la vía, es decir, sostenía el quejoso que el artículo 113 constitucional no limitaba el ejercicio del derecho a la indemnización a una vía administrativa como lo hacía la ley, sino que, la dejaba abierta.

En la ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte, se plantean como temas a resolver, los siguientes:

*La cuestión de constitucionalidad a dilucidar en el presente asunto consiste en determinar el contenido y alcance del artículo 113 constitucional, a saber: i) la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) si la responsabilidad patrimonial del Estado comprende el derecho de los afectados a que el Estado resarza los daños generados por el actuar negligente del personal médico que labora en las instituciones de salud públicas; iii) la caracterización de la indemnización a la víctima como un derecho fundamental; iv) la vía procesal a través de la cual puede exigirse la reparación de los daños y v) si en el presente caso la determinación de que la vía procedente es la administrativa impide que se ejerza el derecho a la salud y a una indemnización justa.*

Y al desarrollarlos, se van dilucidando las dudas que pudieran existir respecto a la naturaleza misma del sistema de responsabilidad adoptado en el artículo 113 constitucional, dejando claro el cambio sustancial que representó pasar de una responsabilidad subjetiva y subsidiaria a una objetiva y directa, en donde uno de los puntos relevantes de dicha transición fue que en el modelo anterior, “para que el Estado respondiera solidariamente, era necesario además, demostrar que el funcionario actuó dolosamente”, es decir, que tuvo la intención de causar el daño, mientras que en el actual lo relevante es el daño mismo, si bien se exige acreditar que la actividad

administrativa fue irregular, la que en los casos de prestación de servicios públicos como los de salud, “*la responsabilidad patrimonial del Estado se actualiza cuando el personal médico que labora en las instituciones de salud públicas actúa negligentemente, ya sea por acción u omisión, y ocasiona un daño a los bienes o derechos de los pacientes*”.

Por lo que hace a la carga de la prueba, la regla general consiste en que el gobernado que se dice afectado, debe acreditar que la conducta dañosa fue irregular, es decir, indebida, ilegal, violando las normas y disposiciones que determinan cómo se debe llevar a cabo esa actividad estatal. Sin embargo, y este un tema por demás relevante, la Primera Sala de la Corte, que se ha caracterizado, sobre todo en los años recientes, por realizar interpretaciones amplias y que tienden a buscar la mayor protección de los derechos humanos, concluyó al respecto que:

*A pesar de que se ha determinado que en el caso la responsabilidad patrimonial del Estado, es necesario probar el actuar irregular del Estado, es posible señalar al tiempo, que en los casos en que esta responsabilidad emana de la prestación de un servicio de salud deficiente, la prueba de la diligencia recae en las instituciones médicas del Estado, en atención al derecho de indemnización de la víctima.*

...

*La carga de la prueba de la debida diligencia le corresponde al demandado. Por lo que si no logra acreditar que cumplió los cuidados establecidos en la normativa de la materia o en la lex artis de la profesión, será responsable por los daños ocasionados.*

...

*Lo anterior se justifica de acuerdo a los principios de facilidad y proximidad probatoria, con base en los cuales debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez.*

Es de destacarse también, que en las sentencias de la Suprema Corte, vemos cada más, soporte no solo en doctrina y en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino precedentes de tribunales de otros países. En este caso, la Primera Sala robustece su conclusión sobre la carga de la prueba, en una sentencia del Tribunal Supremo español:

*Similares consideraciones sostuvo el Tribunal Supremo español en el que señaló que, “en atención a la mayor facilidad que tiene el médico para probar que actuó diligentemente justifican que se invierta la carga de la prueba y que sea exigible a la institución hospitalaria la acreditación de cuál fue la causa de la infección producida en el curso de una intervención realizada en sus instalaciones y con el instrumental de su quirófano, o al menos, la aportación de la prueba de que su diligencia y cuidado fueron exquisitos”.*

En otro aspecto, la ejecutoria reitera lo que ya en otras sentencias de había sostenido: que el artículo 113 constitucional reconoce un verdadero derecho sustantivo a la indemnización, fijando los parámetros y alcances de dicho derecho:

*Por tanto, para dar un efectivo cumplimiento al derecho sustantivo establecido en el artículo 113 constitucional, la restitución de los daños causados por el actuar administrativo irregular, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, atendiendo a (a) el daño físico o mental; (b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; (c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (d) los perjuicios morales; y (e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.*

Finalmente, por lo que hace a la determinación de cuál es la vía correcta para hacer efectivo el derecho a la indemnización, la Corte hace una precisión y distinción fundamental: que el artículo 113 constitucional establece el sistema de responsabilidad del Estado, es decir, cuando se pretende que sea éste, directamente, el que indemnice al afectado pero, eso no limita el derecho que se tiene a demandar directamente al servidor público, en lo personal, que causó la afectación. Por ello, dice la Primera Sala, “*los procesos con fines indemnizatorios son la vía civil, si se demanda al médico en lo particular; o bien, la vía administrativa, si se demanda al Estado*”.

Y si bien es cierto el artículo 113 constitucional no dice de manera precisa lo anterior, sí le otorga al legislador ordinario la potestad para que él decida cómo reglamentar el ejercicio de ese derecho y, al efecto, expidió la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en la que se determinó la vía administrativa para reclamar la indemnización por parte de los órganos estatales, razón por la cual sí está ajustada a la constitución y, por ello, se determinó declarar infundado el recurso de revisión y confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito.

Con ese resultado, queda claro que si se demanda al médico en lo individual, la vía civil es la correcta; pero, si se opta por reclamar la indemnización al Estado, la administrativa es la idónea. Por eso, en el caso concreto, dado que el particular afectado demandó al IMSS en una vía civil, fue correcta la determinación de incompetencia por materia, quedando expedito su derecho para que intentara su reclamación en la vía administrativa.

#### **2.4. Derecho humano a una defensa penal adecuada (amparo directo en revisión 207/2012)**

En el mes de septiembre de 2007, presuntamente se llevaron a cabo diversos hechos constitutivos del delito de robo en el estado de Puebla, por lo que seguida la causa penal ante el Juzgado Sexto de lo Penal en el Distrito Judicial de Puebla, éste dictó sentencia en la que condenó al inculpado, imponiéndole una pena privativa de

libertad de cinco años once meses de prisión y multa de 550 días de salario mínimo. Dicha sentencia fue recurrida en apelación, misma que conoció la Tercera Sala en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, la que en esencia confirmó la sentencia impugnada.

En contra de la anterior determinación, el sentenciado promovió juicio de amparo directo, el cual fue resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, negando la protección solicitada. Inconforme, el quejoso promovió recurso de revisión, el cual fue desechado por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por considerar que en la demanda de amparo directo no se planteó la inconstitucionalidad de ninguna norma ni se solicitó la interpretación de algún precepto constitucional, por lo que en contra de dicho proveído, fue presentado recurso de reclamación, mismo que fue resuelto por la Primera Sala de la Corte, la que determinó fundado el mismo, por considerar que el Tribunal Colegiado de Circuito, sí se pronunció sobre los alcances del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal, al referirse al derecho a una defensa adecuada. Así pues, la Primera Sala de la Corte, estimó que la revisión si era procedente, porque:

*En el pronunciamiento del Tribunal Colegiado subyace un ejercicio de interpretación directa de la Constitución —concretamente, de la fracción IX, del Apartado A del artículo 20, en su relación sistemática con el artículo 160, fracción II, de la Ley de Amparo—, al haber determinado que la garantía de defensa adecuada no se afecta en aquellos casos en los que se permite que una persona que no acredita, conforme a la ley, ser licenciado en Derecho, asista a un indiciado durante la integración de la averiguación previa y en el desahogo de los careos.*

Una vez resuelta la reclamación y decidida la admisión de la revisión en el amparo directo, se volvió a turnar a la Primera Sala, pero dicho órgano determinó enviarlo al Pleno de la Corte, para que ahí se resolviera, dada la relevancia especial del asunto.

Ya en la ejecutoria emitida por el Pleno del Máximo Tribunal, se precisó que la cuestión constitucional consistía en “*determinar si se viola o no la garantía de defensa adecuada cuando se permite que una persona asista a un indiciado en un diligencia sin acreditar legalmente su condición de abogado. Es decir, si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado es constitucionalmente válida*”.

Para llegar a una conclusión, se hizo una interpretación no solamente de la Constitución, sino, además, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, apoyándose al respecto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera específica en el precedente del caso Barreto Leiva vs. Venezuela, ante el hecho de que el Estado no permitió al señor Barreto Leiva la posibilidad de contar con un abogado defensor, en donde se sostuvo el criterio de que “*la defensa efectiva prevista en el artículo 8.2.e, implica el hecho de que la misma debe ser técnica, esto es, entre otras cosas, proporcionada por un “profesional del Derecho*”.

Asimismo, el Máximo Tribunal, refiere que en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, “*el Tribunal Interamericano interpretó que la defensa adecuada que*

*debe garantizar el Estado en términos del artículo 8.2 de la Convención, debe ser una defensa efectiva, lo que no se traduce en una mera formalidad procesal (lo cual equivaldría a no contar con una defensa técnica), sino que el defensor debe actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados”.*

La ejecutoria refiere, también, los Comentarios Generales Números 13 y 32, sobre la Administración de Justicia (Artículo 14), emitidos por el Comité de Derechos Humanos, organismo internacional encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional, de cuyas interpretaciones, incluyendo las citadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Máximo Tribunal desprende que:

*“... ni la Convención Americana ni el Pacto Internacional, prevén la posibilidad de que la defensa del inculcado en un proceso penal pueda ser efectuada por un tercero que no sea perito en derecho.*

*Por el contrario, como se infiere de los criterios interpretativos de la Corte Interamericana y del Comité de Derechos Humanos, la defensa que el Estado debe garantizar conforme al artículo 1.1, en relación con el artículo 8 de la Convención Americana, y 2.1, en relación con el artículo 14 del Pacto Internacional, debe ser lo más adecuada y efectiva posible, lo cual, implica un elemento formal, que es que el defensor acredite ser perito en derecho; y uno material, consistente en que, además de dicha acreditación, el defensor debe actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados.*

...

*De este modo, este Alto Tribunal estima que, de una interpretación armónica del Artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), con base en el principio de interpretación pro personae previsto en el artículo 1° constitucional, a la luz del artículo 8.2. d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 14.3. d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es posible concluir que la defensa adecuada dentro de un proceso penal es una defensa efectiva, la cual se garantiza cuando es proporcionada por una persona que posea los conocimientos técnicos en derecho, suficientes para actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados. Lo anterior, en consecuencia, significa que, inclusive, la defensa proporcionada por persona de confianza debe cumplir con estas especificaciones, a fin de garantizar que el procesado tenga la posibilidad de defenderse adecuadamente.*

Como vemos, para la mayoría de los Ministros (la votación fue 7 a 4), el derecho a la defensa adecuada, aún y cuando la constitución preveía la posibilidad de ser

defendido por persona de su confianza, implica que el defensor sea una persona que posea los conocimientos técnicos en derecho, suficientes para actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados.

Desde luego que esta resolución parecería hoy en día irrelevante, en razón de que la actual fracción VIII del apartado B, del artículo 20 constitucional, reconoce expresamente que el inculpado “*tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención...*”, es decir, que ya se es tajante en el sentido de que el defensor debe ser abogado, esto es, contar con cédula profesional que lo habilite para desempeñar la profesión de abogado, presumiéndose con ello que es una persona que cuenta con la capacidad técnica necesaria para defender al inculpado, pero, tampoco debe pasar por alto, que dicha prescripción se encuentra en el marco constitucional posterior a la reforma de 2008 y que aún no entra en vigencia, de tal manera que los procesos penales se están rigiendo por el sistema anterior, de ahí la relevancia de la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de precisar los alcances del derecho humano a la defensa efectiva.

Por lo que hace al caso concreto, los agravios fueron declarados inoperantes y, con ello, se confirmó la negativa del amparo, en razón de que no se demostró que el inculpado hubiere sido violentado en su derecho a la defensa efectiva, puesto que al momento de rendir su declaración ministerial estuvo asistido de abogado, al igual que en su declaración preparatoria, y si bien posteriormente designó un defensor particular, quien lo asistió en las posteriores diligencias que se desahogaron en autos, entre éstas, los careos que sostuvo con su coacusado y con la parte agraviada, y dicho defensor se identificó en el proceso al protestar el cargo conferido con su licencia de conducir, es decir, no acreditó con cédula profesional ser abogado, lo cierto es que dicho defensor era un ex Procurador de Justicia del Estado de Puebla, de tal manera que la Corte consideró que dicha persona, aún y cuando no exhibió su cédula, sí ejerció una defensa efectiva en el sentido de contar con la capacidad técnica necesaria para ello, precisamente porque al haber sido en su momento procurador de justicia del estado, para ejercer dicho cargo requirió ser licenciado en derecho.

En conclusión, lo relevante de la ejecutoria es la interpretación de la constitución efectuada por el Pleno de la Corte, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos, construyendo de esa manera una concepción clara y amplia del derecho humano a la defensa penal adecuada.

## **2.5. Inconstitucionalidad de la Ley de Amparo (amparo directo en revisión 4081/2013)**

Cuando una autoridad administrativa emite una resolución que es desfavorable para el gobernado, éste tiene la posibilidad de controvertirla en un juicio contencioso administrativo o también llamado juicio de nulidad, ante un tribunal contencioso, ya sea federal o local, según sea el caso. Como las sentencias que dicten esos tribunales

administrativos se consideran definitivas, se actualiza el supuesto de procedencia del amparo directo.

En la Ley de Amparo de 2013, en la fracción II del artículo 170, se plasmaron reglas muy particulares y restrictivas de procedencia del amparo directo precisamente en materia administrativa:

*Artículo 170. El juicio de amparo directo procede:*

...

*II. Contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando éstas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de las normas generales aplicadas.*

*En estos casos, el juicio se tramitará únicamente si la autoridad interpone y se admite el recurso de revisión en materia contencioso administrativa previsto por el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tribunal colegiado de circuito resolverá primero lo relativo al recurso de revisión contencioso administrativa, y únicamente en el caso de que éste sea considerado procedente y fundado, se avocará al estudio de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el juicio de amparo.*

En el amparo directo en revisión que ahora se comenta, el origen viene de una resolución del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, misma que fue impugnada por el gobernado mediante juicio contencioso administrativo, en el cual la Sala del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declaró la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada.

En contra de dicha sentencia, el actor promovió juicio de amparo directo, mismo que fue sobreseído porque al parecer del Tribunal Colegiado de Circuito, en dicha demanda no se impugnaron normas generales, como lo exige la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo.

La sentencia del Colegiado fue impugnada en revisión, el cual fue admitido a trámite y declarado procedente por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que en el mismo se planteó la inconstitucionalidad de la referida fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo, misma que le fue aplicada en la sentencia de amparo directo.

Para la procedencia y estudio del amparo directo, el precepto legal tildado de inconstitucional, exige tres requisitos o presupuestos:

El primero, parte de la premisa de que la sentencia que declare la nulidad de la resolución, al beneficiar al gobernado, se vuelve prácticamente inatacable para él, salvo que plantee la inconstitucionalidad de la norma general aplicada, requisito que la Segunda Sala, en la ejecutoria que venimos comentando, consideró que vulnera el derecho de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17 constitucional, porque a su parecer:

*“... la primera restricción contenida en la norma que se analiza no encuentra justificación alguna para proscribir, en forma absoluta, la posibilidad de someter a control constitucional alguna porción de la sentencia favorable dictada en sede contencioso administrativa, o bien, simplemente señalar su posible falta de exhaustividad, ya que esto equivale a una denegación de justicia contraria al principio de acceso a los tribunales que tutela el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, porque no necesariamente toda anulación satisface en su integridad las pretensiones del actor, y éste por tanto preserva el derecho de exigir en amparo que la jurisdicción contenciosa administrativa se pronuncie, con arreglo al principio de legalidad, íntegramente sobre lo pedido y/o conforme los alcances pretendidos, en tanto que todos los tribunales, incluidos los de la jurisdicción contencioso administrativa, tienen el deber de estudiar los asuntos con plenitud hasta donde es legalmente necesario hacerlo, y con la regularidad suficiente para respetar dicho principio, fijando en forma congruente los efectos de lo decidido, en su caso.*”

El segundo requisito, consiste en que el amparo directo solamente se admitirá si la autoridad interpone y se admite el recurso de revisión en materia contencioso administrativa previsto por el artículo 104 de la Constitución, es decir, condiciona el derecho del quejoso a impugnar la sentencia, al hecho de que la autoridad decida impugnarla también, con lo que dicha resolución adquirirá el carácter de terminalidad por voluntad de la autoridad demandada, de ahí que igualmente la Segunda Sala concluyó que tal restricción vulnera el derecho de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17 constitucional. Al respecto, se sostiene en la ejecutoria que este requisito:

*“... constituye otro obstáculo injustificado para la defensa de los derechos humanos del actor, ya que la promoción de este medio de control constitucional no puede quedar a merced de la conveniencia de la autoridad demandada de proseguir o no con el litigio iniciado en su contra en la sede contencioso administrativa, asemejando al juicio de amparo con un mecanismo de defensa adhesivo de otro de naturaleza ordinaria, soslayando que se trata de dos sistemas procesales con fines distintos, pues mientras la revisión de la autoridad persigue ajustar la sentencia a la leyes secundarias, la vocación del amparo es revisar su regularidad frente a la Constitución, propósito que no puede subordinarse a la de aquel medio de defensa de la legalidad, porque esto implicaría que el respeto a la Norma Fundamental es subsidiario de la observancia de la ley secundaria, lo cual es inaceptable.”*

El tercer elemento, consiste en que presentado y admitido que fuere el recurso de revisión fiscal promovido por la autoridad, éste será preferente en su estudio y si resultara infundado quedaría firme la sentencia del tribunal administrativo y, con ello, el amparo directo que hubiere promovido el gobernado -aún y cuando sí haya planteado la inconstitucionalidad de la norma general aplicada-, sería sobreseído, porque para su

NEOPROCESALISMO

estudio se exige que el recurso de revisión haya sido declarado procedente y fundado, lo cual la Corte vuelve a determinar como inconstitucional, porque:

*“... el sentido de lo resuelto en el recurso de revisión coexistente con la demanda de amparo es el factor que invariablemente decidirá la suerte procesal del quejoso, pues del desenlace que finalmente obtenga ese medio ordinario de defensa dependerá, en forma decisiva, que el Tribunal Colegiado sobrese a en el juicio de amparo o examine los conceptos de violación planteados (sólo contra normas generales) no por razones técnicas propias que impidan el estudio de la demanda, sino exclusivamente por la circunstancia de que, al no prosperar la revisión de la autoridad, hubiese adquirido firmeza la declaración de nulidad contenida en la sentencia favorable, la cual, como se ha sostenido a lo largo de la presente resolución, no siempre conlleva la dimensión del beneficio que buscaba el actor al promover en la vía contenciosa administrativa, quien no tiene por qué condescender con una invalidez de alcances limitados cuando, conforme a su punto de vista y estrategia litigiosa, pudo obtener una mayor extensión de la invalidez, dadas las violaciones de carácter sustantivo o adjetivo que le brindarían la máxima protección de sus derechos.”*

Bajo esta tesitura, la Segunda Sala de la Suprema Corte declaró fundado el recurso de revisión en el amparo directo, considerando que la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo contraviene al artículo 17 constitucional, que reconoce el derecho de acceso a la justicia, trayendo como consecuencia la inaplicación de la norma, porque realmente se está haciendo un control difuso de constitucionalidad, al no encontrarse la inconstitucionalidad de la ley en un juicio de amparo promovido específicamente en contra de ésta, sino que, el estudio de constitucionalidad se planteó y se efectúa, en un recurso dentro del propio juicio de amparo.

Entonces, al resultar fundado el recurso de revisión, la Corte procedió a revocar el sobreseimiento que había decretado el Tribunal Colegiado de Circuito y a devolverle el expediente para que resuelva el amparo directo, no obstante que la regla genérica de la revisión consiste en que el tribunal de alzada, al revocar la sentencia impugnada, actúe con plenitud de jurisdicción y resuelva el tema o problema planteado, dado que en este caso, la Suprema Corte no tiene competencia para resolver amparos directos (salvo por facultad de atracción), siendo atribución exclusiva de los Tribunales Colegiados de Circuito.

En un caso como este, podría suceder que si el Colegiado al resolver el amparo directo, se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma o haya interpretado un precepto constitucional, de negar el amparo, el quejoso acuda nuevamente en revisión ante la Corte, llevando el planteamiento de constitucionalidad por lo que al fondo se refiere, es decir, que podría haberse originado dos recursos de revisión derivados de un mismo amparo directo.

Es de hacerse notar, que la ejecutoria que aquí se ha comentado, fue emitida en una decisión dividida de tres votos contra dos, de ahí que aún y cuando se llegase a reiterar en cinco ocasiones ininterrumpidas, no podrá conformar jurisprudencia, lo que ha ocasionado que los Tribunales Colegiados de Circuito puedan seguir resolviendo conforme a su libre ejercicio jurisdiccional, determinando la improcedencia de los

amparos directos cuando no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 170, fracción II de la Ley de Amparo, como de hecho ya ha sucedido, de ahí que es cuestión de tiempo para que se susciten contradicciones de criterios de los Tribunales Colegiados de diversos circuitos, para que regrese la discusión a la Corte, ahora en una contradicción de tesis (las que hasta ahora se han denunciado han sido declaradas inexistentes), en donde, de repetirse la votación de 3 votos contra 2 por la inconstitucionalidad, entonces se generaría jurisprudencia por contradicción, sentando ya criterios obligatorios para todos los Tribunales Colegiados del país, teniendo entonces que inaplicar en todos los casos la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo, por resultar violatoria del derecho de acceso a la justicia, reconocido en el artículo 17 constitucional.

### **Conclusiones**

En su origen, el recurso de revisión estaba destinado solo a los casos en los cuales el Tribunal Colegiado se había pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley o había realizado la interpretación directa de un precepto constitucional, supuestos de procedencia que dieron pauta a una serie de interpretaciones que, a la par de los cambios legislativos, fueron conformando cada vez más casos a discusión, como aquellos en donde se pudieran llevar a la revisión en amparo directo, juicios en los que se impugnara una reforma constitucional o una omisión legislativa, hasta temas más recientes como el hecho de que la impugnación de normas generales por contravenir un tratado en materia de derechos humanos y la interpretación de esos tratados, sean consideradas una cuestión constitucional y, con ello, proceda la revisión ante la Corte.

Las fechas importantes de la revisión en amparo directo son, como se ha dicho, 1951 por el nacimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, y 1988 por el otorgamiento de competencia amplia, sobre todo para la resolución de todos los juicios de amparo de directo. Sin embargo, habría que sumarle dos más: 1999, por ser el año en el que se concede a la Suprema Corte la facultad constitucional para expedir acuerdos generales, que, en el tema que nos ocupa, se precisó como un requisito de procedencia, que el asunto fuere importante y trascendente, precisamente a criterio de la Corte, conforme a los acuerdos generales que emita, siendo el Acuerdo 5/1999, el que se expidió al efecto en ese año y que sigue siendo vigente al día de hoy, 2014. Y la otra fecha importante que decimos, ya tiene que ver no solamente con la figura procesal del recurso de revisión en amparo directo, sino con todo el sistema de justicia. Nos referimos al año 2011, por las reformas constitucionales en materias de amparo y derechos humanos, que obligan a llevar a cabo una interpretación distinta del orden constitucional, incluyendo, desde luego, el amparo directo y sus recursos.

Si antes de que existieran los Tribunales Colegiados de Circuito, la justicia ordinaria desembocaba directamente en la Suprema Corte precisamente por los amparos en contra de las sentencias definitivas, ahora, llegan al Poder Judicial de la Federación por el amparo directo y, luego, con la revisión ante la Corte. Y de acuerdo a las estadísticas, se observa que del total de los asuntos que llegan al Máximo Tribunal, la mayoría son precisamente recursos de este tipo. Por ejemplo, en el informe rendido por el Presidente de la Suprema Corte, por el periodo del primero de diciembre de 2012 al treinta de noviembre de 2013, vemos que ingresaron 12,953 asuntos, de los cuales

1,048 se encuentran en el rubro “varios”, de lo que se deduce que no son asuntos jurisdiccionales y, también, están incluidos en esas cifras 934 recursos de reclamación promovidos en contra de los acuerdos de trámite dictados por el Presidente, de ahí que no es que sean propiamente ingresos nuevos, sino que se deducen de los mismos juicios. En fin, si cerramos las cifras en 11 mil asuntos nuevos, de ellos, 4,572 correspondieron a recursos de revisión en amparo directo, lo que representa el 41.5%, de ahí que la mayoría de los asuntos en la Corte siguen teniendo su origen en la justicia ordinaria.

Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión, de que si bien podríamos afirmar que la justicia ordinaria acaba siempre en el Poder Judicial de la Federación gracias al amparo directo; el recurso de revisión ha permitido -y lo sigue haciendo-, preservar el carácter y naturaleza de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como verdadero Tribunal Constitucional de México.

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y/O CONSTITUCIONAL UNA NUEVA FORMA DE HACER JUSTICIA.**

**Prof. Luis Arturo Ramírez Roa<sup>1</sup>**

- 3. Sumario:** 1. Introducción. 2. Abstrac. 3. Activismo. 3.1. Concepto y efectos del activismo constitucional y judicial. 3.2. Nuevo sistema de administrar justicia. 4. Retos de las cortes o tribunales constitucionales. 5. Activismo constitucional en Colombia. 6. Características y exigencias del activismo. 6.1. El Juez como creador de nueva jurisprudencia y el acatamiento del precedente jurisprudencial. 6.2. El Juez como creador del derecho. 6.3. Auto-restricción judicial Vs activismo judicial. 7. Conclusiones.

**1. INTRODUCCIÓN**

El activismo judicial o mejor decirlo Activismo Constitucional es el nuevo escenario de discusión entre tradicionalistas, garantistas y activistas del derecho procesal constitucional. Es un nuevo paradigma en la interpretación, aplicación y efectividad de la ley, en desarrollo del principio de Constitución viviente en busca de hacer efectivos y materializar los derechos, principios y garantías consagrados en las Cartas Políticas y los tratados internacionales los cuales la sociedad reclama su vigencia aplicación dentro de la globalización de los derechos y de la administración de justicia.

En el mundo jurídico del siglo XXI la tendencia tradicionalista y conservadora de la interpretación y aplicación de la ley establecida en épocas históricas<sup>2</sup> ha sido superada y muy lejos por el nuevo escenario del activismo Judicial y Constitucional.

**2. ABSTRAC**

La efectividad, prontitud y eficacia de la administración de justicia ordinaria ha colapsado no solo en Colombia sino también en la mayoría de los países latinoamericanos, europeos y porque no decirlo del mundo; situación que viene “obligando”, a los países establecer nuevos paradigmas de Estados Sociales o Constitucionales de Derecho que han consagrado en sus estructuras derechos, principios, garantías y valores que la justicia constitucional ha hecho efectivos en cortos plazos procesales, dando al traste con la supuesta efectividad de los procesos ordinarios que se tienen en cada una de las ramas del derecho, su ineffectividad no logra los cometidos y principios que rigen la administración de justicia y por tanto; la justicia efectiva en tiempos razonables y la materialización de las distintas acciones en una sentencia judicial son asunto de

---

<sup>1</sup> Profesor Colombiano.

<sup>2</sup> Entiéndase aquí que durante el Estado absoluto, los jueces eran una prolongación del soberano y actuaban como delegados del mismo. Carecían de independencia y sus palabras eran las que hubiera pronunciado el Rey de estar presente. El caso inglés es diferente, y los jueces del Common Law lucharán contra el despotismo. En Inglaterra, y después en sus colonias americanas tras la independencia, los jueces no serán un peligro para la naciente democracia. La modificación que se producirá con el Estado liberal la anunciará Montesquieu en El Espíritu de las Leyes cuando dice que el poder de los jueces es de alguna manera nulo y que no son sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.

extramados tiempos; esta situación, ha generado el nacimiento e imposición del paradigma procesal constitucional con un activismo de los jueces, que han dejado de ser exegéticos y literales, para inmiscuirse en la realidad social.

**Palabras Claves.** Activismo, Garantismo, Derechos, Constitución, Principios, Valores, Justicia.

### 3. ACTIVISMO

**3.1. CONCEPTO Y EFECTOS DEL ACTIVISMO CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL.** El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala que la palabra *activismo* tiene los siguientes significados: i) Estimación primordial de la acción y; ii) Dedicación intensa a una determinada línea de acción en la vida pública.

El activismo, es la acción o actividad humana sostenida con intención de efectuar o generar un cambio de índole social o político, usualmente dirigida a una postura particular dentro de una disputa o controversia que para el caso sería en el escenario de la administración de justicia.

De otro lado, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice que la palabra "*judicial*" viene del latín *iudicialis*, que significa: perteneciendo o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura.

El término en estudio responde a un fenómeno de carácter histórico. La historia nos cuenta que el primero que utilizó el término "*activismo judicial*" fue el Juez federal estadounidense Wayne, el cual destaca dos formas de ver el fenómeno. La primera de manera jurisprudencial, al reconocer judicialmente ciertos valores que otorgan determinados derechos a grupos socialmente vulnerables; y, la segunda cuando se toma la decisión del Juez para defender un derecho vulnerado, señalando que ese remedio judicial invade la competencia de otros órganos, como el caso cuando de exhorta al legislativo o el ejecutivo para tomen decisiones sobre derechos fundamentales.

Este nuevo sistema de administrar justicia se originó gracias a las novísimas interpretaciones que vienen dando los Jueces desde la óptica de la justicia constitucional y al debilitamiento de las fuerzas políticas para resolver problemas de índole económico, social y cultural, que demandan las nuevas sociedades, que reclaman resolver las desigualdades por la vía judicial en procura de materializar la dignidad humana y hacer efectivos sus derechos y garantías establecidas en los tratados y pactos internacionales o en sí en las mismas Constituciones.

El *activismo judicial* se encuentra yendo de la mano con el *garantismo* que es una postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción.

### 3.2. NUEVO SISTEMA DE ADMINISTRAR JUSTICIA

Las cortes constitucionales activistas propugnan por un Estado mutuante y respetuoso de los derechos humanos.

Pero por esta razón el activismo constitucional y judicial exhorta a las cortes y jueces del mundo entero para que bajo su funcionalidad y competencia traten de ingerir en la realidad de sus países. La realidad social obliga a las Cortes o Tribunales constitucionales para que a través de sus decisiones posibiliten un cambio efectivo de la actividad del Estado por medio de la jurisprudencia; instrumento político-social y jurídico con que la sociedad se ve involucrada y activa la empresa social. El activismo de los jueces posee ciertos retos y desafíos. El primero es converger dos tipos de respuestas jurisprudenciales: i) la concreta y ii) la abstracta. La concreta es cuando hay una respuesta concerniente a un caso específico y está no tiene efecto erga omnes, es decir, no influye en lo general o colectivo. La abstracta es cuando con base a un trasfondo teórico se involucra lo atinente a un planteamiento teórico y filosófico de la norma con efecto erga omnes.

Esta combinación explosiva produce la mayoría de veces un coctel denominado cortes progresistas. Aquellas que trascienden de la mera formalidad de pronunciar vacías sentencias y le dan forma a través de una ambición primordial en un cambio real por medio de políticas públicas.

El activismo de los jueces gira en torno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales “DESC” y sobre sistemáticas violaciones de los derechos en cuadros muy específicos como los desplazamientos forzados (*Sentencia T-025 de 2004*)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En cuanto al objeto de estudio, la T-025 presenta cuatro características del activismo judicial que la hacen particularmente útil para la discusión latinoamericana y global sobre la aplicación judicial de los derechos humanos. Primero, el alcance del fallo es particularmente amplio. Se trata de una verdadera “macro sentencia” por 1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo, que lleva siete años y sigue abierto. La envergadura del caso amplía, como por un efecto de lupa, los retos y las oportunidades para la garantía de los derechos sociales en las condiciones de países latinoamericanos (y de otras partes del mundo) en los que se combinan la presencia de cortes activistas, el litigio y la movilización social a favor de los derechos, y la existencia de Estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos.

En segundo lugar, la T-025 es tal vez el intento judicial latinoamericano más explícito y sistémico por asegurar la implementación de una macro sentencia. Durante el periodo de siete años analizados (enero de 2004 a enero de 2012), la Corte Constitucional ha mantenido jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, a través de decisiones de seguimiento (autos) y audiencias públicas de discusión, que hacen balances del trabajo del Gobierno, y ha dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada.

Una tercera particularidad relevante es el tipo de órdenes dictadas por la Corte. En lugar de fijar los detalles de las medidas que las autoridades públicas deben tomar para atender a los desplazados —como lo había hecho en otras sentencias, criticadas por numerosos economistas y juristas, el tribunal expidió órdenes de procedimiento que involucran al Estado y a la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento. Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los derechos constitucionales.

Por último, la T-025 resulta especialmente sugestiva para la discusión internacional propuesta porque hace parte de una jurisprudencia —la de la Corte Constitucional colombiana— que se ha ganado un lugar prominente en el constitucionalismo comparado. En un giro paradójico de la historia social y jurídica, precisamente uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisprudencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones ambiciosas sobre derechos. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional

Aunque suelen girar hacia temas aún más expansivos en la sociedad como lo son: la ineficacia del suministro de Agua en India o el sistema de salud en Colombia o como en el caso que resolvió la Sentencia C-700 de 1999, en la que la Corte declaró inconstitucional el sistema de financiación de vivienda (UPAC) y ordenó remplazarlo por uno nuevo cuyos parámetros detallados ella misma fijó.

Los Jueces activistas deben abandonar la premisa que el ordenamiento jurídico es totalmente completo, sin lagunas, coherente y capaz de resolver cualquier caso practivo que llegue al conocimiento del Juez.

Al respecto de la experiencia Colombiana el Magistrado ponente de la Sentencia T-760 de 2008, Manuel José Cepeda comenta al respecto de la crisis sistemática del sistema de salud: *“No sólo se irrespetaba el derecho a la salud cuando alguien intentaba acceder a un servicio de salud, sino que también se irrespetaba cuando el regulador del sistema no actuaba: irrespetaba el derecho a la salud por omisión”*.

Estos casos, son buen ejemplo de Jueces activistas que hacen referencia de manera especial no solo a los asuntos meramente individuales (concreta) ni meramente generales (abstracta), sino que también resuelven dicotomías individual-colectiva: buscando correcciones generales. Ese es el fin último del activismo, buscar satisfacción jurídica a una la realidad a veces agobiante de un país; los retos son muchos y la continuidad y permanencia del activismo en las nuevas generaciones pende de la forma como concibamos la reformulación social.

En ese orden la Justicia Social es un tema que ha fascinado a los nuevos juristas. Sin embargo, si hacemos el ejercicio de observar cómo se utiliza el verbo "interpretar", nos percataremos de que todos tenemos una idea más o menos clara de la actividad que despliega el sujeto que realiza la acción.

En efecto, si se trata de un Juez, éste debe cotejar los hechos, presentados y probados en el proceso, con los supuestos de hecho de los textos normativos con el fin de aplicar la sanción correspondiente con la adecuación pertinente del caso a los postulados constitucionales. Si se trata de un abogado, éste se esforzará por presentar al Juez las normas jurídicas de manera que correspondan a los hechos aportados al proceso de forma tal que favorezcan los intereses de su cliente.

Aquí permítanme limitarme a la expresión interpretación constitucional que conduce a diferentes significados debido a su indeterminación. En este caso entenderé por interpretación constitucional el análisis que los operadores jurídicos y específicamente los Jueces Constitucionales hacen realidad lo establecido en la Constitución.

Dado que el concepto de realidad es de por sí problemático, entenderé que allí esta el contexto económico, político, social, cultural, religioso, etc.

#### **4. RETOS DE LAS CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES**

Es importante reconocer y decir que el papel de las Cortes o tribunales Constitucionales en la construcción y el mantenimiento de Estados Democráticos hoy por hoy es una realidad jurídica y social.

Es atrevido quizá hablar del triunfo del constitucionalismo y de la democracia en todo el mundo; pero, a finales del siglo XX hubo una notoria expansión del constitucionalismo y la democracia.

Pese a ello, nuestros mapas intelectuales del constitucionalismo marginan la experiencia mundial en desarrollo porque se cree que las nuevas democracias y tendencias del constitucionalismo deben copiar las mejores prácticas de democracias consolidadas o bien establecidas.

Esa visión obscurece los procesos a través de los cuales se debe construir el constitucionalismo autónomo, auténtico y creativo de acuerdo con nuestra realidad social. Necesitamos revertir el paradigma empotrado en el discurso académico dominante llevando la experiencia de las nuevas democracias al centro de nuestro estudio de las constituciones.

En suma, necesitamos nuevas y mejores historias del constitucionalismo que subrayen la experiencia del mundo en desarrollo. Ninguna región del mundo proporciona un material empírico más rico para estudiar el éxito y las fallas constitucionales que América Latina.

Su historia, desde la independencia, está plagada de intentos de gobierno republicano que terminaron en oligarquías y dictaduras. Las últimas décadas del siglo XX, sin embargo, fueron un período de renovación democrática cuando la democracia electoral se convirtió en norma. También fue un período de intensa experimentación constitucional y de discusión de importantes reformas que buscaban limitar el poder de los presidentes, descentralizar el poder y facultar a las cortes constitucionales para que interpretaran, salvaguardaran e hicieran efectivos los derechos, principios y valores de las constituciones.

Las reformas realizadas en esta región son parte de una tendencia mundial en la que las cortes constitucionales ganaron poder a costa de sus agresivas y valerosas decisiones dadas por juristas intachables. Estas decisiones hoy son el alimento diario de los académicos que debaten vigorosamente las implicaciones del activismo de los jueces y su empotramiento en la sociedad. Los optimistas celebran; mientras que los pesimistas condenan.

## **5. ACTIVISMO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

En Colombia a partir de la Constitución de 1991, el activismo judicial y constitucional se fundamenta en la interpretación integral y armónica que la Corte Constitucional le ha venido dando al artículo 230 de la Carta Política colombiana, que lo sitúa como un riñón de engranaje total, conformado por los principios jurídicos que inspiran la opción política escogida por el Constituyente colombiano -*Estado Social de Derecho*<sup>4</sup>.

Seguendo los lineamientos de nuestro Estado Social de Derecho la Constitución colombiana se compone de dos partes: una dogmática y otra orgánica. En su parte dogmática, como finalidad política, establece, que las autoridades, entre ellas los jueces de la República, están instituidas

---

<sup>4</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, al estudiar la exequibilidad del artículo 4° de la ley 169 de 1896, desarrollo un planteamiento sobre la interpretación integral que debe dársele al artículo 230 constitucional y, en especial a la expresión “*imperio de la ley*”, que se encuentra a la vanguardia de la teoría de la decisión judicial.

para garantizar, proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales y las garantías de las personas; y en segundo término, que las potestades constitucionales se otorgan a las autoridades públicas con la finalidad de que éstas garanticen y materialicen el cumplimiento de los fines estatales.<sup>5</sup>

El artículo 230 de la Constitución, que hace parte del segmento orgánico de la misma, no puede interpretarse aislado de la parte dogmática del texto y, con ese fundamento ha de entenderse que los jueces de la República están instituidos como artífices de justicia material, dentro del contexto del preámbulo y los artículos 1° y 2° de la Constitución; es decir, que las potestades otorgados a ellos existen sólo en razón de la efectividad de los derechos fundamentales de las personas. Así en la medida que la ley no permita el cumplimiento de las finalidades estatales, perderá validez y el Juez tendrá la obligación jurídica de omitir su sometimiento a la misma y materializar una decisión compatible con los postulados dogmáticos de la Constitución<sup>6</sup>.

Siguiendo las líneas de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la expresión “*imperio de la ley*” no debe entenderse como el simple sometimiento del Juez a ley formal sino al ordenamiento jurídico en sentido amplio, la ley, como tanto en sentido formal como material, a las normas constitucionales y la misma jurisprudencia.

La Corte Constitucional colombiana ha considerado que la función creadora del derecho es compartida por los órganos del Estado, entre ellos los operadores de la Rama Judicial, de quienes depende la existencia concreta del derecho. Dicho planteamiento se fundamenta en los principios de independencia, autonomía y colaboración que rigen el funcionamiento de los órganos del poder público.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> El artículo 2° de la Constitución Política, nos dicen: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

<sup>6</sup> Es lo que hemos denominado la “**excepción de inconstitucionalidad**”. La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. (Sentencia C-122 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Perez.)

<sup>7</sup> El artículo 113 de la Constitución Política de Colombia dice: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Así, las decisiones judiciales deben fundarse en interpretaciones uniformes y consistentes del ordenamiento jurídico, por cuanto de esa manera se garantiza el cumplimiento de las dos aristas que componen el derecho a la igualdad (*igualdad ante la ley e igualdad de trato ante las autoridades*); de esta manera se cumple con la premisa constitucional de la seguridad jurídica, como quiera que los fallos suponen la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad ante situaciones desiguales. Sin embargo, esto no significa, la sacralización de la decisión judicial, sino la posibilidad de variación del precedente, incluso frente a un caso igual, mediante la debida motivación de la variante.

Esta tesis tiene su asidero, dentro de la opción política Estado Social de Derecho, fórmula en la que el papel del Juez dista mucho del clásico modelo de organización estatal en el que el Juez solamente se limitaba a decir el derecho. Por el Contrario, en nuestro modelo de Estado el Juez posee un papel protagónico como fuente de justicia material, ya no simplemente formal, paradigma de igualdad y libertad del individuo.

Luego, en el modelo de Estado colombiano, el Juez dispone no solo de un silogismo normativo con el fin de determinar la conclusión aplicable al caso, sino que goza de una libertad tal que le permite recurrir a principios generales y normas constitucionales como fuente directa de justicia material del caso concreto. Así el Juez, aplicando los principios de igualdad, pluralismo, participación política y libertad que actúan como catalizadores de la labor del Juez, contribuyen como elemento de paz mediante el logro de la justicia real por encima de las formalidades sustanciales y procesales; en este esquema, la labor del Juez no se circunscribe a la simple aplicación de la ley, ni mucho menos a dictar el derecho. Dentro de esta teoría, el Juez, como titular del poder político del Estado, puede acudir a los principios generales del derecho, a las normas constitucionales, a la jurisprudencia, la doctrina, a conceptos jurídicos indeterminados plasmados en la Constitución, o incluso a la creación propia del derecho mediante la aplicación de reglas extrasistemáticas que permitan ver plasmada su obligación social y su función de administrar justicia.

Autores como Mauricio García y Rodrigo Uprinsky, en la obra *Emancipación social y violencia en Colombia*<sup>8</sup>, coinciden en afirmar que el protagonismo político-judicial que ha adquirido la Corte, es para considerar sus decisiones como progresistas y de generar un activismo constitucional y judicial, que tiene su esencia en la Constitución de 1991, la cual logró la creación de la Corte Constitucional para la defensa de los valores, derechos y garantías constitucionales, dirigiendo sus esfuerzos a lograr que la Carta Política sea la garante de ampliar los mecanismos de participación por parte de los ciudadanos y de grupos sociales, así como el hecho de darle fuerza a los derechos sociales y colectivos.

Sin embargo, la omisión legislativa, como ineficacia ejecutiva para hacer cumplir la Constitución y el debilitamiento de las fuerzas políticas para efectivizar los mandatos constitucionales, hacen

---

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

<sup>8</sup> BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. Grupo Editorial Norma- Bogotá. 2004.

que los grupos sociales vean con buenos ojos la idea de optar por la vía procesal constitucional (*acción constitucionales*), como mecanismos procesales constitucionales que han venido logrando líneas progresistas y materialización de derechos; rasgo característico del activismo.

Además, la crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales favorecen el recurso de los mecanismos jurídicos constitucionales por parte de ciertos actores sociales. Tal es el caso de grupos sociales como el movimiento indígena, los homosexuales, los deudores del sistema UPAC, los desplazados, los beneficiarios del sistema de salud y el movimiento sindical. A quienes la Corte ha contribuido a forjar su propia identidad, y hacer que otros grupos activistas vean con mejores posibilidades el hecho de acogerse a la vía del procesal constitucional que tomar la ineficaz vía política del legislativo o el ejecutivo.

El activismo de la Corte Constitucional colombiana es notorio y hoy por hoy es una de las más reconocidas internacionalmente gracias a sus fallos trascendentales, iniciando con la solución a la crisis hipotecaria de vivienda al final de la década de los 90, y el papel determinante de liderazgo de la Corte en la búsqueda de soluciones, frente a la incapacidad de las ramas ejecutiva y legislativa para articular soluciones y establecer políticas públicas eficaces que den al traste con las necesidades de la gente. Así, la Corte ha tenido que remplazar a estas dos ramas del poder público en momentos de crisis. La legitimidad del activismo de la Corte descansa en la opinión pública positiva que goza frente al ejecutivo y al legislativo.

La Corte ha remplazado al legislador en varias oportunidades y lo ha hecho mediante tres tipos de intervenciones: (1) remplazo de iniciativas de políticas públicas, cuando advierte que las demás ramas hacen caso omiso de temas de impacto constitucional; (2) aseguramiento del cumplimiento de las políticas públicas del legislador, así como las propias; y, (3) remplazo del legislador en el control político de las actuaciones del ejecutivo.

En conclusión la Corte Constitucional colombiana tomó la iniciativa de llevar a cabo los objetivos, fines y propósitos de la Constitución de 1991; en vista de que el legislador y el Ejecutivo han sido incapaces o no tienen voluntad política de hacerlo debido a la fragmentación del sistema político.

La Corte ha podido hacer lo anterior gracias a la percepción pública de la aprobación de su activismo por la eficacia, pertinencia, inmediatez y cumplimiento de sus sentencias.

Luego, el activismo de la Corte, es una descripción de la situación actual del funcionamiento de las ramas del poder público, que dista mucho de lo que está estructurado en la misma Constitución. Es una solución institucional de la Corte, frente a la disfuncionalidad de las otras ramas del poder público, especialmente la legislativa. No es, por supuesto, la solución óptima, pero es una solución frente al vacío que deja el legislativo y el ejecutivo.

Mientras las demás ramas asumen sus roles constitucionales en debida forma, esperamos que la Corte pueda mantener el grado de legitimidad institucional que le confiere la percepción favorable de la frágil opinión pública en estos momentos, opinión que sabemos puede cambiar, desvanecerse o hasta desaparecer sin mayor discusión o debate.

## **6. CARACTERÍSTICAS Y EXIGENCIAS DEL ACTIVISMO**

**6.1. El Juez como creador de nueva jurisprudencia y el acatamiento del precedente jurisprudencial.** El activismo presenta unas características especiales y el Juez activista tiene que tener seguridad, autonomía, libertad e independencia para enfrentar los casos de difícil situación de fallo y apartarse razonadamente de los paradigmas tradicionales y ordinarios de impartir justicia sin que eso lo lleve a desconocer la Constitución; caso contrario, se presenta con la ley cuando esta es contraria a la Constitución, situación que permite por ejemplo en Colombia su desacatamiento y no aplicación como ya se dijo renglones atrás, de conformidad con el principio de excepción de inconstitucionalidad.

El activismo requiere jueces que tengan la voluntad y decisión cuando el caso lo amerite de cambiar la jurisprudencia por considerarla inadecuada para el caso en concreto, lo cual genera una disidencia sistemática para no incurrir en la negación de justicia. Este apartamiento del precedente, que genera un cambio de jurisprudencia ha sido analizado por la Corte Constitucional Colombiana en los siguientes términos.

*La Corte sostiene sobre el precedente horizontal: “... El deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones; (sic) por ellas mismas adoptadas, de manera que cosas con supuestos fácticos generales sean resueltas bajo las mismas formulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario”... Pues los jueces tiene la obligación constitucional de respetar sus propias decisiones” lo cual hace que sea obligante también el “precedente horizontal”. Y agrega: “(...) todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas.*

*Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica —pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles— sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo Juez.*

*Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”*

El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión anterior (*ratio decidendi*), la que a su vez surge de la relación íntima con los presupuestos fácticos relevantes de cada caso, las valoraciones a las que llegue el Juez sobre el alcance de los hechos en un caso concreto y que sean idénticas a un nuevo asunto sometido a su conocimiento, deben ser observadas en la medida en que esos mismos supuestos fácticos sean determinantes para tomar la decisión.

No obstante la contundencia de lo afirmado, la Corte<sup>9</sup> dice que tal determinación no puede ser absoluta y debe analizarse a la luz de la autonomía e independencia judicial por lo que el Juez, podrá apartarse de un precedente (horizontal) cuando encuentre que no se configuran los

---

<sup>9</sup> Sentencia SU - 047/99

mismos supuestos fácticos que en el caso resuelto anteriormente y por lo tanto, no resulta aplicable, o cuando encuentre motivos suficientes para replantear su posición lo cual puede hacer mediante la introducción de distinciones que lleven a la conclusión que el precedente no es aplicable en el caso concreto o por “*la revisión del precedente cuando de la revisión del precedente se trate*” que en estricto sentido supone apartarse; en estos casos, el Juez individual o colegiado tiene la carga de: **1)** En primer lugar, debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido. **2)** En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones (razón suficiente).

Con lo anterior, se puede concluir según la Jurisprudencia colombiana que para apartarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios dos elementos: 1) Referirse al precedente anterior y 2) Ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio, si es un caso que se pretende fallar en un sentido contrario al anterior.

Así mismo, la Corte con el fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respecto al principio de igualdad ha dicho: “*Pues bien, cuando una autoridad judicial desconoce sus propios precedentes, ya sea porque omite hacer referencia a ellos, o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela por dos causales distintas pero complementarias*”. “... *La inobservancia del precedente (vertical y horizontal) constituye una causal autónoma que da lugar a la tutela contra sentencias judiciales bajo el nuevo concepto de “causales genérica de procedibilidad”<sup>10</sup>*.”

Entonces los jueces razonadamente pueden apartarse del precedente judicial atendiendo las circunstancias particulares del caso o lo que se conoce también como la **teoría del caso** vinculada a las pruebas y los hechos discutidos constitucional y legalmente allegados al expediente dentro de una actividad vigorosa del juzgador y no solo eso, sino que las circunstancias especiales y particulares de cada caso pueden llegar o concluir en el Juez con la creación de derecho como en seguida se estudia.

**6.2. El Juez como creador del derecho<sup>11</sup>.** En la actividad de la administración de justicia los jueces tienen la función constitucional y legal de dar solución a todos y cada uno de los casos

---

<sup>10</sup> Sentencia T-698 del 2004.

<sup>11</sup> Esta teoría tiene su origen en el caso Palmer Vs Riggs, decidido en la ciudad de New York en el año 1889, donde se puede identificar con claridad como se aplica la teoría expuesta por Hart. Este caso trata de un joven de 16 años, Elmer Palmer, que era el heredero mayoritario de los bienes de su abuelo, Francis Palmer, y al momento de saber que su abuelo tenía la intención de modificar su testamento, decidió envenenarlo para así adquirir el dinero de la herencia, hecho por el cual fue condenado. Posteriormente, las tías de Elmer, la señora Riggs y la señora Preston, decidieron incoar una demanda en contra de su sobrino con la finalidad de que este fuera despojado de la herencia.

En el momento en que llega a los tribunales el caso Palmer vs Riggs, no existía una ley que se pudiera aplicar al caso concreto, y por tanto surgió una divergencia de criterios. Sobre este caso fueron rendidas dos opiniones, decidiéndose según el dictamen dado por el Juez Earl, que fue apoyada por todos los jueces que componían el Tribunal, excepto por el disidente, el Juez Gray. El Juez Earl entendía que no se debía entregar la herencia a Elmer Palmer, sustentado su

que se les presentan incluso los que el legislador no ha planteado una fórmula legal que permita finiquitar el conflicto existente. Es imposible que los legisladores puedan abarcar la totalidad de los casos que se pueden dar en el ámbito social, y es por esto que decimos que cuando los jueces establecen una solución que no existía en el ordenamiento jurídico procesal para un caso determinado están **creando derecho**.

Esto sucede porque, mientras las leyes tienen un carácter abstracto, los conflictos jurídicos y sociales son concretos. Por tanto, siempre existirán situaciones jurídicas que no se pueden subsumir a la normativa establecida en el ordenamiento jurídico.

Es en esos casos cuando el Juez, quien no puede negar justicia a los integrantes de la sociedad, se ve en la necesidad de *crear* pautas dirigidas a la solución del conflicto presentado.

Un arduo defensor de la tesis de que los Jueces crean derecho fue H.L.A. Hart, con su corriente de pensamiento denominada *positivismo suave*. En su teoría Hart nos dice que existen casos difíciles para los que no existe una norma aplicable, que “*Son asuntos que no están jurídicamente regulados, y para llegar a una decisión en estos casos, el Juez debe ejercer aquella función restringida de creación de la ley que he llamado discrecionalidad*”<sup>12</sup>. Hart entiende que los jueces deben utilizar su discrecionalidad para decidir los casos difíciles, tomando así la decisión que entiendan sea la más pertinente para un buen Estado de derecho, hoy a esa discrecionalidad le podemos agregar la razonabilidad y la realidad social en que actúan los hombres ámbito en el cual desarrollan toda clase de conductas que muchas de ellas rayan el escenario de la ilicitud o el incumplimiento de una obligación contractual, social, cultural, política, económica o en suma una infracción constitucional o legal.

Hart, fundamenta su teoría en el sentido que el concepto de derecho que sustenta se acerca a la discreción judicial, como posibilidad de elegir entre diferentes cursos de acciones válidas para cuando no exista respuesta jurídica correcta, estos son los llamados casos difíciles; donde existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada,

---

criterio en que “*tanto todas las leyes como todos los contratos deben ser controlados en su realización y efecto por máximas generales y fundamentales del common law. A ninguno se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen*”.

Es evidente el manejo de la doctrina de Hart en la decisión adoptada por el Juez Earl, ya que al momento de tomar su decisión, la Corte de Apelación de New York creó jurisprudencia para un caso que no estaba regulado en la dogmática jurídica, al determinar que una persona que da muerte a su testador no puede beneficiarse de la herencia que debía recibir según lo que estaba escrito en el testamento. Por tanto, siendo la jurisprudencia una fuente de derecho, se puede decir que en ese caso los “*jueces crearon derecho*”.

Es importante destacar que la solución del caso Palmer vs Riggs también responde a la doctrina planteada por Hart, en el sentido de que la regla general del common law en que fue sustentada la decisión constituye, en el marco de la clasificación de las normas hecha por Hart, una regla de reconocimiento (aquellas que sirven para identificar las normas que pertenecen a un sistema jurídico, incluyendo en las normas morales). (Análisis de la Sentencia Palmer vs Riggs, dictada por la Corte de Apelación de Nueva York en el año 1889).

<sup>12</sup> HART, H.L.A. Post Scríptum al Concepto del Derecho. 1994.

cuando la regla es imprecisa, el Juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada; entonces, el Juez no está aplicando el derecho; por que las reglas no le indican una u otra dirección. Luego, se ve en la obligación de crear una para el caso en concreto.

Ahora bien las corrientes modernas del activismo asignan al Juez un protagonismo especial en la creación del derecho. Esta particularidad es esencial hoy en casi todos los países del mundo que protegen y aplican de manera extensiva la protección de los derechos humanos a través del constitucionalismo.

Para el caso colombiano sería importante adicionar a lo ya dicho renglones atrás si ¿puede el Juez colombiano crear derecho? Este interrogante su respuesta es categórica. Sí. Veamos porque: el ordenamiento jurídico colombiano por decisión de Legislador de 1887 cuando se expidió la ley 153 en su artículo 8°, dispuso: "*cuando no haya ley exacta aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*"<sup>13</sup>.

Esta disposición legal establece un orden jerárquico que deben acatar los operadores judiciales al momento de darle aplicación a la ley en un caso concreto y establece como fuente primaria la ley exacta, luego la analogía, y en tercer lugar la doctrina constitucional. Esta labor al entrar en vigencia la Constitución de 1991, la realiza la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, al que también le corresponde mantener la guarda, el orden y la integridad constitucional.

Entonces, la doctrina constitucional, no obstante de hallarse en tercer orden dentro de la jerarquía de las fuentes formales del Derecho, dispuesto por ley tiene una importancia esencial que le permite al Juez constitucional crear derecho en la función interpretativa de la Constitución.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia explicó la situación planteada de la siguiente manera: "*En últimas, habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el Derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales*"<sup>14</sup>.

Explicaciones como ésta resultan bastante obvias: el Juez, con su sentencia o su fallo, no altera el texto escrito de la ley, pero, le puede cambiar el significado, el objeto y el fin a sus palabras para adecuarlas a una realidad social inminente y real. Sin embargo, se preguntará el escéptico, ¿esto es aplicar o crear Derecho?

---

<sup>13</sup> Esta ley fue declarada constitucional por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-083/95.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 17/05/1968. M. P. Fernando Hinestrosa Forero, G. J. CXXIV, Nos. 2297 a 2299, pg. 160.

**6.3. Auto-restricción judicial Vs activismo judicial.** Uno de los temas que generan controversia entre el poder judicial y los poderes políticos, es el alcance del control judicial sobre la actividad de los poderes políticos, denominado como la disputa entre activismo y auto-restricción judicial.

Podríamos decir que el foco de atención de la disputa entre activismo y auto-restricción judicial es la medida en que los Tribunales confirman las decisiones y la actuación de las ramas del poder político (Ejecutivo y Legislativo), o bien se apartan de ellas. El activismo se caracteriza por un mayor celo en el control de los actos de los poderes políticos, un menor apego por restricciones formales que le impidan decidir, y una mayor proclividad a revisar el contenido o sustancia de la actuación de las otras dos ramas del poder. Inversamente, los rasgos típicos de la auto-restricción judicial son la mayor deferencia con las decisiones de los poderes políticos, el apego estricto a requisitos procedimentales para decidir y la limitación de la actuación judicial al control formal de los actos de los demás poderes.

Las posiciones judiciales y académicas que abogan por una u otra postura han desarrollado argumentos, teorías e interpretaciones para respaldar sus respectivas posiciones. Los partidarios de la auto-restricción judicial subrayan la necesidad de que los jueces se mantengan fuera de la toma de decisiones de carácter político, dado su carácter no electivo, la ausencia de mecanismos capaces de asegurar su responsabilidad política frente al electorado, y la inadecuación del proceso judicial para la adopción de medidas de corte político, como las que impliquen asignaciones presupuestarias, priorización de objetivos, diseño de instrumentos para cumplir ciertos fines, o compromisos entre intereses igualmente legítimos pero en tensión.

Por su parte, quienes abogamos (*me incluyo*) por una actuación activista de los jueces señalamos la necesidad de que exista garantías constitucionales que aseguren que la actuación de los poderes políticos se ajusta a las prohibiciones y mandatos que les fija la Constitución, que velan por el respeto de los presupuestos de la democracia y, en general, que salvaguarden los derechos fundamentales ante la actuación u omisiones de los poderes políticos.

Cabe señalar que las nociones de auto-restricción o activismo no van ligadas, necesariamente, a una determinada orientación política de los tribunales. Aunque el ejemplo histórico más visible de activismo judicial haya tenido una orientación progresista, lo cierto es que existen ejemplos históricos de todo tipo: tribunales deferentes con poderes políticos progresistas, tribunales deferentes con poderes políticos conservadores y tribunales activistas cuya actuación se dirigió contra poderes políticos progresistas.

Ante el escenario del activismo importa no confundir la judicialización de la política con la politización de la justicia. Éste segundo fenómeno, incluso en algunos casos entendido como una consecuencia del primero refiere a cuando las ramas de los poderes políticos buscan al máximo controlar quiénes están en las cortes y los altos cargos en el sistema judicial, de manera que, los políticos podrían intentar limitar los poderes de las cortes mediante la renovación o rediseño institucional de éstas o incluso mediante intentos de soborno o desacreditación de jueces individuales.

En ese orden la judicialización de la política refiere al proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y social en la medida en que sus fallos tienen mayor impacto en la actividad política, social y económica; concepto que puede precisarse aún más al sostenerse que

la judicialización refiere al hecho que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa.

Sin embargo, es importante diferenciar ambas categorías. La judicialización de la política considera que los jueces entran o les toca ingresar por su actividad en la arena política de una forma autónoma; mientras que la segunda la politización de la justicia entiende que bajo circunstancias específicas los políticos llaman a los jueces a ese escenario.

Asimismo, a pesar de que existe cierta generalidad en equipar la judicialización de la política con activismo judicial, ambas son diferentes. Esto se debe a que el activismo puede ser ejercido tanto en esferas políticas como en otros terrenos no necesariamente políticos, de allí la observación para no entender éstos como sinónimos; porque, la judicialización de la política es algo muy distinto al activismo judicial, en tanto este último refiere a aquellas situaciones en que los jueces expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan como árbitros entre actores políticos enfrentados.

El activismo de los jueces se incrementa en situaciones de bloqueo político y más cuando los poderes políticos trasladan a las cortes la decisión de temas políticos “complejos o sensibles” que causan división o son riesgosos, estrategia que les permite despolitizar esos temas, no hacerse responsables de la decisión final o bien procurar una salida muerta o que se denomina “political deadlock”<sup>15</sup>.

Bajo estos escenarios, el activismo de los jueces se presenta como la antítesis de la autorestricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la judicialización de la política y de relevancia al presente estudio dado que éstas caracterizan la actividad política de los tribunales y les permiten determinar si los tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de las otras dos ramas del poder.

En este sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del Juez en su jurisprudencia interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas (progresista/conservador). Esto demuestra que no existe un nexo necesario entre activismo de jueces y progresismo político, o entre autorrestricción judicial y conservadurismo político.

La calificación de activismo o autorrestricción judicial sólo informa acerca de la posición de los tribunales frente al *statu-quo*: el análisis de la tendencia política manifestada por los tribunales dependerá de aquellos valores confirmados o revertidos con la actuación judicial, por acción o inacción.

## 7. CONCLUSIONES

El activismo de jueces nos muestra un administrador de justicia realista que tiene la virtud de hacerles contrapeso a las mayorías políticas para salvaguardar la Constitución, buscando la economía y relajamiento de requisitos procesales ante el excesivo ritualismo de forma, comprende el cambio con criterio de necesidad para adaptar la interpretación legal o constitucional a las circunstancias históricas o las vivencias actuales. Este Juez considera el

---

<sup>15</sup> Es una máxima que se utiliza para significar la parálisis de la política o punto muerto de la misma.

derecho como una realidad dinámica que no es tanta obra del legislador, sino del Juez. La teoría del activismo considera el derecho con carácter abierto, indeterminado, donde el Juez puede resolver los casos saliéndose del sistema tradicional y recurriendo a criterios de carácter económico, político o moral, siempre pensando en la dignidad humana. La función del Juez, es muy importante, consiste en crear nuevo derecho, y no simplemente en aplicar el ya existente.

La autorrestricción judicial procura un Juez formalista con virtudes pasivas que muestran la mayor deferencia posible para con otros órganos del Estado.

Su evolución jurisprudencial es muy gradual con marcada tendencia de rechazar cambios de postura. Dentro de este paradigma el derecho es un sistema general de normas obra del legislador que preexiste al Juez.

El derecho tiende a identificarse con la ley, pero ésta no es vista simplemente como producto del legislador histórico sino más bien del legislador racional.

La autorrestricción judicial sostiene que el derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso: un supuesto no regulado explícitamente o insatisfactoriamente puede resolverse dentro del sistema merced a la labor de los científicos del derecho y de los propios jueces y que consiste en –desarrollar, los conceptos creados por el legislador. La función del Juez es la de descubrir el derecho y aplicarlo, no la de crearlo.

El Juez formalista facilita un rol auto-restringido, mientras que el realista potencia por sus características el perfil activista. Ambos modelos de Juez, junto a los perfiles de Juez activista o auto-restringido, quedan entonces especialmente asociados y derivados a la conducta que en interpretación normativa realiza el Juez.

## LA DISPUTA ENTRE EL ACTIVISMO Y EL GARANTISMO EN EL PROCESO CIVIL ¿SE JUSTIFICAN LAS GRIETAS ABIERTAS?

Pablo Darío Villalba Bernié

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Origen del problema. 3. Activismo Judicial. 4. Garantismo Procesal. 5. Diferencias principales de ambos posicionamientos. 6. ¿Concepción Liberal vs. Concepción Autoritaria? 7. Tendencia al conservadurismo del garantismo procesal. 9. Nuestra opinión. Bibliografía.

### 1. GENERALIDADES

Analizaremos uno de los fenómenos más relevantes del Derecho Procesal, que comenzara en el siglo pasado y que se prolonga hasta nuestros días, justificando que el temario propuesto salte a la luz, atento a los antagónicos enfoques en que se avistan enmarcados los procesalistas, algunos que adscriben al denominado “activismo judicial”, y otros, que se posicionan en el “garantismo procesal” o “revisionismo”, sosteniendo cada uno de los exponentes álgidas luchas ideológicas sobre la función del Juez dentro del proceso en aras de la obtención de la verdad.

La contienda describe rivalidades derivadas de la llamada “*Socialización del proceso*” o “*Publicización*”, y el otro fenómeno de relevancia, cual es la “*Constitucionalización de las garantías procesales*”<sup>1</sup>. Aseverando que el activismo judicial propende a la obtención de la verdad dentro del proceso, perspectiva a la justicia como valor principal; en cambio el garantismo, busca la solución de conflictos, con o sin la obtención de la verdad, pues lo fundamental es que el proceso sirva para resolver litigios intersubjetivos, realzando como valor fundamental a la seguridad jurídica.

Los cambios no suceden por casualidad, las grandes líneas del pensamiento jurídico, no pueden escapar de las concepciones ideológicas y del momento histórico en que se manifiestan. Hoy se relata que no existen dudas que el proceso dejó de ser algo meramente técnico, sin valores jurídicos, por el contrario, pasó a ser una concepción de categorización ideológica y filosófica.

En el portal del estudio del derecho procesal es menester iniciar el debate ideológico respecto a la visión de lo procesal, ante lo cual se desarrollarán un resumen conciso de una de las luchas ideológicas más encarnizadas de los últimos tiempos, planteadas entre la concepción liberal y garantista del proceso, conocida como “garantismo procesal” o “revisionismo”, y la concepción solidarista y publicista del proceso, designada como “activismo judicial”.

Ambas visiones, tienen como exponentes más elocuentes a procesalistas de la talla de Vescovi, Gelsi Bidart, Simón, Pereira Campos (uruguayos), Morello, Berizonce, Arazi, Peyrano, Gozaíni (argentinos), Jairo Parra Quijano, Ulises Canosa Suarez (colombianos), Picó I Junoy, Vázquez Sotelo, Muñoz Sabaté, Ortells (españoles), Monroy Galvez, Simons Pino (Perú), Barboza Moreira y Carlos Alvaro de Oliveira (Brasil), entre los modernos más notables, a los que podemos agregar a Couture, Calamandrei y Cappelletti, entre los más antiguos, que bregan por el “activismo judicial” o “solidarismo procesal”, siendo en la actualidad la corriente doctrinaria mayoritaria. Pregonan el “garantismo procesal”, destacados procesalistas como, Juan Montero Aroca (España), Cipriani y Monteleone (Italia), Alvarado Velloso (Argentina), constituyendo la corriente minoritaria.

---

<sup>1</sup> PICÓ JUNOY, Joan, en “*El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*”, pub. en “*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*”, año III, Nº 4, 2004. y en “*Proceso Civil e Ideología*”, Coordinador Juan Montero Aroca, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 2.006.

Se expondrán las opiniones más significativas de ambas tendencias procesales, se referirá superficialmente a la disputa ideológica; posteriormente, trazar una descripción de las principales diferencias de ambas tesis procesales; para finalmente, dejar sentada nuestra posición al respecto.

## 2. ORIGEN DEL PROBLEMA

La problemática ideológica surge en pleno Siglo XX, al enfrentarse dos posiciones antagónicas sobre como entender las finalidades del proceso; cuando algunos proclamaban que el proceso se juzgaba reservado para dirimir o solucionar conflictos, sin que el juez pueda salirse de la Ley, otros sostuvieron, que en el método de juzgamiento tenía que primar la obtención de la justicia.

Se enfrentaron entonces dos corrientes opuestas, una de ellas, no facultando al juez realizar ningún acto en el proceso más que controlar su tramitación, debido a que la litigación civil se indagaba reservado a la voluntad de las partes, bregando por un Juez espectador, corriente denominada “*Garantista*”; en la otra vereda, aquella tesis que habilitaba a los jueces realizar actividades probatorias oficiosas, permitiendo llegar a la verdad de los hechos, que se denominó “*Activismo Judicial*”.

Así, la cuestión se polarizó entre quienes sostenían que el juez solo tiene que aplicar la ley no pudiendo apartarse de ella, sin importar que esta sea justa o injusta, porque en definitiva es una ley vigente y no pueden los jueces anularla; y los que creían conveniente otorgar al juez la facultad de “decir el derecho”, permitiendo que quien verdaderamente goce de razón en el conflicto culmine obteniendo una sentencia favorable, lo esencial es hacer justicia, privilegiando la equidad por sobre la aplicación de la ley, proyectando para conseguirla, el reparto de las funciones entre el juez y los litigantes, esquematizando la aceptación del incremento de las facultades *ex-officio iudicis*. De ser un juez inerte y pasivo pasó a ocupar un rol activo en el proceso.

Ambas tesis colocaron en la mesa de las polémicas, un volver a discutir sobre cuestiones trascendentales del proceso, centrándose la rivalidad en puntos neurálgicos, concretadas en las siguientes disyuntivas: a) *Si en el proceso civil es vital y posible llegar a la verdad*; b) *¿Es la justicia el valor esencial del ordenamiento jurídico?*; c) *¿Los jueces deberían o no tener potestad para diligenciar pruebas oficiosas?*; d) *¿Es el proceso civil una cuestión que solo involucra intereses de partes?*; y e) *¿El Estado no tiene interés en el resultado del litigio civil?*

Estos cuestionamientos y las respuestas disímiles brindadas por los procesalistas, abrieron la álgida disputa manifestada en la actualidad, llevando a algunos a disentir con extrema crudeza debido a la politización del debate científico, creando posturas radicales y exacerbadas, en las que unos y otros ambicionaban la prevalencia de sus ideas por sobre las demás, amparados en acalorados ataques a la contraria, descalificándolas, olvidando de propiciar un sistema procesal que dé máxima eficacia y garantías a las partes y al juez, en definitiva es lo que importa a la sociedad.

Encaminó a una discusión sobre la verdadera esencia del proceso, si el valor superior del mismo era obtener “justicia”, o en su defecto, si el valor a proteger era la “seguridad jurídica”. El resultado en la actualidad salta a la vista, siendo la corriente mayoritaria la inclinada en afirmar que la “justicia” es el valor supremo del ordenamiento jurídico, existiendo un interés público en que el resultado del proceso sea justo, incumbiendo al Estado disponer de todos los elementos para obtenerla, concediendo a los jueces los medios y los poderes para que puedan alcanzar dicho fin<sup>2</sup>.

La perspectiva que se abre producto del debate, ha llegado inclusive más lejos, a punto tal de calificarse a los garantistas como *liberales*, y los que propenden por el activismo judicial como *social demócratas* o *publicistas*, dicotomía creemos extrema y totalmente errada<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> PICO I JUNOY, Joan, ob.cit., p. 254

<sup>3</sup> SIMONS PINO, Adrián, en “*Poderes jurisdiccionales: el dilema entre el juez activo y el juez autoritario*”, publ. en la Revista del “XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, p. 816, Universidad Libre, Bogotá, Colombia 2.005. “(...) “El quid del asunto es si el proceso civil es un “*asunto privado*” que solo les incumbe a las partes en el conflicto? ¿Es que el proceso civil en sí mismo no tiene ninguna trascendencia social? ¿Acaso al estado o la sociedad en su conjunto

La relevancia de la disputa ha generado un interesante discusión sobre cual debe ser la función del juez en el proceso civil y el modelo a seguir, teniendo notoriedad desde la óptica de la obtención de la verdad, pues con una u otra postura se deja sentado el camino a seguir para que la verdad surja dentro del proceso.

El entorno del forcejeo muestra que las posturas en la actualidad se han politizado, llegándose a producir crudos enfrentamientos doctrinarios entre los sostenedores de una u otra corriente. Las características de cada una de ellas, se intentarán bosquejar en los párrafos siguientes.

### 3. ACTIVISMO JUDICIAL

#### 3.1. Nociones generales

Resulta difícil describir esta concepción, sin vincularla con los poderes y facultades probatorios que ostenta el órgano jurisdiccional, refiriendo que modernamente el Juez no debe resolver un litigio limitado a las pruebas que ofrezcan las partes<sup>4</sup>, el Magistrado asume poder acercarse lo más posible a la verdad de los hechos, como sostenía el maestro Gelsi Bidart: “*Ningún juez tendría que dejar de considerar que si va a dictar una sentencia injusta, mejor es que no la dicte*”<sup>5</sup>. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa, y por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien<sup>6</sup>.

Estas razones han hecho surgir una idea “Publicista” del proceso, archivándose la concepción privatista<sup>7</sup>, adquiriendo un interés público que el Estado tutela dotando al Juez de poderes para investigar la verdad, el excesivo apego al principio dispositivo en materia probatoria lleva a la glorificación de la obtención de la Verdad formal, que en esencia no cabe calificarla como verdad<sup>8</sup>. La iniciativa probatoria del Juez contribuye al descubrimiento de la verdad, pero esta atañe enmarcarla dentro de determinados límites.

Se acuerda lograr, lo definido por Morello como “*activismo responsable*”<sup>9</sup>, que el juez asuma un rol de director del proceso, respetando elementales potestades que solo incumben a las partes, como lo son la iniciativa de parte al momento de la postulación de la demanda; el derecho a fijar el contenido de la demanda; el derecho a la prueba; el principio de impugnación de la sentencia; el principio de disponibilidad privada del derecho objeto de la controversia<sup>10</sup>.

Es bregar por un juez concebido como autoridad circunscrito a determinadas funciones regladas y poderes genéricos, en consideración a la función social que incumbe cumplir al método de juzgamiento, persiguiéndose un equilibrio entre las facultades de disposición de las partes y los poderes que el juez ejerce para llevar adelante la litigación civil. Es decir, proyecta un sistema de justicia o modelo de proceso insertado en la sociedad, como un servicio público que se ofrece a los consumidores finales, cuales son los litigantes.

---

no le interesa como se resuelven los conflictos privados? ¿Es que la ideología liberal sigue pensando que los temas privados sólo incumben a los privados y a nadie mas?. Son muchas preguntas, que intentaremos darles respuestas de una manera integral.

<sup>4</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, “*Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil*”, p. 179, San José de Costa Rica, año 2.001.

<sup>5</sup> GELSI BIDART, Adolfo, citado por MORELLO, Augusto, en “*La Prueba, tendencias modernas*”, Librería editora Platense, 2da. Edic. ampliada, La Plata, año 2001, p. 145.

<sup>6</sup> SIMON, Luis María, “*El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias*”, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal, p. 226.

<sup>7</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, ob. cit., p. 179.

<sup>8</sup> SIMON, Luis María, ob. cit., p. 226.

<sup>9</sup> MORELLO, Augusto, *La eficacia del proceso*, p. 209, Editorial Hammurabi, 2º Edición ampliada, Bs. As. Argentina, enero 2.001.

<sup>10</sup> SIMONS PINO, Adrián, ob.cit., p. 831

### **3.2. La búsqueda de la verdad**

La búsqueda de la verdad, no debería tratarse de una cuestión demasiado ambiciosa, sino de una reflexión hasta de lo más elemental, pues de que serviría un esquema procesal que no busque la verdad, sería como entender que la propia naturaleza humana se encuentra negada en recepcionar esta aspiración, a pesar de resultar consabido que es uno de los fines primordiales de la paz social.

Sin verdad, no se alcanza la paz social y menos aun la seguridad jurídica.

Si en el método judicial no se investiga la verdad, deberíamos preparar a máquinas tecnológicamente avanzadas para que administren justicia, no harían falta jueces para dirimir los conflictos sin la verdad, sin justicia, es como si se planteara la renuncia a los valores fundamentales esenciales para el hombre, tal sería el caso de aceptar que se de la razón a quien no la tiene.

Trillado es, que el proceso no puede refugiarse en ordenadores, pues resuelve conflictos entre seres humanos, con sensibilidad, sentimientos y valores distintos, que no merecen ser medidos ni valorados por máquinas, denotándose el valor extraordinario ocupado por el juez en el sistema procesal.

Dentro del este contexto global, el activismo sostiene una posición comprometida con la Verdad real o sustancial, al extremo de justificar la participación del Juez cuando las partes no hayan probado los hechos, dejando el Juez su función de espectador para pasar a ser un Juez director que usa de los poderes conferidos por el sistema jurídico.

Otorga rango constitucional “al derecho a la verdad”, siendo inexcusable la obligación de investigar los hechos a los efectos de llegar a un conocimiento integral de la forma en que sucedieron, ante lo cual es justificable la utilización de todos los instrumentos que tenga a su alcance para el esclarecimiento de los sucesos, la sociedad misma no se ve beneficiada con el ocultamiento de la verdad. Con este objetivo, brega por la utilización de las medidas de mejor proveer u otras, cualquiera sea su denominación, ya que éstas son un remedio cuando el juzgador no pueda sentenciar por falta de conocimiento de los hechos

Mediante la teoría moderna del activismo judicial se advierte que la búsqueda de la verdad proporcionando una resolución justa al conflicto, se revela en beneficio de todos los operadores jurídicos intervinientes en la casuística, dejando de lado la individual satisfacción de los intereses personales de los litigantes enfrentados.

En la contienda judicial se asume encontrar la verdad, erradicándose aquello que el proceso tiene “su verdad”.

El Estado tiene un propio interés, en que se logre la certeza suficiente, sentenciando las causas sin dudas razonables, evitando que por las ficciones jurídicas se transija a las falacias constituyéndose en verdades procesales, no es otra cosa que admitir un sofisma jurídico para sustentar la sentencia, conduciendo a estimular la desconfianza de la sociedad hacia el sistema procesal.

Ante esta circunstancia, pregona una revalorización de la confianza hacia los jueces, permitiéndolo un mayor intervencionismo dentro del proceso, contenido por reglas de juego claras como serán el debido proceso, el contradictorio, la igualdad de partes y la congruencia de la actividad judicial con el objeto del litigio, todo ello con la finalidad de asegurar que el sentenciante dicte una resolución posicionada lo más cerca posible de la verdad real.

Aclaremos que no inducimos a un activismo inquisitivo, sino todo lo contrario un activismo enmarcado dentro del debido proceso con respeto a ultranza del principio dispositivo.

Uno de los primigenios procesalistas en resaltar la problemática de la búsqueda de la verdad y la amplitud probatoria de los jueces de manera científica, fue Calamandrei, quien desde una óptica comprometida con la verdad introduce en el ámbito jurídico los lineamientos conflictivos del debate, sin ser precisamente el impulsor del mismo que surge con posterioridad, ilustrando la noción de la verdad y el compromiso del proceso con ella, tratase de una de las primeras aportaciones al procesalismo moderno, si bien todavía no tenía la profundidad que hoy día se dedica a la problemática, fue uno de sus precursores. Adquiere máxima importancia la visión del

florentino, al ser quien instauró una nueva corriente al procesalismo en Italia, al fomentar un sistema judicial democrático, de bases constitucionales y una jurisdicción con funciones claras, precisas y bien acotadas, en un momento histórico donde aquel país se enmarcaba totalitario, a pesar de ello supo incorporar sin magnificencia sus criterios republicanos en el Código Procesal Italiano<sup>11</sup>.

Taruffo reflexiona que conforme a la epistemología moderna, se reconoce desde hace tiempo que no existen verdades absolutas, y que cada verdad es relativa en el contexto que se la obtiene, al punto de aseverar que pueden existir entornos más o menos idóneos para la búsqueda de la verdad, pero aquello que permanece invariable es el carácter relativo de cada verdad, cada verdad procesal, como cada verdad extraprocesal, son entonces relativas<sup>12</sup>.

La verdad que se puede obtener en el proceso, es siempre relativa, como lo es cualquier otro tipo de verdad, y solo es válida en ese medio.

El enfoque trae como corolario, que ante la imposibilidad de la verdad absoluta en la contienda jurisdiccional, resalta la problemática del juicio sobre los hechos, por ende, se otorgará al juez una amplia libertad, basada en su libre convencimiento, según el cual el juez formula una decisión final asentado en una certeza, en una probabilidad de verdad. Al no poder hablar de verdad o falsedad de los hechos en forma absoluta, porque el lenguaje procesal se lo impide, el juez se refugia en la llamada idea de probabilidad, claro que esta contingencia no es la solución a toda la problemática de la verdad, sino es un camino enmarcado dentro de la racionalidad, justificado en las concepciones de probabilidad lógica, la probabilidad objetiva y la probabilidad preponderante.

La tesis sugerida es que independientemente del criterio jurídico empleada para valorar la justicia de la decisión, sostendrá que esta nunca será justa si está determinada por una apreciación errónea de los hechos. No deja de sentirse que en la actualidad la nueva corriente es la que entiende que el principio de verdad de los hechos no identifica ninguna ideología específica y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías concibiendo algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso<sup>13</sup>. Sustentado en el sentido común, se proclama que ninguna decisión sería justa si está apuntalada en determinaciones equivocadas de los hechos, por ende en el conflicto se tenderá a alcanzar una determinación verdadera de los hechos.

Así Pico I Junoy, partiendo de esta concepción de publicización, ve a la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, pues representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes para que puedan alcanzar dicho fin<sup>14</sup>.

Sigue exponiendo, el incremento de las facultades probatorias del juez se hallan justificadas, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además a la función pública del estado, interesado, en el mejor cumplimiento de esta función, con el objeto de alcanzar el bienestar social o el rápido establecimiento de la paz social<sup>15</sup>.

Si el objetivo del proceso, es hacer justicia, el proceso solo se convierte en justo, cuando se da en un orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad<sup>16</sup>.

El maestro colombiano Jairo Parra Quijano, opina respecto a la obtención de la verdad y de llegar a la justicia en el Proceso Civil, cuanto sigue: “(...) *toda verdad es relativa no*

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero, “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, p. 318, Vol. 3, Librería El Foro Bs. As. Año 1996.

<sup>12</sup> TARUFFO, Michele, “*Probabilidad y prueba judicial*”, publ. en “*XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*”, p. 1.079, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, 2005.

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele, “*La prueba...*”, ob.cit., p. 65 a 67.

<sup>14</sup> PICO I JUNOY, Joan, “*El derecho procesal entre el garantismo...*”, ob.cit., p. 254.

<sup>15</sup> PICO I JUNOY, Joan, “*El derecho a la prueba en el proceso civil*”, p. 220, Editorial Bosch, Barcelona, España, Año 1996.

<sup>16</sup> Idem anterior, p. 263/5

*cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas que requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta sólo tiene “realidad” en la imaginación. En conclusión sobre la verdad del proceso:*

- *Limitamos esa averiguación a los hechos, y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad.*
- *Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, sino se ha logrado averiguar la verdad de aquellos.*
- *Es posible prácticamente averiguar la verdad con más facilidad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo cuando no existen esas libertades, no se puede negar que sea posible averiguar la verdad.”<sup>17</sup>*

Toma decidido partido por la ideología que afirma en el proceso se debe averiguar la verdad, sobre ella dictar una sentencia justa, supone tener un juez interventor en el conflicto, con poderes que le faculden ordenar pruebas oficiosas.

Decretar pruebas *ex officio iudicis* para fundar sobre la verdad, es pronunciar una sentencia justa<sup>18</sup>. Va más allá aún, al sostener que el juzgador latinoamericano no ha alcanzado abandonar la ideología que concibe al proceso como una cuestión de partes, no logrando encarnar la doctrina según la cual en el método de juzgamiento debe buscarse la verdad.

Gozáini dice, que no es razonable olvidar que la función de los jueces, comprometida con la búsqueda de la verdad para tomar decisiones justas, no puede limitarse a los elementos que le son suministrados por las partes, hallándose en permanente disposición de decretar y practicar pruebas de oficio, evitando las hipótesis que dificulten o hagan imposible el fallo<sup>19</sup>.

La verdad material se ubica por encima de los requisitos formales y nada excusa la indiferencia de los jueces respecto a la verdad objetiva en la misión de dar a cada uno lo suyo. Por ello, no se puede evitar prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la objetiva verdad<sup>20</sup>.

Encerrando a la verdad procesal en un ámbito de relativismo, sostiene que la verdad procesal, en realidad es la verdad de los hechos, siendo el verdadero punto nervioso sobre el que gira el proceso.

Desde su particular óptica, la verdad o el deber de veracidad se percibe atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, ya que a partir de la publicización del proceso, corresponde cumplir con el rol de no mentir, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello insiste, más que en conseguir la verdad, al proceso le interesa prevenir la mentira y el engaño<sup>21</sup>.

Es interesante la opinión del procesalista brasileño Carlos Alberto Alvaro de Oliveira al poner de recalco que la institución del proceso civil debe bregar por una amplia investigación de la verdad real y objetiva, entendiendo al proceso con una visión cooperativista entre las partes y el juez, basado en la idea de un diálogo en equilibrio.

Es lo que el mismo autor calificó como una “*visión cooperativista del proceso*”<sup>22</sup>, el proceso moderno viene evolucionando constantemente en el sentido del ablandamiento de las restricciones puestas al juez de esas cadenas formalísticas atribuyéndoles facultades probatorias, para el mejor conocimiento de los hechos, no es otra cosa que estar comprometido con la obtención de la verdad. Recomienda la quiebra del sistema monopolístico de las partes en la instrucción de la

<sup>17</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, “*Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*”, p. 8, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Año 2004.

<sup>18</sup> Idem anterior, p. 12, 13

<sup>19</sup> GOZAINI, Osvaldo, “*El debido proceso*”, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 326, Santa Fé, Argentina, Año 2004.

<sup>20</sup> Idem anterior, p. 327

<sup>21</sup> Idem anterior, p. 361

<sup>22</sup> DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “*Poderes del Juez y visión cooperativa del proceso*”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, p. 44, Año III, N° 4, 2004.

causa, aunque se traten de intereses eminentemente privados, al resultar insustentable seguir defendiendo al juez inerte, de brazos cruzados.

La visión cooperativista, señala que la colaboración de las partes es esencial en la tramitación del proceso, para llegar a la verdad y a la justicia, quienes deben desarrollar la actividad prevista para la comprobación de sus derechos, pero también es necesaria la cooperación del juez en la actividad probatoria, que habrá de ser ejercida por el magistrado no en sustitución de las partes, sino juntamente con ellas, como un sujeto interesado en el resultado del proceso<sup>23</sup>.

### 3.3. Síntesis

Sostenemos que ningún régimen político, autoritario o no, tiene la exclusividad en el ámbito de la actividad probatoria oficiosa, atento a que se da el caso de países democráticos y republicanos que conciben y aceptan la idea de las pruebas *ex-officio*, como es el caso de Suiza, Francia, Inglaterra. Con la afirmación se denota que este compromiso con la verdad no es potestad exclusiva de un sistema político particular.

Las nociones de verdad y justicia como ingredientes necesarios de la composición judicial de los litigios, no deben quedar abandonados a su suerte, estando expectante del resultado que se produzca entre los luchadores, a manera de competición deportiva, sobre el fundamento de la idea de partes<sup>24</sup>.

Analizando desde un punto de vista político, Barboza Moreira califica a la visión del garantismo como de “*neoprivatismo*”<sup>25</sup>, por el manejo casi exclusivo de las partes del litigio judicial, en contra de la cual nos manifestamos, al no poder desprejiciarse la posibilidad de hacer justicia en el pleito sea por aporte de las partes o por pruebas oficiosas.

El activismo judicial embandera una visión con condice con postulados constitucionales, en armonía con los dictados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que propicia a como dé lugar la obtención de justicia en los distintos procesos jurisdiccionales, que a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad deben ser aplicados a en toda tipología procesal.

## 4. GARANTISMO PROCESAL

### 4.1. Desarrollo de sesgos particulares

Responde a una visión distinta de la problemática, intentando otorgar un justo límite a la expresión “*garantista*” tantas veces vapuleada, al ser sinónimo de impunidad, artilugio procesal y débito de la moralidad del debate, esbozando una particular respuesta a estos erróneos planteos, de manera simple pero a la vez profunda.

Parte de la siguiente afirmación: el proceso es proceso, es decir, no es otra cosa como tal y por revestir el carácter de medio pacífico de solución de conflictos es abstracto, en el sentido que no tiene contenido.

Refiere Alvarado Velloso: “*Que los fines de verdad y justicia, como bandera crítica de aquellas ideas son irreales, desde que ni la verdad ni la justicia son valores absolutos, y menos aun asequibles para el ser humano...*”; para luego sostener: “*El proceso no es recurso para beneficiar a*

<sup>23</sup> Idem anterior, p. 55

<sup>24</sup> BARBOZA MOREIRA, José Carlos, “*El neoprivatismo en el proceso civil*”, publ. en Proceso Civil e Ideología, Coordinador Juan Montero Aroca, p.214, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 2.006.

<sup>25</sup> Idem anterior, p. 215, “Es dudosa la designación que mejor conviene al pensamiento criticado en este trabajo. Visto que sus representantes aluden con comillas manifiestamente despectivas, al proceso civil “social”, tal vez se pudiese pensar en designarla con análogas comillas, como proceso civil “anti-social”. Pero no deseamos herir, con tan antipático rótulo, las susceptibilidades de juristas ilustres, que nos merecen todo el respeto. Otra opción, menos áspera, puede basarse en la idea, que se lanza, de exacerbación del elemento publicístico en el proceso civil.”

*ninguna de las partes, sino para equipararlas, para hacer razonable, civilizado y eficiente un método que suplante a la fuerza, al hombre contra el hombre, a la venganza, a las pasiones...”<sup>26</sup>.*

El garantismo procesal se examina en oposición con la posición filosófica antagónica que es el solidarismo procesal o activismo procesal, poniendo encima de la pirámide jurídica a la Constitución<sup>27</sup> y nada superpuesto a ella, contentándose con que los jueces declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgándoles un adecuado derecho de defensa y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional, dando plenitud a la posibilidad de tutela efectiva de todos sus derechos.

En consecuencia, no constituye el proceso un instrumento para el servicio de la verdad y la justicia, los jueces actúan como garantes del cumplimiento del proceso, no comportándose como partes, ni actuando con interés, ni con dependencia, no arrogándose atribuciones que no pueden ni tienen que cumplir (como buscar la verdad o hacer justicia), sino son jueces que hacen observar la Constitución, garantizar la igualdad de los litigantes, teniendo presente que su función es la de resolver conflictos, no a cualquier costo, siempre de acuerdo con el orden jurídico vigente y a las pretensiones de las partes, lo que se ha dado en denominar “*Garantismo procesal*”, toda una corriente del pensamiento jurídico.

El Juez tiene que ser absolutamente imparcial dentro del proceso civil, su función será la de director o conductor del proceso, pero evitando inmiscuirse en el litigio, pasando a ser un mero espectador, que asume una actitud pasiva, limitándose a dictar un pronunciamiento de conformidad a la aplicación que estime correcta de la Ley y de los hechos probados, desterrando suplir las negligencias de las partes.

En los juicios civiles se ventilan cuestiones de simple interés privado, reservada a la iniciativa de las partes, por tanto, la autoridad del Juez repulsa suplir la actuación de los litigantes y si éstas no han podido o no han querido actuar en la prueba, el Juez se pronunciará con el solo mérito de los antecedentes que tenga en su mano. Interviniendo de otra manera, como sería el caso de utilizar las diligencias de mejor proveer, necesariamente las actuaciones ordenadas de oficio resultarán favorables a uno de los litigantes.

Al decir, el Juez tiene que ser absolutamente imparcial, refiere que con las medidas de mejor proveer, rompe la esencia de su función, pasando a ser parte del proceso, siendo fundamental que el magistrado no rompa este molde, pues, con su actuación investigativa, violenta el Trípode sobre el que se asienta el Proceso Civil (Juez, actor, demandado). Si bien, busca justicia verdadera al intervenir directamente dentro del proceso, viola principios de seguridad jurídica, de bilateralidad, paz social, volviéndose al proceso inquisitivo de siglos remotos.

Un valor tan importante como es la justicia, de forma similar a todo principio tiene rasgos de utopía, siendo prioritario para las sociedades propender hacia la seguridad jurídica y la paz social, aun en detrimento de la utópica justicia, aceptándose que el procedimiento establece las formas y el marco normativo dentro del cual se desarrolla el litigio (guerra civilizada), es el proceso jurídico, donde el Juez tiene la función y la misión de sentenciar resolviendo el conflicto y no la de investigar los antecedentes del caso puesto a su consideración.

Los que sostienen y argumentan en favor del “*garantismo procesal*” y la pasividad del Juez dentro del proceso, fundan sus consideraciones en que al dar facultades al Juez se produce la violación sistemática de los siguientes tópicos:

- El carácter privado del Proceso Civil;
- La imparcialidad del Juez;
- Violentar la iniciativa probatoria de las partes;
- Se vuelve ineficaz la regla de la carga de la prueba;
- Se produce la violación del principio dispositivo.

<sup>26</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*El debido proceso de la Garantía Constitucional*”, Zeus S.R.L., Rosario, 2003.

<sup>27</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*”, p. 172, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2.004.

Todos los tópicos descriptos sufren agudos ataques, cuando pregona que el Juez se involucrará en el proceso para llegar a la verdad. El Proceso Civil tiene una finalidad básica: resolver el conflicto o las controversias de las partes en nombre de la pacificación social, y en razón de ello, el Derecho Procesal que lo regula es consecuencia de la supresión de la justicia privada, siendo un método de resolver disputas. En otras palabras, no es una cuestión crucial para el proceso la investigación de la veracidad de los hechos, aunque sin descartar que acceda a una aproximación lo más cercana posible y concreta de la verdad, el proceso es un método que está orientado en ese sentido, pero donde el fin último es “*resolver el conflicto*”, independientemente que se haya llegado o no a la verdad.

Si bien, la aparente profundidad en el tratamiento del “*garantismo procesal*”, parecería dar sustento lógico a esta posición procesalista, a nuestro entender los postulados carecen de una verdadera justificación, por lo que no nos adscribimos a esta posición doctrinaria.

#### **4.2. Declaración de Valencia**

Es de sumo interés para esta corriente procesal, la denominada *Declaración de Valencia*, expuesta con motivo de la Primera Jornada Internacional sobre “*Proceso Civil y Garantía*”, en fecha 27 de Enero de 2.006 en la ciudad de Valencia, España, en donde se aprobó una moción por los participantes, sobre las garantías fundamentales del proceso civil<sup>28</sup>.

Entre las principales consideraciones, se formularon las siguientes:

- a) El proceso civil en el siglo XXI debe ser de una regulación como garantía de los derechos e intereses legítimos de los individuos. Los procesos civiles regulados con respecto a las concepciones publicistas no dieron buen resultado y han llevado a la práctica a una situación de innegable ineficacia. El futuro del proceso civil, se centrará en la idea-fuerza de la libertad de los individuos como función básica del Estado democrático, y consiguientemente, en el proceso como garantía.
- b) La jurisdicción no puede encontrar su justificación en fines ajenos a ella misma. Consistiendo en la tutela de los derechos e intereses del individuo, y la función del juez en el caso concreto tiene que consistir en ser el garante último de esos derechos.
- c) La condición de tercero del juez, esto es extraño a los hechos y al objeto deducido en el proceso, es incompatible con la posibilidad misma de que las normas le permitan asumir en el proceso funciones que son propias de las partes (iniciar el proceso, determinar o cambiar el objeto del proceso, apreciar de oficio la existencia de hechos no alegados por las partes, decidir la práctica de las pruebas de los hechos si alegados por las partes). Esta condición de tercero no puede darse con diferencia, en el proceso penal, en contraposición con el proceso civil.
- d) El Estado democrático debe garantizar a las personas que podrán iniciar y realizar un proceso en condiciones de igualdad.

Se aprecia de la descriptiva, que el garantismo procesal, pretende construir una tesis con basamento científico, aunque la mayoría de las veces toma prestado, postulados ya esgrimidos por décadas por el mismísimo activismo procesal, posicionándose en la vereda de la democracia, politizando al máximo sus ideas rectoras, como si todas las demás se encontrasen incursas en modelos autoritarios. De todas maneras es una de las primeras declaraciones concretas que explican acabadamente hacia donde se dirige esta doctrina procesal.

#### **5. DIFERENCIAS PRINCIPALES DE AMBOS POSICIONAMIENTOS**

---

<sup>28</sup> La *Declaración de Valencia*, se puede acceder via *online*, o bien contactando con la pagina web de la Editorial Tirant lo Blanch de Valencia, que fue la organizadora del evento, con el título: “*El proceso civil en el siglo XXI: Tutela y Garantía*”

En cuanto a las diferencias sustanciales presentadas entre ambos posicionamientos doctrinarios, ellos demuestran que los conceptos tradicionales afincados en la teoría general del proceso sufren modificaciones de fuste, la visión de uno y otro cambia diametralmente de dirección ya sea que se la mire con el prisma garantista o con el del activismo judicial. De todas maneras el denominado “derecho procesal garantista”, es una idea forzada que no evidencia utilidad menos aun en la actualidad científica<sup>29</sup> y sobre todo en la sociedad moderna consumida en la necesidad de respuestas eficaces y ágiles, que el garantismo no está en condiciones de brindar por el excesivo apego a mantener el “*status quo*” actual y los principios procesales clásicos.

El planteo esquemático muestra las diferencias entre ambos conceptos

**ACTIVISMO JUDICIAL**

**GARANTISMO PROCESAL**

- |   |  |
|---|--|
| - <i>Visión solidarista y publicista del proceso, con dimensión social.</i>                       | - <i>Visión Individualista del proceso.</i>                      |
| - <i>Condición de Derecho Público del proceso.</i>  | - <i>Carácter Privado del Proceso.</i>                           |
| - <i>Protección de intereses colectivos individuales. con categoría social.</i>                   | - <i>Protección de intereses</i>                                 |
| - <i>Visión colaboracionista de la prueba. prueba entre Juez y partes.</i>                        | - <i>Visión individualista de la</i>                             |
| - <i>Vigencia del valor supremo justicia.</i>   | - <i>Vigencia como valor supremo de la seguridad jurídica.</i>   |
| - <i>Juez director del proceso.</i>   | - <i>Juez espectador.</i>  |
| - <i>Impulso oficioso del proceso.</i>  | - <i>Impulso procesal reservado a las partes.</i>                |
| - <i>Juez debe sanear y depurar los vicios procesales</i>   | - <i>Juez puede sanear vicios procesales</i>                     |
| - <i>Búsqueda de la verdad por todos los medios disponibles, inclusive con pruebas oficiosas.</i> | - <i>Juez no tiene iniciativa probatoria.</i>                    |
| - <i>Carga de la prueba flexible, adaptada a la circunstancia.</i>                                | - <i>Carga de la prueba pesa exclusivamente sobre las partes</i> |
| - <i>Confianza en los jueces</i>  | - <i>Desconfianza en el juez</i>                                 |

<sup>29</sup> GOZAINI, Osvaldo, “*Problemas Actuales del derecho procesal: Garantismo vs. Activismo judicial*”, p. 34, Fundap., Querétaro, México, 2002

## 6. ¿CONCEPCIÓN LIBERAL VS. CONCEPCIÓN AUTORITARIA?

Luego de haber explicitado las condicionales y ejes estructurales de las dos posturas doctrinarias contrapuestas, comenzaremos a describir las ideas rectoras que diferencian a estas tesis antagónicas.

El itinerario que seguimos en esta investigación retrata la idea politizante que a partir de la escuela garantista se ha puesto a disputa, propiciando duros debates ideológicos. Mientras se sitúa al garantismo, en la vereda de una concepción liberal y democrática, con amplia protección al individuo; en contrapartida, a todos aquellos que no comparten esta idea se los tilda de autoritarios y totalitaristas, acusándolos de propiciar un retorno a los viejos esquemas dictatoriales, bajo el rótulo de la publicización o socialización del Proceso. Nada más errado que compartir esta intransigente visión, propia de posturas radicalizadas que tienden a polarizar la cuestión.

Se llegó al extremismo de calificar con duros epítetos, de fascismo, neosocialismo y propia de concepciones dictatoriales, a maestros del proceso solo por el hecho de haber surgido en un entorno de gobiernos totalitarios, en una mezquina comprensión del momento histórico que tuvieron en suerte vivir. Dejemos bien en claro, algunas precisiones:

a) Las diferencias de posicionamientos entre la visión garantista y activista, no se vincula con una lucha ideológica entre demócratas y totalitarios, o entre liberales o socialistas como pretenden hacerlo ver o parecer los que profesan la idea del garantismo, sino que en puridad versa sobre aquello que es esencial desde el plano axiológico para el proceso, e incluso para el Derecho: la predominancia del valor justicia (activismo), o de algún otro valor, como el de seguridad jurídica o la paz social (garantismo).

En ello, ninguna relación tienen las ideas democráticas o totalitarias, el liberalismo o el socialismo, sino es una lucha de valores que se adentra a mayor profundidad, es una cuestión existencial del individuo mismo. Expliquémosle al usuario del sistema que lo que se busca es la paz social o la seguridad jurídica, aun en detrimento de su derecho, en detrimento de la justicia. Es esta la gran objeción para la cual el garantismo no tiene respuesta, y si la tiene no es satisfactoria, porque es ilusorio pretender construir un edificio procesal, sin el cimiento de la justicia. El garantismo cristaliza la renuncia a aquello que es esencial para el sistema, el logro de la justicia, para lo cual hallar la verdad es inevitable y necesario.

De modo que circunscribir la disputa a una simple visión ideológica es hacer una lectura superficial del problema; así como calificar de liberales o socialistas, demócratas o totalitarios, a una u otra posición, es utilizar la demagogia jurídica sacrificando la ecuanimidad con el solo objetivo de realizar una ardorosa fundamentación de uno u otro arquetipo, que no se concibe con la realidad, propia de quienes carecen de argumentos sólidos para refutar la tesis contraria.

Ni el garantismo es democrático y liberal, ni el activismo judicial es autoritario, inquisitivo y social. El autoritarismo se da cuando estamos en presencia de un Juez dictador dentro del proceso, que se exterioriza en una cultura totalitaria, no propia de estos tiempos, valiendo la pena recordar que lo defendido por el activismo es al juez director del proceso, no al juez dictador que se justifica en el sistema inquisitivo.

En suma, se hace evidente que aquellos que miran al proceso desde el activismo o del garantismo, tienen una visión distinta de los objetivos y finalidades del proceso, no visualizando un punto de conjunción o de coincidencia.

b) Es sintomática la calificación del garantismo, asegurando que la búsqueda de la verdad no es esencial para el proceso, y que con la visión comprometida con la verdad solo busca imponer una ideología socialista o inquisitorial. Creemos es una apreciación desacertada, sin sustento jurídico filosófico, pues “la verdad” en sí misma no se identifica con una corriente ideológica, no tiene un trasfondo ideológico, la verdad es una sola, que no sea totalmente asequible para el ser humano es otra cosa, pero que la verdad tenga connotaciones ideológicas es una apreciación falaz.

Quizás si tengan un contenido ideológico, los caminos que nos llevan a obtener la verdad o un tipo de verdad, como ocurre con el garantismo, que no le interesa la suerte de la verdad, buscándola de determinada manera y dentro de un contorno delimitado que es el proceso, pero no se podrá sostener que la verdad no exista. Ocurre, que podemos trazar senderos y atajos para llegar a ese objetivo, o simplemente conformarnos con la solución del conflicto, con o sin verdad como lo hace el garantismo, renunciando a la misma.

Esto resulta peligroso, el método no puede constreñirnos a aceptar que el proceso sea un medio inclusive para la injusticia, con el argumento que igualmente mediante él se llegará a la paz social y a la seguridad jurídica. Si el precio a pagar por enmarcarse en el activismo judicial, es ser tildado de autoritario, es un costo ínfimo si con ello se logra justicia.

Aceptar concientemente que la justicia y la verdad son inalcanzables, como lo plantea el garantismo, sería como consentir que el juez debe cerrar los ojos ante la realidad, que esté subordinado y atado por las reglas burocráticas del sistema. Entre un ordenador y un juez, no habría diferencia alguna, ya que se propugnaría un juez tan extraordinariamente miope que su vista no alcanzaría más allá de los papeles que tiene encima de la mesa<sup>30</sup>.

c) Los propulsores del garantismo procesal, de manera continua y permanente atacan ferozmente al activismo judicial, como si la fuerza de las calificaciones agresivas le den mayor realce a su posición doctrinaria, calificando de totalitarios, fascistas, nazistas o de izquierdistas extremos a todos aquellos que no compartan sus idearios procesales. Llegan al punto de calificar de autoritarios a los maestros italianos (Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei), sobre los cuales se creó la ciencia procesal, por el solo hecho de ser producto de un tiempo histórico contemporáneo con el periodo fascista italiano, como si estos hubieran optado vivir en aquellos tiempos. En idéntico sentido califican a Franz Klein, Guardasellos del emperador astro-húngaro, creador del famoso Código Procesal Austriaco, producto de una época imperial absolutista, según éstos que fuera utilizado como medio de control social de las minorías revoltosas húngaras; inclusive catalogando a todo aquello que fue creado y a sus creadores, en épocas dictatoriales de izquierda o de derecha, como símbolos de opresión de estos modelos políticos.

Dejando en claro que se sostiene que la democracia y el sistema republicano es el mejor sistema político de gobierno, no podemos menos que discrepar con estas duras calificaciones realizadas, solo por pertenecer a un momento histórico determinado.

Sabido es que ni los maestros italianos, ni el famoso guardasellos necesitan que los defendamos, sus obras son sus mayores testimonios, sus vidas puestas al servicio de la justicia, sus pasiones por el derecho y el respeto por las libertades públicas, los convierten hasta si se quiere en los primeros garantistas de los derechos procesales, entendido al garantismo como sinónimo de consagración y protección de los derechos individuales.

Franz Klein, fue largamente criticado por sus detractores mas encarnizados, bajo el mote de totalitario e inhumano, su obra como un proceso puesto en poder del juez en beneficio del estado. De más esta significar, que no compartimos esta visión, por cuanto la Ordenanza de Klein fue una innovación procesal para su tiempo histórico, mostrando una visión precursora del autor, sobre como tenía que desarrollarse el proceso civil con una inclinación social, comprendiendo que el estado también es co-responsable del servicio de justicia.

El solo hecho de haber surgido en un sistema político totalitario, no implica que el sistema jurídico procesal también lo sea, este es un mito a erradicarse, como lo diría Giovanni Verde, lo importante son las instituciones en el consagradas para el logro de la justicia, las que deben ser estudiadas conforme a su utilidad y aplicabilidad pragmática adecuada a la realidad. Es basado en ello que el reglamento de Klein es un sistema modélico, dando profundidad científica a sus postulados y apreciaciones, marcando rumbos en materia procesal, lo importante son las instituciones que en el cuerpo normativo se consagran.

---

<sup>30</sup> NIETO, Alejandro, "El Arbitrio Judicial", p. 249, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, Año 2.000.

Las bondades y beneficios que a la historia del proceso han traído ordenamientos procesales como el austriaco y el italiano son innegables, producto propio de los hombres que han pensado más allá de su momento histórico, perspektivando el devenir futuro de las sociedades en que se desenvolvían, la prueba más cabal de ello es que ninguna de estas dos legislaciones han sido cambiadas, siguiendo vigentes por su eficacia (en el caso del código austriaco por más de un siglo), aunque bueno es reconocer que toda norma jurídica debe evolucionar actualizándose.

Nótese que es absurdo e ilógico descalificar a un sistema procesal por haber tenido origen en un tiempo histórico no democrático, pues sola esta circunstancia no es suficiente para desmerecerlo, sino que previamente se deberá realizar un examen profundo de sus consagraciones normativas, para concluir en el descrédito del orden jurídico cuyo génesis se produce en aquel momento.

Poniendo a prueba la falacia de la afirmación que adoptar el publicismo es propia de regímenes totalitarios, caracterizada por la ampliación de los poderes del Juez y el desprecio por las garantías procesales, es que sintéticamente explicaremos los casos suizo e inglés, que recientemente admitieron al juez realizar pruebas de oficio. Así la Ley Federal Suiza en 1.947, dispuso que el juez pudiera disponer pruebas *ex officio*. En Inglaterra en 1.998, ocurre algo similar en donde a pesar de no aceptar expresamente la actividad probatoria oficiosa, le otorgaron amplias facultades de control de la actividad probatoria.

En ambos ejemplos ¿podrá alguien concluir que estas legislaciones estaban imbuidas de oscuros absolutismos, cuando sabido es que Suiza en 1.947 e Inglaterra en 1.998 vivían en florecientes democracias? Creemos que no, en consecuencia, estas son solo algunas de las pruebas incuestionables que sirven para refutar lo inexacto de la afirmación sobre que el activismo judicial sea propio de dictaduras y totalitarismos.

Es importante realizar un análisis minucioso del sistema procesal, no solo en su contenido, sino sobre todo por sus concepciones, los fines y modos que consagra, los principios que los rigen, comprendidos dentro del mundo de la variabilidad y mutabilidad de la historia.

Todos estos factores inciden para poder calificar a un modelo de autoritario, no la sola circunstancia de haber tenido nacimiento en un contexto histórico determinado, puesto que la interpretación debe ser un acto que relaciona al pasado valorándolo en interacción con el futuro que se plantea como problema a resolver.

Es evidente, que no coincidimos en los criterios superficiales esbozados por el garantismo para calificar del modo en que lo hacen a los modelos procesales originados en tiempos totalitarios, ya que atañen ser valorados en su contexto global; valga el ejemplo de nuestro país para clarificar las cosas.

## **7. TENDENCIA AL CONSERVADURISMO DEL GARANTISMO PROCESAL**

El proceso civil de nuestros tiempos, tiene connotaciones sociales, siendo obligación del Estado prestarle especial atención al tener que promover un sistema de justicia social, que permita llegar a decisiones justas en plazo razonable, debiendo alcanzar la paz social pero a través de la justicia, es lo que Monroy Galvez calificó como lograr “la paz social en justicia”. Para ello, todos los Estados, sean de tendencias liberal o socialista, no pueden abdicar de unos de sus objetivos más importantes: La justicia<sup>31</sup>.

Ninguna duda nos cabe cuando afirmamos que la postura garantista no es reflejo del pensamiento liberal moderno sino de un pensamiento conservador, proyectando la subsistencia del *status quo* que simboliza: un proceso donde prima lo privado, en que solo las partes pueden disponer; un esquema proteccionista del juez mero árbitro del proceso; en el que los litigantes delimitan el objeto de la controversia; con pruebas referidas a los hechos aportados por las partes sin que los jueces tengan facultades oficiosas; entre otras circunstancias.

---

<sup>31</sup> SIMONS PINO, Adrián, ob.cit., p. 822.

Responde este pensamiento, según lo significa Giovanni Verde, a una postura liberal intransigente<sup>32</sup>, neoprivatista, representando al sistema procesal del siglo XIX que ha fracasado, negado a la evolución, a los cambios y a las necesidades sociales. Lo que es más grave aún, importa la aceptación pragmática que en el proceso no se haga justicia, consolidándose como un extremismo procesal a ser superado.

El garantismo es una visión de tiempos idos, a los cuales ya nunca se debería volver, al propiciar un juez con apariencia de divinidad imperturbable<sup>33</sup> y distanciada de la realidad.

Es el conservadurismo el que debe ser superado, con apuestas eficientes para el mejoramiento del sistema judicial, ya que ni el mismo liberalismo actual soporta este estado de cosas, al decir de Hayek (reconocido como el pensador liberal más prominente del modernismo) la filosofía conservadora por su propia condición jamás ofrece alternativas ni brinda novedad alguna, es una mentalidad material de quien pretende que nada mute, negándose a mejorar el escenario imperante.

Esta postura conservadora no es la típica del liberal, que al contrario es abierta y confiada, bregando siempre por la transformación y la evolución. Indica que un liberal no rechazaría las tendencias nuevas que permitan obtener cambios dentro del proceso mejorando el sistema, más aún cuando se trata de una sociedad necesitada de respuestas, siendo el usuario del servicio un individuo a quien el Estado le debe brindar especial atención.

En contrapartida el activismo vislumbra una idea de avanzada, bregando para que en el proceso se obtenga justicia, siendo el ideal al cual debe apuntar, para así concretarla dentro de los límites marcados por las partes, complementados con el accionar del juez, que en caso de necesidad debe realizar una actividad oficiosa. La concepción garantista hace creer que el proceso civil es cosa de partes y no es así, pues el proceso en la era moderna ha pasado a considerarse una actividad o función pública.

El garantismo no es una concepción de tinte liberal, sino que responde a un pensamiento conservador clásico, con ideas ya superadas por la doctrina procesal, siendo inconcebible pensar que un liberal abdique de la justicia. Lo típico del conservador es el temor a lo nuevo, simplemente por que es nuevo, es el temor a la mutación, para seguir conservando lo que ya no funciona.

La búsqueda de la verdad no debe considerarse como una cuestión demasiado ambiciosa, negarnos a ello es como renegar de nuestra propia naturaleza humana, de nuestros valores esenciales, es como aceptar que el proceso se piense y construya para dar la razón a quien no la tiene, con el pretexto de la seguridad jurídica, cuando en realidad es todo lo contrario.

La necesidad de la comunidad es que haya paz social, pero en justicia, si aparte de ello logramos seguridad jurídica, mejor. La humanización del proceso, necesariamente pasa por hacer justicia, instalando al hombre como centro del derecho y no considerarlo como una cosa dentro del mismo. Ninguna de estas últimas apreciaciones se logrará con la idea garantista, por lo que la conclusión es obvia: las ideas conservadoras no propiciarán cambios de vital magnitud para que el proceso se ajuste a la acuciante y exigente realidad.

## **8. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS PROCESALES**

La transformación del quehacer procesal en estos tiempos, dimana como consecuencia del dinamismo adquirido por el derecho que permanentemente plantea nuevos retos, nuevos problemas a resolver, requiriendo respuestas a los procesalistas, trazados como un desafío de nuestra época. Lleva a concretar la idea de una internacionalización de los derechos procesales, por ser comunes a todos los diseños jurídicos, haciendo que institutos internacionales estén preocupados en forjar soluciones, dando un nuevo albor al derecho procesal. Así, entendemos que esta internacionalización se divisa planteada desde tres vertientes, que describiremos:

---

<sup>32</sup> VERDE, Giovanni, ob.cit., p. 169.

<sup>33</sup> Idem anterior, p. 170

a) En un primer aspecto, lo regulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>34</sup>, proporcionando normas internacionales para la interpretación de los tratados, al prescribir que los tratados siempre deben ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la norma suprallegal en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin (Art. 31.1).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha subrayado de manera consistente: “La interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.<sup>35</sup>

En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional<sup>36</sup>. Como ha reiterado la Corte IDH: “*Tanto esta Corte (...) como la Corte Europea de Derechos Humanos (...) han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”<sup>37</sup>.

Por ende, el amparo de los derechos humanos se determinará a la luz de la realidad actual de cada país y de su ordenamiento interno, conservando una necesaria vinculación con la normativa proteccionista de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En idéntico sentido, el Art. 29 de la Convención regula normas de interpretación prohibiendo cualquier deducción que tenga por objeto excluir los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o de prescindir de derechos derivados de la forma democrática de gobierno. Las disposiciones de derechos humanos más favorables no pueden ser dejadas de lado, atento a que el sentido siempre es aplicar el razonamiento más beneficioso al destinatario de la protección internacional. E inclusive, cuando intentase inferir literalmente el texto de un tratado internacional, o cuando éste fuere ambiguo y poco claro, deberá interpretarse en el sentido más favorable al destinatario de la norma, en favor de la persona humana afectada.

b) Un segundo aspecto, presenta lo que fuera denominado “la Constitucionalización de los Derechos Humanos”, que se observa cuando las constituciones nacionales incorporan normas de origen internacional al orden interno, en protección de los Derechos Humanos fundamentales.

Como lo expusiera Cançado Trindade, “*ya no se justifica que el derecho internacional y el derecho constitucional sigan siendo abordados en forma estática o compartimentalizada, como lo fueron en el pasado. Ya no pueden haber dudas de que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional y la nueva realidad en éste así formada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados afectados*”<sup>38</sup>.

Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico, apuntan a reconstruir la confianza social en la Ley y la Justicia<sup>39</sup>, basado en un plexo de legalidad que condiciona y obliga a los Estados a respetar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción en estándares jurídicos mínimos

<sup>34</sup> CONVENCIÓN DE VIENA sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

<sup>35</sup> OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Ser.A) N° 4, párr. 24; y, Corte IDH, Caso *Paniagua Morales y otros*, excepciones preliminares, sentencia del 25 de enero de 1996 (Ser. C) N° 24, párr. 42.

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso *Viviana Gallardo y otros*, N° G 101/81 (Ser. A), Resolución del 15 de julio 1981, Decisión de 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs Guatemala*, Sentencia del 19/11/1999 (Ser. C), N° 63, párr. 193.

<sup>38</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio, en “*La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*”, publ. en “*El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*”, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1.993.

<sup>39</sup> VEGA, Juan Carlos, “*Los Derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional*”, publ. en “*Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*”, Editorial Mediterránea, p. 59, Córdoba, Argentina, 2.006.

en materia de derechos y garantías individuales, cuya protección comienza con la norma constitucional.

Desde lo constitucional, se comenzará por bregar la protección de los derechos de la denominada primera generación, que son los derechos civiles y políticos (Convención Americana, Cap. II); los de segunda generación, cuales son los económicos, sociales y culturales (contenidos y limitados en un solo artículo, el 26, bajo el rótulo “*Desarrollo Progresivo*”); y por último los de tercera generación, que son los derechos ambientales, antidiscriminación y género (normados en los Pactos y Protocolos complementarios y autónomos).

c) Un tercer aspecto constituye lo procesal, al producirse una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, resultando lógico que aquel termine influyendo en las normas jurídicas domesticas, para que dentro de esa dinámica se enriquezca el sistema procesal de cada país, con el fin último de hacer justicia, a la que solo se arriba otorgando una máxima protección al ser humano.

Los procesalistas latinoamericanos han tomado como desafío de la época, dar respuestas a los nuevos problemas planteados, en un contexto cada vez más interdependiente, las cuestiones exceden el marco de lo nacional para proyectarse desde lo transnacional.

Esa internacionalización de los derechos procesales, ha traslucido en la creación de tribunales internacionales procurando custodiar la aplicación de los principios de derechos humanos en la praxis, pues de otra manera solo se tratarían de simples aspiraciones o expresiones de deseos<sup>40</sup> que nunca se materializarían.

También tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito procesal, obligando a las legislaciones al ajuste de su normativa, aceptando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.

Cada vez más, vemos la instauración de figuras modeladas en nuevos paradigmas que son recepcionadas por el orden interno, entre las que tenemos: la desformalización del proceso; la legitimación cada vez más amplia para litigar; derecho de acción ante jueces independientes; garantías del debido proceso; la búsqueda de la verdad; facultades oficiosas del órgano jurisdiccional, tanto en la dirección del proceso, como en la iniciativa oficiosa de prueba; el acceso irrestricto a la justicia; la tutela jurídica efectiva; la predominancia del valor justicia por sobre la seguridad jurídica; entre los más relevantes, etc.

### **8.1. Predominancia del valor justicia por sobre los demás**

El organismo interamericano de protección de los derechos humanos erige a la justicia como valor central del ejido jurídico, de tal relieve derivará con seguridad que el sistema para ser efectivo no solo deberá garantizar un debido procesal legal, sino que tenderá hacia el logro de justicia mediante la obtención de la verdad en el marco procesal, primordialmente cuando refiere a procesos constitucionales instaurados en defensas de derechos fundamentales.

El valor Justicia siempre debe prevalecer, funcionando dentro del sistema como el eje de los otros valores que son sus satélites. Comparativamente podríamos decir, la Justicia es para el ordenamiento jurídico interamericano, lo que significa el sol para nuestro sistema solar, siendo los demás valores, como los de seguridad, orden, paz social, solidaridad, libertad, cooperación, poder, entre otros, los planetas que giran alrededor del sol, moviéndose todos en un perfecto estado de equilibrio y armonía.

Tanto la justicia como la verdad jurídica en su interrelación, concurren caracterizados por la subjetividad del agente que los analiza, de tal suerte que la justicia se registra condicionada por la interferencia intersubjetiva y por una visión de la realidad exteriorizada en los intervinientes, subyugados a determinado marco social-histórico.

---

<sup>40</sup> VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, p. 290, 2ª Edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1.999.

No haríamos justicia eludiendo que la verdad se conozca, de omitir la búsqueda de la verdad estaría premiándose la mala fe, a la postre ninguna decisión sería justa si se la advierte fundada sobre una calificación errada de los hechos.

Si en el proceso no perseguimos la verdad, deberíamos preparar máquinas tecnológicamente avanzadas para administrar justicia, con éstas lograríamos seguridad jurídica, pero jamás llegaríamos a la justicia, que es cosa de hombres.

En el caso *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador* (2012), la Corte demostraba un compromiso indiscutible con el valor justicia y con su obtención dentro de un proceso judicial:

“De igual modo, dicho deber impone la remoción de todo obstáculo *de jure y de facto* que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad. En efecto, si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a las víctimas en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Bajo esta consideración subyace la idea de que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las graves violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia.”<sup>41</sup>

Ahora bien, tampoco se pretende una justicia absoluta, resaltando consabido que esta es inalcanzable para el género humano, evitando que sea una quimera, una ilusión, sino un grado de justicia que otorgue certeza, fundamento y racionalidad a las resoluciones dictadas, las que imperativamente deberán estar imbricadas en cierta dosis de verdad. En las sociedades modernas conviven numerosas concepciones de vida justa y estas ideas se hallan confrontadas unas con otras permanentemente, influenciándose recíprocamente en continuo contacto, en esta interacción el derecho pasa a convertirse en el mecanismo de imposición formal de la justicia<sup>42</sup>, sosteniendo la convivencia armónica de concepciones diversas, por lo que deberá indagar el medio para suavizar de un modo racional dichos contrastes.

No pretendemos entrar en la definición de lo que es justicia, aquello que ya ilustrados juristas se han encargado de departir, explicitando de acuerdo a sus concepciones “*¿quid est iustitia?*” sin lograrlo definitivamente. Nos conformamos con aquello que entendemos por justicia, en el sentido de un proceso que transija llegar al mayor grado de certeza o verosimilitud de la ocurrencia de los hechos, para que basado en esta circunstancia pueda resolver la casuística conforme a reglas de racionalidad jurídica.

Aun con estas limitaciones, sella incontrovertible que para el ser humano cuaja relevante alcanzar cierta dosis de justicia, en especial cuando los atropellos son evidentes y atentatorios contra el resto de los valores y principios que conforman el ejido de protección. Aquí es donde se exhibe que el hombre precisa creer y confiar en el servicio de justicia, cuya obligación inexcusable es dar una respuesta ecuánime y racional de los hechos acontecidos.

En definitiva, el orden internacional pasó a ser un derecho basado en principios, que está por encima de los intereses particulares, amparando la convivencia de todos los hombres, consolidado en el respeto a estos principios que potencian los derechos de los seres humanos más allá de sus naturales diferencias, bregando decididamente por justicia<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Corte IDH, caso *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*, sentencia 25/10/2012, párr. 249.

<sup>42</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo, “*La virtud de la duda*”, p.44, Editorial Trotta, Madrid, España, Año 2012.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 12.

Ortega y Gasset, afirmaba: “*El proceso no tendría sentido sin los hombres, y más aún, el derecho no tendría sentido sin el ser humano*”. El ser humano piensa más en la justicia que en la seguridad jurídica o en la ley, el buen Juez siempre prefiere la justicia antes que la ley.

En la litigación debe concurrir la posibilidad de encontrar la verdad, la legalidad no puede descarrarse consintiendo el sainete y parodiando la farsa de propiciar el embuste, precisa asentarse en alguna dosis de verdad, porque engloba la consolidación de la justicia e ilógico sería, que logre respaldarse en la mentira.

La sublime misión del juzgador, descubre su máxima exponencial en una sentencia justa, ética y proba, basada en la verdad de los hechos, el juez no circunscribe su actuación a la mera aplicación de las leyes, sino que va más allá, aspira instituir la justicia entre los litigantes.

## 8.2. Actividad oficiosa de prueba

La prueba sigue cumpliendo un rol ventricular dentro del proceso, erigiéndose en el enclave neurológico del litigio, al decir de algunos “*la prueba es el alma del proceso*”<sup>44</sup>, mediante estas se intenta desentrañar la verdad de los hechos en un procedimiento jurisdiccional.

La sociedad contemporánea supera al modelo tradicional que avistaba al juez como un sujeto pasivo, vocero inanimado de la voluntad general, ya no figura razonable que se desenvuelva dentro del proceso sin atribuciones o poderes, habiendo rectificado sustancialmente sus funciones, sobre todo en el juicio oral y público previsto en el sistema interamericano, ante la alta conflictividad, tendencia que busca responder a las reales exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa<sup>45</sup>.

De ello se hace eco el Reglamento de la Corte IDH, regulando en el Art. 44, la potestad del Tribunal de disponer pruebas de oficio. Dicha facultad no solo se limita a la posibilidad de procurar toda la prueba oficiosa que considere útil (1.), sino de requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance (2.). Puede apreciarse que el sistema internacional hace una apuesta fuerte por la actividad *in officio iudicis*, en cumplimiento esencial de su función de protector de los derechos de las personas.

En fallos de la Corte<sup>46</sup>, esta ha dejado en claro que en materia probatoria no tiene un papel pasivo debiendo tomar la iniciativa de traer las pruebas que considere pertinentes al proceso, con la sola limitación que éstas sean suficientes para cumplir con las finalidades del caso puesto a decisoria.

Sigue de esta manera la influencia de la Corte Internacional de Justicia, que desde 1.920 ha incorporado las diligencias oficiosas al modo procedimental, implementada sin inconveniente alguno y que ha servido de puntal para la asimilación en el orden interno de los distintos países<sup>47</sup>.

Al juez no solo se le exige que dicte sentencias, sino que pronuncie sentencias justas<sup>48</sup>, para hacerlo le urge conocer la realidad de los hechos, y lo hará abandonando su bajo perfil, casi recoleto, sin escuchar las voces de extramuros<sup>49</sup>, para convertirse en un Juez con dimensión social.

---

<sup>44</sup> PEYRANO, Jorge, “*La prueba entre la oralidad y la escritura*”, p. 2, Informe general presentado en la Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP), Valencia, España, 2008, <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/7prupey.pdf>.

<sup>45</sup> BERIZONCE, Roberto, “*Recientes tendencias en la posición del juez*”, relación presentada al XI Congreso de Derecho Procesal, celebrado en Viena, 23/08/1.999, p. 164.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia 31/01/2001, parr.61; Caso *Cesar vs Trinidad y Tobago*, sentencia 11/03/2005, párr. 34.

<sup>47</sup> ABREU BURELLI, Alirio, “*La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*”, publ. en “*El sistema interamericano de protección de los derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*”, T. I, p. 114, 2<sup>o</sup> Edición, Mayo 2003, San José de Costa Rica.

<sup>48</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “*El proceso civil y su futuro*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, p. 87, Año II, N<sup>o</sup> 3, 2.003.

<sup>49</sup> MORELLO, Augusto M., “*La eficacia del proceso*”, Hammurabi, 2<sup>a</sup> Edición, p. 87, Bs. As., 2.001.

Modernamente el orden legal repulsa la resolución de litigios limitadas a las pruebas que ofrezcan las partes, el Magistrado tiene que poder aproximarse lo más posible a la verdad de los hechos. El juez debe tener interés en que su sentencia sea justa, y por consiguiente, que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios sustanciales para decidir bien<sup>50</sup>.

En suma, desde el ámbito interamericano se brega por un juez que ejerza autoridad jurisdiccional con poderes reglados y genéricos la función social a que está destinado, de manera que el proceso deje de ser un espejismo jurídico de la realidad, como hasta ahora lo ha venido siendo<sup>51</sup>. Es jugar un partido directo por el cambio del Juez espectador al Juez director del proceso, con poderes claros y pragmáticos haciendo que su misión sea aplicar el derecho, independientemente de la rogación de las partes.

## 9. JUSTIFICACIÓN DE LA PRUEBA OFICIOSA

Nos adentraremos en argumentar el porque consideramos justificada la realización de pruebas oficiosas por parte del órgano jurisdiccional, sustentado fundamentalmente en el carácter publicístico del proceso civil, particularidad adaptada como consecuencia del fracaso del sistema que dejaba todo al arbitrio de las partes, tesis que estuviera vigente hasta fines de los años ochenta; para de ahí en adelante, surgir con fuerza avasalladora la idea que el proceso dejó de ser cosa de partes convirtiéndose en un sistema que interesa al Estado, por tanto debe este tener capacidad para controlarlo e incidir en el resultado del conflicto.

Al juez civil no solo se le pide que dicte sentencias sino que emita sentencias justas<sup>52</sup>, para hacerlo necesita conocer la realidad de los hechos, lo hará abandonando su bajo perfil, casi recoleto, sin escuchar las voces de extramuros<sup>53</sup>, para convertirse en un Juez con dimensión social.

Modernamente el Juez repulsa resolver un litigio limitado a las pruebas que ofrezcan las partes<sup>54</sup>, el Magistrado debe poder acercarse lo más posible a la verdad de los hechos, ya que como sostiene el maestro Gelsi Bidart: “*Ningún juez tendría que dejar de considerar que si va a dictar una sentencia injusta, mejor es que no la dicte*”<sup>55</sup>. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa, y por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien<sup>56</sup>. El mismo autor, refiere magistralmente: “*...el proceso se realiza para el juez (para que este pueda fallar), pero también por el juez (con su intervención directa y activa)...*”<sup>57</sup>.

El proceso en sí mismo ha adquirido trascendencia social, al constatar que dando a los ciudadanos un modelo procesal para dirimir sus conflictos, eficaz y respetado, hará que los particulares adquieran confiabilidad en el sistema revalorizándose lo judicial, el cual como poder estatal independiente necesita a gritos volver a ser creíble.

La idea es comprender, que el método de juzgamiento es una actividad pública, sujeto a normas de derecho público, en el que se discuten intereses privados<sup>58</sup>. La apuesta es por un modelo de justicia en el que el juez esté atento a lo que ocurre dentro y fuera del proceso, como actor social

<sup>50</sup> SIMON, Luis María, “*El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias*”, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal, p. 226.

<sup>51</sup> SIMONS PINO, Adrián, en “*Poderes jurisdiccionales: el dilema entre el juez activo y el juez autoritario*”, en Libro Memorial del “XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, p. 835, Universidad Libre, Bogotá, Colombia 2.005.

<sup>52</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “*El proceso civil...*”, ob. cit., p.87.

<sup>53</sup> MORELLO, Augusto M., “*La Eficacia...*”, ob. cit., p. 87

<sup>54</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto, ob. cit., p. 179.

<sup>55</sup> MORELLO, Augusto, “*La Prueba, tendencias modernas*”, p. 145, Librería Editora Platense, 2da. Edic. ampliada, La Plata, 2001, citando a Adolfo Ghelsi Bidart.

<sup>56</sup> SIMON, Luis María, ob. cit. p. 226. “*El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias*”, en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal.

<sup>57</sup> GELSI BIDART, “*Protección Judicial o Garantía Procesal en el Código General del Proceso*”, p. 467, publicado en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4, año 88.

<sup>58</sup> SIMONS PINO, Adrián, ob.cit., p. 818. Citando a Juan Monroy Gálvez.

que es, privilegiando el uso de las herramientas procesales dando una respuesta rápida y eficaz a la sociedad, que no se contenta con una solución a medias, sino con ver el derecho plenamente restablecido<sup>59</sup>.

En un proceso civil inspirado en los principios dispositivos y de aportación de parte, el protagonismo de la actividad probatoria, recae sobre las partes. A estas le corresponde, no solamente la facultad y carga de proponer los medios probatorios, sino intervenir activamente durante su diligenciamiento. Sin embargo, esa activa colaboración y trascendental papel en la práctica de la prueba, aun siendo preponderante no es exclusivo de las partes, ni excluyente del que pueda incumbir al juez<sup>60</sup>.

Esta intervención no proviene de una intromisión inquisitiva, sino dentro de límites claros respetando el principio dispositivo, que conlleva consigo la iniciativa de partes, tanto en la fijación de los hechos litigiosos como en las facultades probatorias de los mismos, autorizándole al juez para dentro de estos límites pueda disponer la actuación probatoria oficiosa, ordenando se diligencien los medios de prueba que creyese conveniente para la mejor dilucidación de la causa.

Generalmente esto se presentará, cuando el Juez crea conveniente completar la actividad de las partes, no quedando a oscuras cuando tenga que sentenciar, con el compromiso de respetar siempre la bilateralidad, la igualdad y el contradictorio, sin olvidar se encuentra sometido al principio de congruencia.

Se otorga rango constitucional “al derecho a la verdad”, siendo inexcusable para el juez la obligación de investigar los hechos para llegar a un conocimiento integral de la forma en que sucedieron, para lo cual es justificable la utilización de todos los instrumentos que tenga a su alcance para el esclarecimiento de los hechos, la sociedad misma no se ve beneficiada con el ocultamiento de la verdad. Con este objetivo, se brega por la utilización de las pruebas de oficio, ya que éstas son un remedio cuando el juez no pueda sentenciar por falta de conocimiento de los hechos, o lo que es lo mismo desconocimiento de la verdad.

En suma, bregamos por un juez que ejerza autoridad jurisdiccional con poderes reglados y genéricos la función social para la cual está destinado, de manera que este deje de ser solo un espejismo jurídico de la realidad, como hasta ahora lo ha venido siendo. Es jugar un partido directo por el cambio del Juez espectador al Juez director del proceso, con poderes claros y pragmáticos haciendo que su misión sea aplicar el derecho, independientemente de la rogación de las partes.

Estas consideraciones, nos permiten concluir que solo una mezcla racional de los principios dispositivos (iniciativa de partes) e inquisitivo (poderes probatorios del juez), permitirá que dentro del proceso se obtenga la verdad sustancial y de esa manera hacer justicia. Insistiendo sobre el hecho que la búsqueda de la verdad es una obra común tanto para las partes como para el juez<sup>61</sup>, e inclusive se propaga en boga una nueva tendencia procesal, que responde a la idea de la “*máxima cooperación*”<sup>62</sup>, entre todos los sujetos del proceso, con el objetivo de justificar una justicia de mejor calidad. Esta nueva pauta colaboracionista, se divulga expresada en Código Modelo Iberoamericano<sup>63</sup>, bregando por el equilibrio de los roles de las partes y del juez dentro de la actividad probatoria.

---

<sup>59</sup> Idem anterior, p. 827.

<sup>60</sup> LLUCH, Xavier Abel, ob. cit., p. 361.

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, Mauro, en “*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*”, p. 71, Ed. Librería Editora Platense, 2002. Agregando: “Una cosa es que en el proceso dispositivo, por el carácter privado de la relación deducida en juicio, deba predominar la voluntad de las partes. Otra cosa es prohibir que el juez coopere para la mejor formulación de esta voluntad. Una cosa, en suma, es que la voluntad de las partes sea vinculante y otra, que lo sean sus mismos errores y omisiones involuntarias”.

<sup>62</sup> SIMON, Luis María, ob. cit., p. 225.

<sup>63</sup> *Código Procesal Civil Modelo Iberoamericano*, Art. 182. “...El tribunal en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer...”. Este articulado es concordante con el Arts. 33 (Numeral 4 y 5) y 34 del mismo Código Modelo.

Así las cosas, los litigantes asumirán sus potestades elementales, como ser: la iniciativa de partes en lo que refiere a la postulación de la demanda como primer acto de impulso procesal, el impulso de los demás actos procesales; el derecho de fijar el contenido de la demanda objeto del proceso; el derecho a la prueba; la impugnación de la sentencia; la disposición del derecho litigioso (siempre y cuando este proceda a ser de interés privado).

En cambio el Juez, asumirá el rol de director del proceso, impulsándolo; controlando la prueba; e inclusive ordenando el diligenciamiento de pruebas de manera oficiosa cuando lo consideren pertinente.

## 10. LÍMITES A LAS FACULTADES OFICIOSAS DE PRUEBA

El Juez puede realizar actuación oficiosa en el ámbito de prueba, esta es una afirmación categórica que no es más que la continuación del criterio imperante, ello es así, porque el modelo se perfecciona orientado en una visión publicista transmitiendo ideas de máximas de cooperación y solidaridad.

Consecuentemente con toda logicidad se sostiene, la iniciativa probatoria otorgada al Juez tiene que estar enmarcada dentro de las garantías constitucionales del proceso, impidiendo birlar los principios básicos de control y participación en la prueba, potenciando el equilibrio de oportunidades consagradas por el principio de igualdad, complementado con la perspectiva de controvertir la eficacia probatoria del medio ofrecido, tutelando el estricto control de su diligenciamiento.

Ahora bien, ese protagonismo buscado por el modelo de un Juez activo y dinámico con iniciativa probatoria *ex-officio* se posibilitará, pero respetando ciertos límites, que le son impuestos desde el mismo orden procesal, los que centramos en tres fronteras necesarias y palmariamente evidenciadas, a saber:

a) *Imposibilidad de introducir hechos no alegados*: Únicamente puede ejercitarse la iniciativa probatoria oficiosa sobre los hechos que hayan sido introducidos por las partes al proceso<sup>64</sup>, y que además versen sobre hechos controvertidos.

La actividad probatoria debe recaer sobre las alegaciones formuladas inexcusablemente en los escritos constitutivos del conflicto<sup>65</sup>, o bien admitidos con posterioridad como hechos nuevos, ello es así, porque si se accediera la introducción de sucesos conocidos por el Juez se estaría violando el principio de congruencia, que obliga al Juez a fallar respetando lo alegado por las partes y no más allá de lo peticionado. Son los litigantes los aportantes del material fáctico fundamentando sus pretensiones, teniendo la disposición material y jurídica de la acción, sin embargo una vez introducidas al proceso dan pie a que el órgano jurisdiccional tome los recaudos pertinentes sobre los mismos para precisar la veracidad de su existencia o no.

Por lo que no se podrá producir prueba, ni considerar otros hechos, apartado del objeto del proceso determinado por las pretensiones deducidas oportunamente<sup>66</sup>, ni se podrá fallar *extra petita*, ni *ultrapetita*, ni fuera del contexto de lo planteado en el conflicto.

De modo, que al juez se le impida apartarse de los hechos deducidos por los contendientes (“*secundum allegata et probata partium judicare debet*”)<sup>67</sup>, con el pretexto de probar otras circunstancias relevantes, siendo razonable este posicionamiento porque con ello se introducirían a la litis hechos que son desconocidos y no visualizados por los ocasionales adversarios, que atentarían contra el contradictorio.

Otra condicionante para el diligenciamiento de las pruebas de oficio, lo constituye la necesidad que estas versen sobre hechos que se reputen controvertidos, pues si se tratasen de hechos

<sup>64</sup> SIMÓN, Luis María, ob.cit.,p. 227.

<sup>65</sup> GOZAINI, Osvaldo, “La Prueba...”, ob. cit. p. 86.

<sup>66</sup> VESCOVI, Enrique y Otros, ob. cit., T.I, p.378.

<sup>67</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, “Principios...”, ob. cit., p. 205.

no controvertidos, aunque pudiesen ser hechos relevantes pero ya reconocidos en juicio, es innecesaria la producción de prueba alguna. En consecuencia, el juez evaluará convenientemente la decisión de realizar pruebas de oficio, cuando se sitúe en presencia de hechos controvertidos (aquello que es objeto de discusión, polémica o litigio sobre el que asumen posiciones encontradas, que da la idea de un hecho discutido e impugnado ampliamente).

Esta concepción que deriva del principio dispositivo y que en apariencia no tolere flancos ni puntos débiles, incumbe ser palmariamente implementada, pero con una profundidad tal que no admita de contramano se vulnere la literalidad del plexo normativo, con interpretaciones que van más allá de lo regulado.

Manifestamos en tal sentido, porque a pesar de la transparencia en la apreciación vertida surgida del mismo texto del proyecto de reforma, trasladada al Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica, surgió en el Uruguay una corriente interpretando que el Juez sí podía investigar más allá de los hechos expuestos en los escritos de postulación, propiciada por los maestros Gelsi Bidart<sup>68</sup> y Greif, al sostener que los jueces tienen que recurrir a todos sus poderes para lograr la realización efectiva de los derechos sustanciales; es de destacar, refiere a una corriente minoritaria.

En la otra esquina, se manifestó Véscovi, sustentando que la imparcialidad necesaria impide al Juez sustituir la voluntad de las partes, a más de establecer que las limitaciones se mentan sobre el principio de la carga probatoria. Tesis que fue seguida por la mayoría de los procesalistas uruguayos y luego por los latinoamericanos, completada con posterioridad basado en las ideas de Morello<sup>69</sup> y Gozaíni<sup>70</sup>, quienes sostuvieron que las pautas de las cargas probatorias no son suficientes, sino que el moderno derecho procesal avanza en el esclarecimiento dando mejores posibilidades inquisitivas, e imponiendo el deber de colaboración, con la dimensión social que se inserta en el proceso, flexibilizando sus límites con la razonable expansión de los poderes del Juez, corriéndose el punto de equilibrio a una nueva frontera.

Adherimos a esta última versión, que no puede apartarse de los hechos alegados por las partes, pues de hacerlo así, estaría entrando en conflicto con la imparcialidad asumida por el Juez, introduciéndonos peligrosamente en la esfera del inquisitismo negativo. Inclusive si de la práctica de esta iniciativa probatoria resulten hechos no planteados, el órgano decisor no podrá utilizarlas manteniendo la congruencia de su juicio con las cuestiones fácticas introducidas por los litigantes.

b) *Imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso:* Para que pueda otorgársele atribuciones probatorias al Juez, es esencial que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la actividad probatoria del órgano jurisdiccional<sup>71</sup>, solo de esta forma se evita que actúe inquisitivamente, o utilice sus conocimientos privados al margen de los resultados que figuran en los autos<sup>72</sup>.

Obra en la especie, que los poderes oficiosos concedidos no pueden salirse del rito procedimental en cuanto a la forma, oportunidades y requisitos de los medios probatorios previstos. El Juez para actuar de oficio deberá obtener de la misma causa los datos o elementos que le orienten a la actividad *ex-officio*, así por ejemplo, para disponer de oficio la agregación de documentos, la citación de testigos, o cualquier otro medio probatorio, contará con los datos mínimos que la litis le suministre, que le presagien saber sobre la existencia de un hecho a ser comprobado y la eventual utilidad de los medios probatorios a su alcance.

Estos datos o elementos en su gran mayoría son derivaciones de actos realizados por las partes, pudiendo ordenar a partir de ellos las medidas probatorias convenientes para una mejor

<sup>68</sup> GELSI BIDART, Adolfo, “*Protección Judicial o Garantía Procesal en el C.G.P.*”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1988- 4, p. 475, Montevideo Uruguay.

<sup>69</sup> MORELO, Augusto, “*Nuestro Modelo Probatorio (en lo Civil y Comercial)*” Publ. en “La Prueba”, libro en memoria de Sentis Melendo, p. 60, Librería Editora Platense S.R.L., La plata, Argentina, 1996.

<sup>70</sup> GOZAINI, Osvaldo, “*La Prueba...*”, ob. cit. p. 87.

<sup>71</sup> LLUCH, Xavier Abel y PICO I JUNOY, Joan (Coordinadores), en “*Los Poderes del Juez...*”, ob. cit., p. 156.

<sup>72</sup> PICO I JUNOY, Joan, “*El Derecho a La prueba...*”, ob. cit., p. 271.

verificación de los hechos, siempre que se tratasen de hechos controvertidos y relevantes. Solo de esta manera, se justificará la producción de prueba oficiosa.

Las circunstancias generadoras de una actividad probatoria oficiosa, tienen que tener su origen en el proceso, porque el Juez aunque quisiera ejercer sus poderes, le sería arduo lograrlo eficazmente sino surge desde los datos del mismo expediente, atendiendo que el órgano jurisdiccional no ha participado de ellos ignorando lo que debe probar, como también cuales son los medios idóneos para lograrlo.

Así tenemos, al pretender agregarse una prueba documental, la existencia de ese documento tiene que manar de los escritos de postulación formulados por las partes; si emerge de una prueba testifical, la identidad del testigo tiene que evidenciarse en la causa, como también los probables datos relevantes que pueda aportar; en relación a la prueba pericial, tienen que concurrir hechos sobre los cuales se requiera de una especialización o de conocimientos técnicos, justificativos de la producción probatoria; con respecto al reconocimiento judicial, las partes tuvieron que individualizar los lugares, bienes o personas que merezcan ser reconocidos; podrá también solicitar la prueba de informes basado en lo manifestado en autos. Distinto es el caso de la prueba confesoria o de declaración de parte, la que no podrá ser decretada de oficio, por no contener facultades expresas para ello<sup>73</sup>, pues se encuentra reservada a la exclusiva iniciativa de partes.

c) *Respeto al principio de contradicción y del derecho de defensa*: Finalmente, debe respetarse el principio de contradicción y el derecho de defensa que todos los litigantes poseen en el proceso<sup>74</sup>, de esta manera se rinden honores a los derechos constitucionales fundamentales establecidos en la Carta Magna. La bilateralidad y el contradictorio son básicos principios ineludibles e inexcusables cuando de diligenciamiento de prueba oficiosa se reflexiona, por medio de ellos se refrenda el estricto control en la práctica de la prueba y la utilización de la facultad de formular proposiciones probatorias, incluso llevan a modificar lo decretado originalmente o darle otras connotaciones. Estos dos principios son de respeto básico en un proceso que se dice dispositivo.

Se define la igualdad procesal, como el principio según el cual las soluciones legales colocan a ambos contendientes del proceso en un plano de equiparación, otorgándoles idénticas oportunidades para la defensa y ejercicio de su derecho<sup>75</sup>. Impone al juez el deber de respetar y mantener la igualdad de las partes en el proceso, que, en tanto sea posible dentro de las necesidades técnicas del debate, la ley procesal, primero, y el juez, luego, propenderán a que el actor y el demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad<sup>76</sup>.

Este principio procesal de igualdad de partes, se pregona manifestado en el respeto a la bilateralidad o contradicción (oír a las partes o óigase a la otra parte)<sup>77</sup>, implica la oportunidad de poder ser escuchado dentro del proceso

Nunca podrá diligenciar pruebas a espaldas de los litigantes o sin que estos sean oídos previamente, debido a que si el Tribunal o el juez buscara pruebas sobre hechos ajenos al objeto del proceso, se violentaría el principio de la igualdad procesal y del contradictorio, a más del derecho de defensa.

---

<sup>73</sup> El *CPC Paraguayo*, (Art. 18), si autoriza que el Juez pueda llamar de oficio a cualquiera de las partes para prestar la prueba confesoria vía absolución de posiciones.

<sup>74</sup> PICO I JUNOY, Joan, “*El Derecho a La prueba...*”, ob. cit., p. 271.

<sup>75</sup> VESCOVI, Enrique y Otros, ob. cit., T. I, p. 91, citando un concepto emitido por Couture.

<sup>76</sup> COUTURE, Eduardo, “*Estudios...*”, ob.cit., T. I, p. 66.

<sup>77</sup> COUTURE, Eduardo, “*Fundamentos...*”, ob. cit., p. 183, explicando sobre el principio de la igualdad: “Su fórmula se resume en el precepto ya mencionado “*audiatur altera pars*” (óigase a la otra parte). Oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad de la audiencia en las doctrinas alemana y angloamericana. Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio el juez no procede de plano sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente”.

Se debe evitar la desnaturalización de la imparcialidad del juez, ya que con la prueba oficiosa es la búsqueda de la verdad la que anima al magistrado a los efectos de evitar el dictado de una sentencia sin los elementos suficientes que hagan formar su convicción y le digan en su interior, que está siendo justo al resolver el conflicto, respetando ciertos límites y ciertas formalidades<sup>78</sup>. En todo caso, no olvidará que se trata de una facultad-deber excepcional, a ser usada con suma prudencia.

Admitir como límite de la facultad probatoria oficiosa, el contradictorio, nos indica que los contrincantes podrán contestar la relevancia o pertinencia de la prueba dispuesta por el juez, discutir su admisibilidad, como así mismo, participar en el diligenciamiento, por último, discutir sobre la eficacia de la prueba decretada de oficio antes de la decisión del conflicto.

## 11. LA GESTIÓN JUDICIAL

De un tiempo a esta parte, viene recalándose la importancia de aquello denominado como “*Gestión Judicial*”, transmitiendo la noción de proveer las condicionales necesarias para que el diseño de litigación tenga una funcionalidad adecuada, reviste a todo aquello que responde a la organización del procedimiento, pero con una mirada desde fuera del proceso. Es decir, la respuesta que genera el contorno judicial a los nuevos fenómenos propuestos.

Agudos estudios demostraron que la mayoría de los sistemas oralizados donde fueron detectados grandes defectos de funcionamiento, naufragaron como consecuencia de una deficiente “gestión judicial”. Subrayamos este hecho a propósito, tratando de explicitar claramente la cuestión, los procedimientos no fracasan por el proceduralismo mismo, sino que lo hacen por adolecer de defectos en la elaboración de soluciones que apuestan por la agilización del sistema.

La profesionalización de la gestión tribunalicia, vía “gerencia judicial”, actuando desde fuera de los juzgados para coadyuvar con el despacho judicial-administrativo debe destacarse en todo tipo de litigación, cooperando para un mejor servicio. El rol de juzgar, no residirá entremezclado con el rol que concierne a las actividades de gestión<sup>79</sup>, corresponden separarse, previendo que el juzgador solo obre para sentenciar.

La mayor cantidad de tiempo en el proceso se consume en la gestión, de modo que no deviene necesario acortar los plazos, sino mejorar la actuación de los tribunales en el quehacer *extra procesum*. Es un mito acelerar el procedimiento con la reducción de plazos.

Aun más, una vez mejorada la gestión no debe abandonarse, encadena un trabajo constante de modernización, anuda una obra permanente que no culmina (evitar dormirse en los laureles), solo así el servicio estará actualizado. Ir adaptando sin pausas los beneficios de la nueva tecnología, haciendo que las variables sean dinámicas, de lo contrario, se modernizará para en algún momento volver a saturarse, degenerándose reiteradamente en un diseño deficitario.

Al gerenciamiento deberán agregarse otros condimentos, como ser:

- a) Efectiva distribución de casos;
- b) Tecnificación de las audiencias;
- c) Lograr la mayor desburocratización posible del proceso;
- d) Correcta selección de jueces y preparación de funcionarios judiciales;
- e) Optimización de soluciones alternativas de conflictos, como también la priorización de la autocomposición del litigio;
- f) Mejoramiento del sistema de notificaciones, previendo las notificaciones electrónicas;

<sup>78</sup> VESCOVI, Enrique y Otros, ob. cit., T. I, p. 379.

<sup>79</sup> PEREIRA CAMPOS, Santiago, “*El proceso civil ordinario por audiencias: la experiencia uruguaya*”, publ. en “*Libro Memorial del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*”, p. 1.004, Universidad Libre, Bogotá, Colombia, Año 2.010.

- g) Establecer reglas e indicadores básicos para lograr parámetros de eficiencia en cada juzgado;
- h) Dotar de estructuras edilicias adecuadas, para el correcto funcionamiento del diseño de litigación propuesto.

## 12. NUESTRA OPINIÓN

A esta altura, esbozamos nuestro parecer decididamente posicionados en el activismo judicial, no es más que una visión intermedia y de equilibrio entre un Juez espectador y un Juez inquisidor, defendiendo y sustentando al Juez director del proceso.

a) Aseveramos que el verdadero garantismo es el que busca un equilibrio entre los dos bandos antagónicos. Porque no se es garantista si solo se busca imponer a un juez espectador impasible y sin compromiso con la justicia, como pretende la corriente del garantismo procesal. Pero tampoco es garantista, aquel que sin respetar los derechos individuales, lleva por el sendero inquisitivo al proceso para obtener la verdad, propiciando un juez dictador.

Sin embargo, sí es garantista el sistema pregonado por la corriente del activismo judicial, pues dentro de un marco de respeto a los principios de contradicción, bilateralidad, igualdad y publicidad, garantiza la obtención de la verdad más probable y verosímil, permitiendo al juez sentenciar con justicia.

b) La palabra “*garantismo*” es una bandera muy buena, pero al final lo reducen a una sola cosa que el juez no diligencie pruebas; sin embargo el término garantista no se encuentra limitado a ese hecho puntual de sostenimiento de las libertades procesales de las partes en el proceso, sino se traslada al objetivo mismo del proceso, cual es, hacer justicia al decidir un conflicto.

El verdadero garantismo debe implicar una garantía de justicia, no solo la libertad en el uso de los derechos procesales mediante un juez que no haga nada más que orientarlo y encaminarlo hacia un resultado, no importa cual, porque lo que importa garantizar es la obtención de justicia.

Es por ello, que el activismo en puridad, es más garantista que la propia corriente denominada “*garantismo procesal*”, porque legitima la aplicabilidad del derecho de fondo que es de mayor trascendencia que el derecho procesal.

c) Enfrentar al garantismo con el activismo, como si fuesen los polos opuestos, consiste en un error apreciativo de la noción del activismo judicial, lo antagónico del garantismo no es el publicismo pregonado por el activismo, si no lo es el inquisitismo dominado por un juez dictador en el proceso. De ahí, que el activismo sea una posición intermedia que sin descuidar el principio dispositivo y de aportación de parte, también echa una mirada a la necesidad de obtener la verdad jurídica objetiva mediante la actuación del juez como director del proceso.

d) El garantismo procesal es una corriente circunscripta a lo procesal, no sale del mundo del proceso estando de contramano con las corrientes modernas que bregan por el neoconstitucionalismo, indicando que el objetivo primordial del proceso es que el derecho sea protegido, que los derechos de fondo conculcados sean restablecidos a plenitud, cuando el proceso cumple esta finalidad es garantista. Se agota dentro del proceso, no saliendo de este marco, condicionando su accionar a la simple discusión de si el juez tiene o no facultades probatorias *ex-officio*, si no la tiene es garantista, y si lo tiene, es no garantista o totalitario, como lo califican, esto constituye un error conceptual profundo, limitado a lo procesal, obligando a sus seguidores a abandonar el norte de la justicia y del restablecimiento de los derechos de fondo, importa más el “*como litigar*” que la protección de los derechos.

Sin derechos que proteger, sin derechos de fondo conculcados el proceso no tendría razón de ser; se podría sintetizar de la siguiente manera: *sin derecho de fondo, no existiría el derecho de forma*. El conflicto intersubjetivo le sirve como antecedente al proceso, teniendo este como finalidad el restablecimiento del derecho, entonces debe estar enfocado en garantizar los derechos de fondo y no solo el derecho procesal.

De modo que se mira al proceso como un medio para que los fines se den y se cumplan, protegiendo los derechos de fondo, pero si para esta protección ponemos trabas desde lo procesal, ese sistema reñirá con la finalidad del método. Servicio eficaz más medios eficaces, es igual a obtención de justicia, por ello es vital la actuación comprometida del juez, para hacer justicia, que solo se logrará con un activismo responsable de todos los intervinientes del proceso.

El proceso fue pensado y construido para dar protección a quienes recibían ataques a sus derechos y pretendían la defensa de los mismos, con el objetivo de hacer justicia. Si para la obtención de este servicio se ponen barreras a la protección de los derechos desde lo procesal, como es el caso de la concepción del Juez espectador, en puridad se está diciendo que no importa la justicia y si importa más el funcionalismo del sistema, sea este justo o no. El garantismo se circunscribe al método del debate en el proceso y a sus consecuencias derivadas, que inclusive encuentra sus justificantes desde el plano constitucional en cada uno de los principios pregonados, pero es una visión que no piensa en el derecho violentado y en su restablecimiento, no le importa la justicia del fallo. El garantismo procesal, garantiza los derechos procesales de las partes, bregando por un juez inerte e inexpresivo, pero no garantiza lo más importante y fin del proceso: *que el derecho sea restablecido con justicia*.

e) El garantismo procesal pregonaba un diseño que no confiaba en los jueces, de desconfianza hacia los mismos, más adaptados a visiones europeas, que americanistas; más aún si este análisis lo trasladamos desde nuestro derecho guaraní, que se basaba en un ciento por ciento en la confianza hacia el juez (*Mburuvichá*, cacique mayor), creencia que hasta hoy día se mantiene en la cultura popular paraguaya, como consecuencia del bilingüismo y de la costumbre ancestral hasta hoy día arraigada en nuestro pueblo.

El garantismo procesal está basado en el mito del juez espectador, sin embargo no se sostiene que sea garantismo aquel que verdaderamente protege los derechos de fondo; ¿porqué tantas garantías a las partes, si las verdaderas garantías tienen que estar dadas para la protección del derecho sustancial?, lo que debe preocuparnos es la garantía real de obtención de justicia. Así las cosas, parecería que le denominación garantismo procesal, solo tiene una connotación procesal, sin tomar en cuenta el derecho protegido.

f) Decir activismo judicial, es sostener el sistema americanista de confianza en nuestros jueces, es también escaparse desde lo micro (ámbito estrictamente procesal) para tener una visión holística y macro del problema jurídico que consiste siempre en elaborar y concretar un mejor servicio de justicia, con justicia. El verdadero garantismo es el activismo judicial.

Solo con un proceso pensado sobre las bases de solidarismo procesal, se podrá construir un método de justicia eficaz, pues está comprobado que únicamente con la actividad de las partes el sistema no funciona.

La implementación de un régimen intermedio que respete el debido proceso, la igualdad de las partes, el contradictorio y la iniciativa probatoria *ex-officio* que se producirá cuando el juez no tenga los elementos de convicción aportados por las partes de manera eficaz para crear certeza, derivará en un ambiente propicio para llegar a la justicia.

g) El activismo judicial encuentra su sustento en la norma constitucional, que en el Preámbulo ya orienta el reconocimiento de la dignidad humana y el logro de la justicia como fin; para luego en el artículo primero pregonar la constitución de un Estado Social de Derecho, construyendo una visión de sociedad solidaria y participativa, tendencia que trasladada al ámbito jurídico y al derecho procesal civil, condiciona a aceptar como eje neurálgico los fines de la justicia social y del solidarismo procesal.

h) Esbozamos a modo de tesis las siguientes conclusiones:

- El proceso civil ha excedido las fronteras de la iniciativa de las partes, involucrando su resultado a toda la sociedad, en consecuencia, la sociedad y el estado tiene interés en el resultado del litigio civil.
- El juez puede ser imparcial aún con poderes oficiosos.

- Una ley procesal es buena, si permite se llegue a decisiones justas en tiempos razonables.
- El ejercicio de poderes *ex-officio*, se compadece con la preservación de las garantías procesales de las partes.
- El garantismo exacerbado genera la ineficacia del proceso, como ha ocurrido en nuestro país.
- El debate entre garantismo y activismo, no es una lucha de ideologías, sino simplemente de una visión sobre el proceso, que se reduce a la cuestión de los poderes del juez, y más específicamente aún, de los poderes probatorios del juez.
- La verdad no tiene ideologías.
- El garantismo es una visión conservadora del proceso, que busca mantener el status quo actual.
- El vocablo garantismo, utilizado por la tesis garantista, no representa la idea de garantizar la protección de los derechos de fondo, sino solo una cuestión eminentemente procesal que no excede este marco.
- El activismo es una visión moderna, dinámica, acomodada a la necesidad procesal, que tiende, con mayúsculas, A LA PROCLAMACIÓN DEL VALOR JUSTICIA EN EL PROCESO.

**DE LO INMORAL A LO CONSTITUCIONALMENTE MORAL, UNA DECISIÓN  
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>**

**JUAN PABLO MONROY<sup>2</sup>**

Universidad Cooperativa de Colombia

**“Los hombres tienden a desear a una mujer  
Con cuerpo de virgen y mentalidad de puta”  
Márquez de Sade**

Resumen

La prostitución, es quizás, la profesión más antigua de la humanidad, y las personas que la ejercen, han tenido que soportar el inevitable aislamiento social, pues dicha actividad es catalogada de inmoral, impura y maldita. Sin embargo, algunos sostienen que esta, es necesaria para evitar el desenfreno sexual en la sociedad.

Esta discusión social se viene dando hace muchos y se han implantado a lo largo del tiempo como lo define Wijers (2004) “sistemas como el prohibicionismo, abolicionismo, el reglamentarista y el laboral” este último el que la corte colombiana parece abrirle las puertas, pero de una manera tímida o quizás falto que esta exhortará al congreso para que estos legislen de una manera clara.

De este alejamiento social, no es ajeno el estado Colombiano, pues el intérprete constitucional ha considerado que la actividad de la prostitución puede ser ejercida de manera independiente y/o en caso que se cumplan los elementos esenciales del trabajo, junto con algunos elementos adicionales, como la no inducción a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador, cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad

---

<sup>1</sup> Este artículo es el punto de partida para la investigación cuyo marco general son los Derechos Sexuales y Reproductivos y el derecho a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo digno.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios, Candidato a Magister en Derecho Procesal Constitucional Universidad Nacional Lomas de Zamora (Argentina). Docente investigador Universidad Cooperativa de Colombia, Docente posgrados Universidad Militar Nueva Granada.

y pago de una remuneración previamente definida, si se cumplen estos elementos se tipifica un contrato laboral.

Con estos requisitos, la profesión de trabajador sexual queda en un absoluta desamparo, pues no es un trabajo sui generis, necesita que se estudie bien nuestra idiosincrasia para poderlo reglamentar, para no dejar este grupo históricamente estigmatizado y vulnerado, seguirá en la oscuridad de la ley, podríamos mirar esta decisión como una victoria pírrica, pues la corte avala el trabajo con unos condicionantes difícil que se puedan cumplir.

Palabras clave: Derechos sociales y sexuales, la marginación, la decisión judicial

### Abstract

Prostitution is perhaps the oldest profession of mankind. Given the amoral, impure and evil images surrounding prostitution, prostitutes have been historically subjected to social marginalization. Some argue that prostitution is necessary to avoid sexual turmoil.

Currently, the global discussion on the regulation of prostitution has posed different perspectives namely prohibitionist methods, simple regulation and labor inclusion (Wijers 2004). The latter has been adopted by the Colombian Constitutional Court.

Taking the above into account this working paper explores the situation of sexual workers in Colombia. In so doing, it takes as a departing point ruling T 629 2010 by Colombia's Constitutional Court ruling. The analysis seeks to show the ways by which judicial decision making addresses sexual rights and its economic and social dimensions within the framework of Colombia

Keywords: social and sexual rights, Marginalization, judicial review.

### Introducción

El presente artículo, es el punto de partida para la investigación, cuyo marco general son los derechos sexuales y reproductivos, enfocados desde la mirada de la moral, y la discriminación que se ha tenido sobre una de las profesiones mas antiguas de la humanidad, (el trabajo sexual), y que en nuestros tiempos sigue estando presente. Esta "profesión" sigue estigmatizada, pero cada vez hay más

discusión sobre ella, continúan los mismos cuestionamientos, sobre la tesis prohibicionista, el abolicionismo y su última tendencia, la reglamentación. ¿Está en crisis la aceptación de la utilización del cuerpo, hablando de su parte sexual, como medio de trabajo?, es una profesión válida para la sociedad?, son los interrogantes que se deben resolver.

En la sentencia T – 629 de 2010<sup>3</sup> con ponencia del Magistrado,. Juan Carlos Henao Pérez, se abordan los derechos económicos, sociales y culturales, pero más específicamente los derechos sexuales y reproductivos. La discusión de estos derechos se inscribe dentro del marco del giro paradigmático de la interpretación constitucional que estableció la constitución de 1991. En donde el precedente judicial y el realismo jurídico, entran a formar parte trascendental de la interpretación que realiza este alto tribunal en materia de conceder amparos constitucionales, defender y conceder derechos fundamentales.

En el presente artículo, se quiere destacar, la posibilidad existente para el reconocimiento de sujetos de derechos, derechos como la igualdad, el trabajo, la vida digna, la protección al libre desarrollo de la personalidad y la libertad para escoger profesión, entre otros, derechos conexos, que han sido vulnerados por el desconocimiento de una realidad social, que busca ser tapada bajo el manto de la impureza, la mojigatería y la oscuridad de la Ley.

Igualmente, de manera transversal se destacará, el carácter incluyente de la interpretación constitucional, sus límites y aspectos morales.

El cuerpo se convirtió ya no solo para mujeres, sino para hombres una forma de trabajo, donde la discusión sigue en pie, es un derecho que se tiene sobre el cuerpo y como se utilice, o por el contrario es una forma de explotación de unos seres humanos por otros, a partir de esta utilización para saciar fetichismos sexuales.

El desarrollo del presente escrito estará basado en un acercamiento a la prostitución en Colombia, posteriormente la descripción de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela impetrada por la señora **LADIS**, el problema jurídico, posteriormente el derecho en disputa, para concluir en una reflexión sobre el fallo.

### **Recuento de los Hechos**

En la exposición de los hechos que narra la parte accionante la señora **LADIS**, de la acción de tutela, describe de una manera detallada sus oficios como trabajadora sexual, sus oficios adicionales, como vender licor y en alguna ocasión la administración del bar PANDEMO.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de tutela T – 629 de 2010 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez

Los hechos y las consideraciones jurídicas más relevantes, que se dan en cada una de las instancias se exponen a continuación, estas se encuentran en la sentencia T – 629 de 2010 y manifiesta que:

La señora **LAIS**<sup>4</sup> instauró acción de tutela contra el bar PANDEMO, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital (p. 8)

En la narración de los hechos la señora **LAIS**, afirma que se desempeña como trabajadora sexual, que tiene un contrato verbal, devenga un pago por venta de licores y cumple un horario, dice igualmente que le informó al señor ALF, su estado de embarazo y este le indicó que siguiera con su trabajo. Tiempo después, informa que su embarazo es de alto riesgo por esperar mellizos, le asignó la administración del bar; pasado un mes le cambia su labor y su horario de tres de la tarde a tres de la mañana, y le indica que sueldo no tiene, que este debía ser por la venta de licor. Posteriormente, es despedida por tener un retardo en la hora de llegada y por tener un embarazo de alto riesgo.

La señora **LADIS** interpone la acción de tutela con base en los hechos anteriormente citados y como argumentos expone los siguientes que se encuentran en la sentencia T – 629 de 2010:

---

<sup>4</sup> Con el ánimo de proteger los derechos contemplados en el artículo 15 constitucional, la Corte deja en reserva el nombre de la actora, del establecimiento de comercio, de su propietario y de quienes obran como testigos del proceso. Para facilitar la lectura de la providencia se precisa así la denominación usada para identificar las personas que actuaron en el proceso:

Lais es la actora.

Pandemo es el nombre del establecimiento de comercio relacionado con los hechos del proceso.

Zoto es el propietario del establecimiento de comercio.

Alf es el administrador general del establecimiento de comercio, que actúa como testigo.

Boreal es la administradora directa del mismo establecimiento, también testigo del proceso.

Sera, testigo al proceso, antigua compañera de trabajo.

Delfe es la testigo también mencionada por la actora, amiga suya de vieja data.

Otras personas que se mencionan en el proceso pero que no participan en él son: Elo reconocido como el portero del establecimiento durante el tiempo en que sucedieron los hechos; así mismo se mencionan tres compañeras de trabajo: Fes seudónimo Wendy; Gora seudónimo Vanesa; Homa seudónimo Brenda; Ite seudónimo Andrea; Mo, portero del bar en marzo de 2010. También en los anexos, son nombrados Jo dueño de un restaurante cercano y Kué vendedor de alimentos.

1.2.1. Tutelar sus derechos fundamentales a “la seguridad social, vida digna, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana, Mínimo Vital y al fuero materno de lactancia, ante el inminente peligro que corre mi vida y la de mis hijos que está [sic] por nacer, dado que espero gemelos, amén sin permiso del Ministerio de Protección Social”

1.2.2. Que se ordene al representante legal del bar PANDEMO, **“que se me reintegre laboralmente a las mismas labores que desempeñaba en el PANDEMO (...) en el mismo cargo, con las mismas condiciones y sitio de trabajo,** con pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de ingreso por justa causa y por haberme afectado el mínimo vital mío y el mis hijos [sic] y que me pague los salarios a que tengo derecho, con el sueldo base de cotización y se pague el correspondiente a afiliación completa al sistema de seguridad social en salud y en pensiones de todos los meses laborados y faltantes y de riesgos profesionales los meses que se laboraron y los meses faltantes y la afiliación a Caja de Compensación Familiar por todos los meses laborados y faltantes” (folio 16).  
(Negritas fuera de texto)

1.2.3. Tales peticiones las formula, luego de señalar que la Constitución protege no sólo la vida en sí misma, como “valor ontológico para el goce y ejercicio de todos los otros derechos”.

Además de ella contempla la dignidad humana, como forma de expandir y dar significado a la vida (folio 2).

1.2.4. Igualmente indica que según la jurisprudencia, el derecho al mínimo vital se afecta cuando los ingresos familiares no “alcanzan” para cubrir los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia, tanto en lo que hace a la alimentación y vestuario, como a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente (Sentencia T-011 de 1998).

Relaciona, así mismo, extractos de jurisprudencia de esta Corte, como la sentencia T-472 de 2002, T-832 de 2000, la T-633 de 2007, en relación con la procedencia de la tutela como mecanismo idóneo para proteger a la mujer embarazada o lactante trabajadora, como forma de asegurar su mínimo vital y el de su hijo (folios 3-15). (p. 10)

Como se observa, la actora dentro de su fuero interno, solicita como protección el reintegro a su trabajo, en las condiciones laborales que tenía, es aquí donde podemos analizar que la señora **LADIS**, está plenamente convencida que su trabajo es digno para ella, que de él depende la subsistencia de ella y de sus hijos, igualmente solicita que se le integre al sistema de seguridad social y una caja de compensación familiar. Considera **LADIS**, que su trabajo es digno y merece la protección por parte del estado, al solicitar en pago de sus prestaciones sociales, como lo pediría cualquier trabajador que ha sido despedido sin justa causa.

En la defensa que hace el señor ZOTO como representante del empleador, plantea básicamente que la señora **LADIS**, trabaja de manera INDEPENDIENTE E IRREGULAR, que no existía un contrato de trabajo y que no se conformaban los requisitos esenciales de la relación laboral, según nuestro ordenamiento jurídico y la respectiva jurisprudencia.

En primera instancia, el Juez 63 Penal Municipal de Bogotá D.C., resuelve negar el amparo a la señora **LADIS**, por los derechos impetrados y concedió algunas medidas alternativas las cuales están en la sentencia T – 629 de 2010 y afirma lo siguiente:

1.5.1.2. Estima la juez de instancia, tras conocer la situación fáctica, que **“no es jurídicamente posible amparar el derecho al trabajo y ordenar el reintegro porque si bien el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito, se aclara que el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito toda vez que dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres**, razón que impide su protección por parte de este Despacho”. (Negrillas fuera de texto)

1.5.1.3. A renglón seguido dice que **no concederá el reintegro pedido, “porque dado las condiciones [sic] propias del caso” que son el estado de embarazo de alto riesgo y el desarrollo de labores nocturnas, se “expondría a riesgos [sic] mucho mayores la salud a la madre y al que está por nacer [sic]”** (folio 39), (p. 12). (Negrillas fuera de texto)

Para el caso, se podría decir que el Juez decide no ampara el reintegro al trabajo, porque en su sentir, el objeto del contrato es ilícito, es decir, ejercer la prostitución en Colombia, no tiene asidero ni justificación legal, pues es contraria a las buenas costumbres. Es así que en la interpretación para el Juez, tener lugares abiertos al público, donde se comercie con el cuerpo es lícito y merece protegerse como establecimiento, pero quien desempeñe las funciones es decir quien vende su cuerpo, no es objeto de protección por parte del estado, por ser contrario a las buenas costumbres.

En su segundo apartado, afirma que no concederá el reintegro laboral teniendo en cuenta el riesgo que puede tener la mujer y sobretodo los nasciturus, por la condición de un embarazo riesgoso, aunado a lo anterior, el horario de trabajo no permite tener un embarazo en condiciones normales, entonces se podría deducir, que eventualmente, si la señora **LADIS** no estuviera en estado de embarazo de podría ser reintegrada. Señala también el togado, que aunque el objeto del contrato laboral es ilícito, reintegrarla a sus actividades en su estado sería mucho más aberrante, sin embargo es necesario precisar que una mujer en estado de gestación, no quiere decir que está enferma, pero su estado si merece la mayor protección y cuidado posible por parte de la sociedad y el estado.

La decisión del juez de no conceder las prestaciones porque ello generaría que el contrato si existe, es un argumento violatorio de la posibilidad constitucional de escoger oficio, entonces que derechos se quieren proteger, el hecho de ser una trabajadora sexual, le impide el derecho a la igualdad, escondemos una realidad social y la disfrazamos con discursos moralistas en primera instancia, y luego le asociamos delincuencia a esta actividad, ¿en la protección decimos entonces que es legal prostituirse porque es voluntad propia, y se tiene el derecho a hacer con el cuerpo lo que se quiera?, ¿pero cuando esta actividad se tiene como trabajo atenta contra las buenas costumbres y el estado no brinda protección mínima, a las personas que viven de esta forma de vida, ¿a qué igualdad queremos llegar, para estas personas?

En su decisión, el juez de instancia, ordena unas medidas de protección que son importantes y en donde busca una protección a **LADIS** por parte de las entidades que puedan brindar la protección en los apartes de la sentencia T – 629 de 2010 y dice:

1.5.1.5. Sin embargo, admite que las circunstancias que rodean a la actora, ponen de presente “una completa desprotección por parte del Estado”, no obstante su condición de “madre cabeza de familia en estado de embarazo y su núcleo familiar”. A tales efectos, trae a colación la sentencia T-323 de 2007, lo previsto en el artículo 2º de la ley 82 de 1993 sobre esta categoría jurídica reconocida a ciertas mujeres, para luego concluir que ellas, como cabeza de hogar, “gozan de una protección constitucional reforzada, lo cual es consecuencia del apoyo que el Estado les brinda y les presta (...)” (folio 40).

Por ello, dice que ordenará a la Secretaría de Integración Social del Distrito, para que apoye a la actora en su núcleo familiar; a la Secretaría de Salud para que preste la atención médica necesaria y con apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para que determine si la actora está en condiciones de trabajar para garantizar el sostenimiento propio y de su núcleo familiar. Finalmente, señala que remitirá copia del fallo al Ministerio de la Protección Social, para que efectúe una vigilancia más cercana a los establecimientos como el del proceso de tutela en estudio, y “en especial para que se designe a un inspector del trabajo para que haga un estudio al caso presentado (...) [por la actora] a fin de concretizar las condiciones en que se hallaba en el Bar PANDEMO para que brinde la asesoría a la tutelante, [y] se establezca si hay lugar o no a acudir a un juez laboral” (folio 41) (p. 12 – 13).

Es importante ver como en este aparte el juez reconoce que hay una ausencia del estado para velar por la protección, pero esta la enfoca a su condición de madre cabeza de familia y su embarazo, pero su condición de trabajadora sexual no se menciona, en este orden de ideas, se debe proteger su condición de madre, pero su trabajo y las condiciones en que lo hace no se protege. Esto no demerita las acciones ordenadas por el juez para brindar una protección a la señora **LADIS**, y a sus hijos que están por nacer, pero en esa protección que pide solicita que se determine si **LADIS**, puede o no trabajar, pero la pregunta es ¿en que puede trabajar?, ¿seguir vendiendo su cuerpo que en este momento es lo que sabe hacer?

La señora **LADIS**, impugna la decisión que toma el juez de instancia y en uno de sus apartes, que son escritos a mano alzada por la señora **LADIS**, vistos en la sentencia T – 629 de 2010 dice: “**la que no está violando los derechos de la**

**mujer trabajadora sexual además no soy yo la que exploto laboralmente social y moralmente los derechos de las mismas, como arbitrariamente se comente en ese lugar”** (p. 13), queda claro que ella está convencida de su petición frente a los derechos fundamentales a la igualdad laboral y la protección que el estado o mejor los estados niegan a partir de la concepción de la moral y las buenas costumbres.

### **Decisión de la impugnación en segunda instancia**

En la segunda instancia, que es emitida por el Juzgado Quinto penal del circuito, resuelve la impugnación interpuesta por la señora **LADIS**, contra la decisión de primera instancia, el juez nuevamente toma los elementos que dieron la origen la acción impetrada y delimita el problema jurídico a resolver y lo define de la siguiente manera “si el establecimiento de comercio (Bar Discoteca PANDEMO); vulnera y/o amenaza el derecho fundamental al trabajo de la señora **LADIS**, quien se desempeña como trabajadora sexual” (p. 13).

En su fallo el juez analiza la actividad y escruta lo siguiente “la prostitución como actividad no es punible ni constitutiva de infracción, sujeta a regulación” (p. 14) más adelante prosigue y en la sentencia T – 629 de 2010 afirma:

“la prostitución es una actividad que desarrollan las personas que así lo han decidido en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la cual se ejerce exenta de coacción o incentivo de terceros que pretendan lucrarse, porque de ser afectada dicha libertad, se estaría frente a una conducta merecedora de reproche por parte del Estado” (p.14).

En este orden, el planteamiento del juez de segunda instancia es el mismo, “no importa lo que hagas con tu cuerpo, lo importante es que no se realice por coacción” que daría como resultado una transgresión a la ley penal, pero el incentivo de terceros como lo catalogamos o ¿a quién catalogamos de tercero, al dueño de un bar que vende licor y que presta su establecimiento para que personas libremente ofrezcan su cuerpo, es un escenario, el otro es el de la calle, en donde los trabajadores sexuales se ofrecen directamente, un tercero sería el ofrecimiento vía medios de comunicación como periódicos, internet e incluso anuncios publicitarios, donde se ofrecen los servicios sexuales sin la intermediación de un tercero. Está claro que en este tipo de actividad interviene

terceros, en los dos últimos estadios se ha demostrado terceros que interviene en la transacción entre los trabajadores sexuales y sus clientes.

El juez, igualmente reitera que no existe los elementos de un contrato laboral, que la actora la señora **LADIS**, es una trabajadora sexual y que la comisión por venta de licor es una bonificación, igualmente señala el juez que el establecimiento tiene su documentación en regla y que su registro en cámara y comercio es correcto y que el objeto social lo está cumpliendo “actividad económica el expendio de bebidas alcohólicas para consumo entro del establecimiento, **servicio de acompañamiento y masajes**” (resaltado negrillas fuera de texto), se observa la actividad económica y el servicio de acompañamiento y masajes, lo avala el estado. Valdría la pena establecer, hasta donde son los servicios de acompañamiento y si el establecimiento remunera por dicho acompañamiento, igual ocurre con los masajes, queda evidenciado que el estado si protege al empresario que tiene un establecimiento, de este tipo, pero para quienes trabajan en él, prestando los servicios, son considerados trabajadores que cumplen un objeto ilícito y por ello el estado no debe brindar protección jurídica y social.

### **Problemas jurídicos planteados**

La Corte Constitucional colombiana en su revisión de la acción de tutela T – 629 de 2010 por la señora **LADIS**, considera que los problemas jurídicos son los siguientes:

¿Una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se encuentra embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de trabajadoras, para efectos de su estabilidad laboral, derechos a la seguridad social y en definitiva, salvaguarda del mínimo vital suyo y el del que está por nacer?

O visto de otro modo, ¿es constitucional el argumento esgrimido por las jueces de instancia según el cual, no obstante la asistencia y protección esmerada que se debe proveer a la mujer embarazada (y que en efecto proveyeron), su reclamo por derechos laborales derivados de la prestación de servicios

sexuales por cuenta ajena, no es siquiera admisible ni por tanto debe ser garantizado, en razón de la discriminación negativa que opera por causa su objeto ilícito, en tanto contrario al orden público y las buenas costumbres? (p. 22).

### **Disertaciones de la corte**

Se aborda el problema desde la igualdad y todo lo que ella conlleva, la Corte Constitucional delimita el tema, inicialmente desde esta perspectiva, esto es establecer la igualdad, como la igualdad formal o igualdad ante la ley, en una democracia como acertadamente esta misma corporación lo ha manifestado en repetidas ocasiones<sup>5</sup>, es importante entrar a resaltar lo que muy acertadamente Nino (2013) afirma y que complementa esta postura:

...el principio de autonomía personal, que estipula que la libertad de cambiar y realizar ideales personales es valiosa y no debería ser interferida, y su complemento, el principio hedonista, que estipula que el placer y la ausencia de dolor también son valiosos [...] (p. 113).

Estas posturas se, entrelazan en la proporcionalidad de la igualdad material o su igualdad en trato, con ello el estado está propendiendo por zanjar las desigualdades a las que están sometidos estos grupos, que han sido discriminados o marginados, estas personas que sufren esta vulneración manifiesta, deben ser protegidos por los estados democráticos de una manera decidida. La protección, que se debe brindar por parte del Estado, debe ser integral, para que estas personas puedan integrarse a la sociedad y hacer parte de ella, en que sean aceptados estos grupos que tradicionalmente son rechazados, estigmatizados y sus derechos vulnerados. Estas decisiones se deben tomar por la política, viendo ésta, en el desarrollo de inclusión de estas personas.

En este mismo sentido se refiere Amaya (2012):

La idea que expresa en su origen la antigua *isonomía* puede reformularse en el léxico moderno sosteniendo que la democracia

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional Colombiana Sentencias T – 291 de 2009 y la T - -340 de 2010

aspira –en términos generales- a que las decisiones políticas recaigan de manera igualitaria sobre sus destinatarios, como a que la contribución en la formación de dichas decisiones también se realice de modo igualitario. Ésta es la igualdad de la democracia (P. 6).

Para el caso en comento, los trabajadores sexuales, han sido denigrados por la actividad que ellos realizan, por satisfacen deseos y fetiches, que para la sociedad que los juzga, desde la moral, empero lo más contradictorio es que en las mañanas los critican y en las noches algunos de sus críticos van a solicitar sus servicios. En un sentido de la aproximación del placer, Lacan (1963) dice:

Si Freud pudo enunciar su principio del placer sin tener siquiera que señalar lo que distingue de su función en la ética tradicional, sin correr ya el riesgo de que fuese entendido, haciendo eco al prejuicio introvertido de dos milenios, para recordar la atracción que preordena a la criatura para su bien con la psicología que se inscribe en diversos mitos de benevolencia, no podemos por menos de rendir por ello homenaje a la subida insinuante a través del siglo XIX del tema de la “felicidad del mal” (p. 1).

Para proteger la igualdad, en el estado social y democrático de derecho, se determina un mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios y un mandato de intervención. En estos sentidos, el estado debe estar puesto a actuar para evitar más daños sociales a los grupos que enfrenten esta desigualdad, por ello la discriminación directa está totalmente prohibida, es decir la negación del ejercicio de un derecho o beneficio, como la discriminaciones indirectas, en este sentido la corte en sentencia T – 291 de 2009<sup>6</sup> Magistrado Ponente, Clara Elena Reales Gutiérrez dice “que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre el grupo tradicionalmente marginado o discriminado” (p. 1).

---

Nota

<sup>6</sup> Corte Constitucional Colombiana Sentencia de Tutela T – 291 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez

La igualdad, debe partir como lo afirma la Corte Constitucional, de un concepto correlacional, en este sentido, se debe entender esta como una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas, o grupos poblacionales, como lo afirma Alexy “dicho criterio de justicia resulta vacío, si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro” (p. 122).

La Corte manifiesta, en apartes de la sentencia T – 629 de 2010: “Una situación como está, da lugar a que cada uno de los pasos del examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida se haga más exigente, pues las reglas o pautas de diferenciación basadas en tales criterios se presumen inconstitucionales” (p. 27).

En la sentencia C – 371 de 2000<sup>7</sup>, señala:

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.(...) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros (p. 3).

Continua la Corte, este carácter sospechosos, con reiteración ha dicho la jurisprudencia, representa “categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional Colombia Sentencia de Constitucionalidad C – 371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>8</sup>Véase también en sentencias Corte Constitucional Colombiana. C – 410 de 1994, C – 481 de 1998, T – 098 de 1994, C – 112 de 2000, C – 371 de 2000

La aceptación de la existencia de un grupo como lo son, las y los trabajadores sexuales, que han sido históricamente discriminados y sus derechos vulnerados, o sometidos a condiciones de inferioridad, como la manifiesta la corte activa el mandato de intervención del estado, constituye el deber de concebir normas y propiciar situaciones de las que procure la igualdad, como lo manifestó esta corporación en Sentencia C – 410 de 1994<sup>9</sup>, afirma que: “La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”(p. 17).

La corte toma esta figura, como parámetro para el discernimiento del caso en estudio, es decir, la prostitución como actividad y para determinar si de su ejercicio se pueden derivar determinadas relaciones reconocidas por el Derecho, de las que se desprenden derechos amparables y dentro de ellos los laborales fundamentales, que la actora reclama en el presente proceso.

Es bien reconocido que la actividad de la prostitución, ha sido tratada por varias áreas del conocimiento entre ellas el derecho, en el cual las posturas han sido variadas, posturas que la prohíben, que la limitan y otras que aprueban y autorizan, esto, con relación al derecho comparado.

Para nadie es un secreto, de la convivencia y quizás necesidad de este “trabajo” en la sociedad y no es místico que esta convivencia, es histórica, grandes personajes de la política, deportistas, guías espirituales, entre otros, han sido sorprendidos por autoridades haciendo uso de estos lugares donde se atenta contra “la moral y las buenas costumbres” allí es el plato fuerte, y como lo menciona, Vázquez (1998), “moral que es común a grandes civilizaciones sea Babilónica, Egipto, Roma o China, así como en el judaísmo, el cristianismo y el Islam por lo cual se pueden encontrar en estas en estas civilizaciones un grupo de mujeres estigmatizadas como prostitutas” (p. 14). Pero si se analizan estas civilizaciones, han castigado este “trabajo”, con penas muy severas incluso la pena capital, pero como quitar una cadena que lleva amarrada a la humanidad, a cadena como esa, la de la doble moral, por un lado vamos contra la prostitución pero por el otro, es costumbre en muchos hogares del mundo, que la iniciación sexual de un varón se realice en estos lugares.

Se debe resaltar que en esta crisis, en la que presuntamente ha entrado la prostitución, en cuanto al escrutinio que se le debe hacer a este “trabajo”, ¿qué tanto estamos preparados para reevaluar esta actividad y de quienes se benefician de ella y quien acude a ella? En este sentido, se debe ahondar pues las condenas son para las mujeres y hombres que se dedican a esta actividad.

Como lo afirma Robles:

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional Colombia Sentencia de Constitucionalidad C – 410 DE 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

En todos los casos la criminalización y la condena social se encuentran orientadas exclusivamente hacia las prostitutas y sólo durante el último siglo se ha buscado reprimir a los terceros beneficiados del trabajo de la mujer. Aún así el cliente continua siendo protegido ante el silencio de las legislaciones penales (p. 20). -de los prohibicionistas-.

En el modelo prohibicionista, el comercio con el cuerpo es prohibido en toda sus formas, se persigue y se sanciona la conducta sexual de la persona prostituida, al igual del tercero que explota esta actividad, pero en el caso del cliente, se suelen tener como **víctimas** de quienes realizan la actividad.

Entonces bajo este entendido las personas que acuden a estos burdeles, casas de lenocinio o como se llame ¿son víctimas?, que tan víctimas son si estudios realizados las personas que acuden a estos lugares lo hacen con frecuencia, entonces ¿habría remordimiento o reflexión de la conducta desplegada después de acudir a estos lugares? En este razonamiento acudiría a François de Sade cuando dice:

Si la acción es descubierta y castigada, si pensamos bien, no es el mal ocasionado al prójimo de lo que nos arrepentimos, sino de la desgracia que nos ha producido el cometerla y ser descubierta.

Entonces se entrega uno sin duda a reflexionar sobre la desgracia...

únicamente para ser más prudente en otra ocasión (p. 17).

En el otro modelo propuesto es abolicionista, que en su planteamiento desde lo jurídico, es la ausencia del reconocimiento del fenómeno en el orden jurídico. Lo que elimina no es el hecho en sí de la prostitución, se acepta su existencia y por ello hay reglamentación normativa. Su fundamento, se ha encontrado en proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales.

El modelo reglamentista, difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que al no poderse combatir,

debe ser regulado. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica en nuestro tiempos podemos mirar que los planes de ordenamiento territorial de la ciudades, pueblos o municipios, ubican o destinan lugares territorialmente para que se puedan establecer estos negocios, sin permitir que estos se salgan de los límites impuestos, por estas leyes.

En estas reglamentaciones, el estado busca que los establecimientos abiertos al público estén debidamente organizados, que cumplan ciertas normas mínimas de sanitarias, incluso las trabajadoras y trabajadores sexuales, deben estar identificados por la autoridades sanitarias, así la ley cuida al cliente, para quien busca la comodidad, asegura un buen servicio, y las autoridades pueden controlar delitos, desordenes públicos al tener las zonas debidamente delimitadas y controladas, incluso protege a quien indirectamente se lucra de la prostitución sin que este la ejerza, en resumen se cuida al cliente pero al trabajador sexual o a quien ejerce la prostitución no.

En todos estos modelos presentados, tienen como particularidad que se persigue y castiga la prostitución forzosa, delito que hoy ha venido en aumento y se denomina como la trata de personas.

Siguiendo este lineamiento podemos observar que se abre a la luz un nuevo modelo, así en Wijers, Osborne (como se citó en Rubio) menciona que:

Este tipo de regímenes ha dado lugar a introducir un nuevo modelo a los tradicionalmente reconocidos, denominado laboral en el cual la prostitución se valora como un trabajo más, al cual deberían aplicarse los mismos instrumentos utilizados para proteger a los trabajadores de las diferentes industrias de eventuales abusos y violaciones de derechos (p. 299 – 301)

En cada uno de las posturas que se han venido dando, siempre existe un problema que ataca la implementación, pues en el prohibicionismo genera que sea más clandestina la negociación y las personas están más sometidas a vejámenes, esto también está ocurriendo con la regulación, en el entendido que la cantidad de impuestos que se pagan, genera que el costo incremente y se intente negociar por fuera de la ley para evadir las cargas impositivas.

El acercamiento al tema, nos arrastra a un mar profundo y oscuro, donde hay más preguntas que respuestas, cuestionamientos sobre nuestro comportamiento como sociedad, como equilibrar y proteger derechos a un grupo de personas que a nivel mundial han sido utilizadas para satisfacer deseos sexuales, pero a su vez se

persiguen y se estigmatizan sin piedad, y es que todo lo relacionado con el sexo trae consigo o arrastra otros males a la sociedad, pero es un mal o un hecho social con el que debemos convivir de una forma u otra, pero es esencial equilibrar la balanza, el hecho que se le asocie a la prostitución una serie de crímenes como, la drogadicción, organizaciones criminales dedicadas a tráfico de personas, drogas, armas entre otras, no puede dar pie para mantener a estas personas en la sombra de la protección.

Al parecer, las sociedades están inmersas en círculos viciosos, por un lado la sociedad rechaza, critica la prostitución, pero a su vez dentro de sus culturas en muchas ocasiones la vida sexual de los hombres es iniciada en estos lugares, el impulso al consumo desbordado genera que las personas acudan a este trabajo para satisfacer sus necesidades, las organizaciones criminales también utilizan este trabajo para lucrarse y explotar a las personas, en los conflictos las mujeres son sometidas a la prostitución por los actores del conflicto, además algunas mujeres se convierten en reclutadora de otras para que sigan en el oficio, esto sin enumerar otros actores que se benefician de la prostitución. Se puede afirmar, que cada uno de los actores se convierte en un nuevo reclutador, en cada una de sus esferas, pues cada uno podrá justificar su papel dentro de este comercio sexual, pero termina arrastrando, incitando o dejando la inquietud de querer probar estas mieles o hieles del sexo. En Adalma (como citó Rubio) dice:

La mujer puede comprar su perdón. Esto quiere decir que si ha conseguido hacer algo de dinero en su etapa como prostituta y ha colaborado con él bien estar de su familia conseguirá sacudirse el estigma que envuelve la venta de sexo y comprar su bienvenida en el poblado y el seno de su familia. Algunas abren pequeños negocios e incluso consiguen casarse con hombres que aceptan olvidar el turbio pasado de la mujer tan pronto ven su poder adquisitivo, habitualmente más elevado que el de los campesinos. Las historias de estas mujeres que vuelven a su lugar de origen con dinero incitan a otras mujeres jóvenes a seguir su camino por lo que, indirectamente, cierran un círculo vicioso en el que ellas toman el papel de reclutadoras (p.71).

Está claro en el desarrollo que hace la corte al sopesar la actividad de la prostitución, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, al igual los actores que intervienen en el caso concreto, como es, el de que está por nacer y los hijos de la actora, toca la prostitución como algo transversal a la sociedad, admite que puede ser una alternativa de vida, pero va contra la dignidad humana, además que el estado debe evitar su propagación.

Dentro de los requerimientos que hace la corte para el caso en concreto, solicita al distrito capital informe sobre **el régimen que actualmente regula la prostitución**, el distrito responde que en el decreto distrital 335 de 2009, en el artículo 2°, ordena que los “servicios de alto impacto , de diversión y esparcimiento, de wiskerías, streap-tease, casas de lenocinio y demás categorizaciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución, solo podrán desarrollarse bajo el tratamiento de la renovación urbana,”. Es decir hablamos de una legalidad que gira entorno al trabajador sexual, estos “empresarios” son protegidos por la ley, es la ilegalidad la que está presente en la persona que ejerce la profesión de trabajador sexual, entonces se debe proteger al empresario porque la ley así lo determina, frente a esto podríamos traer lo expresado por Onfray (2009).

Usted hace elogio de la obediencia a la ley misma. Prohíbe la rebelión, la insurrección, porque todas esas actitudes descalifican la fuente del derecho. Usted condena el asesinato del soberano aun cuando éste cometa abusos. Usted quiere que uno obedezca la ley y el derecho sin interrogarse sobre los medios sobre los cuales la ley llegó a ser ley. Pretende que hasta un poder que llego a imponerse en virtud de la ilegalidad sea obedecido por un poder legítimo. Le prohíbe al pueblo todo derecho de rebelión. Elogia la sumisión a un amo (p. 75 – 76).

En el desarrollo más adelante la corte entra a revisar la función de los establecimientos dedicados a ofrecer este tipo de servicios, señala que éstos están prestando una venta de licores, realizan la presentación de espectáculos, la ambientación musical, disponen de elementos para facilitar la prestación del servicio sexual a los clientes, esta actividad la desarrolla con la participación de

los trabajadoras sexuales y también con un conjunto de bienes organizados para tal finalidad y para percibir un lucro derivado de ello.

Igualmente deja en claro La Corte Constitucional en esta sentencia “que es una venta de bienes y servicios y en particular con la prestación de servicios que han de **generar una “riqueza”**, Báez (2008) “al no hallarse exceptuada ni tener por qué estarlo” le es aplicable el régimen tributario común a nivel nacional y local; declaración y pago de renta, declaración y pago de IVA por la prestación de servicios, al menos del trabajo no subordinado o sin relación laboral, además del impuesto de industria y comercio y avisos de ICA.

Lo importante al parecer para el estado y para la ley, es el pago de impuestos, el cumplimiento con todos los requisitos que se necesitan para su funcionamiento y el derecho entra a proteger a quien realiza la inversión en estos lugares, pero es necesario revisar la deshumanización del trabajo, las nuevas figuras jurídicas que hacen que existan contratos de prestación de servicios, donde la ley sigue protegiendo al empresario y sigue denigrando al trabajador pues este cambia su fuerza bien sea intelectual o física a cambio de una remuneración, pero la relación empleador y empleado siembre ha de tener un desequilibrio relacional de dominación.

### **Decisión de la Corte Constitucional**

Con las anteriores disertaciones la Corte Constitucional en T – 629 de 2010, entra a decidir el caso en concreto y básicamente la Corte Revoca el fallo de instancia y protege:

... los derechos fundamentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho al que está por nacer el fuero materno y el mínimo vital (p. 130)

Se observa en el fallo que la corte protege los derechos de la señora **LADIS**, en el caso concreto por sus labores adicionales en el bar, que básicamente administraba y realizaba el aseo del mismo y su bonificación por la venta de licor, no se le ampara su derecho por su actividad de trabajadora sexual.

Es importante decir que en esta decisión este grupo de personas se hacen visibles ante la ley, pero en conclusión la situación real sigue igual o tal vez peor, pues es fácil dirimir que en este tipo de casos, los dueños o “empresarios” pueden

escudarse con más propiedad pues de acuerdo como en su marte emotiva la corte dice:

**Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por las carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida.** Una conclusión del juez constitucional que no pretende ni auspiciar la actividad, ni desconocer su carácter no ejemplificante, mas s  proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho deber al trabajo a través de **la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello.** Más aún cuando desde el punto de vista del **juicio de igualdad** y la jurisprudencia constitucional que lo ha estructurado, **no existe en la Constitución ninguna disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución** (p. 2 – 3)(negrilla fuera de texto)

En este extracto podemos observar, que si bien es cierto cambia una realidad en cuanto a que hace visible a los trabajadores sexuales, no es menos cierto que los sepulta en la oscuridad, en el sentido que las pautas que describe para que exista un contrato laboral son casi imposible que se presenten.

Con la inclusión del contrato de prestación de servicios de da por terminada las relaciones “empleador – empleado” esto sucede hasta en el mismo estado en

donde es la modalidad más empleada para evitar el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el empleado, al revisar la realidad es casi imposible que estos requisitos se den en su totalidad, nuevamente el trabajador sigue siendo protegido en el papel pero en la realidad no.

En otro de su aparte la corte señala Respeto laboral al trabajador y trabadoras sexuales y afirma lo siguiente:

Bajo estos supuestos, es del caso concluir que, a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, en la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del **“contrato realidad”**, esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto. De este modo, estima la Sala, se resuelve la tensión existente entre derechos y bienes jurídicos que la prostitución conecta, de este modo se protege sin discriminaciones ex ante al trabajador sexual. Por un lado, **una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita**

**dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección.** Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible (p. 3 – 4).

### **A modo de conclusión**

Se encuentra claro las buenas intenciones de la corte al mencionar que los trabajadores podrán alegar el contrato realidad, pero es evidente que es uno de los más difícil de probar en trabajos “normales”, para la población en comento será casi que imposible probar la existencia del mismo, está documentado recientemente que existen mujeres en estado de gestación que siguen laborando para poder sostener su núcleo familiar.

Es de resaltar que no es fácil tomar una decisión como está, en nuestro continente estas discusiones se plantean desde “la moral y las buenas costumbres” en donde nos sorprendemos como dijo un gran personaje de nuestra historia reciente Humorista, periodista y ante todo un gran hombre Jaime Garzón, “Es cierto este país se escandaliza si alguien dice hijueputa en televisión, pero cuando ven niños limpiando vidrios en las calles o pidiendo limosna eso es folklore”.

Por esta razón no es fácil que un tribunal tome este tipo de decisiones, este drama es generalizado en nuestro continente, nos parece aberrante, inmoral, un atentado contra las buenas costumbres que los trabajadores y trabajadoras sexuales tengan derechos, que se les reconozca como integrantes de nuestra sociedad, que son personas de carne y hueso y que luchan por mantener una familia, pero no nos aterramos que nos muestren programas de televisión en donde podría decirse que hay una apología a la prostitución y al crimen, series como sin tetas no hay paraíso, el capo entre otras, incitan a que hay una “vía fácil para obtener lujos y poder”

### **Lista de referencia**

Alexy, R. (1994) Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios constitucionales

Amaya, J. (2012) Control de Convencionalidad. Buenos Aires. Astrea

Báez M. (2008) El principio de neutralidad fiscal y el IVA como impuesto sobre el consumo. A propósito del gravamen de las actividades ilícitas. Pamplona En Quincena Fiscal Arazandi, num 1/2008.

François de Sade, D. (1983) Juliette (La Prosperidad del Vicio). Bogotá. Círculo de Lectores

Lacan; J (1963). "Kant con Sade" En Escrits, II. Recuperado septiembre 27 de 2014 en:

[http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/electivas/096\\_problemas\\_filosoficos/material/lacan\\_kant\\_con\\_sade.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/096_problemas_filosoficos/material/lacan_kant_con_sade.pdf)

Nino, C. (2013). Una teoría de la justicia para la democracia. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Onfray M. (2009) El sueño de Eichmann precedido de un kantiano entre los nazis. Barcelona. Gedisa.

Robles J. Derechos de la mujer, moral sexual y prostitución. Tercer certamen sobre derechos humanos. Recuperado septiembre 22 de 2014 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2282/3.pdf>

Rubio M. (2010) Viejos vedes y ramas peladas: una mirada global a la prostitución. Bogotá. Universidad Externado de Colombia

Vázquez, F. (1998). Coordinador. Mal menor: Políticas y representación de la prostitución siglos XVI y XIX. Universidad de Cádiz. Salamanca

Bogotá D.C. "Primer foro sobre prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, marzo 30 de 2009"

Colombia Corte Constitucional sentencia T – 629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

NEOPROCESALISMO

DE LO INMORAL A LO CONSTITUCIONALMENTE MORAL, UNA  
DECISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

**JUAN PABLO MONROY**

Colombia Corte Constitucional sentencia T – 291 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez

Colombia Corte Constitucional sentencia C – 371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

# DERECHOS HUMANOS

## Preámbulo

En este apartado se encontrarán temas relacionados a los Derecho Humanos desde temas de hidrocarburos en el estado de tabasco, que aborda Oscar Pérez Baxin con una amplia reseña histórica donde nos habla desde los inicios del primer campo petrolero que se instaló en este estado, y la presencia que ha mantenido PEMEX en este estado es un recuento breve de la problemática de la Paraestatal en el Estado sobre todo en las zonas indígenas y el impacto social, económico, político y ambiental.

La afectividad masculina y los derechos humanos es algo que preocupa a Carlos Alberto Olarte Ramos quien desde una perspectiva social nos evoca un tema delicado pero actual dentro del contexto de la cotidianidad.

La cultura democrática es un tema recurrente en todos lados, la reforma del estado en la materia ha planteado retos formidables los retos y las expectativas en la materia es un tema que desglosa de manera acertada Miguel Córdova Colomé quien en su intento por demostrar que la variable de la posmodernidad es algo que ha quedado a deber en todos los regímenes democráticos.

La sociedad del conocimiento nos indica Leticia del Carmen Romero Rodríguez y Lily Lara Romero debe estar fundada en el derecho a una educación para la paz, algo que no hemos encontrado de manera tangencial y efectiva dentro de los programas de gobierno y que estas se hayan realizado de manera efectiva, y aunque es un tema que se ha puesto de manifiesto en la modificación a los planes de estudio ha quedado a deber.

La tortura debe desaparecer en cada Estado Nación, la preocupación de estos para que no existan casos de este tipo, es algo que no se ha podido lograr bien sea que el propio estado la ejerza en favor de salvaguardar sus propios intereses o que sea practicada por particulares con intereses que van en contra de los derechos humanos elementales, el protocolo de Estambul es un instrumento que permite recopilar información sobre estos casos y darles el tratamiento que se merece es lo que manifiesta el maestro José Raciél Montejo Moreno.

Violencia es la cotidianidad en el presente siglo, no hay día que no nos enteremos por los medios de comunicación en general sobre hechos que atentan contra la dignidad de las personas, pero más allá de ello Viviana Castellanos Suárez pone el dedo en la llaga y nos presente su visión dentro del género y el impacto que esta tienen dentro de la Salud Pública y los Derechos Humanos, y si volteáramos la mirada al interior de los hogares la presencia de ella mantiene condiciones estructurales que serán complicadas de erradicar. Y si nos vamos al mundo indígena Isi Verónica Lara Andrade nos muestra el tratamiento de la discriminación y la violencia desde parámetros ancestrales de una sociedad machista y paternalista.

Los derechos humanos desde la perspectiva de los impuestos nos presenta Ángel Morales Velueta, quien con el mínimo exento como parámetro del mínimo vital nos introduce en una materia que

recién empieza el camino para discusiones académicas que salvaguarden los derechos de quienes pagan impuestos.

María Asunción Alamilla García plantea que la educación en derechos humanos es un reto y no una asignatura pendiente, algo que tiene que ver también con aquellos derechos sobre la cultura ancestral y las formas en que convivimos con la naturaleza es lo que nos muestra Martha Calderón Castillo quien con un reflexión sobre el quehacer del hombre y los derechos humanos, dentro de un apartado que nos muestra profundas reflexiones sobre temas de relevantes dentro del marco de los derechos humanos.

**Alfredo Islas Colín**  
**Profesor Investigador de la UJAT, DACSyH, Miembro de SNI nivel III**

## Los hidrocarburos en Tabasco.

Por: Oscar Pérez Baxin<sup>1</sup>

**Sumario:** Resumen, 1. Un acercamiento al Tabasco petrolero, 2. Una empresa altamente contaminante, 3. Petróleo y medio ambiente, Conclusión, Referencias.

### Resumen

En Tabasco, México la explotación de los hidrocarburos cuenta con 110 años, iniciado en 1903 en que se instaló el primer Campo petrolero, en San Fernando, Macuspana. De ahí a la fecha se han operado 187 campos petroleros, en los que se han perforado 6,737 pozos; de los cuales actualmente solo 94 están en producción con un total de 817 pozos, cabe mencionar que de las cuatro regiones naturales de Tabasco, solamente la Sierra es donde la existencia de reservas petroleras es menor de ahí 14 municipios cuentan con actividad petrolera, hay que destacar que han sido los pobladores naturales quienes han visto impactado su hábitat a consecuencias de esta actividad, y hay que encontrar cuáles problemáticas se han generado en las comunidades donde está la presencia de Pemex.

### Abstrac

In Tabasco, Mexico the exploitation of hydrocarbons it has 110 years, started in 1903 it was installed the first oil field, in San Fernando, Macuspana. To date, 187 oilfield, in which have been drilled 6,737 wells; have operated of which only 94 are currently in production with a total of 817 wells, it is noteworthy that the four natural regions of Tabasco, only the Sierra is where the existence of oil reserves is less than 14 municipalities have oil activity, on the other hand the natural inhabitants are those who have suffered the consequences of this activity.

Palabras clave: petróleo, hidrocarburos, ambiente.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias de la Educación con especialidad en psicología educativa, es Maestro en Ciencias Sociales. (Becario de CONACYT); estudió el Master en mediación y resolución de conflictos: Mediación comunitaria por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco; Poder Judicial del Estado de Tabasco y la Universidad de Barcelona, La maestría en Resolución de Conflictos y Mediación con Mención Honorífica por la UJAT.

Le han publicado; cuentos, ensayo y poesía en diversos periódicos y revistas de la entidad, coordinó durante dos años la página cultural "Ochey nechca" del periódico Pose Política.

Cultiva las líneas de investigación de: Suicidio, Estudios sociológicos en Tabasco, Metodología de la investigación y Mecanismos Alternativos de Solución de controversias y Justicia Restaurativa. La tesis de grado de maestría en ciencias sociales obtuvo un reconocimiento como mejor tesis de posgrado por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Ha impartido cursos de metodología de la investigación en Universidades Particulares de Tabasco y Chiapas, y Coordinó por dos años el Taller de Tesis del Centro de Actualización del Magisterio.

Libros publicados "Chua y la levedad del ser", y "Razón y sentido de la república: los desafíos del pensamiento de Juárez en el México contemporáneo. La vigencia de Juárez en la educación del siglo XXI". pp. 153-163. UJAT; Programa Integral de Fortalecimiento Institucional (PIFI 3.2.); Secretaría de Educación Pública; DACSYH, Colección Manuel Mestre Ghigliazza; Historia y pensamiento social. Villahermosa, Tabasco, México, 2006. Actualmente es estudiante del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos con reconocimiento del Programa Nacional de Posgrado de Calidad del CONACYT. Y es Presidente de la Academia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y Justicia Restaurativa.

Key Word: oil, hydrocarbons, environment.

### **1. Un acercamiento al Tabasco petrolero.**

La riqueza de Tabasco la encontramos en diversas variables: ganadería, agua, costas e hidrocarburos por mencionar, hay que destacar que la aportación al Producto Interno Bruto (PIB) nacional en 2009 fue del 3.4 %, y que representa el séptimo lugar, la parte que más aporta a la economía tabasqueña son los hidrocarburos, una inmensa generación de ingresos para el País y que se obtiene del subsuelo tabasqueño, y de comunidades habitadas por grupos chontales, los cuales han tenido que adaptarse a los nuevos vaivenes de trabajo y relaciones. En los primeros dos meses de 2012, los ingresos por exportación de crudo ascendieron los 7 mil 846 millones de dólares, según datos de la Secretaría de Hacienda, cabe mencionar que de los diecisiete municipios de la geografía tabasqueña en catorce de ellos hay actividad petrolera.

De manera que al llegar Pemex a estas comunidades, modifica en todos los sentidos las formas naturales de vida, convivencia, ocio, trabajo, y ambiente, aunque la paraestatal haga referencia lo que para ellos es importante: el de fomentar la cultura del desarrollo sustentable; esto a través de promover la seguridad de sus operaciones y fomentando una relación armónica con el entorno ambiental, cosa que no sucede.

Desde hace casi 10 años, Pemex ha tomado las riendas de proyectos vinculados con el desarrollo sustentable. En un principio, la paraestatal comenzó con la publicación, en 1999, de informes relativos a temas de Seguridad, Salud y Protección Ambiental (SSPA). Estos tres ejes, convertidos por Pemex en el Sistema de Seguridad, Salud y Protección Ambiental tienen como finalidad lograr

la meta de cero lesiones, cero incidentes éticos o ambientales y cero conflictos laborales, y refieren que han logrado alcanzar cero accidentes, en el sentido de que cuando existe algún incidente con consecuencias (ICC) el cual está catalogado como un suceso inesperado, no deseado que causó o tiene consecuencias que pueden ser una o la combinación de las siguientes pérdidas: lesiones y fatalidades, interrupción de las operaciones; daños a las instalaciones, al medio ambiente o la comunidad. Y aplican de manera inmediata las doce mejores prácticas y ASP las cuales son aplicadas de manera inmediata y se reducen los riesgos en todos los sentidos para la preservación de la seguridad de las personas, de las instalaciones, de la comunidad y del ambiente en general, el caso del pozo Terra 123 nos muestra que dichas políticas de cuidado al ambiente no han servido de mucho, y que los protocolos y manuales para prevenir desastres en la extracción de los hidrocarburos está plagado de buenas intenciones pero malas prácticas.

## **2. Una empresa altamente contaminante**

Ahora bien, sabemos que el petróleo se ha convertido en una palanca para el desarrollo de la humanidad, pero además sabemos de su alto potencial de destrucción de los micro ecosistemas en donde se asientan las baterías, peras y pozos de perforación, de manera que podemos decir el alto grado de contaminación por la industria petrolera en las zonas donde se ha encontrado el hidrocarburo y se hace necesaria su explotación. Debido a esto la preocupación de la comunidad internacional sobre diversos temas para la promoción de economías basadas en prácticas sustentables datan de la última década del siglo pasado (Cumbre de la Tierra, 1992), pero los logros para la conservación de los recursos naturales han sido escasos y la sobreexplotación de los mismos ha continuado, para contrarrestar esta tendencia, organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y

el Comité de Pesca (COFI), reimpulsaron 20 años después en la Conferencia de Río+20, 2012, la búsqueda de una seguridad que satisficiera las necesidades de la población a través de la utilización sustentable de los recursos naturales, pero además que las recomendaciones para esa explotación de recursos se realice de acuerdo a los protocolos establecidos para un uso racional, así que hemos asistido a una veintena de eventos con este carácter, y lo que se ha logrado es poco.

Por otro lado el caso local (Tabasco), que entre 1970 a 1990 se pensó que la industria petrolera tendría un efecto locomotora en el sistema socioeconómico, o un efecto multiplicador, y se pensó en que tendríamos un estado con un sistema de extracción y exportación de un producto. Las consecuencias de estos cambios crearon conflictos por los impactos ambientales y económicos, que generaron la intervención del gobierno federal para tratar de corregir los efectos no deseados del desarrollo.<sup>2</sup> Ese “boom” petrolero iniciado en la década de los setentas solamente ha traído desgracias en las zonas donde se ha asentado y ha puesto en peligro a cientos de comunidades sobre todo de los grupos chontales, es así que dicha llegada de PEMEX a la entidad ni nos hizo ricos y nos llenó de oportunidades, no mejoramos en nada el nivel de vida. Y lo que sí ha logrado es contaminar y poner en riesgo la viabilidad en todos los sentidos de dichas comunidades.<sup>3</sup>

La problemática que se ha presentado en Tabasco y la relación de la gente común, con el petróleo y el impacto negativo al ambiente, queda de manifiesto en el cierre de pozos que representan el sentir de la gente en las comunidades en donde se encuentran ubicados los pozos petroleros, y que ellos no han sido beneficiados en ningún sentido, sobre todo dentro del concepto de lo sustentable,

---

<sup>2</sup> Uribe Iniesta, Rodolfo (2009). *El esfuerzo persistente. Desarrollo, Infraestructura, integración regional y medio ambiente en Tabasco 1955-2008*. pp. 119-300.

<sup>3</sup> Ruiz Abreu, Carlos Enrique y Fabregas Puig, Andrés Antonio. *Historia política contemporánea de Tabasco 1958-2008*. Tomo II Gobierno del Estado de Tabasco Instituto de Cultura de Tabasco.

ya que al ser impactado y modificado su ambiente ellos no cuentan con las herramientas de viabilidad de sus entornos naturales. Y las cuestiones sobre la reforma energética ha tenido un recorrido que data desde los tiempos de Porfirio Díaz, pasando por la expropiación de Cárdenas, el momento de ensueño en la década de los setentas y el despertar a principios del presente siglo, mirando en retrospectiva y saber lo que se ha hecho con los hidrocarburos en el País, pero ahora mismo circunscrito en el Estado de Tabasco, y el balance deja saldos en contra, sobre todo para estas comunidades chontales.

Una aproximación sobre los hidrocarburos en Tabasco y lo qué ha pasado con las comunidades en donde se extrae el petróleo o gas, ya no hablar sobre el impacto nocivo, sino puestos en el sentido económico, político, social, cultural, ambiental, el interés nacional esta supeditado a los derechos humanos, y el sentido de las políticas públicas es favorecer a los más y perjudicando o dejando en la indefensión total a los menos. Menos en el sentido de la capacidad para pelear sus derechos. Son cien años de explotación petrolera en Tabasco y la región con extracción de hidrocarburos: sólidos, líquidos y gaseosos, para saber de la presencia de compañías extranjeras en México, tenemos que el primer campo petrolero en Tabasco, El Sarlat, en terrenos del poblado de San Fernando, Macuspana, donde la compañía inglesa Pearson and Son Limited, del lord Weetman Dickinson Pearson, perforó el primer pozo, llamado también Sarlat.<sup>4</sup>

Cabe hacer mención que desde esa época hasta la fecha se han operado 187 campos petroleros, en los cuales se han perforado 6,737 pozos; de esos campos, actualmente, solo 94 están en producción, con un total de 817 pozos; que esta actividad productiva de Pemex desde 2004, se ha organizado en cuatro activos integrales: Primero “El cinco Presidentes”, con sede en Agua Dulce, Veracruz; segundo “El Bellote-Jujo”, en el Castaño de Cárdenas; tercero, “El Muspac-

---

<sup>4</sup> Aguilar Rodríguez, Alfredo. Geología petrolera y posibilidades petrolíferas en el Estado de Tabasco, UJAT. Colección José N. Roviroso, 2012. P. 13.

Macuspana”, en Reforma; y cuarto, “El Samaria-La Luna”, en Cumuapa Cunduacán.<sup>5</sup>

Todos los problemas ambientales tienen una causa económica y un efecto político. A la dificultad de comprenderlos y sistematizarlos, o de la ejecución de programas para resolverlos, se añade la de las definiciones.

Cuando a los elementos de la naturaleza se les reconoce un valor económico preeminente, se les denomina “recursos naturales”. Cuando estos factores se convierten en vitales para el funcionamiento de una sociedad, alcanzan la dimensión de “valores estratégicos”, y este es el caso de los hidrocarburos en México, ya que toda la economía del País está basada en ello, en Tabasco sucede lo mismo la llegada de PEMEX trajo consigo el cambio en muchos sentidos de la vida natural de las comunidades chontales.

Ampliando la información sobre la presencia de PEMEX en Tabasco la Asociación Ecológica Santo Tomás documenta que para 1994-1995, “existían en Tabasco 3 mil 629 pozos perforados de los cuales 897 estaban en producción y 15 en desarrollo, integrados a 70 campos petroleros en 11 Municipios del Estado. La actividad petrolera se extiende a 14 de los 17 municipios, bien sea con actividad de explotación, extracción y producción o por plantas de bombeo, ductos o petroquímicas, entre otros”.<sup>6</sup>

Para 1999 el Proyecto Ambiental de la Región Sur (PARS) señalaba que las instalaciones de PEMEX/PEP Región Sur que produce y procesa petróleo y gas natural, incluye una buena parte del estado de Tabasco, el norte del estado de Chiapas, la parte del extremo suroeste del estado de Campeche y el extremo este del estado de Veracruz. Los tipos de instalaciones en esta región incluyen campos

---

<sup>5</sup> ídem

<sup>6</sup> Asociación Ecológica Santo Tomás. “El Petróleo en Tabasco”.  
[http://oilwatchmesoamerica.org/doc/mexico%20/EI\\_Petr\\_leo\\_en\\_Tabasco%5B1%5D.pdf](http://oilwatchmesoamerica.org/doc/mexico%20/EI_Petr_leo_en_Tabasco%5B1%5D.pdf)

petroleros y ductos, así como instalaciones de almacenamiento y bombeo de petróleo y gas, de separación de agua, crudo y gas y de remoción de compuestos de azufre del petróleo. La producción de petróleo dentro de la región tiene en promedio una producción de entre 0.6 y 0.7 millones de barriles/día desde los 80's, siendo el principal crudo producido, el de grado superligero de la American Petroleum Institute (API).

La Región Sur de PEMEX contiene más de 6,000 pozos distribuidos en 82 campos petroleros, cubriendo una extensión de 600 km<sup>2</sup>, adicionalmente, se estiman 2.500 km. de ductos conectando los pozos y campos petroleros con las estaciones de bombeo y centros de procesamiento en la región.<sup>7</sup>

No hay que dudar que la industria petrolera ha suministrado al Estado mexicano un sustento económico fundamental y ha representado una palanca para el desarrollo nacional sin la cual no se explicaría la evolución del México contemporáneo, sin embargo y desafortunadamente durante muchas décadas, la gesta petrolera mexicana se mantuvo al margen de consideraciones ambientales como sucedió en todos los países petroleros del mundo y de los cuales tenemos las experiencias.

El desarrollo económico en México favoreció la concentración territorial de la industria. La petroquímica básica se convirtió en la actividad con mayor contribución a la contaminación, también la producción de fibras sintéticas, resinas, fertilizantes, plásticos, pinturas y pigmentos, y gases industriales que pasaron a ser las actividades más relevantes por su impacto potencial al ambiente.

---

<sup>7</sup> Proyecto Ambiental de la Región Sur (PARS). Diagnóstico de los Efectos Ambientales de la Industria Petrolera Asociados a la Región Sur de Pemex Exploración y Producción (PEP). IMP, UNAM, Batelle. 1999.

En México, la industria petrolera en su conjunto ha tenido un gran impacto negativo en materia ambiental. Por la amplia gama de productos derivados del petróleo. El suelo y subsuelo constituyen un recurso natural difícilmente renovable que desempeña funciones entre las que destaca su papel como medio filtrante durante la recarga del manto acuífero y la protección de los mismos. El desarrollo petrolero y el crecimiento de la industria petroquímica han requerido de la utilización intensiva de los energéticos fósiles para cubrir las necesidades de una sociedad más consumista, en artículos indispensables en la industria, hogar, comercio y personal que ha llevado, a lo largo del tiempo, a una fuerte degradación del ambiente, principalmente el aire. Estas instalaciones poseen riesgos inherentes de fugas de petróleo, diesel y gasolina por roturas de los ductos, por las inundaciones durante el periodo de lluvias.

La producción de crudo y gas mexicano, que representaba apenas el 9% del total latinoamericano en 1973, alcanzó a significar casi el 40% de la producción regional para 1981, México pasó a ser un importador neto de hidrocarburos a constituirse en lo sucesivo como un exportador de relevancia mundial, pero en ausencia de una normatividad consolidada, este portentoso esfuerzo no se vio acompañado entonces de una atención proporcional a los problemas ambientales y sociales que la propia extracción y transformación de los hidrocarburos desencadenó. Hay que agregar a esto un escenario de un despertar de la conciencia ambiental nacional y mundial que la conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente humano en 1972 ayudó entonces a consolidar y que ha sido reforzada con el tiempo.

Uno de ellos es el referente a las manifestaciones de impacto ambiental, nuestro instrumento más directo de gestión, al que están obligadas todas las acciones nuevas que la industria petrolera quiera echar a andar. Como ejemplo de un total de las siete mil trescientas manifestaciones de impacto ambiental que ingresaron

entre 1988 y 1996 al Instituto Nacional de Ecología más de 1,700 correspondieron a Petróleos Mexicanos.

En el área de explotación y producción los principales problemas ambientales a que se enfrenta al sector son la remediación de tierras contaminadas, el saneamiento de presas abandonadas que contienen fluidos y materiales extraídos durante la perforación de pozos, la sustitución de ductos que vayan a rebasar su vida útil, la reinyección al subsuelo del agua salada que se separa del crudo extraído y la gestión adecuada de los residuos peligrosos que se producen en esta industria. Las refinerías manejan volúmenes muy considerables de agua, se necesita construir en todas ellas plantas de tratamiento como la que ya se instaló en la refinería de Salamanca, existe ya un programa para reducir la emisión de hidrocarburos a la atmósfera que afecta sobre todo a los tanques de almacenamiento de techo fijo en las refinerías y en las terminales de distribución.

PEMEX genera un volumen importante de residuos industriales peligrosos en el curso normal de su operación. Por la naturaleza de sus actividades, por las tecnologías que emplea, por los productos y subproductos que elabora y, por su misma dimensión, Petróleos Mexicanos está obligado a minimizar y controlar los residuos industriales que produce. Nos hemos comprometido a hacerlo de conformidad con el marco normativo vigente y adoptando las mejores prácticas de la industria petrolera internacional. Nuestro mayor esfuerzo debe dedicarse a la selección tecnológica, a la mejor sistemática de instalaciones, y a la adecuación de prácticas operativas que permitan reducir sensiblemente la producción de residuos peligrosos. Aquí se concentran las mayores oportunidades efectivas en relación al costo del ciclo completo de producción, manejo, disposición y control de residuos. No cabe duda que el residuo menos peligroso es el que no se produce.

Por la importancia económica que representa el petróleo para México y, ante la demanda en el mercado exterior, a pesar de las fluctuaciones de su precio, se ha intensificado su explotación lo cual representa el renglón más fuerte en la captación de divisas.

La institución petrolera asume la obligación de proteger, controlar y restaurar al ambiente en lo relativo a sus actividades industriales, así como de las comunidades y poblaciones en donde opere.

De acuerdo a la información de PEMEX, dos de los lugares más contaminados por hidrocarburos a nivel nacional son la refinería “Lázaro Cárdenas” y el Pantano de Santa Alejandrina, ambos ubicados en el sureste de México (Veracruz y Tabasco).

En nuestro país, las auditorías ambientales surgen de la necesidad de verificar las emisiones y la contaminación de agua y suelo por la industria ya instalada, destacando que México cuenta con una escasa y reciente experiencia en la aplicación de este instrumento de la política ambiental.

### **3. Petróleo y medio ambiente.**

El petróleo y el medio ambiente, se convirtió en espacio de participación de científicos e investigadores de representatividad nacional e internacional, quienes vertieron tesis y planteamientos de estudios sobre los impactos del petróleo en los distintos aspectos de la producción agroindustrial, el ambiente, los cuerpos de agua y las demás potencialidades del campo.

Los daños ambientales que ha ocasionado Petróleos Mexicanos (Pemex) en los lugares donde tiene presencia tiene que ver fundamentalmente con cuatro problemas básicos señalados por el Instituto Mexicano del Petróleo (IMP), de los cuales es responsable la paraestatal:

- a. el estado de sus ductos;
- b. el impacto ambiental y social que ocasiona con sus derrames;

- c. el trato con dudosas compañías que maquillan y encubren los derrames a través de licitaciones poco transparentes; y finalmente,
- d. los daños a la salud de las poblaciones afectadas y al medio ambiente y el control que ejerce sobre los afectados.

El informe de PEMEX - IMP - UNAM – BATTELLE. Refiere que la contaminación generada por campos petroleros, baterías de separación, estaciones de compresión, plantas procesadoras de gas, entre otras, ha dañado considerablemente los ecosistemas y vida silvestre en Tabasco, por metales pesados, emisiones atmosféricas de O<sub>3</sub> (ozono) , SO<sub>2</sub> (dióxido de azufre) y NO<sub>x</sub> (óxidos de nitrógeno) , COV (compuestos orgánicos volátiles) entre ellos el benceno (detectado en altas concentraciones en todos los sitios muestreados por el PARS), H<sub>2</sub>S (sulfuro de hidrógeno), HAP (hidrocarburos aromáticos policíclicos), partículas, sales, NH<sub>4</sub> (amonio), sólidos, ácidos entre otros que han perturbado el ambiente físico-químico que si bien se reconoce que han alterado las especies en término de número y tipo, esto impacta también negativamente a las comunidades.

Evidentemente también la modificación a terrenos, flujos de cuerpos de agua, emisiones y uso de sustancias químicas, descargas a aguas superficiales, accidentes como derrames y descargas al suelo y fugas hacia aguas subterráneas entre otros, realizados para el desarrollo petrolero, impactan la vida y sustento de las comunidades cercanas.

También los niveles de corrosión muestreados fueron altos y denota cómo las instalaciones de PEMEX afectan la distribución regional de la corrosión. El Informe PARS señala también que los derrames y descargas al suelo, en la Región Sur, no se han cuantificado. Las fuentes de contaminación a suelos incluyen descargas a fosas sin revestimiento durante la perforación o separaciones, fugas y desbordamiento de fosas revestidas y derrames de ductos e instalaciones. La

mayoría de los derrames de petróleo crudo son otra causa que impactan negativamente el ambiente y la salud de las comunidades cercanas.<sup>8</sup> Siendo el caso de los chontales de Nacajuca, Tabasco quienes han padecido de manera permanente que su hábitat se haya en peligro.

## **Conclusión**

La presencia de PEMEX en Tabasco tiene más de un siglo, en el cual ha venido a modificar los ambientes naturales de las zonas en donde se encuentra el crudo, impactando con el deterioro ambiental por la propia actividad, sin contar los derrames y los siniestros que han existido.

El contemplar dentro de sus normas y procedimientos la protección ambiental no ha sido por parte de PEMEX lo que menciona acerca de cero accidentes. Hay informes que reportan como una de las principales empresas con siniestros registrados y las demandas en su contra por motivos ambientales y laborales.

Las comunidades en donde se han encontrado las reservas de hidrocarburos no ha sido beneficiada en ningún sentido, lo que han hecho es corromper a los habitantes con dinero, y no con obras para su sustentabilidad.

El manejo de residuos por la extracción ha deteriorado el ambiente de estas comunidades chontales a tal grado que estudios que han realizado instituciones como la UNAM, IMP, UAEM la UJAT y Organizaciones No Gubernamentales han dado muestra de ello y del impacto en la zona tanto en cuestiones ambientales, como en su patrimonio y en la salud.

---

<sup>8</sup> PROYECTO AMBIENTAL DE LA REGIÓN SUR (PARS): Diagnóstico de los Efectos Ambientales de la Industria Petrolera asociados a la Región Sur de Pemex Exploración y Producción (PEP), elaborado en octubre del 1999 por PEMEX - IMP - UNAM – BATTELLE.

## Referencias

Agencia para Sustancias Tóxicas y Registro de Enfermedades del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos

Alfonso Vázquez Botello y otros. Golfo de México: Contaminación e Impacto Ambiental. UNAM. 2005

Asociación Ecológica Santo Tomás. "El Petróleo en Tabasco". Año 2009.

[http://oilwatchmesoamerica.org/doc/mexico%20/El\\_Petr\\_leo\\_en\\_Tabasco%5B1%5D.pdf](http://oilwatchmesoamerica.org/doc/mexico%20/El_Petr_leo_en_Tabasco%5B1%5D.pdf)

Asociación Ecológica Santo Tomás. Pesca y acuerdo intersecretarial

Baños Ramírez, Othón, *Campesinos y petróleo en Tabasco*, COLMEX, México, 1984.

Beltrán, José Eduardo, *Petróleo y desarrollo*, México, 1985.

Cuarto informe de Gobierno 2010.

[http://www.informe.gob.mx/pdf/Informe\\_de\\_Gobierno/2\\_12.pdf](http://www.informe.gob.mx/pdf/Informe_de_Gobierno/2_12.pdf)

El petróleo y su impacto en la ecología, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.- Comisión de Ecología y Medio Ambiente.

Izazola Conde, Haydea, "Modificaciones en la organización social del trabajo fa Mora, Manuel, *Ensayo sociológico de Tabasco*, Compañía Editora Nacional, México, 1947.

Petróleos Mexicanos. Informe Anual 2009.

<http://www.pemex.com/files/content/INFORME%20ANUAL%20PEMEX%202009>.

Reglamento de la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

(LGEEPA) en Materia de Residuos Peligrosos

[http://www.semarnat.gob.mx/leyesynormas/Reglamentos/REGLAMENTO\\_LEY\\_RESIDUOS\\_30\\_NOV\\_06.pdf](http://www.semarnat.gob.mx/leyesynormas/Reglamentos/REGLAMENTO_LEY_RESIDUOS_30_NOV_06.pdf)

SAS (equipo Salud Alimentaria y Sociedad), "Impacto del desarrollo petrolero en el sistema alimentario. El caso de la región Tabasco en México", México, 1985, documento mimeografiado.

Tudela, Fernando (comp.), *La modernización forzada del trópico: El caso de Tabasco*, Colmex, México, 1989.

Uribe Iniesta, Rodolfo, *La transición entre el desarrollismo y la globalización: ensamblando Tabasco*, CRIM–UNAM, México, 2003.

----- (2009). *El esfuerzo persistente. Desarrollo, Infraestructura, integración regional y medio ambiente en Tabasco 1955-2008*. pp. 119-300.

## **AFECTIVIDAD MASCULINA Y DERECHOS HUMANOS**

Carlos Arturo Olarte Ramos<sup>1</sup>

### **RESUMEN**

Esta ponencia presenta interpretaciones sobre las prescripciones sociales del género masculino que delimita la afectividad entre los hombres, y su relación con el marco normativo de los derechos humanos. Se hace énfasis en la necesidad de transformación de la vivencia afectiva entre los varones para darle significancia al derecho libre de la afectividad, sin temor a señalamientos de la sociedad.

**PALABRAS CLAVES.** Masculinidad, afectividad, derechos humanos.

### **ABSTRACT**

This lecture is about interpretations of the social requirements of male gender that delimit the affection among men, and their relationship to the normative framework of human rights. It mainly emphasizes the need for transformation of the affective experience among men to give significance to the free right of affection, with no fear of accusations of the society.

**KEY WORDS.** Masculinity, affectivity, human rights.

### **SUMARIO**

---

<sup>1</sup> Comunicador, Administrador y Psicólogo por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT), Psicólogo comunitario por la Universidad Veracruzana (UV). Es profesor investigador en el área de Comunicación en la UJAT, y actualmente cursa el Doctorado en Psicología en la UV, con tópico selecto en Derechos Humanos de fuente interna e internacional, en la UJAT.

I- Introducción; II- Objetivo; III- El hombre como objeto de estudio; IV- Afectividad; V- Los derechos humanos; VI- Conclusión.

## **I- INTRODUCCIÓN**

La interacción constante de los sujetos en sociedad constituye redes que posibilitan la eficacia de la comunicación humana, permitiendo interpretaciones que dejan al descubierto los simbolismos que los actores sociales utilizan para ponerse en común.

En esas relaciones emergen emociones, pensamientos y sentimientos regulados por mecanismos jurídicos que buscan garantizar la convivencia humana, dejando en claro que el hombre requiere estar en contacto con la otredad para evolucionar.

Desde la perspectiva de género, en esa interacción se presentan desequilibrios y desigualdades que limitan la justicia social, a partir del empeño de la sociedad por mantener la línea separatista entre hombres y mujeres, exigiendo comportamientos que cumplan con lo socialmente establecido.

Si nacer en una sociedad implica tener derechos que son inherentes a la naturaleza humana, protegidos por una legislación universal que evidencia un estado de derecho, ¿por qué la misma sociedad limita el sano desarrollo afectivo de hombres y mujeres con la prescripción de roles específicos para cada género?

Las etapas históricas que conforman la humanidad reflejan la dominación de un género respecto al otro, a partir de un sistema patriarcal en donde se espera que los hombres tengan un rol instrumental en contraposición con el afectivo que pertenece a las mujeres, lo que significa que son ellos los responsables de la proveeduría, la protección y la fortaleza; y ellas, de la emotividad, la reproducción y la atención.

Tales prescripciones encuadran el comportamiento de los géneros: ser masculino implica limitar su afectividad, de lo contrario estaría cercano a la feminidad, y con ello, vulnerable a la burla y señalamiento de sus pares varones, incluso, de las

mujeres; y ser femenina, es ser delicada y subordinada al poder masculino, porque de no ser así, sería centro de críticas.

En esta ponencia, que se desprende de una investigación cualitativa sobre la masculinidad y afectividad en el espacio público, se presenta una aproximación reflexiva sobre la afectividad de los hombres y su relación con los derechos humanos.

## **II- OBJETIVO**

Explorar la relación entre afectividad masculina y las prescripciones sociales del género, considerando el marco normativo de los derechos humanos.

## **III- EL HOMBRE COMO OBJETO DE ESTUDIO**

La opresión de un género respecto al otro impulsó el movimiento feminista que puso en la palestra la inequidad existente en todos los sentidos. Las mujeres empezaron a salir del anonimato social al obtener derechos que les otorgaba reconocimiento civil, político, económico, cultural y sexual. Los hombres, por su parte, tomaron dos posturas: por un lado, la defensa del dominio masculino, y por otro, la victimización el sentirse atacados por el género contrario.

Las investigaciones al respecto se multiplicaron: primero se enfocaron a la mujer, desde el clásico libro de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo* (1949), pasando por teóricas como Ann Oakley , Gayle Rubin, Joan Scott, Judith Butler y Teresita de Barbieri (Lamas, 2014); luego se focalizaron en los hombres, que desde los 70 reivindicaban sus derechos respecto al divorcio y custodia de los hijos (Valdés, 2001, mencionada por Olavarría, 2005) para luego ser objeto de estudio sobre su cuerpo, su masculinidad y su afectividad; actualmente se dirigen a la comunidad intersexual e intergénero, reconociendo con ello las múltiples posibilidades de ser hombre y mujer, y masculino y femenino.

Rocha y Díaz (2012) afirman que las personas viven asumiendo que los hombres y las mujeres son tan diferentes, que dichas diferencias se traducen no sólo en la forma en la que se comportan unos con otros, sino que se coloca como una manera de justificar el trato desigual e injusto en la sociedad.

Cotidianamente se convive con un mundo de estereotipos o creencias, de prácticas ancestrales en la cultura occidental, que llevan a considerar que las mujeres son débiles y los hombres son fuertes, que las mujeres son mejores en el ámbito de la crianza y lo emocional, y que los hombres son mejores en el asunto de la producción y logro, de tal forma que dichas creencias se van convirtiendo con el tiempo, no sólo en una manera de interpretar el mundo sino incluso en una barrera psicológica y social que va limitando y obstaculizando el crecimiento como seres humanos.

Como escribiera Freud en *El malestar de la cultura* (1930), “no podemos eludir la impresión de que el hombre suele aplicar cánones falsos en sus apreciaciones, pues mientras anhela para sí y admira en los demás el poderío, el éxito y la riqueza, menosprecia, en cambio, los valores genuinos que la vida le ofrece”; en el género masculino persiste la idea de mostrar su autoridad para asegurar admiración, y mantener con ello, la posición que la sociedad le ha asignado, dejando a un lado los factores que pudieran disminuirle valía, tales como el afecto y la sensibilidad. Ve en los demás el peligro latente de ser desbancado.

Ante mayor civilización, los hombres se preocupan más por evitar el dolor que por aumentar su placer (Pujó, 2001), puesto que han sido acostumbrados a ser instrumentales en vez de afectivos.

De las tres fuentes indicadas por Freud en el origen de la infelicidad que acecha al humano: las amenazas provenientes de la naturaleza, el sufrimiento originado en el propio cuerpo, y el malestar proveniente de la relación con los otros, es éste el factor que reconoce como causante de la mayor desdicha, tal vez porque aparece ante nuestros ojos como el más inmerecido, el más evitable, y porque el daño que el semejante con su egoísmo nos provoca, no guarda, la mayoría de las veces, proporción alguna con el beneficio que de él logra obtener (Pujó, 2001: 82).

Es así como el ser masculino, en su afán por evitar la desdicha en la relación con la otredad, responde a un modelo genérico establecido en donde la obtención de

placer está ligado a las emociones, y por tanto, poco correspondiente a las masculinidades. El sentimiento de pertenencia para con el género masculino le puede conducir a un éxtasis llamado “goce de hacer masa”, y a la satisfacción de “aullar con la manada”, formando comunidad masculina para demostrar fortaleza, que lleva implícita la reproducción de la violencia (Pujó, 2001).

Tena y Jiménez (2003) y Bonino (2000) han documentado que existen malestares diversos entre los hombres cuando no responden a la expectativa marcada por el mandato social para el género masculino. En estudios realizados en México se determina que existen fisuras en el modelo tradicional de la masculinidad en hombres que se han visto obligados, o bien porque lo han decidido, a realizar un rol distinto a lo que socialmente se espera de ellos. Así, problemas psicológicos, inseguridades y malestares entre la población masculina, se han desencadenado por la crítica feminista, los nuevos modelos de masculinidad, la búsqueda por la igualdad de género, y las contradicciones de la educación tradicional impartida desde el dominio masculino (Fernández, 2003),

#### **IV- AFECTIVIDAD**

El ser masculino es ser humano, y por tanto, ser afectivo. El modelo biopsicosocial espiritual con el que la psicología analiza el comportamiento humano, implica que hombres y mujeres reconozcan su parte afectiva como un elemento necesario para el equilibrio individual.

La afectividad implica el cúmulo de experiencias relacionales con el que los sujetos interactúan, acompañados de afecto, emoción y ánimo, por lo que todo contacto humano lleva implícito una dosis de afectividad que parte de su naturaleza social.

Es la sociedad quien determina los códigos de comportamiento que, de acuerdo a la cultura, deben respetarse. En ese contexto, los géneros interactúan a partir de condicionantes sociales determinados por tradición; hombres y mujeres deberán

desarrollar roles afectivos socialmente aceptados para cada género, a fin de responder a la expectativa de la otredad, quienes a su vez, están condicionados por preceptos de comportamientos definidos en comunidad.

A la mujer se le estereotipa como afectiva, y al hombre, racional, restándole a la mujer la racionalidad, y al hombre, la afectividad. Estas etiquetas se han reproducido en todas las generaciones, de tal forma que quien se sale de los parámetros, es señalado como inadaptado.

Desde ese planteamiento, el hombre es víctima de una castración afectiva, puesto que se le prohíbe expresar abiertamente su lado emocional, obligándolo a ser un sujeto controlador con el que obtenga reconocimiento social; asimismo se moldea a un sujeto inestable porque no disfruta de ese lado sensible, debilitando el esquema biopsicosocial espiritual que debe mantener en equilibrio.

De acuerdo a Mora (2005), la reproducción, transformación y normalización de la sociedad se activan en la significación que se construye a través de la subjetividad. El aspecto emocional de la acción social se aprehende y se comprende en la experiencia cotidiana, entendiéndose por vida cotidiana como “el conjunto de valores, orientaciones, actitudes, expectativas [...] normas, conductas y prácticas sociales” (Montesinos, 1996, mencionado por Mora, 2005).

La interacción social implica emociones que se reproducen a partir de un espacio social específico: familia, trabajo, escuela, esparcimiento. La subjetividad varía a partir de las características emocionales del sujeto, y en las formas en que interpreta sus emociones y sentimientos para adecuarlos y experimentarlos en otros espacios cotidianos.

En el estudio de las masculinidades resulta de importancia analizar el lado afectivo pues enfatiza el reconocimiento de ese “otro” que las mujeres han reconocido como eje referencial para comprender las diferencias en el uso del poder, la dominación y la ideología.

## NEOPROCESALISMO

Hombres y mujeres son educados con un molde emocional diferente que provoca el distanciamiento afectivo entre los géneros. Debido a largos y trágicos malos entendidos culturales e ideológicos, la mayoría de las emociones humanas terminaron por ser considerados como atributos femeninos, a excepción de la ira o el enojo, que es propio de los varones. A pesar de que el hombre siente dolor, congoja, ternura, pena, tristeza, angustia, cansancio, vergüenza, incertidumbre, necesidad, descontento, inseguridad, las terminan expresando con enojo. Por ello los varones tienen un déficit expresivo que intoxica el interior masculino, asociándosele incluso con infartos, úlceras y accidentes. Las emociones no tienen sexo pero la forma de expresarlas, sí (Sinay, 2001).

No existe una masculinidad sino una amplia variedad de manifestaciones, derivadas todas de los distintos espacios públicos y privados en los que los hombres intervienen. Así es como se han desarrollado diversas investigaciones sobre lo que significa ser hombre, sobre cómo se hace un hombre y cómo actúa un hombre, puesto que “la construcción de la masculinidad es un proceso complejo en el cual se combinan el poder, el dolor y el gozo en el marco no sólo de la socialización, la exigencia social y los estereotipos dominantes sobre la masculinidad, sino también de la propia construcción de las subjetividades acordes con las representaciones hegemónicas de lo que implica ser varón, es decir, hombre de verdad” (Ponce, 2004, mencionado por Mora, 2005).

La introyección de los códigos de masculinidad, construidos social, cultural e históricamente, forman un estilo particular en el varón para comprender y ejercer su “derecho a la afectividad”, de modo que la exteriorización de sus emociones está ligada a la continuidad de su biografía como varón y a la reflexividad que detone la experiencia de la paternidad y la pareja. Y esto porque los códigos de masculinidad respecto de las actitudes y las emociones, en tanto difieren de los códigos femeninos, alimentan el autoconocimiento del varón y su trayectoria dentro de las interacciones sociales que circundan a la familia. La incidencia, además, de los factores de cambio que ha generado la posmodernidad en las estructuras sociales y culturales, hacen que la emoción se convierta en factor fundamental para comprender las estrategias de relación entre el varón y su entorno, entre el padre y su familia, entre el hombre y su pareja (Mora, 2005: 26-27).

El hombre contemporáneo se enfrenta al desafío de reproducir el modelo hegemónico en un escenario donde los factores económicos y culturales están transformando el concepto de ser masculino. Por ejemplo, el ejercicio de la

## NEOPROCESALISMO

paternidad, especialmente en lo referente a la apropiación de la normativa hegemónica, conduce a los hombres a un profundo cuestionamiento sobre su papel como padres.

Si la agencia resulta un factor determinante en la significación de la masculinidad, y en este caso de la paternidad, se tiene que los hombres, desde su subjetividad, se ven obligados a cuestionar el modelo patriarcal porque encuentran que el patrón tradicional patriarcal de la paternidad pierde vigencia; las condiciones materiales, las exigencias de mujeres e hijos y sus propias aspiraciones lo cuestionan.

Finalmente, las propias aspiraciones, especialmente de los varones más jóvenes, por participar más estrechamente en la crianza y crecimiento de sus hijos y compartir con su pareja las responsabilidades de proveer la familia, le plantean preguntas que no tienen respuestas claras en torno a su paternidad (Olavarría, mencionado por Mora, 2005: 29-30).

Parece que la paternidad dirige su reconfiguración desde lo masculino hacia un reconocimiento no sólo de las condiciones sociales del hombre como actor social, sino también de la condición emocional, que culturalmente está controlada por los cánones del modelo hegemónico que define lo masculino en nuestra cultura.

El énfasis en lo emocional adquiere relevancia antropológica para los estudios de género, en especial para los estudios de masculinidad, pues parece condicionar la significación y la respuesta de los hombres frente a los efectos económicos y sociales del cambio en el modelo patriarcal.

Una disposición afectiva alude a una particular relación de los sujetos con respecto a las normas sociales, pero también apunta hacia elementos emergentes o condiciones de posibilidad. Al afrontar una situación de larga duración de explotación o exclusión se puede generar una disposición que incluye el resentimiento, la rabia, la resignación, etc.; o frente a la desconexión entre las preocupaciones ciudadanas y la gestión política en una coyuntura de crisis se puede estar dispuesto a indignarse o sentir desafección.

Por otro lado, la idea de disposición afectiva remite a la posibilidad de acción, esto es, actúa como una guía u orientación para la acción colectiva, lo que presupone la existencia de un espacio de encuentro y contacto entre sujetos, en términos semióticos, de una posición de enunciación colectiva. Si se está abierto a sentir un sentimiento —que exista una disposición afectiva— significa que existe un lugar

## NEOPROCESALISMO

que puede ser ocupado, una experiencia potencial que puede transformarse en un acontecimiento o suceso presente; y si se hace referencia al espacio público colectivo significa que puede compartirse, que es común a otros (Peñamarín, 2011, mencionado por Saiz, 2012). Entonces la disposición se construye sobre la memoria afectiva compartida en el pasado y se proyecta como una memoria de futuro.

A menudo es necesaria una crisis (afectiva, económica, laboral, de salud) para que se reconozca el interior masculino. Cuando un hombre siente que le pesa algo, que algo ocurre en ese espacio de sensibilidad, actúan según un reflejo condicionado. Se siente urgido a resolverlo aunque no sepa de qué se trata ni cómo hacerlo (Sinay, 2001).

El hombre requiere dejar a un lado los estereotipos de poder y fortaleza para darse la oportunidad de vivenciar su naturaleza humana. El hacerlo no significa perder valor como hombre, pero sí el tomar el valor para romper con caretas y mostrarse frente a los demás como un ser afectivo.

## **V- LOS DERECHOS HUMANOS**

Sea cual sea el rol, orientación, preferencia y estilo de vida, la Ley reconoce a los sujetos como seres humanos con derechos y obligaciones; ciencias como la biología y la psicología, los conceptualiza como entes de afecto que responden a los estímulos del medio ambiente.

Por prescripción social, a la mujer se le permite ser afectiva, no así al hombre. ¿Qué diferencia existe entre uno y otro? Más allá de la estructuración genética y biológica de los cuerpos, hombres y mujeres son iguales ante la Ley. En México, la Carta Magna afirma en el artículo primero que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse,

salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, lo que significa que el trato debe ser igual.

Sin embargo, en cuestiones afectivas, el hombre está limitado porque no sabe, no puede o no quiere demostrar su sensibilidad humana. Deberá ser fuerte, rígido, sin permiso a signos de debilidad, por lo que muchos de ellos están expuestos a situaciones de riesgo al no atender su afectividad, mucho menos su salud.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos representa el máximo referente jurídico para que hombres y mujeres desarrollen abiertamente su afectividad, específicamente en los artículos uno, tres y cinco.

El primero afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, lo que implica abiertamente el compartimiento entre personas, y con ello, el vínculo afectivo.

El artículo tercero hace referencia a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; esto sienta las bases para que el ser humano disfrute plenamente de la existencia, se sienta libre de sus emociones, y esté comfortable con lo que decida ser, por lo que las muestras de afecto, al ser inherentes al ser humano, abona al equilibrio emocional.

En el artículo quinto se hace énfasis en los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que deja claro que nadie debe hacer señalamientos ni burla ante la expresión afectiva de hombres y mujeres, porque de hacerlo, implicaría una acción denigrante de la esencia humana.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2010) considera entre los derechos y deberes de las personas, el derecho de cuidar la integridad física y emocional, el cual es poco valorado por los hombres debido a que sientan su imagen como hombres en el uso del poder, que los limita a sentir emociones más allá de la intimidad particular, y a descuidar su salud física, mental y social.

Asimismo establece como obligación el respeto de la integridad física y emocional, la salud y la sexualidad de los demás, poco practicado por hombres y mujeres respecto a los hombres. Esto significa que el ser varón no debe ser sinónimo de represión afectiva, sino de la expresión abierta de sus emociones.

El debate en torno a esta norma y la conquista que ha supuesto su revocación sitúa a la sociedad frente a una de las cuestiones más íntimamente relacionadas con la dignidad del individuo y que, sin embargo, más costoso resulta reconducir al lenguaje de los derechos humanos: la identidad sexual o, con más precisión, el libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad, elementos esenciales de la identidad personal, clave para el desarrollo de todas las capacidades del individuo y con proyecciones evidentes en su ámbito relacional.

Indudablemente la afectividad y la sexualidad forman parte de la vida del privada del individuo —en ese sentido, han de entenderse protegidas por derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen—, pero también repercuten en su dimensión pública y reclaman una atención garantista por parte del Derecho en cuanto que constituyen una expresión esencial de la capacidad del individuo para autodeterminarse y para ser autónomo.

Por lo tanto, se proyectan en todos los ámbitos en que el individuo desarrolla su proyecto vital. De ahí que la afectividad y la sexualidad tengan una proyección pública en la medida en que «el sexo está producido socialmente y transmitido, y (...) nos llega no sólo como una reflexión privada que cada uno de nosotros se hace sobre sí mismo, sino como una interrogación crítica que cada uno dirige a una categoría social que nos es asignada y que nos excede en su conjunto y en su poder...». Por lo tanto, no podemos garantizarlo convenientemente desde la exclusiva dimensión de la privacidad. Es necesario reconducirlo a las garantías derivadas del principio de igualdad e, incluso, profundizar en el concepto jurídico-constitucional de identidad para conseguir un marco en el que cada individuo no sólo no sufra discriminación alguna por sus opciones personales sino que, al contrario, las desarrolle con plena libertad (Salazar, 2012: 146-147).

Así como hay hombres que tener poder les significa todo, hay varones que no están de acuerdo con ese precepto. La nueva masculinidad implica que se comparta el poder con las mujeres tal como la afectividad; es necesario que el hombre cree redes sociales afectivas con sus pares hombres para transformar el sistema patriarcal predominante, y eliminar las cargas que obstaculizan la demostración de sus emociones. El nuevo hombre no busca feminizar su comportamiento, pretende deconstruir el concepto de masculinidad para crear conciencia respecto a la equidad e igualdad de género, conservar los rasgos positivos de ser hombre, y transformar aquellos síntomas que lo hacen ser un sujeto estereotipado.

## **VI- CONCLUSIÓN**

Se les enseña a los varones que deben negar y rechazar todo rasgo que es nombrado como femenino. Así, la sensibilidad, la expresión de dolencias, el miedo y el llanto son vistos como signos de debilidad y, por ello, femeninos. En este marco, la violencia, pensada como demostración de fortaleza, es justificada y legitimada como parte “natural” o “propia de los varones”.

Boscán (2006) concluye que una concepción de la masculinidad distinta de la tradicional, se alcanzará y legitimará a través del consenso y la puesta en práctica por mujeres y varones con un pensamiento coherente, quienes conjuntamente se encargarán de establecer las estrategias políticas para la construcción de nuevas masculinidades –y feminidades– más libres, abiertas y plurales.

Los inconvenientes del ideal masculino son aún mayores en la medida en que muchos hombres se encuentran aún lejos de alcanzar la norma mítica del éxito, del poder, del autodomínio y de la fuerza. Y eso los lleva a convertirse en prisioneros de una masculinidad obsesiva y compulsiva que no sólo no los deja vivir en paz, sino que acaba siendo fuente de autodestrucción y de agresividad contra todos aquellos que amenacen con hacerles caer la máscara (Parotti, 2001).

Del hombre mismo depende hacer valer su derecho a la afectividad; es consciente de que se encuentra en un momento histórico donde se han roto barreras para la plenitud de los géneros, por lo que expresar su emotividad, cuidar de su salud y permitirse ser sensible, son formas de vivenciar los derechos humanos. Sabe que ser hombre no sólo implica imposición frente a la mujer y a otros hombres, sino respetar sus derechos y ser responsable con sus obligaciones. Alcanzar la plenitud es decisión de cada quien.

## VII- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bonino, L. (2000). Varones, género y salud mental, deconstruyendo la “normalidad” masculina. En: Segarra, M. y Carabí, A. (Editores), *Nuevas Masculinidades*. Barcelona: Icaria.
- Boscán, A. (2006). Propuestas críticas para una concepción no tradicional de la masculinidad. *Opción*, 22(51), 26-4.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2010). Consultado en: <http://www.cndh.org.mx/node/40>
- Fernández, A. (2003). Proveedores, machos y cornudos: la masculinidad hegemónica. En: Miano, M. (Comp.). *Caminos inciertos de las masculinidades* (p.p. 299-413). México: INAH.
- Freud, S. (1930). El malestar de la cultura. Consultado en mayo de 2014 en: [http://www.dfpd.edu.uy/ifd/rocha/m\\_apoyo/2/sig\\_freud\\_el\\_malestar\\_cult.pdf](http://www.dfpd.edu.uy/ifd/rocha/m_apoyo/2/sig_freud_el_malestar_cult.pdf)
- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) (2012). *Género y discriminación*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Lamas, M. (2014). *La categoría de género*, plática realizada en el Curso de Verano 2014 Debates contemporáneos en los estudios de género, Colmex, México, D.F.
- Mora, M. (2005). Emoción, género y vida cotidiana: apuntes para una intersección antropológica de la paternidad. *Espiral*, 12(34), 9-35.
- Olavarría, J. (2005). Género y masculinidades. Los hombres como objeto de estudio. *Persona y Sociedad*, 19(3), 141-161.
- Parotti, C. (2001). A propósito de masculinidad. *Theologica Xaveriana*, 140, 597-608.

- Pujó, M. (2001). Malestar en la institución. *Revista Mal-estar E Subjetividades*, 1(1), 73-93.
- Rocha, T. y Díaz, R. (2012). *Identidades de género. Más allá de cuerpos y mitos*. México: Trillas.
- Saiz, V. (2012). Disposiciones afectivas y cambio social. *Cuadernos de Información y Comunicación*, 17, 107-133.
- Salazar, O. (2012). El derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Hacia una política revolucionaria del deseo. En Abellán, J. (Coord.), *La praxis de la paz y los derechos humanos* (pp 145-206). Granada: Editorial Universidad de Granada.
- Sinay, S. (2001). *Misterios masculinos que las mujeres no comprenden*. México: Océano.
- Tena, O. y Jiménez, L. (2003). *Algunos malestares en la experiencia de los varones: ¿podemos ir reflexionando sobre sus derechos sexuales y reproductivos?* Versiones previas presentadas en el VI Encuentro del Programa Institucional de Estudios de la Mujer (PIEM) que se realizó en el Colegio de México del 13 al 14 de noviembre de 2003 y en la VII Reunión de Investigación Demográfica en México realizada en Guadalajara, Jalisco del 2 al 5 de diciembre de 2003.

## **La posmodernidad y los valores en la práctica de la cultura democrática: retos y expectativas**

**Miguel Córdova Colomé**

**Lic. en Ciencias de la Educación**

**UJAT**

Actualmente se viven diversas crisis que marcan un decadentismo que son la apoteosis de nuestra sociedad. Estos cambios permean a las diferentes esferas sociales generando situaciones de riesgo para las relaciones hombre-hombre y hombre-mundo. Enmarcando un deterioro progresivo que encausa las relaciones sociales a un estado de degeneración en nuestras bases morales y espirituales, lo cual proyecta lapsus de vacíos existenciales colectivos.

Zygmunt Bauman (2007) denominó a este estado social como la sociedad líquida, donde impera la inestabilidad e incertidumbre en todos los ámbitos de la vida del hombre. Arraigando en la sociedad una cultura de individualidad, de consumismo, indiferencia, presentismo, conformismo.

Dentro de esta percepción de sociedad, llega a nosotros la palabra democracia como la facultad del pueblo para elegir a sus gobernantes. Dejando a un lado juicios subjetivos sobre si escogen o no de la forma correcta, debemos preguntarnos si los ciudadanos están interesados en el concepto de democracia y lo que realmente representa para ellos. Al tener presente que vivimos en una sociedad reinada por el hedonismo y el nivel de satisfacción personal de acuerdo al poder adquisitivo, donde aquello que se piensa no atañe nuestros intereses o necesidades personales se desecha con la misma facilidad con la que se arroja un envase de plástico a la basura.

Bajo esta línea Lipovetsky (1986) menciona que en esta sociedad reina la indiferencia de masa, el sentimiento de reiteración y estancamiento, esto es, el agotamiento del impulso colectivo hacia el progreso. Ideal que ha llevado al hombre a la máxima confusión de su existencia, proclamándose más útil para los intereses

individuales. Esto es, sociedades sin compromisos que sufren los estragos de la inestabilidad de sus acciones.

Bajo esta filosofía compartida pero unitaria se puede apreciar el horizonte ideológico de cada individuo, resultando en un proceso de múltiples facetas desde la personificación hasta la consolidación de proyectos de vida. En el proceso de personificación podemos encontrar la valorización del individuo, que es cuando en el desarrollo de la identidad y definición de la personalidad se integran los valores tales como el respeto, la honradez, la dignidad, el civismo, la tolerancia, entre otros.

Como consecuencia de una sociedad donde el hiperconsumo gobierna, la necesidad de obtener el elemento satisfactor a toda costa genera ambientes donde violencia y corrupción pasan a ser dos conceptos protagonistas en el funcionamiento del engranaje social. La tasa de violencia en sus diferentes nomenclaturas ha ido incrementado a tal grado hasta llegar a ser una amenaza para nuestros niños y jóvenes, al presentarse situaciones de acoso, maltrato e intimidación entre los mismos compañeros y compañeras de escuela.

Frederic Jameson en sus ensayos sobre la posmodernidad escribe acerca de las características centrales de las sociedades posmodernas, y define una de sus principales particularidades, la cual ha denominado pastiche. El pastiche, es como la parodia, la imitación de una máscara peculiar, un discurso en una lengua muerta; es una práctica carente de motivos, despojada de objetivo alguno. El pastiche es, pues, una parodia vacía; es la práctica de una ironía vacua, la imitación de estilos caducos, el discurso de todas las máscaras y voces almacenadas, en el museo imaginario de una cultura hoy global.

Así la vida del hombre ha sido convertida en una imitación de su mundo, de sí mismo, en donde sólo está el hoy que consuela y el pasado que conforta. Octavio Paz (1952) demostraba que particularmente los Mexicanos tendemos a la imitación para aparentar, y así eludir nuestra condición pues simplemente disimulan su existencia y obran como si no existieran. De ahí que estas sociedades recurran a la parodia para disuadir sus precariedades a través de la risa, el desencanto, el odio o todo aquel sentimiento que desencadene el estado fatal de su vida. Es por ello, que también son llamadas sociedades humorísticas, pues ésta se ha instituido

globalmente bajo la protección de un proceso que tiende a disolver la oposición de lo estricto y lo serio, en beneficio de un clima ampliamente humorístico.

De esta manera se plantea un escenario de lo efímero, de la no importancia de las cosas, de la conformidad con el presente, esto es, el desierto de la sociedad. Lipovetsky (1989) lo expresa magistralmente al afirmar que en nuestros tiempos donde las formas de aniquilación adquieren dimensiones planetarias, el desierto es fin y medio de la civilización, al preferir la reflexión sobre la nada. El desierto es en Lipovetsky, las iglesias, escuelas, fábricas, los partidos políticos, donde la humanidad ha dejado de creer, de fundar su religión en ellas, ahora se concreta en la nada y cuestiona ¿Quién cree en la familia, cuando los índices de divorcio aumentan? ¿Quién cree en la democracia, en los valores, cuando el poder y la decisión queda en manos de una minoría y la indiferencia colectiva imperan en cada rincón del país?

Aun con ello, el sistema funciona, las instituciones se reproducen y desarrollan, pero por inercia, en el vacío, sin adherencia ni sentido, cada vez más controlados por los teóricos. En ese sentido el desierto ya no se traduce en rebelión o desafíos a la comunicación, sino en indiferencia y admiración a la nada, donde experimentamos sentimientos de indiferencia hacia la escuela, al hogar, a la sociedad en general, mismos que generan la desvinculación plena con el mundo y centra el objetivo en el yo mismo. De ahí que al hombre posmoderno no le interese nada, se aferre a la nada, no tenga certezas absolutas, nada le sorprenda y sus opiniones sean susceptibles de modificaciones rápidas.

Estos nuevos escenarios plantean formas diferentes de ver y concebir la democracia en nuestro país, teniendo presente que este fenómeno humorístico se erige en el relajamiento de los mensajes que engendra, pues bien el código humorístico del que se conforma está constituido de todo un dispositivo que tiende a suavizar o a personalizar las estructuras rígidas y las obligaciones del sujeto de tal forma que el humor desempeña una doble función: permite al sujeto liberarse y a la vez inhibe al ego a formarse una imagen de sí mismo superior o altiva.

De tal forma que el sujeto toma una representación inactiva en la sociedad, donde las decisiones que afectan a un colectivo pasan a segundo plano solo buscando erigir el individual egoísta. Está sustracción del papel del sujeto en la

estructura social también pasa a representar un dato más en las estadísticas globales, pues el sujeto al no tener participación en los procesos democráticos abandona el poder de voto y representatividad, y éste poder de voto es usado por terceros que atentan con la libertad de decisión del sujeto.

Razón por la que los medios masivos de comunicación invaden todo espacio social y virtual para hacer una propaganda permanente donde se busca programar al sujeto al consumismo, a las decisiones inconscientes. Es por ello que en las sociedades posmodernas los medios audiovisuales adquieren mayor auge, pues presenciamos una revolución de imágenes publicitarias que incitan a la confrontación del sujeto a partir de actuarse a sí mismo –parodia- o de sublevar su estatus a simple objeto de humor para la manipulación de sus formas de ser y estar en el mundo social.

Pero cabría preguntarnos ante estos desafíos ¿Dónde está la ciudadanía? ¿Cómo lograr una valoración social de la democracia? ¿Cuál es el papel que debe representar el gobierno antes estas problemáticas? Pues parece que existe un descontento con su funcionamiento y desilusión respecto de la capacidad de la democracia para traducir en prácticas concretas los valores que promulga y defiende. De esta manera la valoración social de la democracia decae ante los principios que fundamentan al no encontrar un correlato práctico en la cotidianidad de las personas, pues su práctica y valores no se ven plasmados en la vida concreta.

En ese sentido, existe una brecha entre el discurso valórico de la democracia y las practicas instauradas por sus instituciones y autoridades dando como resultado un desincentivado interés en la participación política. En el Estado de Tabasco estas realidades toman un énfasis más marcado al tener una población inclinada al sensacionalismo político y con un evidente desinterés democrático.

Esta carencia de valores democráticos es el resultado de un mundo de simulación que denota una pérdida del sentido sobre el papel que jugamos en la historia para el desarrollo de nuestras sociedades, viviendo sólo en el presente y no en función del pasado y el futuro. Donde la estratificación social es un factor determinante para la participación ciudadana, siendo la extensión de las democracias

formales y el dominio de la comunicación telemática quienes favorecen la hegemonía de los medios de comunicación de masas o *mass media*.

George Ritzer (2001) afirma que este fenómeno permea cada una de las ámbitos de la vida del hombre experimentando transformaciones en la cultura democrática a partir de la proliferación de las *mass medias*, generando más espectáculo que cultura de participación, propiciando el proceso de re-educar al hombre y convertirlo en emisor-receptor de su propia vida. Cuya preocupación es ser el protagonista, ser dirigido, amaestrado, de ahí que el fin de esa acumulación de espectáculos, exposiciones, entrevistas, devenga sólo del placer narcisista a expresarse para nada, para sí mismo.

Es necesario integrar una serie principios que rescatarían la democracia en el Estado: la socialización, es decir, los procesos de transmisión de valores en diversos ámbitos; el arraigo en la población de los valores de la democracia, de los que se consideraron la libertad, la responsabilidad, la solidaridad, la igualdad, la tolerancia y la justicia; las representaciones sobre el poder, que incluyen las percepciones sobre la legitimidad y la legalidad, y la valoración de los cambios en la política, a fin de ubicar las visiones y orientaciones ciudadanas al respecto.

Este proceso de valorizar a la ciudadanía debe hacerse desde la trinchera de la educación porque es el instrumento adecuado para luchar contra la fatalidad social. Como mencionara Savater (2005), contra esa fatalidad que hace que el hijo del pobre siempre tenga que ser pobre, que el hijo del ignorante siempre tenga que ser ignorante. Por ello, y siguiendo la línea de Savater (2005) podemos acordar que la educación, precisamente, lucha contra esto, produce un cambio y permite que la fatalidad social se rompa, y eso es lo que el Estado tiene que garantizar, que la educación llegue a todo el mundo.

Si no se logra combatir la ignorancia, la pobreza y el hambre, no podremos tener pueblos democráticos, porque la escala de valores estará condicionada a la satisfacción de las necesidades primarias, dejando de un lado el proceso de libre elección.

La educación como herramienta para facilitar la valorización del individuo respecto a la democracia permitirá abrir nuevas rutas en la vida social de nuestro

país, extendiendo un abanico de posibilidades para el desarrollo económico, político y social, generando un estado saludable. Donde la participación activa y consiente de los ciudadanos sea el eje central del crecimiento.

Se vive dentro de una obsesión ensimismada, al acecho de su realización personal y equilibrio, obstaculizando la movilización de las masas; pues hoy en día las invitaciones a la aventura, a la revolución no encuentran eco; si esto ha sido desfasado no es por culpa de la burocracia, sino por los spots seductores de la personalización del mundo, el individualismo y el pastiche social que maneja nuestra conciencia social.

El hombre ha sido sometido a la supremacía de la tecnología conformando en la sociedad una epidemia de enajenación que se extiende rápidamente, cuyo único antídoto desde varias aristas de reflexión viene siendo el proceso educativo que actualmente se ve en decremento en comparación con otros países, ignorando las diferentes oportunidades de crecimiento que se presentan para nuestro país.

La educación representa una alternativa de concientización del hombre, de su realidad y los escenarios en que se está desarrollando, pues sin ésta las personas son más vulnerables porque carecen del mundo interior que ella construye, quedan limitadas al espacio enrarecido de su experiencia cotidiana con las tecnologías, de ahí que fácilmente hemos pasado de la lógica del aprendizaje, a la lógica de lo efímero, lo importante es aprender sólo lo que nuestro hoy amerita, no más; aprendizaje que sea útil en tanto me dé posibilidades: capital, no limitaciones; de ahí que el dilema de la educación actual sea que la escuela haya pasado a segundo término transformando todo su propuesta curricular al hacer que al ser, restando muchas partes importantes que deben ser desarrolladas dentro de ésta como la reflexión, pero que queda desplazada con programas enfocados al desarrollo de habilidades específicas, olvidando el rescate de los valores y las prácticas de la democracia.

Bajo estos preceptos no debemos pensar que nos encontramos en un país que cuenta con una democracia fallida, puesto que no es así, los valores están en el ciudadano, los conocen, salen a la luz de acuerdo a las circunstancias y el contexto que se esté viviendo junto con el colectivo social.

En este caso, se plantea la necesidad de formar una democracia compatible con el estado liberal que reconoce y garantiza los derechos fundamentales establecidos en el contrato social. Donde se recupere el papel de representación social, una representación elegida con soberana libertad por los ciudadanos, quienes reconocerán los derechos políticos. Pues la participación en el poder político es considerada como un elemento del régimen democrático.

Pero antes de pasar a este ideal, se hace necesario que el estado reconozca los derechos y libertades que posibiliten una participación política encaminada por una determinación en la voluntad de los ciudadanos. Donde ellos tomen un papel activo que los escenarios antes descritos están transformando a un periodo vegetativo social. Razón que da mayor peso a las instituciones de educación y la relación Estado-sociedad.

Por ello el proceso de democratización debe dar cumplimiento a los principios de garantismo, para que desde un principio la soberanía popular este integrada en la estructura del estado. Bajo esta premisa se concibe un concepto de libertad en su acepción más completa donde el ciudadano pueda elegir sin factores coercitivos. Por ello para la mayoría de los ciudadanos, la libertad respecto a la democracia es reducida a participar en procesos electorales, como observadores y evaluadores sin estar totalmente informados de la importancia de su papel, si se promueve una concientización de acuerdo al rol como resultado tendremos una ciudadanía informada y capaz de dar sustancia a los procesos democráticos.

La libertad es un valor fundamental en la democracia actual, porque tiene relación directa con la legalidad y sus implicaciones. La libertad no debe malinterpretarse en conceptos divergentes como anarquía o ausencia de autoridad o de normas, si no como una visión para preservar una sociedad organizada, donde los ideales de justicia social sean encausados de manera pacífica siempre respetando el derecho o libertad de los demás.

La posmodernidad trae muchas acepciones ideológicas implícitas, sobre todo una imagen de un ser individual, tendiente al hedonismo que origina el consumo, identificado mitológicamente con Narciso, global en apariencia, pero con un gran vacío existencial en esencia.

Ante un escenario tan frío como el que esta era nos presenta, debemos hacer un análisis introspectivo acerca del papel que jugamos en la sociedad, comprendiendo nuestra contribución a ella, determinando si es así como queremos vivir, si es el mismo entorno en cual queremos se desarrollen las generaciones futuras. Uno de los mayores miedos del ser humano es la introspección, quizás porque estos tiempos tecnológicos han desarrollado una de las más grandes paradojas de la humanidad, que estando tan conectados es cuando más distantes estamos unos de otros, la necesidad de esta conectividad esconde soledad entre sus líneas, sentimiento al que rehuimos, navegando entre las redes digitales incapaces de entablar diálogos con nosotros mismos.

Antes de mirar al espejo para buscar la aprobación ajena, debemos observar detalladamente cada aspecto de nuestra personalidad, el ciudadano debe conocer sus debilidades y fortalezas, dando la importancia que merece a su concepción ideológica, sus valores, a aquello que quiere lograr en conjunto, dando como resultado una persona con iniciativa, consciente y determinada que participara en la vida democrática del país con plena conciencia de lo que desea en su presente y las decisiones futuras que en conjunto se tomen.

La posmodernidad no es más que un nombre que los estudiosos han dado a un periodo donde una tendencia conductual es la que predomina, pero los ciudadanos decidimos si etiquetarnos o no de esa manera, de nosotros depende el cambio que necesita la vida democrática del país, de la voluntad que tengamos para estar informados, de actuar con responsabilidad y valor civil, pero sobre todo de utilizar plena y libremente nuestro soberano derecho de libre elección.

## Referencias

- BARÓ, M. (1998) Psicología de la liberación. Editorial Trotta. Madrid, España.
- BAUMAN, Z. (2007) Tiempos líquidos. Tusquets Editores.
- FERNANDO, S. (2005) Conferencia Magistral. Foro Internacional, “Educación, política y democracia”, Feria Internacional de Libro Universitario de la Universidad Veracruzana. Consultado 09 de junio de 2014.
- GAUDEMAR, J. P. (1995) El orden y la producción. Editorial Trota.
- JAMENSON, F. (1983). El giro cultural. Buenos Aires, Argentina. Editorial Manantial.
- JAMENSON, F. (1984) Ensayos sobre la posmodernidad. Paris: Ediciones. Gallimard.
- LIPOVETSKY, L. (1983) La era del vacío. Barcelona, España. Editorial Anagrama.
- LIPOVETSKY, L. (1987) El imperio de lo efímero. Barcelona, España. Editorial Anagrama.
- PARSONS, T. (1974) El sistema de las sociedades modernas. México: Editorial Trillas.
- PAZ, O. (1950) El laberinto de la soledad. Fondo de Cultura Económica, 1981 9na. reimpresión, México, D.F.
- RAMOS, S. (1934) El perfil del hombre y la cultura en México. Editorial Planeta S.A. de C.V., Colección Austral, 2007 48va. reimpresión, México, D.F.
- RITZER, G. (2001) Teoría Sociológica Moderna. Editorial McGraw Hill.



**EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN PARA LA PAZ EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO**

Dra. Leticia del Carmen Romero Rodríguez<sup>1</sup>  
Mtra. Lily Lara Romero<sup>2</sup>

**RESUMEN**

*La Educación Pública tiene la responsabilidad de la formación de la ciudadanía en la sociedad del conocimiento, esto implica el reconocimiento de los derechos humanos y la implementación de planes y programas donde se analicen y reflexionen los derechos fundamentales, las prácticas sociales de convivencia y la prevención de conflictos a través de la adquisición de la competencia de mediación. Es un desafío para los educadores de la asignatura formación cívica y ética que se imparte desde preescolar hasta secundaria trabajar los contenidos y desarrollar las habilidades para la vida en un ambiente escolar donde la disciplina sigue siendo autoritaria y el poder lo ejerce el docente sin reconocer las potencialidades del estudiante, de ahí la importancia de discutir los desafíos del derecho que tienen las personas a una educación para la paz en la construcción de la democracia moderna de esta sociedad del conocimiento.*

**PALABRAS CLAVE:** Derechos humanos, educación para la paz, convivencia, sociedad del conocimiento

**ABSTRACT**

*Public Education has the responsibility for the formation of citizenship in the knowledge society, this implies the recognition of human rights and the implementation of plans and programs which will analyze and reflect fundamental rights, the social practices of coexistence and conflict prevention through the acquisition of competence in mediation. It is a challenge for educators of civic and ethical education course that is taught from kindergarten to high work content and develop life skills in a school environment where discipline remains authoritarian and power is exercised by the teacher without recognizing the potential students, hence the importance of discussing the challenges of the right of people to peace education in the construction of modern democracy in this knowledge society.*

**KEY WORDS:** Human rights, education for peace, coexistence, knowledge society

**SUMARIO**

***A. Introducción. B. Educar en y para los derechos humanos un desafío para la sociedad mexicana. C. La educación para la paz en la reforma integral de educación básica. D. La necesidad de aprender a convivir en espacios escolares. D. A manera de conclusión***

**A. INTRODUCCIÓN**

---

<sup>1</sup> Doctora en ciencias sociales por la UAM-Xoch. Miembro del SNI. Profesora-investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Directora General del Instituto Estatal de las Mujeres en Tabasco

<sup>2</sup> Maestra en Educación y estudiante del Doctorado en Medios Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Villahermosa, Tabasco. 2014.

A la educación pública desde sus inicios, se le atribuye un importante papel en la formación de ciudadanos aptos para formar parte de la vida social. Las formas en que se ha asumido este propósito, es a través de la modificación de planes de estudio a lo largo del tiempo. El inicio de la nación independiente marcó los objetivos de los proyectos educativos que colocaron en un lugar central la necesidad de formar sujetos identificados con los valores nacionales. Hacia finales del siglo XIX, el interés de brindar educación pública en su nivel básico a la mayoría de la población modificó el artículo tercero constitucional para formar ciudadanos como una meta de importancia similar a la de enseñar a leer y escribir. Asimismo, es posible reconocer momentos en que surgieron propuestas, como las de los años cuarenta, para hacer de la educación cívica una formación basada en la experiencia de convivir en la escuela. La siguiente reforma educativa implicó una educación en y para los derechos humanos donde se exige reconocer la importancia que representa la experiencia escolar como espacio de convivencia en el cual puedan apreciar la aplicación de principios y valores de carácter universal y relacionados con la vida democrática: libertad, igualdad, solidaridad, justicia, respeto a la diversidad, respeto a la dignidad humana y responsabilidad. Asimismo, la sociedad del conocimiento aspira a la consolidación democrática que requiere, entre otras acciones, de la formación de los futuros ciudadanos. Si bien este es un propósito compartido con otros grupos sociales e instituciones, la escuela tiene una participación específica en ello: la enseñanza de los derechos, las instituciones y de la estructura de gobierno propias de la democracia son su responsabilidad. Igualmente es su tarea la formación de competencias en los alumnos para que sean capaces de vivir en la sociedad y participar en la construcción de una forma de vida democrática. El presente trabajo reconoce que hasta ahora educar en la sociedad del conocimiento ha implicado un desafío para las instituciones educativas de nivel básico, a pesar de los esfuerzos de la Secretaría de Educación en la modificación de planes no se modifica la práctica escolar, por ello se trata de responder ¿Qué desafíos enfrentan los docentes al promover competencias para aprender a vivir juntos?, ¿Qué se requiere para educar en y para los derechos humanos? ¿Por qué es necesario modificar las prácticas escolares en una educación para la paz?, la discusión y análisis es una invitación a la sociedad para señalar que la educación para la paz implica una cultura de paz.

## **B. EDUCAR EN Y PARA LOS DERECHOS HUMANOS UN DESAFÍO PARA LA SOCIEDAD MEXICANA**

El derecho a la Educación figura en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la UNESCO, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en un conjunto de leyes que la sociedad mexicana debe seguir.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el párrafo 1 del Artículo 26°, menciona:

*1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos*<sup>3</sup>.

En la Educación para la Paz, el conocimiento y valoración de los derechos fundamentales del hombre deben ser prioritarios. El párrafo 2 del Artículo 26° señala:

*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>4</sup> Ídem

La UNESCO prescribe la inclusión del conocimiento de los Derechos Humanos en los planes de estudio de todos los países como una manera de fomentar su vigencia en las normas de convivencia cotidiana que permitan a cada persona realizar sus potencialidades y convivir en paz.

La Cátedra UNESCO de Educación para la Paz, ofrece las siguientes líneas y criterios de acción para lograr una convivencia pacífica en la escuela:

- Clima de seguridad, respeto y confianza.
- Relaciones de apoyo con las familias y la comunidad.
- Educación emocional.
- Prácticas para el crecimiento.
- La apertura y la tolerancia.
- Resolución no violenta de conflictos.
- Participación democrática<sup>5</sup>.

El artículo 3° Constitucional reconoce el derecho de todo individuo a recibir educación.

*El Estado Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias<sup>6</sup>.*

La reforma constitucional del 2011, incluye la adición del respeto a los derechos humanos,

*La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia<sup>7</sup>.*

Uno de los criterios que orienta la educación se plantea en la Reforma del Artículo 3° del 2012:

*c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos...<sup>8</sup>*

Debido a estas reformas constitucionales, la secretaria de educación realiza una Reforma Integral de la Educación Básica a partir del 2004, ha sido un proceso extenso de ajustes curriculares orientados a mejorar el aprendizaje de los estudiantes. En consonancia con las tendencias registradas a nivel mundial, el nuevo currículum de la educación básica en México se ha planteado bajo un enfoque de educación por competencias.

La asignatura de formación cívica y ética es “*un proceso intencionado y sistemático, mediante el cual la escuela forma a los alumnos en la conciencia de que son sujetos morales, sociales y políticos, con amplia confianza en su valía y en su capacidad para hacerse escuchar e influir en el curso de los acontecimientos*

---

<sup>5</sup> Palma Sepúlveda, Rosita, *Estudio comparativo sobre experiencias educativas de convivencia escolar*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNESCO, Santiago de Chile, 2011, p73.

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos última reforma el 4 de julio del 2014.

<sup>7</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma del 10 de junio del 2011

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma del 9 de febrero del 2012

*públicos; y con un marco de referencia para el ejercicio responsable de su libertad en torno a valores que orienten su actuación cotidiana”<sup>9</sup>.*

Sus fundamentos están en el Artículo Tercero Constitucional, por ello se ha formulado el Programa Integral de Formación Cívica y Ética cuya estructura ofrece la oportunidad de que sus elementos integren procesos de la cotidianidad escolar y de la vida de los alumnos a la enseñanza realizada en la asignatura.

En el Programa Integral de Formación Cívica y Ética se promueve el desarrollo gradual y sistemático de ocho competencias cívicas y éticas a lo largo de la educación básica, las cuales articulan las experiencias y saberes que los alumnos han conformado en el preescolar, en la familia, en la relación con sus pares y en la comunidad; así también acerca de su persona, de los grupos a los que pertenece, de su responsabilidad social y de los criterios con que valoran sus acciones y las de los demás

El proyecto plantea la necesidad de dirigir la formación al logro de ocho competencias básicas: *Conocimiento y cuidado de sí; autorregulación y ejercicio responsable de la libertad; respeto y aprecio a la diversidad; sentido de pertenencia a la comunidad, la nación y la humanidad; manejo y resolución de conflictos; participación social y política; apego a la legalidad y sentido de la justicia; comprensión y aprecio por la democracia*<sup>10</sup>.

El modelo por competencias requiere la movilización y dirección de los componentes: conocimientos, habilidades, actitudes y valores; hacia la consecución de objetos concretos; son más que el saber hacer o el saber ser, porque se manifiestan en la acción de manera integrada.

Por ello se pretende que las competencias se desarrollen en los tres niveles de Educación Básica y a lo largo de la vida, procurando que se proporcionen oportunidades y experiencias de aprendizaje significativas para todos los estudiantes, una de ellas que para propósitos de este trabajo se presenta como competencias para la convivencia. *Su desarrollo requiere: empatía, relacionarse armónicamente con otros y la naturaleza; ser asertivo; trabajar de manera colaborativa: tomar acuerdos y negociar con otros; crecer con los demás; reconocer y valorar la diversidad social, cultural y lingüística*<sup>11</sup>.

Sin embargo, el planteamiento teórico es que la educación para la paz y los derechos humanos no se materializa sólo en el enunciado de normas, leyes o reformas curriculares sino que toma forma y fuerza en el terreno de las prácticas sociales cotidianas que buscan, conservan y reproducen el poder para generar, concretar, influir y servir al bien común, al bienestar social.

La violencia en la escuela es, en efecto, reflejo de la sociedad. Y esto se hace patente de forma más clara en el mundo no desarrollado. UNICEF señala que,

...entre las causas más importantes de esa violencia, se encuentran la pobreza, el trabajo infantil, la trata de menores, el SIDA, la ubicación en lugares geográficos remotos, una infraestructura deficiente, el origen étnico, la escasa categoría social de las mujeres y la falta de educación de las madres, los conflictos civiles y los desastres naturales. Muy a menudo estas causas se superponen las unas a las otras, y no siempre resulta fácil diferenciar cómo se relacionan entre sí para ejercer su influencia en la educación<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> SEP, *Programa de estudio de estudio 2011 Formación Cívica y Ética*, Secretaría de Educación Pública, México, 2011, p, 13.

<sup>10</sup> Ídem, p, 15.

<sup>11</sup> Ídem, p,18.

<sup>12</sup> Monclús Estella, Antonio. *La violencia escolar; perspectiva desde naciones unidas*, Revista Iberoamericana de Educación N°38, Chile, 2005, s/p.

Vivimos, además, en una época bastante conflictiva, violenta, intolerante, injusta e inestable, con frecuentes y graves problemas de convivencia. La situación actual del mundo reclama una actuación escolar en este punto. Un tema o enseñanza clave para la vida es la paz o convivencia pacífica. El ser humano, social por naturaleza, necesita, aprender a relacionarse con los demás. Se trata de una necesidad básica. El éxito de la vida radica en la consecución de la armonía consigo mismo, con los demás y con su medio ambiente.

Por ello, la preocupación por la educación para la paz no es un tema reciente, ha sido objeto de estudio de varios estudiosos a lo largo de la historia:

*La educación para la paz nace como legado del movimiento de la Escuela Nueva a principios del siglo XX y como consecuencia de la primera guerra mundial una educación para la comprensión internacional. Después de la Primera Guerra Mundial, educadores como María Montessori (1870-1952) y Jean Piaget (1896-1980) comenzaron a preguntarse acerca de la posibilidad de que la educación contribuyera a la promoción de la paz.*

*En las décadas siguientes la educación para la paz se caracteriza por su sensibilidad a la no-violencia y la formación de las libertades en educación para la autonomía, la resolución de los conflictos de forma no violenta y la desobediencia ante las injusticias<sup>13</sup>.*

Después de la Segunda Guerra Mundial, tras sus consecuencias socioeconómicas y morales y con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), prosiguen los estudios de varios grupos en diferentes contextos, los cuales apuntan a la comprensión internacional, integrando nuevos contenidos como son la educación para los Derechos Humanos y la educación para el desarme; además de la fundación de la UNESCO en 1948.

*La educación para los derechos humanos y el desarme permitió el desarrollo de varias iniciativas, respaldadas en el conocido fragmento de su constitución: “así como las guerras nacen de las mentes humanas, es en ellas que se deben erigir las defensas de la paz”<sup>14</sup>.*

En las décadas de los ‘50 y ‘60, universidades de los países nórdicos comenzaron a investigar científicamente las condiciones para la construcción de la paz, lo cual implicaba la reflexión sobre las posibilidades de la educación. En Europa, comenzaron a realizarse jornadas de educación para la paz con el apoyo de los sindicatos conectados al ámbito de la educación. *En la década del ‘60, bajo la influencia de los movimientos de la no-violencia, comenzaron a ensayarse varias propuestas de educación para la paz<sup>15</sup>.*

En tanto, en América Latina, Paulo Freire (1921-1997) desarrolló su teoría de la educación liberadora.

La década de los ‘80, preparada por las iniciativas antes mencionadas, presenció la expansión y la consolidación de la educación para la paz, con la publicación de literatura especializada, el surgimiento de asociaciones de educadores, la fundación de centros universitarios de investigación y, fundamentalmente, con la difusión de las prácticas tanto en la educación formal como no formal y las variadas experiencias en áreas como la resolución no violenta de conflictos, la crítica a la violencia difundida por la sociedad, la capacitación de líderes para actuar en la promoción de la paz<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Pascual Morán, Anaida, *Violencia, paz y conflicto en el discurso y la praxis pedagógica*, Pedagogía, Volumen 34, Chile, 2000, págs. 47-82

<sup>14</sup> *Ibidem*

<sup>15</sup> *Ibidem*

<sup>16</sup> Tuvilla Rayo, José, *Cultura de paz, derechos humanos y educación para la ciudadanía democrática*, en <http://www.culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/Estudiosacademicosyestadisticos/documentos/Cultura%20de%20paz,%20DH%20y%20educacion%20para%20la%20ciudadania%20democratica.pdf>

Además de esas experiencias e iniciativas, es importante destacar que se ha transformado en una cuestión de políticas públicas locales, nacionales e internacionales, que es materia de convenios, recomendaciones y declaraciones que cuenta con un fuerte respaldo de la ONU y la UNESCO.

En 1999, en La Haya, activistas de la no violencia coincidieron en que *sus esfuerzos no tendrían sentido a menos que aseguraran a las futuras generaciones una educación absolutamente diferente a la ofrecida hasta ese momento; una educación que no exaltara la guerra, que favorezca el respeto por los derechos humanos y la comprensión internacional*<sup>17</sup>.

La campaña mundial de educación para la paz, apuntó a la conciencia pública y el apoyo político necesario para introducir la educación por la paz en todas las esferas de la educación incluida la no formal y promover la formación de educadores para implementarla.

En el año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el *Año Internacional por una Cultura de Paz, y el período desde 2001 hasta 2010, como la Década Internacional para una Cultura de Paz y No Violencia para los Niños del Mundo*<sup>18</sup>.

La educación del siglo XXI, afirma la Comisión Internacional de la UNESCO, sobre la educación, debe apoyarse en cuatro pilares básicos: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir con los demás y aprender a ser.

*El maestro-educador en y para los derechos humanos debe crear las condiciones para que los alumnos aprendan a leer la realidad escolar, familiar y comunal desde esta perspectiva; que aprendan a actuar y a vivenciar esos espacios y, sobre todo, aprendan a transformar la realidad social en función de las exigencias que se hacen en y desde los derechos humanos*<sup>19</sup>.

El desafío es, precisamente, esta en la enseñanza de métodos de resolución de conflictos,

*...la importancia de la resolución pacífica de conflictos, como herramienta teórico-práctica fundamental para construir democráticamente una convivencia que tenga una base verdadera en la Educación para la Paz y que eleve la dignidad de los actores educativos, conscientes de sus derechos y deberes, y críticos con la cultura imperante*<sup>20</sup>.

Además de ser uno de los pilares básicos de la educación del siglo XXI, aprender a convivir y vivir juntos lleva consigo un conjunto de aprendizajes que se vincula con el desarrollo de habilidades sociales, competencias ciudadanas involucradas al ejercicio de los derechos humanos y a la construcción colectiva de la paz social.

### **C. LA EDUCACIÓN PARA LA PAZ EN LA REFORMA INTEGRAL DE EDUCACIÓN BÁSICA**

La reforma curricular de la educación básica se fortaleció en el año 2006 con un enfoque centrado en competencias, mismo que se complementó con el Programa Integral de la Formación Cívica y Ética para educación básica: preescolar, primaria y secundaria. Así, se consolidó un enfoque formativo y preventivo que

---

<sup>17</sup> Consejo General de Educación, *Enredarse Cuadernos para la convivencia*, Gobierno de entre ríos, 2014, p,14.

<sup>18</sup> *Íbidem*

<sup>19</sup> Delors, Jacques, *La Educación encierra un Tesoro: Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI*, Santillana, México, 1996, p,54.

<sup>20</sup> *Íbidem*, p,59.

incluye la educación para la paz, el medio ambiente, los derechos humanos, la democracia, la igualdad entre los géneros, la prevención de adicciones, la sexualidad responsable y la convivencia intercultural.

El educar en y para los derechos humanos, supone revisar críticamente la ubicación y significación que se da al sujeto que aprende en su identidad individual y cultural. Una declaración que propicie el encuentro del alumno y de la alumna consigo mismos, con su pertenencia a una cultura propia, con su ser hombre o mujer, con su cuerpo, con su potencial de ser, es una educación que forma a un sujeto de derecho.

Todo cambio implica reacomodamientos e implica pasar de un régimen disciplinario a un sistema de convivencia democrático es un gran desafío. Desafío a la actitud tolerante de los adultos, a la comprensión de la importancia del diálogo y a la creatividad en las propuestas. *Parecería entonces adecuado dar a la educación dos orientaciones complementarias: el descubrimiento gradual del otro, y durante toda la vida, la participación en proyectos comunes, un método quizás eficaz para evitar o resolver los conflictos latentes*<sup>21</sup>.

Por lo cual la educación tiene que cumplir un doble propósito, enseñar la diversidad de la especie humana y contribuir a una toma de conciencia de las semejanzas y la interdependencia entre todos los seres humanos.

El descubrimiento del otro pasa necesariamente por el conocimiento de uno mismo; por consiguiente, para el desarrollo en el niño y el adolescente de una visión cabal del mundo, la educación, en tanto si la imparte la familia como si la imparte la comunidad o la escuela, primero debe hacerse descubrir quién es. Sólo entonces podrá realmente ponerse en el lugar de los demás y comprender sus reacciones. El fomento de esa actitud de empatía en la escuela será fecundo para los comportamientos sociales a lo largo de la vida. Por último, la forma misma de la enseñanza no debe oponerse a ese reconocimiento del otro: los profesores que, a fuerza de dogmatismo, destruyen la curiosidad o el espíritu crítico, en lugar de despertarlos en sus alumnos, pueden ser más perjudiciales que benéficos.

*Al olvidar que son modelos para los jóvenes, su actitud puede atentar de manera permanente contra la capacidad de sus alumnos de aceptar la alteridad y hacer frente a las inevitables tensiones entre seres humanos, grupos y naciones. Cuando se trabaja mancomunadamente en proyectos motivadores que permiten escapar a la rutina, disminuyen y a veces hasta desaparecen las diferencias, e incluso los conflictos, entre los individuos*<sup>22</sup>.

La educación para la paz ha sido impulsada por el movimiento pacifista y el ámbito académico de la investigación para la paz. Su atención se ha centrado en el conflicto como fenómeno inevitable y positivo, y las respuestas alternativas a la violencia ante los choques de intereses en el ámbito internacional, interpersonal o intergrupala.

*Además de esta educación en y para el conflicto, la educación para la paz mantiene dos ejes principales de trabajo:*

- 1) *El reconocimiento, cuestionamiento y rechazo de la violencia en todas sus manifestaciones: directa, estructural y simbólica.*

---

<sup>21</sup> Consejo General de Educación, *Op.Cit*, p,26.

<sup>22</sup> *Ibidem* p,34.

- 2) *La capacitación en la no violencia, un conjunto de habilidades personales y estrategias colectivas que permiten enfrentarse a la violencia para disminuirla y erradicarla*<sup>23</sup>.

La educación para la paz además posee un eje principal, el de rescatar a la persona en su calidad de tal. Posee un fuerte acento humanista y ciertamente se basa en razonamientos que facilitan el crecimiento personal, brindando un tratamiento más racional y por lo tanto más humano a las situaciones de conflicto.

El paradigma humanista considera a los alumnos como seres individuales, únicos y diferentes de los demás, con iniciativa, con necesidades personales de creer, con posibilidad para desarrollar habilidades y solucionar problemas creativamente. Los alumnos no son seres que sólo participan cognitivamente, sino personas que poseen afectos, intereses y valores particulares por lo que se los debe considerar en su totalidad.

*...es necesario en la educación actual posicionarse en un paradigma humanista para la construcción de una Cultura de Paz, como modelo anti-autoritario, que pone énfasis en la convivencia para el clima de trabajo óptimo, haciendo hincapié en determinados valores que inspiran los derechos humanos*<sup>24</sup>.

Se trata a final de cuentas de vivir la cultura de paz, no solo en el aula, también en otros espacios, en la manera como se tratan los profesores, los padres de familia, los directivos, en la impartición de reglas y límites en la familia, en los espacios públicos donde imperé ante todo el respeto al otro.

#### **D. LA NECESIDAD DE APRENDER A CONVIVIR EN ESPACIOS ESCOLARES**

La Educación en Resolución de Conflictos modela y enseña, de forma culturalmente apropiada y evolutivamente ajustada, una variedad de procesos, prácticas y habilidades diseñadas para afrontar los conflictos individuales, interpersonales, e institucionales, y para crear un entorno educativo receptivo y seguro.

Estas habilidades, conceptos y valores ayudan a los individuos a entender la dinámica del conflicto, y les posibilita el uso de la comunicación y el pensamiento creativo para construir relaciones saludables y manejar y resolver los conflictos de forma justa y no violenta. *Los educadores en resolución de conflictos trabajan por un mundo justo y pacífico en donde los ciudadanos actúan de forma responsable y civilizada en sus interacciones y en sus procesos de resolución de disputas*<sup>25</sup>.

Indudablemente los educadores requieren formarse en métodos de resolución de conflictos y reconocer los alcances vertidos desde otras áreas disciplinares, podemos rescatar aquellos sostenidos por la corriente articulada alrededor de la comunicación interpersonal que destaca el papel de las habilidades para la vida.

*...estas habilidades forman parte o son requisito subyacente de los diferentes abordajes de la cuestión de la prevención de la violencia y la convivencia escolar. Se pueden definir como las aptitudes necesarias para enfrentar de una manera positiva y eficaz los desafíos de la vida diaria y la convivencia pacífica*<sup>26</sup>.

Las habilidades para vivir son innumerables y es probable que su naturaleza y definición difieran en distintos medios y culturas. Sin embargo, existe un grupo esencial de ellas, muy relacionadas entre sí, que son el centro

---

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> ONU, *La enseñanza de los Derechos Humanos Actividades prácticas para escuelas primarias y secundarias*, Publicación de las Naciones Unidas, Ginebra, 2004, p.20.

<sup>25</sup> Ruíz Cuellar, Guadalupe, *La Reforma Integral de la Educación Básica en México (RIEB) en la educación primaria: desafíos para la formación docente*, Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado, vol. 15, núm. 1, 2012, p. 54.

<sup>26</sup> *Ibidem*

de diferentes iniciativas para la promoción de la salud y el bienestar de niños y adolescentes en diferentes contextos:

- 1) Pensamiento crítico y creativo. Capacidad de abordar las cuestiones con una mentalidad abierta y estar dispuesto a modificar las propias opiniones ante nuevos datos y argumentos convincentes. Contribuye en la toma de decisiones favoreciendo la exploración de alternativas y analizando sus posibles consecuencias.
- 2) Comunicación eficaz. Posibilidad de expresarse tanto en forma verbal como no verbal y de un modo asertivo que, a la vez, respete el derecho de los demás sin renunciar al propio.
- 3) Habilidad para establecer y mantener relaciones interpersonales. Posibilidad de relacionarse en forma positiva con quienes se interactúa en los diferentes ámbitos y distintos roles que el individuo desempeña.
- 4) Capacidad de tomar decisiones. Posibilidad de evaluar opciones, analizar sus efectos y realizar una elección activa frente a situaciones de la vida cotidiana.
- 5) Conocimiento de sí mismo. Referido a las propias características, carácter, modos típicos de reaccionar, fortalezas, debilidades.
- 6) Manejo adecuado de las emociones y la tensión. Relacionado con el anterior: reconocimiento de las propias emociones y cómo influyen en el comportamiento; capacidad de controlar las respuestas de un modo adecuado y saludable.
- 7) Capacidad de empatía. Permite reconocer las emociones de los otros y ponerse en su lugar para comprender diferentes perspectivas sobre una situación.
- 8) Capacidad para la resolución de conflictos. Puede considerarse que en ella influyen y se articulan todas las anteriores, ya que contribuye a enfrentar en forma constructiva las diferentes situaciones que implican diferencias con los otros, percibidas como incompatibles, recurriendo a estrategias de negociación en lugar de la confrontación rígida de posiciones<sup>27</sup>.

Por otro lado, basada en teorías del desarrollo humano, se han identificado tres categorías clave de habilidades para la vida: habilidades sociales o interpersonales; habilidades cognitivas; y habilidades para enfrentar emociones.

Las habilidades para la vida abarcan tres categorías básicas, que se complementan y fortalecen entre sí:

- 1) Habilidades sociales o interpersonales, incluyendo comunicación, habilidades para negociación/rechazo, confianza, cooperación y empatía.
- 2) Habilidades cognitivas, incluyendo solución de problemas, comprensión de consecuencias, toma de decisiones, pensamiento crítico y autoevaluación.
- 3) Habilidades para el control de emociones, incluyendo el estrés, los sentimientos, el control y el monitoreo personal<sup>28</sup>.

La formación cívica no puede olvidar las dimensiones de la ciudadanía creadas en los diversos ámbitos de socialización: familia, escuela, grupo de pares, sociedad en el espacio socio-temporal entre otros, que determinan los distintos contextos donde esta ciudadanía se ejerce.

Como señala Carvajal,

La democracia es un imaginario cultural que se puede construir desde la escuela a través de la imagen de la sociedad y de la escuela misma que se desean. La escuela es lugar para la construcción de una cultura democrática por cuanto en ella se encuentran diferentes sujetos —construcciones culturales— y deben aprender a convivir. Es posible hacer de ella, para los estudiantes, una

<sup>27</sup> Monjas Casares, Ma. Inés (Coord), *Las habilidades sociales en el currículo*, Ministerio de Educación, España, 2000, p,43.

<sup>28</sup> Mangrulkar, Lena (Coord), *Enfoque de habilidades para la vida para un desarrollo saludable de niños y adolescentes*, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), Suecia, 2000, p,25.

posibilidad de pensar y tomar decisiones por sí mismos y para reconocer el conflicto y la pluralidad. Los valores que se vivencien allí harán posible la convivencia ciudadana<sup>29</sup>.

La formación de una ciudadanía democrática y participativa es uno de los elementos básicos de la Cultura de Paz consiste en un conjunto de ideas y valores fundamentales comunes a la democracia. Estas ideas incluyen: los derechos humanos y las libertades fundamentales, ciudadanía, sociedad civil, desarrollo; y entre sus valores fundamentales se encuentran: la justicia social, igualdad, pluralismo, cohesión social, integración, protección de minorías, solidaridad, paz y seguridad.

#### **D. A MANERA DE CONCLUSIÓN**

El trabajo docente también ha de ocuparse de generar ambientes propicios para el aprendizaje que incorporen de manera importante el trabajo colaborativo, la inclusión y la atención a la diversidad. Hasta el día de hoy, el docente se enfrenta a la constatación de que no tienen los elementos de preparación suficientes para vérselas con las cada vez más numerosas fuentes de diversidad en el aula.

Si bien es sabido que a los docentes se les exige el desarrollo de competencias adicionales a las adquiridas en su formación inicial, tales como el conocimiento y ejecución de las nuevas teorías y didácticas de enseñanza, sensibilidad y pertinencia de la enseñanza ante la heterogeneidad étnica, socioeconómica, cultural y de género de los estudiantes, y liderazgo tanto a nivel escolar como comunitario.

Los profesores deben realizar su labor profesional en medio de cambios sociales que afectan al sistema educativo, y de los desafíos que derivan de la incorporación de los sectores más pobres de la sociedad en la medida en que se amplía la cobertura de la educación básica.

Es así que se justifica dentro del tema de educación para la paz y los derechos humanos hablar de prácticas educativas planteadas en contextos diversos: en el aula, en los centros educativos, en la familia, en los medios de comunicación, en las instituciones y en general en la sociedad. Aprender a vivir juntos da cuenta de una expectativa de sociedad democrática, respetuosa de las diferencias, inclusiva y pacificadora; y, de una dimensión del currículum escolar que se aborda transversalmente en todo proceso de formación del estudiantado.

La educación para la paz es la médula de la educación en los Derechos Humanos ahí es donde se encuentra el desarrollo del pensamiento crítico y la habilidad de manejar conflictos y entrar en acción.

---

<sup>29</sup> SEP, *Op.Cit.*, p,124.

**REFERENCIAS**

- CONSEJO GENERAL DE EDUCACIÓN, “*Enredarse Cuadernos para la convivencia*”, Gobierno de entre ríos, 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos última reforma el 4 de julio del 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma del 10 de junio del 2011
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma del 9 de febrero del 2012
- DELORS, Jacques, “*La Educación encierra un Tesoro: Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI*”, Santillana, México, 1996.
- MANGRULKAR, Lena (Coord), “*Enfoque de habilidades para la vida para un desarrollo saludable de niños y adolescentes*”, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), Suecia, 2000.
- MONCLÚS ESTELLA, Antonio, “*La violencia escolar; perspectiva desde naciones unidas*”, Revista Iberoamericana de Educación N°38, Chile, 2005.
- MONJAS CASARES, Ma. Inés (Coord), “*Las habilidades sociales en el currículo*”, Ministerio de Educación, España, 2000.
- ONU, “*La enseñanza de los Derechos Humanos Actividades prácticas para escuelas primarias y secundarias*”, Publicación de las Naciones Unidas, Ginebra, 2004.
- PALMA SEPÚLVEDA, Rosita, “*Estudio comparativo sobre experiencias educativas de convivencia escolar*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNESCO, Santiago de Chile.
- PASCUAL MORÁN, Anaida, “*Violencia, paz y conflicto en el discurso y la praxis pedagógica*”, Pedagogía, Volumen 34, Chile, 2000.
- RUÍZ CUELLAR, Guadalupe, “*La Reforma Integral de la Educación Básica en México (RIEB) en la educación primaria: desafíos para la formación docente*”, Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado, vol. 15, núm. 1, 2012.
- SEP, “*Programa de estudio de estudio 2011 Formación Cívica y Ética*”, Secretaría de Educación Pública, México, 2011.
- TUVILLA RAYO, José, “*Cultura de paz, derechos humanos y educación para la ciudadanía democrática*”, <http://www.culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/Estudiosacademicosyestadisticos/documentos/Cultura%20de%20paz,%20DH%20y%20educacion%20para%20la%20ciudadania%20democratica.pdf>

## “La importancia del Protocolo de Estambul en casos de Tortura”

Mtro. José Raciél Montejo Moreno\*

[psicologíalegal7@gmail.com](mailto:psicologíalegal7@gmail.com)

*\*Profesor de la Escuela de Psicología de la División Académica de Ciencias de la Salud, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Psicólogo del Centro de Atención del Adolescente Tabasqueño del DIF-TABASCO. Alumno del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, DACSyH-UJAT, Programa Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT*

### Resumen

Dentro del ámbito jurídico-legal hoy a cobrado importancia la realización de la elaboración de informes psicológicos (peritajes), sin embargo también existe una mala aplicación y uso del protocolo Facultativo para aquellos casos de Tortura, denominado por la mayoría de los académicos y especialistas en esta área Protocolo de Estambul, está ocasionado que algunos especialistas dedicados a la realización de dictámenes psicológicos, usen y abuse de su propia formación dentro del ámbito clínico, dejando muchos elementos sin consignar en dichos informes de carácter jurídicos, ya que los elementos psicológicos a menudo son más prevalentes y perturbadores que los físicos en donde ha existido tortura.

**PALABRAS CLAVES:** Psicología forense, peritaje psicológico, Protocolo de Estambul, tortura, derechos humanos.

Within the legal-legal field today gained prominence performing developing psychological reports (surveys), however there is also a bad application and use of the Optional Protocol for cases of torture, known by most academics and specialists this area Istanbul Protocol is caused some specialists dedicated to conducting psychological advice, use and abuse their own training within the clinical setting, leaving many items not appearing in the reports of legal character, as the psychological elements are often more prevalent and disturbing physicists where there has been torture.

**KEYWORDS:** Forensic psychology, psychological assessment, the Istanbul Protocol, torture, Human rights.

### 1. Introducción

Es un hecho que los elementos involucrados en un acto de lesa humanidad son definitivamente muy importante, especialmente cuando de casos de Tortura se refiere, es por ello y que ante tal situación, vale la pena plantearnos lo determinante que es el poder realizar un Peritaje Psicológico bien estructurado metodológicamente y que por supuesto un instrumento que hoy cobra relevancia es precisamente el **PROTOCOLO DE ESTABUL (PE)**, y que desafortunadamente a

la luz pública y ante los actores jurídicos y aquellas instancias de impartir justicia queda mucho muy lejos de poder corroborar e incluso queda la duda si se aplicó dicho instrumento internacional y que solamente en poco países le han dado la debida importancia y uso adecuado, para poder utilizarlo correctamente.

Ante tal fenómeno social se hace indispensable poder hacer un breve análisis de todo lo que esto conlleva en relación a todos aquellos casos de Tortura y que se requiere de un buen peritaje psicológico, por ello es menester

desde esta nueva perspectiva académica y multidisciplinaria el abordaje de dicho tema, la incorporación de la disciplina como lo es la Psicología Jurídica abre la posibilidad de poder entender y manejar más acorde los principios fundamentales que se requieren para las directrices que tiene el PE, puesto que dichas pautas contribuyen a determinar si una persona ha sido torturada y así mismo a poder establecer pruebas válidas independientes capaces de utilizarse en un Tribunal para poder emitir una opinión con fundamentos y poder inculpar a los supuestos torturadores. Sin embargo hay que sortear algunas dificultades que de por sí el mismo protocolo tiene, puesto que toda la información psicológica se mantiene solo bajo un esquema clínico eminentemente y sin embargo el aspecto social-jurídico es muy importante puesto que se requiere de mayor precisión una análisis más detallado y es así que tenemos que empezar preocuparnos y hablar en un sentido más desde la *psicología de la clínica forense*, motivo por el cual hace que muchos de los peritajes psicológicos realizados tenga una serie de errores y de apreciaciones incorrectas, lo que nos permite poder afirmar que el PE, no está siendo implementado correctamente.

Por ello se hace necesario distinguir desde ahora lo que es un Peritaje psicológico desde el ámbito clínico y otro desde el ámbito jurídico o forense y la determinación tan puntual para los casos de Tortura y que se hace una apreciación al respecto de acuerdo al que efectuó Psc. Cristina Mora Viquez (2007), visto desde la visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que resulta valiosos para el análisis de este trabajo. Como se podrá revisar en los contextos judiciales, se razona que la Psicología Forense es el área de especialización más acorde para poder realizar Peritajes/Dictámenes psicológicos, según Ching (2005) quien ha citado a Hess e Irving (1999), quienes definen a la Psicología Forense como la disciplina que

explica los factores que influyen en el comportamiento humano y su relación con el crimen en los ámbitos sociales, jurídico, policial, carcelario y victimológico entre otros. De tal forma que partiendo de esta conceptualización podemos describir la actual relevancia de esta área según dichos autores mencionados:

- 1.- La Psicología pericial forense, la cual se refiere a lo puramente técnico-psicológico que contribuye a los procesos judiciales
- 2.- La Psicología Forense que contribuye al sistema legal en lo penitenciario, lo policial y lo judicial.
- 3.- La Psicología Forense coadyuva a facilitar la creación de consensos sociales que incluyen la fase de política de toma de decisiones en aspectos criminológicos.

De esta forma podemos valorar lo relevante e importante que resultar esta nueva disciplina psicológica especialmente en el primer punto, puesto que es donde se pueden desarrollar los dictámenes y/o peritajes psicológicos, y por ende se convierte en una ciencia auxiliar del derecho de manera destacada, apegada a la norma sin la pretensión de valorarla, sino para ubicarse en un lado del contexto jurídico.

Tanto para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es indiscutible el valor y la importancia que hoy tienen los Peritajes/Informes/Dictámenes Psicológicos, debido a todo lo que aportan de una manera directa por los efectos que produce en las víctimas directas y familiares a la violación de sus derechos humanos, especialmente al que aquí mencionamos de manera reiterada como lo es precisamente la Tortura.

Así tenemos y aun cuando el 18 de Marzo de 2002 en su resolución A/RES/57/199, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo facultativo de la

**Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, siguen sin poderse practicar adecuadamente en muchos países incluido México y que fue puesto en vigor el **Protocolo facultativo** el 22 de Junio de 2006. Sin embargo se puede apreciar que dicho instrumento no se ha implementado con la debida corresponsabilidad de los actores judiciales respectivos (medico-psicólogos) y que para los especialistas en el área de psicología, muchas veces ni se consigna adecuadamente los hallazgos encontrados adecuadamente, esto ante el evidente desconocimiento de su propia aplicación o realización de un peritaje de semejante magnitud, por ello el asunto de la Violación a los Derechos Humanos de las personas que sufren de Tortura en los Centros de Readaptación Social o Cárceles, se sigue cometiendo omisiones e injusticias por la falta de tener con precisión un buen perfil de estos dictámenes.

La importancia del peritaje psicológico en el contexto judicial es relevante, puesto la Tortura es sin lugar a dudas uno de los problemas que se enfrenta continuamente y que son de un orden lacerante y que padece la humanidad en este devenir histórico social, el impacto emocional de manera indeleble y sus secuelas muchas veces insuperables y con un deterioro psicológico social terrible.

En su aportación la Psic. Nieves Gómez (2007), menciona y precisa dos puntos que me parece importante resaltar:

- a) Las labores del perito se vuelve factor fundamental, puesto que sus acciones, objetivos y metodología son **DIFERENTES** a las que realiza y utiliza un profesional de esta disciplina en un contexto de terapia psicológica que persigue fines de rehabilitación social, y
- b) Es mediante un peritaje (evaluación) psicológico a la víctima con el fin de determinar el Daño y

los Efectos que el delito le produjo en ella, y no busca evaluar la persona si se encontraba en una situación de “normalidad” psicológica, sino de evaluar el impacto de ciertos hechos en ella.

Por lo tanto es muy cuestionable entonces la aplicación adecuada de dicho PE. Puesto que muchas veces se suele confundir esta actividad, puesto que el *objetivo del peritaje sobre el daño a la integridad mental*, es muy claro para quienes se dedican y tiene conocimientos en asuntos de tortura, sin embargo puede haber una serie de errores e imprecisiones al respecto.

Lo relevantes de poder tener con precisión y confiabilidad la peritación de aquellos casos de tortura es para realizar una adecuada integración de dicha violación a los derechos humanos y que está claramente especificado en las Normas Jurídicas Internacionales aplicables, dentro de la declaración Universal de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y La propia Convención contra la Tortura, así como los diferentes instrumentos de carácter regional, de tal forma que es menester tener presente la importancia de realizar correctamente la ejecución del Protocolo de Estambul y no dejar que sea solo un instrumento de formato burocrático judicial-legal, teniendo muy presente siempre que la tortura es una violación grave a los derechos humanos y como tal debe ser atendida y valorada y que además tiene dos dimensiones de protección: a) La responsabilidad del Estado como una práctica sistemática o como actos individuales cometidas casi siempre por sus funcionarios o por particulares bajo su anuencia, ya sea por acción u omisión y 2) La responsabilidad penal individual del actor (autor directo o autor intelectual) en la jurisdicción penal interna, independientemente de la responsabilidad del Estado.

El panorama tan desolador que deja los actos de Tortura en todos aquellos y aquellas víctimas es inconmensurable, que la propuesta de la relevancia del PE, es fundamental puesto que se tiene que ver como un auténtico peritaje psicológico, ya que se puede convertir en una estrategia psico-jurídica de mayor alcance, en el litigio de casos de tortura, ante este panorama se hace ahora más que nunca de vital importancia la revisión de los alcances y las limitaciones que enfrenta su actual aplicación del *Manual para la Investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas degradantes*, conocido ampliamente como el **Protocolo de Estambul**, especialmente en México.

## 5. Referencias

- Alfaro, J; Jiménez, V; Muñoz, J (2006). La Evaluación Psicológica en el Ámbito Forense. En Revista Medicina Legal de Costa Rica. Costa Rica. No 2, Vol 23.
- Ching, R (2002). Psicología Forense: Principios Fundamentales. San José. EUNED.
- Ching, R (2003). Resumen para la conferencia: “Peritaje Psicológico Forense en Materia Penal Juvenil”. Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas. Costa Rica, 24 de Julio 2003.
- Ching, R (2005). El Peritaje Psicológico Forense Penal Juvenil (Un eslabón clave en la dimensión jurídica). Material sin publicar. San José, Costa Rica.
- Consideración para la investigación y documentación de la tortura en México (2007). Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Cordero, M; Donoso, G (s.f.). El peritaje psicológico como instrumento de apoyo a las víctimas de violaciones de derechos humanos en el litigio de casos ante el Sistema Interamericano. Asistencia psicológica a víctimas de tortura ante el sistema interamericano, IIDH, San José.
- Garrido, E; Masip, J; Herrero, M (2006). Psicología Jurídica. Madrid. Pearson Education.
- González, J (2004). El peritaje psicológico en el delito de abuso sexual. En Revista de Ciencias Penales. Costa Rica, No 22, año 16.
- Groth-Marnat, G. (1997). Handbook of psychological assessment (tercera edición). New York: John Wiley & Sons.
- Hess, A; Irving, B (1999). Writing Forensic Report Chap 18 in: The Handbook of Forensic Psychology. New York: John Wiley Inc Press.
- Melton, G.B., Petrila, J., Poythress, N.G. y Slobogin, C. (1997). Psychological evaluations for the courts. A handbook for mental health professionals and lawyers (segunda edición). New York: The Guilford Press.
- Mirá y López, E (1971). Manual de Psicología Jurídica. Buenos Aires. El Ateneo.
- Mora Víquez, Cristian (2007). Peritaje psicológico forense aplicado en contextos judiciales y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. San Jose
- Neuburger, A (s.f). Revisión y Análisis de los Peritajes Psicológicos Presentados ante la Corte Interamericana en la Etapa de Reparaciones (1989-2002). Costa Rica. Material obtenido de la página web del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la capacitación del curso “Acompañamiento psicológico a víctimas de violaciones graves a los derechos humanos en el litigio”, Noviembre 2007.
- Raffo, P (2005). Acompañamiento psicológico y terapia psicológica. Asistencia psicológica a víctimas de tortura ante el sistema interamericano, IIDH, San José.
- Rodríguez, V. (2003), La tortura en el sistema interamericano. El peritaje psicológico como medio de prueba. Asistencia psicológica a víctimas de tortura ante el sistema interamericano, IIDH, San José.

Handbook of Psychology. Volume 10.  
Assessment Psychology. New Jersey: John  
Wiley and Sons, Inc

VIOLENCIA DE GÉNERO SU IMPACTO EN LA SALUD PÚBLICA Y EN LOS DERECHOS HUMANOS: PROPUESTA DE ACCION.

Viviana Castellanos Suárez<sup>1</sup>

**RESUMEN:**

En el presente artículo se enmarca el concepto de violencia de género y se recapitula en los impactos de ésta en la Salud pública y en los Derechos Humanos.

Se finaliza considerando la resignificación como una propuesta de acción restaurativa de las secuelas y del impacto avasallante que tiene la Violencia de Género sobre la salud y los Derechos Humanos, además de hacer hincapié sobre la importancia de la Dignidad como Derecho Humano impactado pero a la vez a enaltecer en la resignificación de la Violencia de Género.

**ABSTRACT:**

In this article the concept of gender violence is framed and recapitulated in the impacts on public health and human rights.

It ends by considering the resignification as a proposal for restorative action sequels and the overwhelming impact of Domestic Violence on Health and Human Rights, in addition to emphasizing the importance of Dignity as Human Right impacted yet to the enhancement in the resignification of gender violence.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de Género, Salud Pública, Derechos Humanos, Dignidad, Resignificación. **DESCRIPTORS:** Gender-based violence, Public Health, Human Rights, Dignity, Resignification.

**SUMARIO:**

- I.- Violencia de Género
- II.- Impactos a la Salud pública
- III.- Impacto a los Derechos Humanos

---

<sup>1</sup> Lic. Psicología Universidad Iberoamericana Santa Fe México, Maestría en Psicoterapia Psicoanalítica Asociación Mexicana de Psicoterapia Psicoanalítica México, Maestría en Psicología Jurídica y Criminología Instituto Universitario Puebla, actualmente estudiante del Doctorado Solución de Conflictos; Mediación y Derechos Humanos Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Profesor Investigador Asignatura UJAT, Perito en Psicología.

IV.-Propuesta de acción  
Conclusiones

**I.- VIOLENCIA DE GÉNERO**

La violencia hacia la mujer no es un hecho nuevo, tiene un antecedente histórico, patriarcal, y cultural basado en el androcentrismo en el cual impera la subordinación de las mujeres respecto a los hombres. La visualización del hecho paso de ser cuestión privada a un problema social, tanto por su magnitud como por sus consecuencias se le considera un problema de salud pública, también se le ha llamado fenómeno “el fenómeno de la violencia”, que en realidad debería ser conceptualizado como una realidad calificada como una fuerte violación a los Derechos Humanos.

Desde las épocas más remotas de la cultura humana se ha manifestado siempre la subordinación de las mujeres respecto a los hombres este fenómeno no se ha limitado sólo a concebir la inferioridad femenina, sino que ha trascendido las fronteras de lo racional, hasta llegar incluso a manifestarse mediante comportamientos agresivos, que acreditados por las formas androcéntricas y de patriarcado y ratificados por la religión cristiana, la política y luego por las sociedades posteriores, conformando poco a poco la ya histórica y universal violencia de género.<sup>2</sup>

En el año 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer<sup>3</sup>, la cual logra definir y entender la violencia contra la mujer como “... *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o*

---

<sup>2</sup> Páez Cuba, L.D. “Génesis y evolución histórica de la violencia de género”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, febrero 2011. <http://www.eumed.net/rev/cccss/11/> fecha de consulta Junio 2 del 2014

<sup>3</sup> Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 23 de Febrero 1993 <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosDeclaracion/PAG0079.pdf> fecha de consulta Mayo 5 del 2014

*sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.*

Hacia 1994 se adopta en Brasil en Belém do Pará<sup>4</sup>, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ" <sup>5</sup>. Entiende por violencia contra la mujer (Art 1), “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”.

Hasta aquí el término que se han mencionado es violencia contra la mujer y es su nombre desde la perspectiva legal sin embargo a esta perspectiva legal se le une la perspectiva de género y entonces es a partir de esta perspectiva que se llama violencia de género.

La violencia de género que es el resultado <sup>6</sup>de un largo proceso surgido de una cadena de significantes que comenzó con el maltrato, o los malos tratos hacia las mujeres, para pasar después a la violencia contra las mujeres, ser reducida en los noventas a violencia doméstica, posteriormente nombrarla como violencia intrafamiliar y perfilarse finalmente a violencia de género, este término se acuña para denominar la violencia ejercida por varones sobre las mujeres en el seno de las parejas, al descomponerlo en sus dos componentes es que se refiere a la denominación de violencia que implica asumir la existencia de conductas

---

<sup>4</sup> La convención está actualmente en vigor y fue adoptada en la ciudad de Belém do Pará ; Brasil, en junio de 1994, México la ratificó en la ciudad de México en noviembre de 1998.

<sup>5</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ “, Brasil,1994. <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/igualdad/belemviolencia.pdf> fecha de consulta Mayo 5 del 2014

<sup>6</sup> Pintos, Begoña Marugán, y Juan J. Tamayo. "Violencia de género." *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 4, marzo – agosto 2013, pp. 226-233 [http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/03/17-Eunomia4\\_Marugan.pdf](http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/03/17-Eunomia4_Marugan.pdf) fecha de consulta Junio 2 del 2014

relacionadas que rebasan el nivel de lo aceptable y el calificar a esta violencia como de género es debido la problemática reside en la posición de subordinación del género femenino respecto al masculino.

Independientemente de cómo ha ido cambiando los significantes el fenómeno de la violencia se ha tenido que redefinir una y otra vez y delimitar tantas veces ha sido necesario como para poderlo abordar, incluso en países europeos concretamente en España el término violencia de género experimenta un nuevo cambio y es llamada violencia machista.

Lo cierto es que la sociedad no ha elegido el nombre definitivo para esta realidad que pretende, entender, prevenir, sancionar, y controlar, Villanueva (2004)<sup>7</sup> reflexiona respecto a la importancia del nombre ya que éste da identidad tanto a las personas, las cosas y a los hechos, identificando cuatro nombres para una misma realidad, violencia contra las mujeres, violencia doméstica, violencia de género o terrorismo machista.

Es decir, el darle un nombre y diferenciarla permitirá reconocer sus factores, contextos, causas, explicaciones y formas de controlarla, al respecto Ramírez,A(2012)<sup>8</sup> concluye que para poder dar una explicación a este tipo de violencia se ha comenzado por darle nombre y apellido y al llamarla de género y es porque ese ha dado una explicación desde la perspectiva de género la cual propone que el ser humano se ha visto influenciado por su medio ambiente por medio del aprendizaje formal o cotidiano, sosteniendo que los hombres debido a estructuras patriarcales han aprendido a ser violentos, las relaciones masculina tienen su base en la competencia y la destrucción y por ende la aceptación de la violencia.

---

<sup>7</sup> Villanueva, Concepción Fernández. "Violencia contra las mujeres: una visión estructural Violence against women: a structural perspective." *Intervención Psicosocial*. vol. 13 N.º 2 Págs. 155-164, 2004. <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/social/91388.pdf> fecha de consulta Mayo 8 del 2014

<sup>8</sup> Ramírez, Antonio. "Violencia masculina en el hogar." *El Cotidiano Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco*. Vol. 18, no 113, mayo-junio, 2002, pp. 28-36. <http://www.redalyc.org/pdf/325/32511304.pdf> fecha de consulta Mayo 9 del 2014.

## II.- IMPACTO EN LA SALUD PÚBLICA

Pese a que se enlistaran las aportaciones que todas las ciencias hacen respecto a la violencia, estas no bastan para erradicarla, ya que además de investigar o aportar respecto a sus causas, para con ello poder prevenir, atender, sancionar o erradicar, esto no ha sido suficiente, la violencia en cualquiera de sus tipos genera como toda acción una repercusión o consecuencia y esta ha sido por la magnitud de sus consecuencias considerada un problema de la salud pública es decir en la salud de la población.

Por ello la Organización Mundial de la Salud en sus siglas OMS<sup>9</sup> expresa claramente que la violencia contra la mujer especialmente la ejercida por su pareja que constituye un grave problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres, identifica cifras recientes de la prevalencia mundial indican que:

- El 35% de las mujeres del mundo han sufrido violencia de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida.
- Por término medio, el 30% de las mujeres que han tenido una relación de pareja refieren haber sufrido alguna forma de violencia física o sexual por parte de su pareja.
- Un 38% de los asesinatos de mujeres que se producen en el mundo son cometidos por su pareja.
- El 42% de las mujeres víctimas de violencia de pareja refieren alguna lesión a consecuencia de dicha violencia.

Así mismo la OMS<sup>10</sup> afirma que:

Estas formas de violencia pueden dar lugar a problemas de salud física, mental, sexual y reproductiva y otros problemas de salud, y aumentar la vulnerabilidad al VIH.

---

<sup>9</sup>OMS Organización Mundial de la salud. Violencia contra la mujer. Violencia contra la pareja y violencia sexual contra la mujer Centro de Prensa. Nota descriptiva 239. Octubre 2013

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> fecha de consulta junio 2 2014

<sup>10</sup> idem

La violencia de pareja produce a las víctimas supervivientes y a sus hijos graves problemas físicos, psicológicos, sexuales y reproductivos a corto y a largo plazo, y tienen un elevado costo económico y social.

La violencia contra la mujer puede tener consecuencias mortales, como el homicidio o el suicidio y lesiones.

Hay un alto costo social y económico de la violencia al reconocer que las mujeres pueden llegar a encontrarse aisladas e incapacitadas para trabajar, perder su sueldo, dejar de participar en actividades cotidianas y ver menguadas sus fuerzas para cuidar de sí mismas y de sus hijos, ya que las consecuencias de estas formas de violencia pueden ser causa de depresión, trastorno de estrés postraumático, insomnio, trastornos alimentarios, sufrimiento emocional e intento de suicidio, entre los efectos en la salud física se encuentran las cefaleas, lumbalgias, dolores abdominales, fibromialgia, trastornos gastrointestinales, limitaciones de la movilidad y mala salud general.

Los datos y aseveraciones anteriores son contundentes y sitúan éste hecho como un primordial y que no admite demora para la salud pública. La violencia en sí y la de género en particular ha rebasado los límites, las mujeres que han sufrido violencia de género, padecen múltiples problemas físicos, psicológicos, neurológicos y cognitivos, socioculturales, económicos, laborales, legales y vacíos espirituales ya que han perdido la voluntad al estar en un estado de sometimiento.

Investigadores de España y Chile proponen estudios con resultados impactantes acerca de las secuelas de la violencia de género, en el caso de España <sup>11</sup>, concluyen que las

---

<sup>11</sup> Hidalgo- Ruzzante, N., et. al., “Secuelas cognitivas en mujeres víctimas de violencia de género” 2012 <http://congresoestudioviolencia.com/2012/articulo20.php> consulta Mayo 21 del 2014

afectaciones y secuelas cognitivas se pueden producir a través de tres vías: daño directo como consecuencia de golpes en la cabeza; daño indirecto a través de las alteraciones cerebrales que producen las secuelas psicológicas, especialmente, el estrés postraumático; y daño indirecto a través del efecto que el cortisol, segregado en situaciones de estrés crónico, produce en el cerebro, agregan que de no ser rehabilitadas, las secuelas pueden interferir en su autonomía e independencia y en una reincorporación positiva al mundo social y laboral.

En el caso de Chile<sup>12</sup>, identifican el impacto a corto y largo plazo en la salud mental y física de las mujeres con violencia doméstica y señalan las consecuencias negativas que tiene para la sociedad en general ya que pese a que la violencia ha finalizado las consecuencias persisten, ya que hay lesiones graves y diferentes problemas de salud crónicos, entre los síntomas asociados frecuentemente con mujeres víctimas de violencia doméstica, se encuentran el dolor crónico y sintomatología relacionada con el sistema nervioso central, problemas gastrointestinales, problemas ginecológicos y trastornos cardíacos.

En cuanto a las consecuencias psicosociales que sufren las mujeres víctimas de violencia doméstica<sup>13</sup>, comparan el impacto de sufrir este tipo de violencia con el trauma causado tras haber sufrido secuestro y tortura, las secuelas psicológicas más frecuentes son depresión y trastornos de estrés postraumático las mujeres que mantienen este tipo de relaciones de abuso suelen presentar baja autoestima y sentimientos de indefensión y es cinco veces más frecuente que intenten suicidarse que las mujeres que no sufren malos tratos. Igualmente, es frecuente que padezcan ansiedad e insomnio, señalan que en algunos estudios se ha encontrado que las mujeres víctimas de violencia doméstica son quince veces más proclives

---

<sup>12</sup> Gracia, Enrique y Lila, Marisol. “Los profesionales de la salud y la prevención de la violencia doméstica contra la mujer”. *Revista. médica. Chile*, vol.136, n.3 2008 pp. 394-400.

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003498872008000300017&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003498872008000300017&lng=es&nrm=iso) consulta 02 de Junio del 2014

<sup>13</sup> idem

a abusar del alcohol y nueve veces a abusar de otras sustancias y los motivos de consulta pueden ser síntomas físicos y psicológicos poco específicos y trastornos por somatización, que pueden ser la carta de presentación de una situación de maltrato.

Así mismo resulta contundente la propuesta de Amnistía Internacional<sup>14</sup> dentro de su estudio titulado: *Cuerpos rotos, mentes destrozadas: tortura y malos tratos a mujeres*. Considera a la violencia intrafamiliar como la tortura de la mujer en el hogar, considerando que el daño que inflige un ciudadano particular a una mujer puede ser tan grave como el que sufre una mujer torturada por agentes del Estado, las repercusiones a largo plazo de los malos tratos reiterados en el hogar son física y psicológicamente devastadores.

Concluyen en que la violencia doméstica es un fenómeno auténticamente global; aunque las cifras varían en función de los países, el sufrimiento y sus causas son parecidos en todo el mundo, la violencia doméstica es una violación del derecho de la mujer a la integridad física, a veces dura años y aumenta con el tiempo causando problemas graves de salud a largo plazo, más allá de las lesiones inmediatas; las consecuencias físicas y psicológicas parecen ser acumulativas y pueden persistir incluso cuando la violencia ha cesado. La violencia en el hogar intimida, degrada y humilla, y destruye la autoestima.

Incluso Valdez-Santiago, Rosario et al.<sup>15</sup> han señalado el impacto de la violencia de género en cualquiera de sus expresiones en la salud mental identificando que las respuestas de la mayoría de las sobrevivientes exhiben una reacción inmediata de malestar que, de no resolverse, las lleva a desarrollar patrones sintomáticos crónicos y de larga duración, tales como estrés postraumático, depresión, problemas psicosomáticos trastornos de ansiedad,

---

<sup>14</sup> Amnistía Internacional. *Cuerpos rotos, mentes destrozadas: tortura y malos tratos a mujeres*. Amnistía Internacional, 2001. [http:// amnistiainternacional.org](http://amnistiainternacional.org) consulta 02 de Junio del 2014

<sup>15</sup> Valdez-Santiago, Rosario et al. "Violencia de género y otros factores asociados a la salud emocional de las usuarias del sector salud en México." *Salud pública de México*, vol 48. 2006 p.p. 250-258 [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342006000800005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342006000800005&script=sci_arttext) fecha de consulta Mayo 21 del 2014

intentos de suicidio, distorsiones cognitivas que les impiden reconocer la magnitud del peligro que corren.

El panorama de estas investigaciones es preocupante ya dejan ver que las mujeres están enfermando con signos y síntomas crónicos como consecuencia directa de la violencia ejercida y las acciones que se centran a la fase de rehabilitación y están aún lejos de la fase de la prevención o de erradicación o de restauración.

Es decir los daños a la salud que causa la violencia de género son crónicos y afectan y dejan huellas, cicatrices, marcas de manera real y simbólica en todo el cuerpo desde la cabeza hasta los pies; desde la cabeza en cuanto a las secuelas neuropsicológicas ya sea por los golpes recibidos o por la segregación de sustancias como el cortisol, en la mente, en su psique y en su alma quedan huellas emocionales y cognitivas por sufrir el estrés postratumático, por el sometimiento hacia su persona y por la inducción continua bajar su autoestima, autonomía y voluntad, por la depresión crónica, la propensión al alcohol, insomnio, estados de zozobra, problemas cardíacos, gastrointestinales y ginecológicos, en si en todo su cuerpo dolores crónicos, somatizaciones y fibromalgias, secuelas tales que al no ser detectadas o rehabilitadas son destructibles en si mismas deteriorando la salud y la calidad de vida, es decir si no las destruyó del todo la violencia cualquiera de estas afecciones instauradas lo podrían hacer.

### **III.- IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS**

La violencia de género es un problema no solo epidémico se está trasformando en pandémico ya que continuamente aparecen nuevos cambios y mutaciones, no es unívoca, es decir no solo tiene una definición única y aun esta fuera de control y de erradicación, por lo contrario se aprecian los tintes y destellos de las nuevas apariciones y mutaciones tanto en sus conceptos como en las conductas, por sus acciones, efectos y consecuencias es considerada a todas luces una violación a los derechos humanos.

En palabras de Kofi Annan que expone de manera clara y contundente<sup>16</sup>: La violencia de género es quizás la más vergonzosa violación a los derechos humanos. En la medida en que perdure, no podemos decir que progrese hacia la equidad, el desarrollo y la paz. Este antiguo flagelo está adquiriendo nuevas dimensiones en el siglo XXI.

Rico, Nieves, et al.,<sup>17</sup> comenta que en los últimos años se ha ido desarrollando en este devenir una concepción de los Derechos Humanos que cuestiona la validez universal del androcentrismo y del modelo del hombre occidental. Como consecuencia de esto, se ha comenzado a reconocer que la violencia de género constituye una violación del derecho a la identidad, puesto que refuerza y reproduce la subordinación de la mujer al varón, así como la distorsión del ser humano; del derecho al afecto, debido a que la violencia es la antítesis de toda manifestación de esa índole; del derecho a la paz y a relaciones personales enriquecedoras, afirma que es una situación de desamparo, que no proviene sólo del esposo y la familia sino también del Estado, que niega protección a las mujeres, y de la sociedad que invisibiliza el problema; del derecho al desarrollo personal, puesto que las víctimas sufren una parálisis psicológica que les impide desarrollar su potencial creativo; del derecho a la participación social y política, debido a que coarta la realización de actividades extradomésticas, con excepción de las mínimas relacionadas con los roles tradicionales, del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a una salud física y mental óptima.

---

<sup>16</sup> CEPAL. Mensaje del día internacional para la eliminación de la violencia contra la mujer 2003 Naciones Unidas, 2000-2013 Centro de Prensa. <http://www.eclac.org> fecha de consulta Mayo 2 del 2014

<sup>17</sup> Rico, Nieves, et al. “Violencia de género: un problema de derechos humanos”. *Mujer y desarrollo* 1996. CEPAL  
<http://bases.bireme.br/cgiin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=REPIDISCA&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=92617&indexSearch=ID> fecha de consulta 02 de Junio del 2014

Por su parte Marcela Lagarde <sup>18</sup>. Realiza un arduo análisis de como la violencia de género daña las vidas y el mundo de las mujeres y es ejercida desde cualquier sitio y con cualquier objeto material o simbólico que pueda causarles tortura, daño y sufrimiento. Identifica en su estudio que las repercusiones de la violencia a las mujeres son variadas e incluyen desde la lesión de su integridad como personas, la pérdida de libertad y de posibilidades, hasta la pérdida de la vida, la finalidad de la violencia de género debilita a las mujeres y mengua su capacidad de respuesta, de defensa y de acción. La violencia genérica produce en cantidad de mujeres uno de los recursos más importantes del control patriarcal: el miedo.

Los Derechos Humanos impactados o violados pudieran ser enlistados uno a uno tales como la libertad, igualdad, identidad, justicia, paz, respeto, seguridad, etc., sin embargo la violencia de género es una hecho real que atenta, impacta y avasalla fuertemente al principio de dignidad, al respecto y de manera primordial y contundente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ" <sup>19</sup>. Reconocen en su preámbulo "...que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres".

La Dignidad es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser humano individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo

---

<sup>18</sup> Lagarde Marcela "Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas". Guzmán Stein, Laura y Silvia Pacheco (comps.) *Estudios básicos de derechos humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1996. pp.1-32

[http://200.4.48.30/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/3\\_d\\_h\\_mujeres/24.pdf](http://200.4.48.30/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/3_d_h_mujeres/24.pdf) consultado 02 de Junio del 2014

<sup>19</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ ", Brasil,1994. <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/igualdad/belemviolencia.pdf> fecha de consulta Mayo 5 del 2014

hecho de ser persona<sup>20</sup>, el núcleo fundamental relativo a la dignidad es fuente de todos los derechos, la esencia de la dignidad es lo humano del hombre<sup>21</sup>, de aquí su importancia, primacía y urgencia de atención cuando esta se ve impactada.

De manera contundente y clara Islas Colín<sup>22</sup> agrega, que la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana, y todo lo que tiende a deshumanizar al hombre se le considera como un atentado a la dignidad.

Para cerrar este punto, las palabras que se exponen en el artículo 218<sup>23</sup> de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, son realistas al mencionar que los derechos humanos de la mujer, tal como han sido definidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, sólo serán letra muerta si no se reconocen plenamente y se protegen, aplican, realizan y hacen cumplir efectivamente, tanto en el derecho como en la práctica nacional, en los códigos de familia, civiles, penales, laborales y comerciales y en las reglamentaciones administrativas.

---

<sup>20</sup> Definición en de conceptos.com <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dignidad-humana#ixzz3DJhmuHBm> fecha de consulta junio 1 2014

<sup>21</sup> Islas Colín, Alfredo. Derecho a la dignidad. *Perfiles de las Ciencias Sociales* Año I, Vol. 1, No. 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT p.p.222  
[http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/cs/ediciones/1er\\_edicion/07](http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/cs/ediciones/1er_edicion/07) fecha de consulta junio 2 2014

<sup>22</sup> Islas Colín, Alfredo. Derecho a la dignidad: de cómo debe protegerse la dignidad. *Derechos humanos México: revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, no 4-6, 2007 p.p.49 fecha de consulta junio 2 2014  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/4/art/art2.pdf> fecha de consulta junio 2 2014

<sup>23</sup> IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, Septiembre 1995  
<http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/confmujer.htm> fecha de consulta Mayo 5 del 2014

#### **IV.- PROPUESTA DE ACCION**

Como se ha planteado a lo largo del presente escrito la violencia es un hecho con raíces histórico-patriarcales, culturales, que ha pasado del escenario privado al escenario social, la cual ha sido y está siendo reproducida por símbolos, signos, significantes, arquetipos, la cual se ha hecho visible y cuyos impactos principales son en la salud pública y en los derechos humanos concretamente en la indescriptible violación a su dignidad como persona.

Al parecer hasta hoy el enfoque que se ha dado es para prevenir, atender, sancionar y erradicar, es decir las acciones han sido más reactivas que restaurativas, lo cierto es que la mujer que ha vivido violencia ha vivido un fuerte menoscabo e impacto en su salud y en su Dignidad.

Al respecto el enfoque restaurativo<sup>24</sup>, es un concepto acuñado por el psicólogo americano Albert Eglash, psicólogo americano quien en 1958 elaboró el concepto de restitución creativa muy relacionado con el de Justicia Restaurativa, refiriéndose a la restitución creativa como una técnica de rehabilitación en la cual se ayuda al infractor bajo supervisión apropiada a encontrar alguna manera de compensar a las personas que han dañado.

Hacia 1977<sup>25</sup> este mismo autor acuñó el concepto de justicia restaurativa distinguiendo tres tipos de justicia penal: retributiva, distributiva y restaurativa. Las dos primeras se centran en el hecho delictivo y niegan la participación de la víctima. La tercera, la restaurativa se centra en la reparación de los efectos nocivos del delito y se involucra activamente a todas las partes afectadas.

---

<sup>24</sup> De Mediación Penal. Memoria del Servicio. de Castilla y León (Burgos), año 2011. *Web del Tribunal Superior de justicia de Castilla León*. Memoria 20 2011 .pdf. Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (BURGOS)

[http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA/TSJ Castilla y León/NOTA DE PRENSA/Memoria 2011.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES_SUPERIORES_DE JUSTICIA/TSJ Castilla y León/NOTA DE PRENSA/Memoria 2011.pdf) . p. 3 fecha de consulta junio 5 2014

<sup>25</sup> idem

La justicia restaurativa<sup>26</sup> en un sentido estricto es utilizada en el ámbito penal y en un sentido amplio y cultural, es una filosofía que busca transformar las bases de la injusticia y construir paz por ello no se limita exclusivamente al ámbito jurídico-penal, bajo esta óptica la Justicia Restaurativa trata de ver y conocer las causas del conflicto y las consecuencias de estos hechos dañosos para promover una curación y recuperación de todos los implicados en el hecho tanto directamente como indirectamente.

Por ello la propuesta de acción con las mujeres víctimas de violencia de género, es la resignificación, la cual consiste en identificar las acciones que se emprenden para reorientar de manera positiva su vivencia, el término resignificación, está ubicado dentro de la conducta resiliente, el estudio del comportamiento resiliente desde la psicología<sup>27</sup>, se enfoca a comprender qué permite a algunos seres humanos enfrentar traumatismos violentos y crearse una vida exitosa en términos personales, sociales y culturales, a pesar de que por su gravedad conllevan muy generalmente a la destrucción de esas posibilidades, la resiliencia puede entenderse como la capacidad para sobreponerse a los problemas, adversidades o conflictos buscando alternativas creativas, que le permitan a la persona o grupo social antes que dañarse, resignificarlas, fortalecerse con ellas y construirse nuevas posibilidades a partir de sus potencialidades, entendidas éstas no como innatas, sino cómo competencias que pueden desarrollarse.

La promoción de la resiliencia<sup>28</sup>, exige una desvictimización de la víctima y una despatologización e indeterminación de los fenómenos dentro del simplista paradigma de causa y efecto o estímulo respuesta, oponiéndose al reduccionismo que lleva a encasillar, pronosticar o hasta diagnosticar males futuros a quienes en el presente los reciben. La respuesta resiliente es el legítimo derecho a conservar la propia vida y tener la libertad de elegir el tipo de respuesta que se va a dar.

---

<sup>26</sup> idem

<sup>27</sup> Zuluaga Gómez, Armando. La resiliencia o el sentido de la posibilidad. *Revista Poiésis*, 2006, vol. 6, no 11 p.p.1-4 <http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/435>  
fecha de consulta junio 5 2014

<sup>28</sup> idem

Bosch, Esperanza, et al.<sup>29</sup> realizan una propuesta acerca de la importancia de la recuperación integral de las víctimas de la violencia de género, en ella se reconoce la importancia del empoderamiento y se hace énfasis que el modelo de psicoterapia para la rehabilitación de las mujeres víctimas de violencia de género es en dos vías, la primera de ellas en lograr a partir de la psicología positiva donde se potencialicen sus emociones, fortalezas y aquellas características que les permiten aprender, disfrutar, ser generosos, solidarios y optimistas para manejar la fortaleza del individuo hacia si mismo, la segunda propuesta es en relación a reconocer la construcción de un mundo más justo basado en los principios inviolables de los derechos humanos: igualdad y justicia. Su propuesta abarca el cambio de ideología ya que sostienen que la ideología ya que esta tiñe todas las actuaciones la forma de ser y de responder.

Es cierto que las mujeres al salir de la violencia sea por ellas mismas o ayudadas por alguien, algo o algunos, luego de tomar la gran decisión han dado el primer gran paso, sin embargo el camino a emprender es arduo, es de tiempo y supone vencer obstáculos y encontrar o crear facilitadores, recordemos que el maltrato al cual han sido sometidas ha minado la autoestima, autoconcepto, autonomía e identidad, en sí la dignidad de sus personas, por ello no será fácil la resignificación sin embargo si se identifican en la mujeres, la percepción de su dignidad, los pasos y acciones que han emprendido para la restauración de su dignidad, estos pueden ser replicados por otras mujeres que están en la vía de la restauración de su dignidad.

La violencia de género impacta de lleno la dignidad de las mujeres víctimas por lo que la propuesta de su restitución es a partir de ir recogiendo uno a uno los pedazos en los que fue impactada su dignidad y transformarlos en experiencias de crecimiento, esto implica una resignificación de las vivencias en acciones que le permitan orientar positivamente su experiencia, por ello es un proceso arduo, de tiempo y que implica vencer obstáculos y

---

<sup>29</sup> Bosch, Esperanza, et al. "Itinerarios hacia la libertad: la recuperación integral de las víctimas de la violencia de género". *Psicología y Salud*, Universidad Veracruzana. vol. 15, no 1, 2014 p. 97-105. <http://revistas.uv.mx/index.php/psicysalud/article/viewFile/823/1495> fecha de consulta 13 de Junio del 2014

emprender acciones tales y que por mínimas que estas sean faciliten que las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar puedan rehabilitarse, recuperarse, restituirse y repararse a partir de la resignificación de la vivencia y de ello superar su vivencia e ir teniendo el sentir de que su dignidad está siendo restaurada y su salud recuperada.

## CONCLUSIONES

El daño que deja la violencia de género en la salud de la mujer, es crónico y deja huellas neurológicas en el cerebro, en su psique y en su alma quedan huellas emocionales y cognitivas por sufrir el estrés postraumático, por el sometimiento hacia su persona y por la inducción continua a someterla y bajar su autoestima, autonomía y voluntad.

Las secuelas de la salud son tales que al no ser detectadas o rehabilitadas son destructibles en sí mismas deteriorando la salud y la calidad de vida, es decir si no las destruyó del todo la violencia cualquiera de estos impactos a su salud lo podrían hacer.

La violencia de género es una violación a los Derechos Humanos que tiene un impacto arrasador y nulificante concretamente sobre su Dignidad como persona, ya que rompe con la unidad, es decir las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar tienen como consecuencia el rompimiento de la de las esferas biológicas, psicológicas, sociales y espirituales, mismas que son la base del equilibrio de todo ser humano.

Los Derechos Humanos resguardados e identificados tanto en lo tratados internacionales como las legislaciones nacionales se ven impactados, se hace evidente en datos estadísticos y de manera visible que la violencia intrafamiliar sobrepasa los límites previstos de control y de sanción, no ha sido erradicada, crece, muta y golpea de frente a los derechos y principios básicos de libertad e igualdad, seguridad, protección, paz, desarrollo, en si daña a su dignidad, valga esta última reflexión para señalar la cultura derechos humanos le pueden y deben dar luz y guía a la restauración de la violencia de género.

Ante la violencia sin límites, mutante, incontrolable, existe la resignificación como propuesta de acción con las mujeres víctimas de violencia de género, la cual consiste en

identificar las acciones que se emprenden para reorientar de manera positiva su vivencia, esta acción permite tener la libertad de elegir el tipo de respuesta que se va a dar ante una situación adversa o un hecho como la violencia de género.

Estas acciones apoyan definitivamente para abatir los efectos y consecuencias de la violencia de género y con ello tomar acciones concretas para restaurarse en su salud y dignidad como personas y finalmente estas acciones sirven de guía para otras mujeres que desafortunadamente viven esta realidad.

Sin embargo surgen otras interrogantes tales como: ¿Las mujeres víctimas de violencia de género saben de éste impacto a su salud?, ¿Conocen que ésta realidad es una violación a sus Derechos Humanos? , ¿Conocen qué es la dignidad?, ¿Conocen sus derechos?, ¿Saben de la propuesta para resignificar sus vivencias?. ¿ Se saben violentadas?.

## Bibliografía

AMNISTIA Internacional. *Cuerpos rotos, mentes destrozadas: tortura y malos tratos a mujeres*. Amnistía Internacional, 2001. [http:// amnistiainternacional.org](http://amnistiainternacional.org) consulta 02 de Junio del 2014

BOSCH J. Esperanza, et al. “Itinerarios hacia la libertad: la recuperación integral de las víctimas de la violencia de género”. *Psicología y Salud*, Universidad Veracruzana. vol. 15, no 1,2014 p. 97-105.

<http://revistas.uv.mx/index.php/psicysalud/article/viewFile/823/1495> fecha de consulta 13 de Junio del 2014

DICCIONARIO de definición en de conceptos.com <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dignidad-humana#ixzz3DJhmuHBm> fecha de consulta junio 1 2014

DE MEDIACION PENAL. Memoria del Servicio. de Castilla y León (Burgos), año2011.

*Web del Tribunal Superior de justicia de Castilla León*. Memoria 20 2011 .pdf.

Servicio de Mediación Penal de Castilla y León (BURGOS)

[http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES SUPERIORES DE](http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES_SUPERIORES_DE)

- JUSTICIA/TSJ Castilla y León/NOTA DE PRENSA/Memoria 2011.pdf . p. 3 fecha de consulta junio 5 2014
- GRACIA, Enrique y LILA, Marisol. “Los profesionales de la salud y la prevención de la violencia doméstica contra la mujer”. *Revista. médica. Chile* , vol.136, n.3 2008 pp. 394-400 . <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872008000300017&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872008000300017&lng=es&nrm=iso) consulta 02 de Junio del 2014
- HIDALGO-RUZZANTE, N., et. al., Secuelas cognitivas en mujeres víctimas de violencia de género, 2012 <http://congresoestudioviolencia.com/2012/articulo20.php> consulta Mayo 21 del 2014
- ISLAS COLIN, Alfredo. Derecho a la dignidad. *Perfiles de las Ciencias Sociales* Año I, Vol. 1, No. 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT p.p.222  
[http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/cs/ediciones/1er\\_edicion/07](http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/cs/ediciones/1er_edicion/07) fecha de consulta junio 2 2014
- ISLAS COLIN, Alfredo. Derecho a la dignidad: de cómo debe protegerse la dignidad. *Derechos humanos México: revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, no 4-6, 2007 p.p.49 fecha de consulta junio 2 2014  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/4/art/art2.pdf> fecha de consulta junio 2 2014
- LAGARDE, Marcela. "Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas." *Guzmán Stein, Laura y Silvia Pacheco (comps.) Estudios básicos de derechos humanos IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica. 1996, pp.1-32  
[http://200.4.48.30/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/3\\_d\\_h\\_mujeres/24.pdf](http://200.4.48.30/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/3_d_h_mujeres/24.pdf) fecha de consulta Mayo 18 del 2014
- PAEZ CUBA, L.D. “Génesis y evolución histórica de la violencia de género”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, febrero 2011.  
<http://www.eumed.net/rev/cccss/11/> fecha de consulta Junio 2 del 2014

PINTOS, Begoña Marugán, y Juan J. Tamayo. "Violencia de género." *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 4, marzo – agosto 2013, pp. 226-233 [http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/03/17-Eunomia4\\_Marugan.pdf](http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/03/17-Eunomia4_Marugan.pdf) fecha de consulta Junio 2 del 2014

RAMIREZ, Antonio. "Violencia masculina en el hogar." *El Cotidiano Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco*. Vol. 18, no 113, mayo-junio, 2002, pp. 28-36. <http://www.redalyc.org/pdf/325/32511304.pdf> fecha de consulta Mayo 9 del 2014.A. Violencia masculina en el hogar. *El Cotidiano*, mayo-junio 28-36 2002.

RICO, Nieves, et al. "Violencia de género: un problema de derechos humanos". *Mujer y desarrollo*. 1996.CEPAL <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=REPIDISCA&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=92617&indexSearch=ID> fecha de consulta 02 de Junio del 2014

VALDEZ-Santiago, Rosario et al. "Violencia de género y otros factores asociados a la salud emocional de las usuarias del sector salud en México." *Salud pública de México*, vol 48. 2006 p.p. 250-258 [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342006000800005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342006000800005&script=sci_arttext) fecha de consulta Mayo 21 del 2014

VILLANUEVA, Concepción Fernández. "Violencia contra las mujeres: una visión estructural Violence against women: a structural perspective." *Intervención Psicosocial*. vol. 13 N.º 2 Págs. 155-164, 2004. <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/social/91388.pdf> fecha de consulta Mayo 8 del 2014

ZULUAGA Gómez, Armando. La resiliencia o el sentido de la posibilidad. *Revista Poiésis*, 2006, vol. 6, no 11p.p.1-4 <http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/435> fecha de consulta junio 5 2014

## LEGISLACIONES

- Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 23 de Febrero 1993 <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosDeclaracion/PAG0079.pdf> fecha de consulta Mayo 5 del 2014
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ ", Brasil,1994. <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/igualdad/belemviolencia.pdf> fecha de consulta Mayo 5 del 2014
- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, Septiembre 1995 <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/confmujer.htm> fecha de consulta Mayo 5 del 2014

## ORGANISMOS

- CEPAL. Mensaje del día internacional para la eliminación de la violencia contra la mujer 2003 Naciones Unidas, 2000-2013 Centro de Prensa <http://www.eclac.org> fecha de consulta Mayo 2 del 2014
- OMS Organización Mundial de la salud. Violencia contra la mujer. Violencia contra la pareja y violencia sexual contra la mujer Centro de Prensa. Nota descriptiva 239. Octubre 2013. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/> fecha de consulta junio 2 2014



## Discriminación y violencia hacia las mujeres indígenas en la práctica de algunos usos y costumbres

Isi Verónica Lara Andrade\*

### Resumen:

El arraigo de las comunidades indígenas a sus usos y costumbres; y que el Estado avale su derecho consuetudinario, tienen una razón de ser, ya que emanan de un proceso histórico-cultural, desde la llegada de los españoles se les permitió conservarlos siempre que no violentaran las leyes de la corona. Un punto del acuerdo de San Andrés Larráinzar de 1996, es el reconocimiento de sus sistemas normativos, en tanto no sean contrarios a las garantías constitucionales y de derechos humanos, en particular los de las mujeres; sin embargo es preocupante que a pesar de ello, el mundo indigenista está marcado por inequidades, violencia y discriminación en relación con las mujeres, quienes se encuentran en desventaja debido a una sociedad patriarcal que tiene el dominio de su vida cotidiana, donde se les violentan sus derechos humanos a causa de la práctica de algunos usos y costumbres.

### Abstract:

The deep-seatedness of the native commune to their traditions and customs and the State guarantee to their common law have a purpose, because they stem from a historic-cultural process. Since the arrival of the Spaniards, it had been allowed to keep their laws as long as they did not infringe the Crown Laws. One of the sections of the San Andres Larrainzar Agreement of 1996 established the recognition of their legal regulations as long as they are not opposed to the constitutional and human rights, especially those referring to women. However, it is cause for concern that despite this,

---

\* Maestra en Derecho Penal por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, doctorante del posgrado: doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC CONACYT.

the native society is marked by injustice, violence and discrimination related to women who are in disadvantage because of the patriarchal society that has control over their daily lives, where their human rights are violated through the practice of some customs and traditions.

**PALABRAS CLAVE:** Pueblos indígenas, mujeres, usos y costumbres, discriminación, violencia y derechos humanos

**DESCRIPTORS:** Native peoples, woman, customs and traditions, discrimination, violence and human rights

**SUMARIO:**

Introducción. 1. Antecedentes. 2. Usos y costumbres. 3. Discriminación y violencia que afecta a mujeres indígenas. 4. Mujeres que han sufrido por la práctica de usos y costumbres. 5. Políticas públicas basada en los principios de interculturalidad e interlegalidad. Conclusiones. Bibliografía

**INTRODUCCION**

Este artículo es un extracto del trabajo de investigación que como responsable de vivir en una sociedad en la cual se pueden apreciar muchas injusticias, he venido realizando como necesidad y curiosidad de indagar sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas, cuales son los usos y costumbres que violan sus derechos humanos; y como viven y manifiestan la práctica de estos; la interculturalidad e interlegalidad como solución al choque del derecho consuetudinario y el derecho del Estado.

Al involucrarme cada vez más con el tema surge una pregunta ¿Como podemos como sociedad defender los derechos humanos de las mujeres y niñas indígenas? y encuentro una posible respuesta, con las herramientas que nos dan la educación a través de la investigación al generar los conocimientos necesarios para disertar nuestras opiniones en foros nacionales e internacionales que generan inquietudes entre la sociedad y gobierno, desde el lugar que nos encontremos sembrar nuestra semilla para lograr que todos los derechos humanos, sean derechos para todos.

Las difíciles condiciones de vida que enfrentan estas comunidades y la desigualdad estructural de género obstaculizan el desarrollo de las niñas y mujeres en su entorno social. Debido a la violencia en sus propias comunidades y a la discriminación sexista, racistas y clasista que enfrentan fuera de ellas, mujeres indígenas que han querido

mejorar sus vidas y la de otras mujeres de sus municipios han sufrido maltrato y persecución poniendo en riesgo su vida y su salud.

### ANTECEDENTES

El arraigo de las comunidades indígenas a sus usos y costumbres; y que el Estado avale su derecho consuetudinario, tienen una razón de ser, ya que emanan de un proceso histórico-cultural, desde la llegada de los españoles se les permitió a los pueblos indígenas conservar sus usos y costumbres, pero que no violentaran las leyes de la corona; es decir que la monarquía española luego de someter a los pueblos mesoamericanos reconoció como sus principales derechos el ser evangelizados y el de ejercer sus propias normas internas siempre y cuando no contravinieran las normas de Castilla, ni la moral cristiana.

La jurista ecuatoriana Nina Pacari considera que “los pueblos indígenas durante la colonial salvaguardaron y fortalecieron sus identidades e instituciones por dos vías simultáneas: la primera, la interna, radica en la fortaleza de sus usos y costumbres, en la reconstitución de pueblos y territorios, así como en la reconstrucción y recreación de la memoria ancestral para proyectarse en un futuro con inclusión social que no es otra cosa que el posicionamiento del referente de la diversidad; y segunda, la externa, que permitió utilizar los mecanismos como el “alzamientos”, o “revueltas” en contra del abuso que ejercieron en contra de una subcultura del despojo, de la estructura del poder imperante”.<sup>1</sup>

En el México independiente del siglo XX, los derechos de los pueblos indígenas no figuraron en las Constituciones que fueron promulgadas en esa época, ya que no consideró a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y por tanto sus sistemas normativos internos se continuaron aplicando de manera clandestina.

En 1992 se lleva a cabo la reforma en materia agraria donde los pueblos indígenas fueron tomados en cuenta y se introduce por primera vez en la constitución (artículo 4°),

---

<sup>1</sup> PACARI Nina, “*El auge de las identidades como respuesta política*”, “*en los desafíos de la interculturalidad*”, CASTRO-LUCIC Milka, editorial LOM, Chile 2004, pp. 36 y 37

El reconocimiento de que México es una nación pluricultural, basada en sus pueblos originarios.

Sin embargo la fase de redistribución de las reformas agrarias finalizada hace aproximadamente dos décadas, redujo las posibilidades de trabajo agrícola independiente para la próxima generación, los pueblos indígenas han buscado inevitablemente estrategias alternativas de supervivencia. Las alternativas más importantes son la agricultura comercial a menor escala, la participación en los mercados de mano de obra, el comercio formal e informal, el sector de servicio, el transporte y las actividades de extracción.

Pero las constantes violaciones a los derechos indígenas origina el levantamiento del EZLN en 1996 originando los acuerdos de San Andrés Larráinzar, firmado por la comunidad indígena y el gobierno federal, estos acuerdos habrían de ser el marco de referencia para las labores legislativas, la creación del nuevo marco jurídico nacional, que cumpliera con los derechos pactados como: “a) ejercer el derecho a desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica; b) obtener el reconocimiento de sus sistemas normativos internos para la regulación y sanción, en tanto no sean contrarios a las garantías constitucionales y de derechos humanos, en particular los de las mujeres.”<sup>2</sup> Estos son algunos puntos del acuerdo que derivarían finalmente a la reforma constitucional del 2011, donde se reconocieron los derechos de los pueblos indígenas y se establecieron las acciones que deben tomar las autoridades a fin de garantizar su preservación.

En el contexto internacional, el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) ha servido como modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena, de modo que muchas de las nociones que lo articulan, como las de “pueblo y comunidad indígena”, “autoidentificación”, “territorios tradicionales”, “usos y costumbres”, aparecen en las disposiciones legales en diversos países, donde se pretende respetar la identidad cultural y las instituciones indígenas.

Al respecto Luis Villoro determina que “la única definición en convenciones internacionales de pueblos indígenas se encuentra precisamente en el *Convenio 169* de

---

<sup>2</sup> ROCHA DÍAZ Salvador, “*La Reforma Constitucional para la Protección de los Derechos y la Cultura de los pueblos indígenas*”, editorial Porrúa, México 2004, p. 10

la OIT. Los define por las siguientes características: Primero, descender de los pueblos anteriores a la colonización; este es un factor histórico: un pueblo es un pueblo en la medida en que desciende históricamente de un pasado determinado. Segundo, conservar su cultura propia, esto es, “sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o una parte de ellas”; este es un factor sociocultural: se necesita que haya una cultura común que se conserve y se exprese en una lengua, en otros modos de vida, etc., pero también en instituciones. Y, tercer factor, tener conciencia de su identidad; este es un factor subjetivo: se trata de la autoidentificación”.<sup>3</sup>

El Estado mexicano ha ratificado casi en su totalidad las convenciones e instrumentos internacionales, referentes a los derechos de las mujeres, gracias a esto, podemos exigir su garantía, aplicación y el ejercicio de estos derechos. Estas normatividades han servido como mecanismo de presión y exigencia por parte de la sociedad al Estado, además que ha sido eje en la creación de políticas y leyes a favor de las mujeres y la igualdad de género.

Recientemente el 3 de Octubre de 2014, La Cámara de Diputados federal aprobó reformar el artículo segundo constitucional, que reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a tener sus propias formas de gobierno, para agregar que se deberá garantizar que las mujeres indígenas ejerzan su derecho a votar y ser votadas en condiciones de igualdad con los varones, sin que los usos y costumbres limiten este ejercicio. Esta reforma garantiza que en las comunidades indígenas las mujeres disfruten y ejerzan su derecho a votar y ser votadas en condiciones de igualdad con los hombres, así como a acceder a cargos públicos y de elección popular en los mismos términos.

La legisladora Eufrosina Cruz comento “que por cientos de años el derecho de las mujeres a votar y ser votadas en muchas comunidades y municipios ha sido manipulado, conculcado y condicionado por las autoridades municipales que desconocen u oprimen sus Derechos Humanos, aunado a que sólo por ser mujeres se les niega el derecho a la educación, a la salud, a decidir el número de hijas e hijos que

---

<sup>3</sup> VILLORO Luis, “Derechos humanos, derechos de los pueblos”, en “Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, fascículo 1, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México mayo, 2003, p. 9,

quieren tener y elegir a su pareja; más aún en pleno siglo XXI se las sigue intercambiando”.<sup>4</sup>

### DISCRIMINACION Y VIOLENCIA QUE AFECTA A MUJERES INDÍGENAS

El Estado mexicano ha trabajado en la evolución de su marco jurídico interno previendo cumplir con el enfoque internacional basado en el principio de Equidad de Género, para evitar la violencia y discriminación en las mujeres.

Las indígenas es el grupo vulnerable que más sufre discriminación no solo por ser indígenas además ser mujeres y vivir en la pobreza, aun se aprecia algunas prácticas de usos y costumbres en sus comunidades que violan sus derechos fundamentales.

Existen una serie de datos estadísticos que muestran la desigualdad entre las mujeres indígenas y las no indígenas, y entre mujeres y hombres indígenas. El panorama para las mujeres indígenas es más difícil que para las que no lo son, por ejemplo: En educación solo el 13% de las chicas entre 18 a 22 años asisten a la escuela.

Las difíciles condiciones de vida que enfrentan estas comunidades y la desigualdad estructural de género obstaculizan el desarrollo de las niñas y mujeres en su entorno social, debido a la desigualdad en sus propias comunidades y a la discriminación sexista, racista y clasista que enfrentan fuera de ellas, mujeres indígenas que han querido mejorar sus vidas y la de otras mujeres de sus municipios han sufrido violencia y persecución poniendo en riesgo su vida y su salud.

El mundo indigenista está marcado por inequidades en relación con las mujeres. La cultura de las comunidades se encuentran atravesada por costumbres desventajosas para las mujeres debido a una sociedad patriarcal, en el que dominio masculino es la regla en la vida cotidiana.<sup>5</sup>

La doctora en literatura Lucia Melgar en su ensayo discriminación sobre discriminación enfatiza que “la sociedad mexicana sigue arrastrando una pesada carga de prejuicios que inciden en las conductas y relaciones sociales e interpersonales de manera negativa. La

---

<sup>4</sup> GUERRERO Jaime, “*Garantizan a mujeres indígenas derecho a votar y ser electas*”, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>

<sup>5</sup> SILVA MÉNDEZ Jorge Luis, “*Género y Educación: aportes para la discusión jurídica*”, editorial Fontamara, México 2012, p. 206

herencia colonial, el clasismo, la misoginia y un temor general hacia el otro son algunos de los factores sociales y culturales que han impedido la construcción de una sociedad igualitaria e incluyente”.<sup>6</sup>

El proyecto de una estudiante de séptimo cuatrimestre de Derecho, de la Universidad Interamericana para el Desarrollo, da cuenta de que las mujeres sufren mayormente violencia por parte de sus padres. “Y es que está arraigado muy fuerte el machismo en las poblaciones rurales, donde las esposas e hijas son ofendidas a gritos y golpes. De las 58 comunidades que conforman el municipio de Bacalar, es en aquellas poblaciones más olvidadas, más alejadas, donde la mayoría de las mujeres están sufriendo más este flagelo, aunado a su baja autoestima”, explicó Castillo Rodríguez quien, por su proyecto, recibió un reconocimiento por parte de su universidad.<sup>7</sup>

### USOS Y COSTUMBRES

Al hablar de los usos y costumbres en México, no se puede hablar de un “fenómeno” que sucede de la misma forma en todo el país, aunque se puedan encontrar similitudes entre pueblos y comunidades. No obstante es necesario pensar que los usos y costumbres en cada lugar están estrechamente ligados con su contexto particular.

Resulta difícil distinguir con exactitud la frontera entre la herencia indígena y la colonial y ha habido un gran debate entre antropólogos por hacer esta división. Uno de los sistemas considerados como parte de esa herencia indígena-colonial es el de los usos y costumbres. Este sistema es entre otras cosas una forma de autogobierno y auto gestión de las comunidades de acuerdo a sus tradiciones y prácticas propias.<sup>8</sup>

En todas las comunidades indígenas del país se siguen practicando formas de autogobierno y se rigen por sus sistemas normativos, con pocos cambios desde la época prehispánica, conocidos como “usos y costumbres”.

Las críticas en contra de los usos y costumbres, o sistemas normativos indígenas, se agrupan en tres ejes principales: la intolerancia religiosa, la discriminación en contra de

---

<sup>6</sup> MELGAR Lucia. “Discriminación sobre discriminación: una mirada desde la perspectiva de género”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012, p. 7

<sup>7</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ Gustavo, “Sin recursos para lanzar programas antiviolencia en QR”, Bacalar, Quintanaroo, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>

<sup>8</sup> ALMADA RIVERO Marcos, “Usos y costumbres luchan por sobrevivir en Tlalnepantla”, <http://www.institut-gouvernance.org/en/experienca/fiche-experienca-9.html>

la mujer y el problema de los derechos humanos individuales. Sin entrar en una discusión de fondo de estas muy importantes críticas, constituyen sólo algunas aportaciones a un debate que tiene que profundizarse en el seno de la sociedad civil para avanzar hacia la construcción de un estado pluriétnico en México.<sup>9</sup>

En Cuetzalan<sup>10</sup>, algunas mujeres no pueden salir de casa sin el permiso de su pareja y menos que inicien un proceso legal ante situaciones de violencia, donde la razón explicativa es que no se acostumbra que las mujeres “anden” en ese tipo de procesos jurídicos (que suelen pensarse y creerse como propios de los hombres, lo cual se justifica argumentado que la “racionalidad” habita exclusivamente en ellos). Se pueden observar en casos como el referido que hay aspectos contextuales que se viven en la familia y en la comunidad que impiden que se hagan respetar y valer los derechos.

Las mujeres al intentar denunciar situaciones como la violencia doméstica, se enfrentan tanto las autoridades del derecho estatal y el consuetudinario demeritan la importancia de su caso, porque la violencia contra las mujeres se considera un problema de pareja, ya naturalizado. Los procesos de denuncia entre las parejas suelen no sólo subordinar a las mujeres, sino incluso me parece que se les discrimina, denigra y humilla pues “se les considera culpables de provocar las acciones en su contra. En principio, la autoridad suele disuadir a la mujer... y se le insta a recapacitar sobre su conducta.”<sup>11</sup>

#### MUJERES QUE HAN SUFRIDO POR LA PRÁCTICA DE USOS Y COSTUMBRES

Eufrosina Cruz, indígena Zapoteca, quien en 2007, se presentó como candidata a presidenta municipal, pese a que las mujeres tienen prohibido participar en asambleas del pueblo. Sus boletas fueron tiradas a la basura. Ella no reconoció al alcalde electo, pero el PAN la postuló a diputada local y fue la primera mujer indígena en presidir la mesa directiva del Congreso. Cabe señalar que como ella otras mujeres rompieron los usos excluyentes de la comunidad. Muchas mujeres que dejan su pueblo para estudiar enfrentan discriminación y explotación por ser indígenas.

La situación vivida por Eufrosina pone en evidencia el enorme reto que representa entender; la difícil situación de las mujeres indígenas al interior de sistemas de usos y

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 15

<sup>10</sup> Cuetzalan se conforma por etnias Nahuas, Totonacas, Tepehuas y Otomíes, se encuentran en el Estado de Puebla, México

<sup>11</sup> RAYMUNDO SABINO Lourdes, “*mujeres nahuas, entre los usos y costumbres y derechos humanos*”, CIESAS, <http://www.educacioncontracorriente.org/memorias/2165>

costumbres. Este caso trajo al debate nacional el tema de los derechos políticos de las mujeres en municipios usocostumbristas oaxaqueños y en las comunidades indígenas del país.<sup>12</sup> Las sociedades indígenas se vieron como bastiones del patriarcado que rige la vida de las mujeres sometidas a los varones.

Otro caso de violencia y discriminaci3n en su propia comunidad es de Elia Castañeda Mart3nez solicit3 y obtuvo permiso para participar en el proceso de elecci3n a agente municipal de San Juan Cotzoc3n, Oaxaca, y en el que gan3 la elecci3n el 2 de enero de 2011.

Ese mismo d3a tomo posesi3n como agente municipal y nombr3 a Marcelina Miguel Santiago como su secretaria y a Eveltia Pacheco Ram3rez, como tesorera. Sin embargo un grupo encabezado por Melchor Guzmán, bajo la consigna que “ah3 solo mandan los hombres”, empez3 a hacerles la vida imposible hasta que fue sustituida ilegalmente por Marco Antonio Toscoyo.<sup>13</sup>

Sin embargo la vivi3 una verdadera historia de horror fue Eveltia Cruz, en mayo de 2011, tesorera, quien fue destituida y exhibida desnuda, casi incendiada y encarcelada por hombres que gritaban aqu3 mandamos los hombres, un aspecto grave fue la impunidad en que qued3 esta violencia mis3gina y de intenci3n feminicida.

Otro ejemplo, es el que cita Teresa Sierra en su art3culo: Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria, “en una Asamblea Regional, m3ximo 3rgano de autoridad de la Comunitaria, cuando dos coordinadoras regionales, miembros de la CRAC, fueron fuertemente cuestionadas y obligadas a dejar su cargo debido a difamaciones en su contra, acusaciones que nunca se probaron pero que, no obstante, afectaron de manera particular a las mujeres y, en menor medida, a uno de los coordinadores. El hecho constituy3 un duro golpe a la autoestima de las mujeres y al proceso que con tanto esfuerzo han ido construyendo, como lo revela Carmen en su testimonio al referirse a esa experiencia:

“Ay, c3mo me doli3, ay dios m3o por qu3 ten3a que pasar todo eso... Dijera ya me retir3, ¡¡pero llego con las l3grimas!! Yo no pod3a consolarme, nom3s me acordaba...

---

<sup>12</sup> VAZQUEZ GARC3A Ver3nica, “*Usos y costumbres y ciudadan3a femenina*”, editorial Porrúa, M3xico 2011, p. 29

<sup>13</sup> RIVERA Norma In3s, “*En Oaxaca, la impunidad empieza con E*”, El Sol de M3xico, <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n2120755.htm>

nomás lo triste que me dolió que viendo mi dinero junto pues iba a poner mi negocio, ya estaba trabajando bien, nomás porque el pueblo me nombró [como autoridad en la CRAC] regreso a tirar mi dinero, eso es lo que más me dolió, yo no robé, no maté, no me fui por esto... mas sin embargo no les voy a cumplir el gusto, aquí voy a seguir estando.”<sup>14</sup>

De todo lo anterior se puede ver las limitaciones de los usos y costumbres a los que se enfrentan las mujeres indígenas en sus comunidades.

Se considera de importancia citar algunas opiniones emitida por personalidades relacionadas con la materia como el presidente de la Comisión de Asuntos Generales del Consejo Estatal de los Derechos Humanos en Chiapas, Jesús Ernesto Molina Ramos, expreso que es “complicado poder llegar a la población indígena a explicarles de qué se trata la promoción y defensa de los derechos humanos, la responsabilidad de las instituciones públicas, de las comunidades, de los indígenas, pues hay situaciones que se necesitan atacar de raíz.” Reiteró que los usos y costumbres desafortunadamente en muchas regiones de Chiapas se contraponen con el derecho positivo vigente, a la Constitución Política Mexicana, local y demás leyes aplicables.<sup>15</sup>

De igual manera la fundación Semilla que trabaja en la zona indígena de Durango denunció a través de su presidenta Janette Payán que en estas zonas son vulnerados los derechos humanos de las mujeres ya que “primero comen los varones y, si sobra algo, las niñas; a partir de los nueve años las menores pueden ser objeto de intercambio por una vaca, un chivo o algún marranito.

Son las mujeres las últimas en alimentarse, pero son las que más trabajan en la casa: ellas van por el agua y, en ocasiones, hay que caminar kilómetros para acarrearla; ellas deben hacer las tareas del hogar, incluido el alimento que sólo probarán al último. Así son tratadas hasta los nueve años de edad, cuando ya crecieron un poco, su cuerpo comienza a desarrollarse y tienen algo más de fuerza. A partir de esa edad son consideradas mercancía.

---

<sup>14</sup> SIERRA María Teresa, “*Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. Perspectiva desde la interculturalidad y los derechos*”, Desacatos num. 31, México 2009, <http://www.scielo.org.mx/scielo>

<sup>15</sup> MOLINA RAMOS Jesús Ernesto, “*usos y costumbres violan derechos humanos*”, Herald de Chiapas, <http://www.oem.com.mx/elheraldodechiapas/notas/n2515351.htm>

Sirven para intercambio o trueque; los padres de familia las cambian por una vaca, por un chivo o algún animal de corral, un marranito, dice la titular de Fundación Semilla Una vez que fueron intercambiadas, son usadas como objeto sexual, incluso las prostituyen, si no es que los padres las usan antes para ese fin.”<sup>16</sup>

Por lo cual se puede apreciar que en las etnias de Durango persisten usos y costumbres que son violatorios de los derechos humanos, así como también creencias que ven a la mujer como objetos de uso personal.

Esto nos deja ver la gravedad del asunto de esos usos y costumbres donde el hombre no deja participar a la mujer en muchas actividades de la vida comunitaria, como ir a la escuela, aspirar y ocupar puestos públicos, la libre elección de su pareja sentimental; y aunado a todo esto se le agrede físicamente como algo normal.

Las responsabilidades de las mujeres y niñas indígenas son muchas, desde hacer la comida, cuidar a los niños, traer el agua desde lugares lejanos; en el Estado de Chiapas se puede observar como suben los cerros acarreado la leña en sus cabezas, hasta atender y cuidar la borrachera del hombre.

El 5 de septiembre de 2013, la empresa informativa Cimacnoticia publico la opinión vertida por la Coordinadora Regional de mujeres indígenas y campesinas del sureste (Coremus)”, donde señala que las mujeres indígenas en el sureste mexicano han sido discriminadas, explotadas, despreciadas y reprimidas, acusando las graves violaciones a Derechos Humanos, que padecen las indígenas y que se han agravado y adoptado nuevas formas.

Las mujeres además de sufrir explotación, el feminicidio, la violencia de género y violaciones, están sufriendo las consecuencias de un sistema patriarcal. En los últimos tres años principalmente en **Tabasco**, Veracruz, Chiapas, Yucatán y Oaxaca se han incrementado exponencialmente la violencia hacia las mujeres.”<sup>17</sup>

## POLÍTICAS PÚBLICAS BASADA EN LOS PRINCIPIOS DE INTERCULTURALIDAD E INTERLEGALIDAD

<sup>16</sup> MALDONADO Saúl, “En la zona indígena de Durango vale más una vaca que una mujer”, fundación Semilla, <http://www.jornada.unam.mx/2012/04/13/estados/031n1est>

<sup>17</sup> COREMUS (Coordinadora Regional de Mujeres Indígenas y Campesinas del Sureste), CIMAC, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>

A pesar de los principios de Equidad de Género en la reforma en materia indígena, la realidad es otra, las mujeres de las comunidades están siendo cada día más violentada en sus derechos.

Por lo cual el gobierno implementó programa denominado “Usos y Costumbres” donde se impulsa acciones de promoción y respeto a los derechos de las mujeres y a sus usos y costumbres, como estrategia de fortalecimiento de su posición en el interior de sus familias, comunidades y organizaciones, así como la misma la sociedad. El tema de la mujer cobra especial relevancia porque además de la pobreza y marginación que afecta a la mayor parte de los indígenas, las mujeres de estos pueblos padecen, por su género, exclusión e inequidad en el acceso a oportunidades de desarrollo, desigualdad en las cargas de trabajo, minimización en su aporte productivo, discriminación en el acceso a la educación y la propiedad, y la casi generalizada exclusión en la toma de decisiones en los ámbitos familiar y comunitario.<sup>18</sup>

En ese contexto, las mujeres no pueden ser excluidas de los programas y políticas públicas que le den autonomía y toma de decisiones fortaleciendo desde luego los valores comunitarios, la identidad de los pueblos originarios incorporando la igualdad de género y el respeto a los derechos humanos.

Y es a través de estos programas que el Estado puede implementar las bases para la vinculación, respeto y diálogo con las comunidades indígenas enfocándose a proteger a quienes son más vulnerables, (mujeres y niñas indígenas), con la finalidad de salvaguardar sus derechos fundamentales.

Igualmente es necesario recoger las historias y testimonios de vida desde la cotidianidad y las prácticas familiares, culturales y sociales. Así identificar mecanismos que pueden aplicarse para que el derecho consuetudinario contribuya a la equidad de género.

Más que una negación de los usos y costumbres, comenta María Teresa Sierra “en general las mujeres están buscando su redefinición para incorporar sus miradas y reclamos en las dinámicas comunitarias. En este proceso, las mujeres están apelando a discursos externos que legitiman sus reivindicaciones como mujeres indígenas al mismo

---

<sup>18</sup> NAVARRETE LINARES Federico, Los pueblos indígenas de México, CDI, México 2008, <http://www.cdi.gob.mx>, p. 137

tiempo que buscan renovar el derecho comunitario. Es en este contexto que la perspectiva de la interculturalidad resulta relevante para cuestionar los dualismos conceptuales del derecho y la cultura indígena y para formular nuevas apuestas que apoyen el reclamo de las mujeres indígenas y sus esfuerzos organizativos.”

Las nuevas experiencias de justicia indígena están abriendo nuevas opciones a las mujeres indígenas para defender sus derechos, discutir sus costumbres y para repensar las formas tradicionales del ser mujer. Las mujeres indígenas se enfrentan al gran reto de legitimar el discurso sobre los derechos de las mujeres en espacios tradicionalmente dominados por normas patriarcales, el proceso no ha sido sencillo; sin embargo, observamos cambios importantes en experiencias locales que están marcando la pauta de una transformación en los modelos culturales de las sociedades indígenas.

La construcción de un discurso de género desde la mirada de las mujeres indígenas está siendo alimentada por debates internacionales, en foros transnacionales, en los que participan mujeres indígenas de diferentes latitudes, pero también por la propia experiencia de las mujeres que desde sus espacios locales de organización están generando alternativas para confrontar la violencia de género y la subordinación. En este proceso, el discurso global de los derechos humanos y en contra de la violencia de género está siendo redefinido por las mujeres indígenas desde sus lenguajes, y que a pesar de los obstáculos encontramos mujeres decididas a buscar la manera de enfrentar situaciones que justifican la desigualdad social.

Para Sierra “La interculturalidad resulta ser un referente útil para apoyar la construcción de discursos críticos que, al mismo tiempo que hacen valer la diferencia cultural, apuestan a construir diálogos entre valores y normas culturales, para evitar que prevalezcan discursos cerrados justificados en la tradición que impidan o descalifiquen la transformación social. Desde la perspectiva de la interculturalidad que retomamos, no se trata, sin embargo, de copiar los discursos legitimados por el discurso internacional y nacional de los derechos humanos y los derechos de las mujeres, sino de encontrar los puentes para construir versiones más adecuadas a las realidades e historias de los pueblos que, al mismo tiempo que permitan fortalecer las relaciones y valores comunitarios, ofrezcan nuevas opciones para la participación de las mujeres y para cuestionar su subordinación.”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Op.cit., SIERRA María Teresa, <http://www.scielo.org.mx/scielo>

En el marco de lo que autodenomina “concepci3n postmoderna del derecho”, Boaventura de Sousa Santos, plantea la noci3n de interlegalidad “como un campo conceptual que remite a la porosidad del mundo jur3dico, lo que da lugar a un derecho constituido por múltiples redes de juridicidad. Se trata de cruzamientos de diferentes fronteras jur3dicas y de su intersecci3n, que dan cuenta de las influencias mutuas y de la complejidad de los fenómenos jur3dicos”.

La idea de interlegalidad y la existencia de órdenes normativas locales y de pueblos que se traslapan e intersectan con el derecho estatal, ofrece perspectivas para pensar las prácticas y los derechos relativos a las mujeres indígenas. Desde una perspectiva de género, las jerarquías de poder que atraviesan las relaciones entre hombres y mujeres, afectan los derechos de las mujeres en ambos espacios, el de la jurisdicci3n estatal y el orden normativo propio.

A partir de conocer las visiones, concepciones del mundo, reglas y prácticas de las mujeres indígenas, en su interrelaci3n con órdenes normativos configurados por procesos hist3ricos de interculturalidad e interlegalidad, y la forma en que dichos aspectos se manifiestan en las vidas de estas mujeres. A partir de ello, se trata de contar con insumos para que las mujeres indígenas profundicen su trabajo de incidencia política y elaboren propuestas de cambio a mediano y largo plazo.

### **CONCLUSIONES:**

1. Los usos y costumbres se han mantenido en la historia y cultura de las comunidades indígenas porque desde la llegada de los españoles se les permitió conservarlos, siempre y cuando no contravinieran con las leyes de la corona, en la actualidad el Estado le otorga a los pueblos indígenas el derecho de sus usos y costumbres siempre que no violenten la Constituci3n ni los derechos humanos.
2. Se aprecia violaciones a los derechos humanos de niñas y mujeres indígenas, por la práctica de algunos usos y costumbres; marcados por inequidades en relaci3n con las mujeres, por costumbres desventajosas debido a una sociedad patriarcal, en el que dominio masculino es la regla en la vida cotidiana.
3. El gobierno debe continuar con políticas que promuevan el respeto a los derechos de las mujeres y a sus usos y costumbres, para fortalecer su posici3n en el interior de sus familias, comunidades y organizaciones, así como la misma sociedad. Programas que le den acceso a oportunidades de desarrollo, de educaci3n y propiedad, igualdad en las

cargas de trabajo, valorar su aporte productivo, fortalecer los valores comunitarios, incorporar la igualdad de género, sin renunciar a los valores y a nuestros saberes ancestrales y al valor de la comunidad.

4. Trabajar en las comunidades indígenas para concientizar a la población que es necesario eliminar aquellos usos y costumbres que actúan de manera negativa en la vida de las niñas y mujeres indígenas.

5. Los usos y costumbres son parte de la identidad de los pueblos y hay que respetarlos y valorarlos pero aquellos usos y costumbres que violenten la dignidad de las personas que por el hecho de ser indígenas deben aceptarse, no es correcto, no se puede seguir permitiendo que las mujeres y niñas indígenas sean objeto de uso personal, ya que siguen vigente aspectos como la violencia hacia la mujer, y la venta y trueque para contraer matrimonio.

6. Los derechos humanos no son excluyentes sino incluyentes; es decir no son selectivos y aplican a todo ser humano.

## BIBLIOGRAFIA

ALMADA Rivero Marcos, “Usos y costumbres luchan por sobrevivir en Tlalnepantla”, <http://www.institut-gouvernance.org/en/experienca/fiche-experienca-9.html>, 12 de septiembre de 2014

COREMUS (Coordinadora Regional de Mujeres Indígenas y Campesinas del Sureste), CIMAC, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>, 5 de septiembre de 2013

GONZÁLEZ LÓPEZ Gustavo, “Sin recursos para lanzar programas antiviolencia en QR”, Bacalar, Quintanaroo, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>, 3 de octubre de 2014

GUERRERO Jaime, “Garantizan a mujeres indígenas derecho a votar y ser electas”, <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64194>, 3 de octubre de 2014

MALDONADO Saúl, “En la zona indígena de Durango vale más una vaca que una mujer”, fundación Semilla, <http://www.jornada.unam.mx/2012/04/13/estados/031n1est>, 13 de abril de 2012

MELGAR Lucia. “Discriminación sobre discriminación: una mirada desde la perspectiva de género”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012

MOLINA RAMOS Jesús Ernesto, “*usos y costumbres violan derechos humanos*”, Heraldo de Chiapas, <http://www.oem.com.mx/elheraldodechiapas/notas/n2515351.htm>, 23 de abril de 2012

NAVARRETE LINARES Federico, *Los pueblos indígenas de México*, CDI, México 2008, <http://www.cdi.gob.mx>

PACARI Nina, “*El auge de las identidades como respuesta política*”, “*en los desafíos de la interculturalidad*”, CASTRO-LUCIC Milka, editorial LOM, Chile 2004

RAYMUNDO Sabino Lourdes, “*mujeres nahuas, entre los usos y costumbres y derechos humanos*”, CIESAS, <http://www.educacioncontracorriente.org/memorias/2165>, 29 de noviembre de 2012

RIVERA Norma Inés, “*En Oaxaca, la impunidad empieza con E*”, El Sol de México, <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n2120755.htm>, 19 de junio de 2011

ROCHA DÍAZ Salvador, “*La Reforma Constitucional para la Protección de los Derechos y la Cultura de los pueblos indígenas*”, editorial Porrúa, México 2004

SIERRA María Teresa, “*Las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria. Perspectiva desde la interculturalidad y los derechos*”, Desacatos num. 31, México sep/dic 2009, <http://www.scielo.org.mx/scielo>,

SILVA MÉNDEZ Jorge Luis, “*Género y Educación: aportes para la discusión jurídica*”, editorial Fontamara, México 2012

VAZQUEZ GARCÍA Verónica, “*Usos y costumbres y ciudadanía femenina*”, editorial Porrúa, México 2011

VILLORO Luis, “*Derechos humanos, derechos de los pueblos*”, en “*Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos*”, fascículo 1, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México mayo, 2003

## **EL MÍNIMO EXENTO COMO PARAMETRO DEL MINIMO VITAL, SU ALCANCE EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.**

**ANGEL MORALES VELUETA<sup>1</sup>**

**Resumen:** Hoy en día con las reformas estructurales al sistema tributario en México donde hubo un aumento en las tasas de impuestos para las personas físicas y disminuye el tope de las deducciones personales, nos encontramos que frente a los derechos humanos de garantizar la dignidad humana por parte de los Países, éstos tienen la obligación de establecer mecanismo garante para que sus habitantes gocen de la libertad económica necesaria para poder subsistir, donde las cuestiones de contribuir se vuelve una parte de estudio y el Estado Mexicano debe procurar al establecer la carga respetar el principio del mínimo vital o existencial, que se ha discutido en la jurisprudencia internacional, y en nuestro país a través de los diversos precedentes del poder judicial.

**Palabras claves:** Impuesto, mínimo, vital, exento, ISR

### **ABSTRACT.**

Today with the structural reforms of the tax system in Mexico where there was an increase in tax rates for individuals and lowers the top of the personal allowances, we found that over human rights guaranteeing human dignity by countries, they are obligated to establish a mechanism to guarantee that its inhabitants enjoy economic freedom necessary to survive, where issues contribute becomes a part of the study and the Mexican State should seek to establish the charge respecting the principle of vital and existential minimum, which has been discussed in international jurisprudence, and in our country through the various judicial precedents.

**Key Words:** Tax, minimum, vital, free, ISR

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Planteamiento del problema. 3. El mínimo exento y su diferencia con el mínimo vital. 4. Los mecanismos de protección en la ley del impuesto sobre la renta en cumplimiento con el mínimo vital. 5. Conclusiones.

---

<sup>1</sup>M.D Angel Morales Velueta, profesor investigador en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y estudiante del Doctorado en Medios Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, perteneciente al padrón de PNPC CONACYT, de la misma Universidad Villahermosa Tabasco, México, [mastervelueta@hotmail.com](mailto:mastervelueta@hotmail.com)

## **1. Introducción.**

Muchos litigantes hoy en día debatimos ante los tribunales los derechos humanos de los contribuyentes tales como; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la protección de la vida privada y los datos personales, de la honra y de la dignidad personal, a su intimidad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la propiedad privada, derecho a la presunción de inocencia, entre otros (que por razones de espacio no los mencionamos), y que el Estado Mexicano ha violentado a través de las Reformas al Código Fiscal de la Federación.

Sin embargo poco se ha hablado sobre el Derecho sustantivo del Derecho tributario en concordancia con los derechos humanos, tal como lo es el crear el tributo, medir y evaluar si éstos han cumplido con los requisitos de alinearse a la dignidad de la persona para satisfacer sus necesidades elementales de supervivencia antes de contribuir.

Y sí, muchos de nosotros hoy en día defendemos a grandes contribuyentes en la parte de los derechos humanos antes aludidos, pero pocos nos hemos centrado al estudio de los más necesitados y que también son contribuyentes que si bien sus ingresos se ven reducidos por la situación económica de este país no hay que restarles importancia en el estudio del derecho tributario, porque precisamente he ahí en los más necesitados y desprotegidos la verdadera naturaleza de los Derechos Humanos, aun cuando éstos no tengan para pagar a grandes corporativos para una defensa fiscal es nuestro deber como fiscalistas ser ecuanímenes a los principios de justicia tributaria sin clasificar, ni etiquetar, ni menospreciar a aquellos que de una manera injusta pueden ser afectados por la imposición de los diferentes gravámenes.

Por lo anterior nos vemos en la necesidad de saber que medidas toma el Estado Mexicano en cumplimiento de la protección de la dignidad de los contribuyentes, cuáles serían los conceptos o categorías que desde la perspectiva de los derechos humanos se deben de garantizar y que parámetros y mecanismo de la legislación del impuesto sobre la renta adopta para dar cumplimiento.

## 2. Planteamiento del problema.

Unos de los ejes rectores de la justicia tributaria y respetando el principio de generalidad es precisamente el diferenciar que sector de la ciudadanía por razones económicas no están obligados a contribuir, dentro del cual existe una institución del derecho fiscal que se materializa al momento de configurar el gravamen denominado MINIMO EXENTO, que significa la cantidad no sujeta a pagar, a partir de la cual se aplica la parte alícuota que corresponda, en otras palabras es: *“la proporción de ingresos que en determinados impuestos se considera que no da lugar al pago de un porcentaje, comenzando la obligación de contribuir cuando se supera dicha cantidad”*.<sup>2</sup>

Como vemos esta figura garantiza que las leyes tributarias en razón de la equidad debe establecer mecanismos en donde describa quienes nos están obligados a contribuir o bien que procedimientos elige el legislador al momento de establecer la carga para que los más desprotegidos no se trastoque el ingreso mínimo para la subsistencia humana, por lo que lo convierte entonces en una figura de carácter “cuantitativo”, por lo tanto, el reto para establecer las políticas económicas y fiscales sería saber cuál es ese mínimo de ingresos que estaría protegido y como se determinaría.

En España por ejemplo todas las personas físicas residentes tienen la obligación de confirmar el borrador de la renta a Hacienda y presentar la declaración del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas (IRPF). Sin embargo, hay contribuyentes exentos de esta obligación que está fijado en los 22.000 euros brutos anuales procedentes de un sólo pagador. En el caso de haber percibido rentas procedentes de más de un pagador, el mínimo para hacer la declaración de la renta será de 11.200 euros para 2014.<sup>3</sup>

En nuestro país tenemos una ley que se denomina Impuesto sobre la Renta, dentro de la

---

<sup>2</sup> La suprema corte de justicia de la nación en México ha considerado que existe un derecho innominado dentro del marco jurídico mexicano denominado “mínimo vital” concepto tomado de la jurisprudencia internacional, cuya finalidad es la protección de la dignidad humana del contribuyente frente gravámenes de agresivos.

<sup>3</sup> La Ley de IRPF dicta en su artículo 8 que son contribuyentes por el Impuesto de la renta todas “las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español”, así como “las personas físicas que tuviesen su residencia habitual en el extranjero por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 10 de esta Ley”. Y es que a priori, todo trabajador, pensionista y cualquier persona que obtenga algún tipo de renta, debe tributar por este impuesto. Sin embargo, la realidad es diferente y existen varias salvedades a esta obligación general. De hecho, la obligatoriedad dependerá de los ingresos que se obtengan y su procedencia, así como de las deducciones que se pueda practicar cada contribuyente.

cual en su Título IV establece los mecanismos de tributación que el ciudadano mexicano como persona física estaría obligado a tributar cuando manifieste hechos económicos descritos en los capítulos ahí establecidos.

### **3. El mínimo exento y su diferencia con el mínimo vital.**

El derecho a un mínimo vital es un derecho innominado de la jurisprudencia internacional y es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.<sup>4</sup>

Este concepto de derecho evolucionó hacia la dignidad humana por lo que el Tribunal Constitucional de Colombia estableció que éste abarca los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.

Decimos entonces que el Derecho al mínimo vital su ámbito de protección son las Personas Humanas, por lo que en México en materia tributaria la Suprema Corte de Justicia lo ha enfocado como proyección del principio de proporcionalidad, por virtud del cual el legislador tributario, al momento de diseñar el objeto de las contribuciones e identificar la capacidad idónea para contribuir, debe respetar un umbral libre o aminorado de tributación, según sea el caso, correspondiente a los recursos necesarios para la subsistencia de las personas.<sup>5</sup>

Por lo anterior entonces podemos decir que este derecho reconocido en los Códigos civiles de los Estados y abarcan: Los alimentos que comprenden la comida, el vestido, la

---

<sup>4</sup> La corte Constitucional colombiana ha reconocido desde el año 1992 con la Sentencia T-426/92 “el derecho a la subsistencia” donde ha establecido que toda persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir y busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm> consultado el 02 de Mayo del 2014 p.1.

<sup>5</sup> Tesis P. X/2013 (9a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época Tomo I, Página: 133 DERECHO AL MÍNIMO VITAL. EL LEGISLADOR CUENTA CON UN MARGEN DE LIBRE CONFIGURACIÓN EN CUANTO A LOS MECANISMOS QUE PUEDE ELEGIR PARA SALVAGUARDARLO.

habitación y la asistencia en casos de enfermedad, respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación básica del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su circunstancias personales. Así como para su sano esparcimiento que le permitan un desarrollo integral.

Pero entonces que entendemos como ¿mínimo exento?

Iniciaremos a definir qué se entiende por exención en materia tributaria, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), lo define como: la ventaja fiscal de la que por ley se beneficia un contribuyente y en virtud de la cual es exonerado del pago total o parcial de un tributo.

La exención tributaria puede entenderse como la liberación parcial o total de la deuda con el sujeto activo del impuesto; con esta figura no surge la obligación tributaria, porque la norma exentiva se lo impide. Con su inclusión en los textos legales se interrumpe el nexo entre el hecho imponible como causa de la obligación tributaria y el cumplimiento de la misma mediante el gravamen aplicado a su base imponible.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en varias jurisprudencias ha concluido que mientras una exención se establezca con carácter general, sin pretender favorecer a determinada persona, sino para que gocen de ella todos los que se encuentran incluidos dentro de la situación prevista, no se viola lo dispuesto por el artículo 28 constitucional.

Los ingresos exentos los serán aquellos que así la ley los determine en forma expresa, mientras que los no objeto o sujeción lo serán tanto aquellos que la ley de la materia lo reconozca como tales, así como todos aquellos que no queden comprendidos dentro del hecho imponible y por interpretación queden excluidos.

Lo anterior entonces nos conlleva a decir que el mínimo exento es un parámetro cuantificable del mínimo vital y no como muchos que afirman como conceptos sinónimos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> En el Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, de junio de 1991: **EXENCIÓN DE IMPUESTOS. SÓLO COMPETE ESTABLECERLA AL PODER LEGISLATIVO EN UNA LEY, NO AL EJECUTIVO EN USO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA.** El establecimiento de exenciones fiscales, es facultad exclusiva del órgano legislativo, por lo que no cabe aceptar su ejercicio por parte del Ejecutivo a través de reglamentos, según se infiere del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto prohíbe “las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes”, reserva que se confirma por la íntima conexión que la parte transcrita tiene con la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al establecer la obligación de contribuir al gasto público, impone la condición de que ello se logre “de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Esta Suprema Corte siempre ha interpretado que en este aspecto, por ley debe entenderse un acto formal y materialmente legislativo, por lo cual ha de considerarse que si la creación de tributos, así como sus elementos fundamentales son

#### **4. Los mecanismos de protección en la ley del impuesto sobre la renta en cumplimiento con el mínimo vital.**

En nuestro país se ha establecido en la “Ley del Impuesto Sobre la Renta Título IV de las Personas Físicas” los mecanismos que atienden al mínimo exento, encontramos las siguientes:

*a) Tiempo extraordinario laborado*

A los trabajadores de SMG, se les exentará el total del tiempo extraordinario legalmente permitido por la legislación laboral (tres horas diarias por tres veces a la semana).

*b) Día de descanso laborado*

Está totalmente exento para trabajadores que perciban el salario mínimo general, en los demás casos, el 50% del salario percibido. No obstante, este pago deberá adicionarse a las horas extras que en su caso se hubiera laborado en la misma semana, y para ambos conceptos aplicará el límite de los cinco SMG<sup>7</sup> a la semana.

*c) Indemnizaciones por riesgos de trabajo o enfermedades*

Totalmente exentos siempre que se otorguen en términos de las leyes, por contratos colectivos de trabajo o por contratos ley.

*d) Jubilaciones, pensiones, haberes de retiro, pensiones vitalicias u otras formas de retiro*

Por un monto diario que no exceda de 15 veces el salario mínimo general del área geográfica del contribuyente, por el excedente se pagará el impuesto.

*e) Reembolso de gastos médicos, dentales, hospitalarios y de funeral*

Exento en su totalidad cuando sean concedidos de manera general, de conformidad con las leyes o contratos de trabajo.

*f) Previsión social*

Para este tipo de prestaciones como por ejemplo vales de despensa, de gasolina, subsidios por incapacidad, becas educacionales para los trabajadores o sus hijos, guarderías infantiles, actividades culturales, deportivas, etc., deben concederse de forma general de acuerdo con las leyes o contratos de trabajo y se encontrarán totalmente exentos cuando la suma de los salarios y estas prestaciones no excedan del equivalente a siete veces el SMG elevado al año, si exceden, solo se exentará por previsión social

---

atribuciones exclusivas del legislador, también lo es la de establecer exenciones impositivas, que guardan una conexión inseparable con los elementos tributarios de legalidad y equidad, sin que valga en contra de tales disposiciones constitucionales, ningún precepto legal.

<sup>7</sup> Para efectos se entiende que SMG, es el salario mínimo general de la zona que le corresponde al contribuyente.

hasta el equivalente a un SMG elevado al año. Esta limitación en ningún caso deberá dar como resultado que la suma de los salarios y el importe de la exención determinada, sea inferior a siete veces el SMG elevado al año.

Este límite no aplica para: jubilaciones, pensiones, haberes de retiro, pensiones vitalicias, indemnizaciones por riesgos de trabajo o enfermedades, que se concedan en términos de las leyes, contratos colectivos de trabajo o contratos ley, reembolsos de gastos médicos, dentales, hospitalarios y de funeral, concedidos de manera general conforme a las leyes o contratos de trabajo, seguros de gastos médicos, seguros de vida y fondos de ahorro.

*g) Fondo de ahorro*

Exento siempre que el empleador cumpla los requisitos para su deducibilidad, entre los cuales se encuentra que la aportación patronal no rebase del equivalente a 1.3 veces el SMG elevado al año cuota de seguridad social a cargo del trabajador pagada por el patrón.

*h) Pagos por retiro (incluye prima de antigüedad y liquidación laboral)*

Estarán exentos hasta por el equivalente a 90 VSMG por cada año de servicio. Los años de servicio serán los que se hubieran considerado para el cálculo de los conceptos mencionados. Toda fracción de más de seis meses se considerará un año completo, por el excedente se pagará el impuesto.

*i) Aguinaldo*

Hasta el equivalente a 30 SMG<sup>8</sup>

*j) Prima vacacional y PTU*

Cada uno de estos pagos tiene derecho a una exención del equivalente a 15 SMG

*k) Prima dominical*

Un SMG por cada domingo laborado.

*l) Enajenación de bienes muebles*

La ganancia que se obtenga por la enajenación de bienes, hasta por un monto de tres SMG elevado al año, por la utilidad que exceda se pagará el impuesto, la exención no aplica tratándose de la venta de acciones, partes sociales, títulos valor ni de las inversiones del contribuyente.

*m) Viáticos*

Para exentarlos, deben ser efectivamente erogados en servicio del patrón y comprobados con la documentación que reúna requisitos fiscales, podrá no comprobarse con documentación de terceros hasta un: 20% del total de viáticos recibidos en cada evento,

---

<sup>8</sup> El SMG, significa el salario mínimo general de la zona del contribuyente.

siempre que el monto excedente se erogue mediante tarjeta de crédito, de débito o de servicios del patrón y que los viáticos no gastados se reintegren al empleador (regla I.3.10.6., RMISC 2013), el 10% del total de viáticos recibidos en cada evento, siempre que los viáticos se depositen por el empleador en la cuenta del trabajador donde reciba su nómina o en una cuenta asociada a un monedero electrónico con el fin de depositar los viáticos (art. 128-A, RLISR). En ambos supuestos el monto no comprobado no puede exceder de \$15,000.00 en el año y deben reunirse los requisitos de deducibilidad previstos en el ala ley del impuesto sobre la renta. La facilidad no aplica para gastos de hospedaje y pasajes de aviación.

*n) Donativos*

Provenientes de cónyuges o de ascendientes o descendientes en línea recta, estarán exentos en su totalidad. Los recibidos de otras personas, estarán exentos hasta el equivalente a 3 SMG elevado al año, por el excedente se pagará impuesto.

*ñ) Derechos de autor*

Por concepto de permitir a terceros la publicación de obras escritas de su creación en libros, periódicos o revistas, o bien, la reproducción en serie de grabaciones de obras musicales de su creación. La exención será de hasta el equivalente de 20 SMG elevados al año, siempre que los libros, periódicos o revistas, así como los bienes en los que se contengan las grabaciones, se destinen para su enajenación al público por la persona que efectúa los pagos y siempre que el creador de la obra expida por dichos ingresos el comprobante respectivo que contenga la leyenda “ingreso percibido en los términos de la fracción.... de la Ley del Impuesto sobre la Renta”. Por el excedente se pagará el impuesto. Dicha exención no aplica cuando quien perciba estos ingresos: obtenga también de la persona que los paga ingresos por sueldos y salarios o conceptos asimilados, sea socio o accionista en más del 10% del capital social de la persona moral que efectúa los pagos, se trate de ingresos que deriven de ideas o frases publicitarias, logotipos, emblemas, sellos distintivos, diseños o modelos industriales, manuales operativos u obras de arte aplicado, los ingresos se deriven de la explotación de las obras escritas o musicales de su creación en actividades empresariales distintas a la enajenación al público de sus obras, o en la prestación de servicios.

Por todo lo anterior quedamos ante la incertidumbre si solo la exención es el único mecanismos para poder garantizar el derecho antes aludido, existen otras figuras tales como: las deducciones en el caso de actividades empresariales y las deducciones personales que se manifiestan en la declaración anual, acreditamientos, disminuciones,

subsidios, estímulos que minimizan la base gravable del impuesto sobre la renta y por ende tiene la finalidad de liberar ingresos.

## 5. Conclusiones.

Hasta aquí con este avance de la investigación, creo que las medidas tomadas por el legislador mexicano para proteger el ingreso mínimo no son suficientes para garantizar el Derecho al mínimo vital, no basta nada más con enunciar una serie de exenciones por diversas operaciones si no que en efecto debe evaluar y cuantificar cuanto es el mínimo exento que el ciudadano de este país una vez satisfecho esas necesidades vitales, deba pagar algún impuesto, no solo hablemos de impuestos directos sino también de los indirectos y entonces habríamos que cuestionarnos por qué se grava la energía eléctrica, los combustibles y el gas doméstico en materia de Impuesto al Valor agregado y que son tan necesarios para la supervivencia humana, aunque esto último será tema de otro artículo, así que los señores legisladores no hagamos como que cumplimos con este derecho humano porque solamente queda en mera ficción jurídica que no aterriza en un verdadero beneficio para el ciudadano. Por lo anterior entonces tenemos un reto que es la de agotar las técnicas de investigación documental que nos lleve a resultados de apreciación e interpretación no quede supeditada a mi lean saber ni entender, si no que los mismos mecanismos jurisdiccionales y doctrinarios encaminados a la comprensión de este derecho podamos encontrar una solución.

## BIBLIOGRAFÍA.

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

[https://www.scjn.gob.mx/PLENO/Solicitudes%20de%20Investigacin/15\\_2\\_2.pdf](https://www.scjn.gob.mx/PLENO/Solicitudes%20de%20Investigacin/15_2_2.pdf) .

En el Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, de junio de 1991: **EXENCIÓN DE IMPUESTOS. SÓLO COMPETE ESTABLECERLA AL PODER LEGISLATIVO EN UNA LEY, NO AL EJECUTIVO EN USO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA.**

Ley del Impuesto sobre la Renta 2014.

Reglamento del Impuesto sobre la renta.

Diccionario de la real academia española.

***EDUCAR A LA CIUDADANIA EN DERECHOS HUMANOS: Más que una asignatura un reto a vencer en México.***

**MARÍA ASUNCIÓN ALAMILLA GARCÍA<sup>1</sup>**

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como finalidad analizar a los derechos humanos desde el enfoque educativo, cuales son los documentos normativos internacionales que emiten la recomendación en educación y qué se está haciendo en México respecto a la educación en derechos humanos desde la currícula de los planes y programas de estudios.

**PALABRAS CLAVE:** Ciudadanía, Derechos Humanos, Educación, currícula, plan de estudios.

**ABSTRACT:** This article aims to analyse human rights educational approach, which are international normative documents which issued the recommendation on education and what is being done in México with respect to human rights education from curriculum plans and programs of studies.

**DESCRIPTORS:** Citizenship, rights human, education, curriculum.

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Currícula y Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en México III.- Conclusión.

---

<sup>1</sup> La MCE. María Asunción Alamilla García es doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Villahermosa, Tabasco, México. malamilla1702@hotmail.com.

## I.- INTRODUCCIÓN

*La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.*

*Artículo 3º. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

El reclamo de justicia y equidad en la aplicación de los derechos humanos (de ahora en adelante DH) en la sociedad, está ligado a la impunidad constante en la ejecución de la misma. A diario vemos casos de violaciones a los DH de ciudadanos que por un total desconocimiento lo permiten. La discusión, reflexión y sensibilización de los DH ha transcendido lentamente en el ámbito educativo, el discurso teórico está perfectamente diseñado pero la realidad es que en la práctica difiere mucho, se requiere ir construyendo una cultura de los DH. Los escenarios serían diferentes, si la población en general hubiese tenido la oportunidad de recibir una educación basada en el aprendizaje y reconocimiento de los derechos humanos desde nuestra niñez en la educación básica, así como aprendemos a hablar, escribir, leer, reconocer nuestro entorno, saber, también se enseñara a identificar nuestros derechos, la realidad sería distinta. Esto está fundamentado en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en cuyo Art. 29. 1, donde se obliga a los Estados a encaminar la educación del niño hasta el máximo de sus posibilidades; a inculcar al niño “el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas”; inculcar al niño “el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”; preparar al niño para “asumir una vida responsable en una sociedad libre con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos,

NEOPROCESALISMO

grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”; e inculcar al niño “el respeto del medio ambiente natural”.<sup>2</sup>

## **II.- CURRÍCULA Y EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO**

Educación en Derechos Humanos es fomentar actitudes, es “concebir la educación como un proyecto profundamente moral cuya dimensión axiológica y sentido ético están comprometidos con la formación humana, por lo que le asiste convertirse en un instrumento privilegiado para construir estilos de convivencia social respetuosa de estos derechos”.<sup>3</sup>

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos afirmó, en su Declaración y Programa de Acción de Viena (en particular el párrafo 33 de la sección I) que los derechos a la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades, así como para fomentar y consolidar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz. La Conferencia recomendó a los Estados que hicieran esfuerzos para erradicar el analfabetismo y que orientaran la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Asimismo, instó a todos los Estados e instituciones a incluir los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el estado de derecho como materias de los programas de estudio de toda institución educativa, tanto del ámbito formal como del no formal.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Comité Nacional de los Derechos Humanos, [www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv\\_DNiño.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv_DNiño.pdf)

<sup>3</sup> Vallvé, Florencia, *La propuesta educativa de los Derechos Humanos* “1992, citado en Conde, Silvia L, “La Educación en Derechos Humanos, Huellas del camino andado”, Acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pag.153.

<sup>4</sup> Conforme a una sugerencia de la Conferencia Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 49/184 del 23 de diciembre de 1994, proclamó que el período de diez años a partir del 1º de enero de 1995, sería el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos, y acogió con beneplácito el Plan de Acción para el Decenio contenido en el informe del Secretario General. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones

## NEOPROCESALISMO

En la sexagésima asamblea general de las Naciones Unidas con fecha 16 de febrero de 2012, sobre la base del informe de la tercera comisión se declara nuevamente sobre reeducación y formación en materia de derechos humanos, la asamblea general aprueba movida por la voluntad de dar a la comunidad internacional una señal clara para intensificar todos los esfuerzos relativos a la educación y la formación en materia de derechos humanos mediante un compromiso colectivo de todas las partes interesadas, Movida por la voluntad de dar a la comunidad internacional una señal clara para intensificar todos los esfuerzos relativos a la educación y la formación en materia de derechos humanos mediante un compromiso colectivo de todas las partes interesadas,

Declara lo siguiente:

### Artículo 2

1. La educación y la formación en materia de derechos humanos están integradas por el conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyendo así, entre otras cosas, a la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos.

### Artículo 8

1. Los Estados deben formular o promover la formulación, al nivel adecuado, de estrategias y políticas y, según corresponda, de programas y planes de acción, para impartir educación y formación en materia de derechos humanos, por ejemplo integrándolas en los planes de estudios de las escuelas y en los programas de formación. A ese respecto, deben tener en cuenta el Programa Mundial para la

---

Unidas para los Derechos Humanos. Consultado el 1 de Octubre de 2014.  
<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/education/training/decenio.htm>

NEOPROCESALISMO

educación en derechos humanos y las necesidades y prioridades nacionales y locales específicas.<sup>5</sup>

La educación para la ciudadanía tiene como objetivo favorecer el desarrollo de personas libres e integras a través de la consolidación de la autoestima, la dignidad personal, la libertad, la responsabilidad y la formación de futuros ciudadanos con criterios propio, respetuosos, participativos y solidarios, que conozcan sus derechos, asuman sus deberes y desarrollen hábitos cívicos para que puedan ejercer la ciudadanía de forma eficaz y responsable, en esta nueva área se propone que la juventud aprenda a convivir en una sociedad plural y globalizada en la cual la ciudadanía, además de los aspectos civiles, políticos y sociales, incluya como referente la universalidad de los derechos humanos que reconociendo las diferencias procuren la cohesión social.

Para lograr estos objetivos se profundiza en los principios de ética personal y social y se incluyen, entre otros contenidos, los relativos a las relaciones humanas y a la educación afectivo-emocional, los derechos, deberes y libertades que garantizan los regímenes democráticos, las teorías éticas y los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana, los relativos a la superación de conflictos, la igualdad entre hombres y mujeres, las características de las sociedades actuales, la tolerancia y la aceptación de las minorías y de las culturas diversas.

Es preciso desarrollar junto con los conocimientos y la reflexión sobre los valores democráticos, los procedimientos y estrategias que favorezcan la sensibilización, toma de conciencia y adquisición de actitudes y virtudes cívicas, para lograrlo, es imprescindible hacer de los centros y de las aulas del plantel lugares modelos de convivencia, en los que se respeten las normas, se fomente la participación en la toma de decisiones de todos los implicados, se permita el ejercicio de los derechos humanos y se asuman las responsabilidades y deberes individuales. Espacios, en definitiva, en los que se practique la

---

<sup>5</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/66/457), 66/137. Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos.

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/137](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/137)

## NEOPROCESALISMO

participación, la aceptación de la pluralidad, la valoración de la diversidad y que ayuden a los alumnos a construirse una conciencia moral y cívica acorde con las sociedades democráticas, plurales, complejas y cambiantes en las que vivimos.<sup>6</sup>

En México se está trabajando en proponer modalidades y metodologías en el currículum de la educación formal que contribuyan a crear es los estudiantes la promoción y el aprendizaje de los DH, lo que se busca es ir más allá del discurso y la integración de contenidos educativos a los programas de estudios, se busca fomentar acciones que permitan a los alumnos el comprender y apropiarse de los DH.

La presión internacional y el activismo de las organizaciones no gubernamentales de promoción y defensa de los DH, así como los cambios en las situaciones económicas y políticas nacionales han contribuido a situar en el centro de atención el tema de los DH y la educación.

El planteamiento ahora es que la educación en DH no esté plasmada solo como las tareas y acciones del sistema educativo mexicano, sino que se reconozca la necesidad de involucrar de manera decidida más allá de la firma de documentos y discursos oficiales a los actores del sistema educativo formal y a todos quienes puedan participar en los trabajos de una cultura de derechos.

---

<sup>6</sup> Bolívar, Antonio, *Educación para la Ciudadanía, Algo más que una asignatura*, España, GRAO, 2007, p. 194.

### III.- CONCLUSION

En términos de educación en derechos humanos en México poco se ha avanzado, aún que existe una pluralidad de normas jurídicas contenidas en tratados internacionales que han sido suscritos por nuestra Nación y que imponen al Estado obligaciones específicas que deben ser respetadas en el ámbito interno, se han realizado e implantados diversos mecanismos, estrategias, que conlleven a consumir estas recomendaciones, todas se han encaminado a cumplirse solo como acciones de políticas públicas, un claro ejemplo de ello fue lo hecho por mandato del presidente de la república en el año 2002, donde se instruyó a la Secretaría de Educación Pública para que elaborase un programa de educación en DH. Como antes se mencionó solo se integraron contenidos a la asignatura de Civismos en educación básica, como requisito formal y para dar cumplimiento, pero no es por ahí la verdadera educación en DH, lo esencial es instruir a los maestros como factor importante para que la educación en DH sea realmente efectiva, hay que preparar a los docentes, motivarlos e inculcarles actitudes basados en los principios de libertad, respeto a la ciudadanía a la diversidad, a la tolerancia, la igualdad, el entendimiento de los menos favorecidos o grupos vulnerables, la participación en procesos democráticos. Además de instrumentarlos con materiales didácticos acordes a los contenidos y que aseguren la educación en los DH.

En cuanto a la inclusión de los contenidos de DH a la currícula en educación, es necesario analizar con los expertos o los especialistas en los en DH que es lo que debería ir en esos programas educativos, traigo al presente lo que el autor Bobbit menciona en su libro “Construcción científica de un currículum”, establece que cuando se quiere formar a un agrónomo, es necesario preguntar a los que contratan agrónomos para qué los contratan y una vez que se tenga claro esto, entonces proceder a revisar si el proyecto de formación en los planes de estudios incluye esas habilidades.<sup>7</sup> Es decir, no solo basta que los contenidos sean propuestas de los especialistas en DH sino, que esos contenidos deben estar al escrutinio de un grupo interdisciplinario que opinen en cuanto a estrategias didácticas, pedagógicas, sociológicas que permita hacer el conocimiento sea adquirido

---

<sup>7</sup> Díaz, Barriga Angel, *El docente y los programas escolares, lo institucional y lo didáctico*, México, iisue, UNAM, 2009, p. 14.

**NEOPROCESALISMO**

significativamente en el alumno y que sea transversal a las otras asignaturas desde la currícula de educación básica hasta la superior.

## Bibliografía

BOLIVAR, ANTONIO, *Educación para la Ciudadanía: Algo más que una asignatura*, España ,2007, GRAO, pp. 3 -5.

DIAZ, BARRIGA, ANGEL, *El docente y los programas escolares: Lo institucional y lo didáctico*, México,2010, issue educación, p. 14.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Diario oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada DOF 07-07-2014.

VILLAN, DURAN, CARLOS. “La obligación de los Estados en materia de educación en derechos humanos”, México, Acervo de la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 26.

JURÍDICAS, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, México, UNAM, pp. 65.

CONDE, SILVIA. “La educación en derechos humanos. Huella del camino andado”, México, Acervo de la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 153.

RAMIREZ, GLORIA. “Avances y retos de la educación en Derechos Humanos en el siglo XXI. De América Latina a México”, México, Acervo de la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p.184 .

QUINTERO, ROMERO, DULCE MARIA, WENCES, REZA, ROSALIO. “Diagnóstico sobre la Educación en Derecho Humanos en México”, México, Acervo de la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 233.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Manual de Mediación: Nociones para la resolución pacífica de los conflictos*, Paraguay, Edit, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 2005.

Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/66/457), 66/137.

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/137](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/137).

Convención sobre los Derechos del Niño, Comité Nacional de los Derechos Humanos, [www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv\\_DNiño.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv_DNiño.pdf)

NEOPROCESALISMO

Conferencia Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, su resolución 49/184 del 23 de diciembre de 1994, Plan de Acción para el Decenio contenido en el informe del Secretario General. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, **1994**, Consultado el 1 de Octubre de 2014. <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/education/training/decenio.htm>

DERECHOS HUMANOS; INSTRUMENTO PARA REIVINDICAR A LA MADRE  
TIERRA Y A NUESTRA CULTURA ANCESTRAL

Martha Guadalupe Calderon Castillo

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

(Mgcalderon\_1911otmail.com)

Palabras clave: Derechos Humanos, discriminación, agua, pueblos indígenas, cosmovisión.

RESUMEN

Podemos decir que la consolidación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales era eminente, puesto que como afirma la teoría de las generaciones, los derechos humanos son indivisibles e interdependientes entre ellos, sin embargo una concepción liberal de carácter histórico-político influye para que los Derechos Humanos de contenido social sean vistos como meros principios, como un compromiso moral y no como un auténtico derecho

En este trabajo se intenta analizar las dificultades que se presentan en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre estos se ubica el derecho al agua, cuando hablamos del reconocimiento a este derecho nos referimos a buscar una solución a la crisis mundial del agua, los avances logrados en materia de Derechos Humanos y específicamente el Derecho al agua se sitúan en el marco legal únicamente, los retos pendientes en la configuración del derecho al agua están en lo social, cultural y ambiental.

ABSTRACT

Consolidation of economic, social, cultural and environmental rights is essential, since the Theory of Generations states that human rights are indivisible and interdependent. Actually, a liberal approach that takes into account historical and

political patterns changed social Human Rights into principles, into a moral commitment instead of considering them as authentic rights.

The study aims at analysing problems concerning strengthening economic, social, cultural and environmental rights. For instance, dealing with the right to water involves looking for a solution to global water crisis. Achievements in Human Rights, in particular in right to water, have been recognized in international law and pending issues are now considered as social, cultural and environmental matters.

#### EFFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES; DERECHO HUMANO AL AGUA, GARANTIZAR SIN DISCRIMINAR.

El contexto del mundo después de la segunda guerra mundial, favoreció que los derechos reconocidos en la Declaración Universal de 1948, quedaran consagrados en dos convenios internacionales distintos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dada la reticencia de algunos países del bloque occidental a comprometerse con los derechos económicos, sociales y culturales por considerar que reconocer la satisfacción de las necesidades materiales básicas como auténticos derechos, podía comprometer la libre determinación de su modelo económico–social. (García, 2009).

La idea de que los derechos son indivisibles e interdependientes se desarrolló ampliamente en la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena, en junio de 1993. En esta conferencia se propuso un desarrollo más equitativo, sostenible e inclusivo, esto significaba el pleno reconocimiento de los derechos económicos y culturales, así que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, por lo tanto se fortalece la lucha contra la pobreza y la marginación.

Los Derechos Humanos, particularmente tienen una estructura compleja. presentan tanto dimensiones negativas de libertad, como positivas de prestación; dando lugar tanto a obligaciones de hacer, como de abstención; que demandan

prestaciones más o menos costosas; que imponen deberes tanto a los poderes públicos como a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos, y que pueden presentar tanto carácter individual como colectivo.<sup>1</sup>

Estas obligaciones se encuentran contenidas en tres niveles básicos; la obligación de respetar, la obligación de proteger, la obligación de cumplir.

A partir de la conferencia en Viena, los instrumentos de Derechos Humanos, que han sido aprobados nos muestran que eran necesaria su aprobación pero es urgente hacerlos efectivos porque con ellos también se verán favorecidos grupos que históricamente venían siendo excluidos, como es el caso de los pueblos indígenas.

En el caso particular del agua, el derecho a este vital líquido surge como respuesta a una crisis mundial como resultado de una distribución desigual promovido por un sistema capitalista que pretende privatizar éste recurso, sin embargo esto no ha mejorado ni la calidad ni el servicio, esta problemática y las luchas sociales han planteado la necesidad de garantizar el acceso universal a éste recurso.

En efecto, la injusta distribución del agua entre los países más y menos desarrollados, entre los diversos sectores sociales, entre el ámbito rural y urbano, y entre los diversos usos del recurso, responde esencialmente a la relación de fuerzas entre los actores de la gobernanza mundial. De esta forma, los actuales conflictos por el control de los recursos hídricos están dominados ya no sólo por las potencias hegemónicas, sino también y sobre todo por las corporaciones transnacionales que ven en la comercialización del agua un negocio altamente rentable. (García, 2008).

En México, el problema del agua existe desde el periodo colonial, desde esta época surgieron desigualdades al acceso al agua, esta problemática va en aumento pues en los últimos 50 años el recurso a disminuido en un 60%, varias ciudades tienen desabasto de agua, cerca de once millones de personas no tienen acceso a ella, y de acuerdo con la comisión Nacional del Agua, únicamente el 6%

---

<sup>1</sup> García, Aniza, (2009), La configuración del derecho humano al agua a partir del marco de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos, anizagarcia@hotmail.com

de los acuíferos no están ya contaminados, esto genera enfermedades gastrointestinales pues son transmitidas a través del agua.

Los problemas sociales y ecológicos continúan en peligroso aumento: la sobreexplotación de las fuentes subterráneas, la contaminación de las superficies, la discriminación con la que se distribuye el líquido, la privatización que la ha ido encareciendo, están afectando a millones de seres humanos, que no pueden tener acceso fácil al recurso o bien mueren por enfermedades transmitidas en el agua.

Otro problema de mucha importancia es que la mayoría de estos conflictos, no encuentran solución a través de las instituciones diseñadas para ello.

En los últimos años se ha analizado el problema del agua desde una perspectiva de los Derechos Humanos, como resultado de las cifras alarmantes de personas que carecen de acceso al agua, esto no responde a una escasez absoluta sino más bien al problema de pobreza, a la desigualdad y a políticas equivocadas pero sobre todo de discriminación a grupos vulnerables, además de que este recurso se encuentra amenazado por situaciones como el crecimiento demográfico, el desarrollo industrial, la contaminación y el cambio climático.

El problema del acceso al agua después de un largo proceso por fin ha sido reconocido como un Derecho Humano, su reconocimiento no significa que el problema esté solucionado pero es innegable que es un gran logro pues proporciona las herramientas jurídicas necesarias, sin embargo aún falta mucho por hacer tanto en el ámbito social como jurídico.

En concreto, la configuración de un derecho al agua y al saneamiento se enfrenta a cuestiones tales como: cuáles son las consecuencias en materia de derechos humanos de la participación del sector privado en la provisión de este servicios, en qué medida el enfoque de derechos humanos puede ayudar y complementar la consecución de los Objetivos del Desarrollo del Milenio, en esta ámbito, así como la incidencia que el cambio climático tiene sobre el disfrute de este derecho, o cuestiones relativas tanto a su implementación práctica como a su planificación y financiación. (Movilla, 2012).

Razones como la enorme corrupción en la materia, tanto de poderes públicos como privados, la falta de legislación adecuada, la incapacidad de establecer los

instrumentos de monitoreo y vigilancia desde la administración pública, la insuficiencia de vías jurisdiccionales para la resolución de conflictos, así como la dificultad en el acceso a la justicia de los grupos en situación de discriminación, están obligando a las personas y comunidades a buscar formas alternativas de garantizar su derecho de acceso al agua. (Gutiérrez, 2009)

México es un país que se caracteriza por su autoritarismo y la violación a los derechos de los ciudadanos, los más discriminados son los que se encuentran en una situación de marginación por tal motivo las garantías institucionales resultan insuficientes, entonces se crean las garantías sociales, estas garantías son vigiladas por los actores sociales, es decir los ciudadanos que están siendo afectados en sus interés, la ciudadanía debe organizarse para generar fuerza. El Tribunal Latinoamericano del Agua, representa a una de estas garantías extra institucionales.

El Tribunal Latinoamericano del Agua, inició su experiencia como tribunal ético bajo el nombre de Tribunal Centroamericano del Agua, que sesionó por primera vez en agosto y septiembre del 2000, en la ciudad de San José, Costa Rica, analizando diez casos y una denuncia pública sobre daños a los recursos hídricos en la región. En 2004, se llevó a cabo una segunda audiencia, de nuevo en San José, en donde se analizaron nueve denuncias provenientes de distintos países de Centroamérica.

El Tribunal a partir de ahí recibió un sin número de denuncias concernientes a problemas con el agua, por este motivo amplió su jurisprudencia y en el 2005, se convirtió en una instancia Latinoamericana. El Tribunal Latinoamericano del Agua. es autónomo e independiente, y está constituido por personas que son reconocidas por su calidad ética, sus veredictos son de carácter moral.

El Tribunal Latinoamericano del Agua, sesionó por primera vez en la Ciudad de México, en 2006, (en paralelo con el IV Foro Mundial del Agua), donde le fueron presentados seis casos mexicanos y cinco de otros países de América Latina. Pero el alto número de quejas provenientes del país anfitrión lo motivaron a llevar a cabo allí otra audiencia, esta vez en la Ciudad de Guadalajara. En esa ocasión

se juzgaron siete casos relacionados con afectaciones en México y otros tres países de la región. (Gutiérrez, 2009).

En los últimos años se ha analizado el problema del agua desde una perspectiva de los Derechos Humanos, como resultado de las cifras alarmantes de personas que carecen de acceso al agua y saneamiento, esto no responde a una escases absoluta sino más bien al problema de pobreza, a la desigualdad y a políticas equivocadas pero sobre todo de discriminación a grupos vulnerables, además de que este recurso se encuentra amenazado por situaciones como el crecimiento demográfico, el desarrollo industrial, la contaminación y el cambio climático.

El problema del acceso al agua después de un largo proceso por fin ha sido reconocido como un Derecho Humano, su reconocimiento no significa que el problema esté solucionado pero es innegable que es un gran logro pues proporciona las herramientas jurídicas necesarias, sin embargo aún falta mucho por hacer tanto en el ámbito social como jurídico.

El Derecho Humano al agua ha sido ya reconocido en el ámbito internacional y local pero esto por sí mismo, no soluciona el problema social y cultural de la discriminación, la posible solución debe estar orientada al desarrollo de iniciativas encaminadas directamente a hacer efectivo el derecho al agua a través de cuestiones esenciales como la planificación y la financiación, cabe esperar que su labor suponga un empuje definitivo para la realización práctica de este derecho. Consideramos también que para contribuir a que este derecho sea una realidad debería profundizarse más en el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial.

El tema del agua y derechos indígenas está en los foros internacionales desde los años setenta, a partir de ahí muchas instituciones en el mundo promueven una adecuada distribución de este recurso, en el caso de los pueblos indígenas es un tema que se ha incorporado recientemente. “En el Foro Mundial del Agua llevado a cabo en La Haya, en marzo de 2000, se dedicó una sesión especial al tema del Agua y los Pueblos Indígenas”.

Los pueblos indígenas y sus sistemas propios de valores, conocimientos y prácticas han sido ignorados en el proceso de una visión global del agua. Este es un problema recurrente para los pueblos indígenas quienes están frecuentemente obligados a enfrentar asuntos vitales en términos dictados por otros. Muchos compartieron su experiencia sobre como el conocimiento tradicional de sus pueblos fue visto como inferior en el sistema político, legal y científico imperante y como sus argumentos son una y otra vez descartados por las Cortes y otras instituciones.

Este tema es importante porque la población indígena y campesina padece una creciente escasez y problemas como la distribución y contaminación de este recurso en forma natural, esto aunado a la discriminación de la que generalmente son objeto los convierte en el sector de la población que resulta más afectado por lo tanto es urgente definir y aclarar las bases jurídicas y culturales de la gestión del agua y del derecho indígena.

## HISTORIA Y COSMOVISIÓN DE LA RELACIÓN DE GRUPOS ÉTNICOS CON EL AGUA

Los rituales indígenas tienen un simbolismo que da cuenta de su forma muy particular de ver el mundo, la cultura de los pueblos indígenas se caracteriza por su cosmovisión, sus rituales y ceremonias tanto de ciclo festivo como vital son la parte medular de su historia y también de su presente.

La tendencia a considerar los rituales indígenas como prácticas aisladas, carentes de una relación sistemática con otros eventos del ciclo ceremonial, ha llevado a establecer correspondencias demasiado formales entre culturas y sistemas simbólicos que guardan una distancia histórica considerable. El interés que numerosas monografías muestran por el origen de ciertas prácticas ceremoniales, clasificándolas generalmente como prehispánicas y coloniales, no sólo exhibe un desinterés excesivo por el sistema ritual como tal, sino también una clasificación que ha sido elaborada mediante conceptos de experiencia distante,

lejanos a las distinciones y los contrastes que los actores descritos consideran significativas.<sup>2</sup>

Entre los pueblos indígenas de Latinoamérica existen simbolismos que los vincula, los pueblos agricultores tienen la identidad de la tierra y su representación más conocida es el maíz, también los pueblos pescadores que su identidad está vinculada definitivamente con el agua, “El agua el punto de articulación que conecta a los santos, los vientos y las entidades anímicas” (Millán, 1999. Pag.141).

Y si la cultura del agua es la base de los pueblos indígenas, el lenguaje con que opera este mecanismo socio-cultural es la mitología y su conocimiento abstracto sobre el cuerpo, que le da forma a su interacción simbólica de su estructura social, fundamentalmente aquélla que se manifiesta en la organización y poder de sistema de cargo, y en las actividades rituales que organiza. En este sentido podemos decir que su sistema de cargos y su cosmovisión funcionan como una interacción dialéctica.

El cuerpo de la nube devela la forma en que la representación y ejercicio de la autoridad que resulta indisociable de la tradición oral y las prácticas rituales o, dicho de otra forma, no hay tal cosa como el sistema de cargos, sino que lo pudiéramos denominar como tal, extiende sus dominios a la esfera de la mitología y la noción de persona, ofreciendo elementos precisos que apuntan al estudio de esa cultura a través de su noción de cuerpo.<sup>3</sup>

La necesidad del líquido varía en cada comunidad pero en todas tienen un vínculo con su historia y cosmovisión, los pueblos indígenas tienen como base de su alimentación y supervivencia el agua los que viven de la pesca y de siembra.

---

<sup>2</sup> Millan, Saul, El cuerpo de la nube, jerarquía y simbolismo ritual en la cosmovisión de un pueblo huave, inah/conaculta, colección etnográfica de los pueblos indígenas de México, serie estudios monográficos, México 2007, 272 pp.

<sup>3</sup> Millan, Saul, El cuerpo de la nube, jerarquía y simbolismo ritual en la cosmovisión de un pueblo huave, inah/conaculta, colección etnográfica de los pueblos indígenas de México, serie estudios monográficos, México 2007, 274 pp.

La cosmovisión de los pueblos indígenas es parte de la historia pero también del presente, un presente con crisis ecológicas en el cual este sector de la población se ve obligado a redefinirse en torno a esta nueva lucha por la supervivencia, en este modelo global “civilizado” que no es capaz de resolver el incremento a la pobreza y el deterioro ecológico del planeta.

Bajo los efectos de la ideología generada por la civilización occidental, los pueblos indígenas han sido siempre un sector considerado atrasado, arcaico, ignorante e improductivo. Por ello, los campesinos como sector social, con sus modos de producción, sus conocimientos y cosmovisiones, y su formas de apropiación de la naturaleza, han sido total o parcialmente desplazados de aquellos en claves del planeta donde el modelo civilizatorio urbano-industrial ha logrado consolidarse.<sup>4</sup>

Hoy esta visión ya no es imperante o al menos para algunos sectores de la población, mientras y de forma paralela la crisis ecológica del planeta se aproxima a su momento más álgido. En efecto, a la luz de una crisis ecológica de escala planetaria cada vez más evidente, los modelos de desarrollo rural elaborado y aplicado desde la mirada occidental, aparecen como uno de los aceleradores más notables de esa crisis.

Como contraparte, las llamadas culturas tradicionales, representantes de todo un conjunto de civilizaciones alternativas que aún dominan sobre buena parte de los espacios rurales del planeta, especialmente en Latinoamérica, están destinadas a jugar un papel protagónico del lado de las fuerzas que buscan amortiguar y resolver dicha crisis. Las culturas indígenas hablantes de unas 5.000 lenguas diferentes son poseedoras de cosmovisión y modelos cognoscitivos, estrategias tecnológicas y formas de organización social y productiva, más cercanas a lo que se ha visualizado como un manejo ecológicamente adecuado de la naturaleza. (Toledo, 1992)

Se trata, por supuesto, de un nuevo paradigma que no sólo ha logrado penetrar numerosos círculos académicos, organizaciones ambientalistas y

---

<sup>4</sup> Toledo, Victor, utopía y naturaleza, el nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de américa latina, revista nueva sociedad, numero 122 noviembre-diciembre 1992 pág. 72-85

conservacionistas. El paradigma, que en una primera instancia aparece como políticamente inocuo, conlleva, sin embargo a una posible solución. El significado, teórico y práctico, no puede ser más paradójico: los que hasta ahora se consideraban los condenados de la historia se tornan en actores protagónicos de esta nueva lucha.

Desde la perspectiva de los pueblos indígena, poseedores el reto tiene también un significado adicional. Se debe demostrar que los territorios bajo usufructo campesino pueden ser eficientemente manejados bajo una modalidad diferente en este caso el uso comunitario a las formas comunes de producción forestal. Esta nueva visión toma la forma de una demanda política y social concreta: la cultura.

Ya no se trata sólo de alcanzar la autogestión económica (y política), a través del establecimiento de un proceso de producción sostenida, es decir, respetuoso de los procesos naturales. Se trata de llegar a ese estado poniendo justamente en juego buena parte de los elementos que forman parte de la propia cultura, y que bajo esta nueva perspectiva resultan sumamente apropiados. La cosmovisión indígena, por ejemplo, basada en una percepción religiosa de la naturaleza encaja (...) con la necesidad de realizar una apropiación ecológicamente correcta de los recursos naturales.<sup>5</sup>

Los principios del modelo ancestral son además de igualitario justo pues establece mecanismos de control. En este movimiento ecológico e indígena existen experiencias de gestión económica exitosas, lo cual implica un esfuerzo de organización y gestión económica así como un aparato de administración altamente eficaz, además de una voluntad colectiva bien cimentada.

Pero la defensa de la cultura no sólo toma cuerpo en el campo de la producción sino también en el de la política. La organización comunitaria está creando redes multiétnicas como la de los cafetaleros de Oaxaca, México, (Moguel), o en la región amazónica. Con ello, la lucha ecológica y campesina pone juntas de nuevo a través de la práctica política las tres esferas de la realidad que la civilización a separado: la naturaleza, la producción y la cultura.

---

<sup>5</sup> Toledo, Victor, utopia y naturaleza, el nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de américa latina, revista nueva sociedad, numero 122 noviembre-diciembre 1992 pag. 72- 85

Con ello se pasa también de la autogestión productiva y política al control cultural, entendido éste como la capacidad de decisión sobre los elementos culturales, de conocimiento y simbólicos.

Los esfuerzos por abolir la discriminación de los pueblos indígenas mediante la supresión de los mecanismos de intercambio desigual que la sociedad dominante impone a través de las transacciones económicas y que mantiene permanentemente subordinado y descapitalizado al sector campesino, sólo serán duraderos si las modalidades adoptadas en la producción descansan sobre un uso sostenido de los recursos naturales. Paradójicamente, ello significa adoptar una estrategia productiva y política basada en retomar los principios de la propia producción campesina, la cual presenta una racionalidad ecológica implícita (Toledo, 1990).

Es pues en la defensa de la naturaleza (convertida en los recursos locales y concretos sobre los que se basa su propia producción), donde la lucha de los pueblos indígenas encuentra un apoyo sustancial en su esfuerzo por lograr la emancipación económica y política. Situada en una perspectiva más amplia, la defensa de la cultura y de la producción mediante el reencuentro con la naturaleza, una naturaleza libre de contaminación del suelo, aire y agua.

Este tema es importante porque la población indígena y campesina padece una creciente escasez y problemas como la distribución y contaminación de este recurso en forma natural, esto aunado a la discriminación de la que generalmente son objeto los convierte en el sector de la población que resulta más afectado por lo tanto es urgente definir y aclarar las bases jurídicas y culturales de la gestión del agua y del derecho indígena.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1 y 12.

Este derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado porque es una condición necesaria para la supervivencia, además que los gobiernos parte deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la supervivencia de los pueblos indígena.

No se puede garantizar una protección integral del derecho a la vida digna y otros que lo complementan si no se atiende a las condiciones fundamentales que lo componen. Resulta imposible pensar en la inviolabilidad del domicilio si en él no hay acceso al agua potable. No es posible tener una buena alimentación si el agua que se consume no es segura para el consumo humano.

No es exigible el derecho a la salud si no se ha resuelto el problema de abastecimiento de recursos hídricos a los núcleos poblacionales. Es impensable gozar plenamente del derecho a la vida si no se tienen los insumos fundamentales que lo componen, como lo son el derecho a la salud, la alimentación y el agua.

Todas las personas tienen el derecho a satisfacer sus necesidades fundamentales, esto implica el disfrute de todas las personas, comunidades y pueblos en un ambiente que les permita desarrollarse en igualdad de condiciones.

El agua y la tierra son recursos vitales para preservar la cultura de estos pueblos ancestrales puesto que tienen un vínculo muy estrecho con estos recursos.

#### Bibliografía

(s.f.).

Bobes León, V. C. (2004). *Buscando al actor. La intervención sociológica*. México: Purrúa.

Campos Thomas, T. H. (2006). AGUA Y ENFERMEDAD ENTRE ALGUNOS GRUPOS MAYAS DURANTE LA COLONIA. (Spanish). *Antípoda*, 3(155-174), p155-174. 20p.

Campos Thomas, T. H. (2006). AGUA Y ENFERMEDAD ENTRE ALGUNOS GRUPOS MAYAS DURANTE LA COLONIA. (Spanish). *Antípoda*, 3, 155-174.

García, A. (2010). El acceso al agua y al saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos. (Spanish). *Tiempo de paz*, 98, 38-43.

García, Aniza, La configuración del derecho humano al agua a partir del marco de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sociedad y utopía, revista de ciencias sociales número 34, noviembre 2009

J., A. T. (1980). *METODOLOGÍA EN LAS CIENCIAS SOCIALES*. Distrito Federal, México: Ediciones Taller Abierto.

López, J. M. (2006). *CHONTALES DE TABASCO PUEBLOS INDÍGENAS DEL MÉXICO CONTEMPORÁNEO*. D.F., México: Comisión Nacional Para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Olabuenaga, J. I. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa* (Vol. 15). Bilbao, España: Universidad de Deusto.

Rivas, R. G. (2011). EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN MÉXICO; UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS Y LOS ECOSISTEMAS. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*.

Rodríguez Gómez, G. E. (1996). *Metodología de la investigación*. Granada, España: Ediciones Aljibe.

Sánchez, K. T. (2011). Hacia una garantía constitucional del derecho al agua en México. (Spanish). *Cotidiano - Revista de la Realidad Mexicana.*, 93-100.

Gutiérrez, Rodrigo,(2009) el caso de la comunidad indígena de Xoxocotla (México) frente al tribunal Latinoamericano del agua. Un ejercicio de aterrizaje de derecho humano al agua, revista de ciencias sociales 19.

Movilla, Laura, (2012), Hacia la realización del derecho humano al agua y al saneamiento el papel de la relatora especial, sistema de relatores especiales del consejo de derechos humanos.

Órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y facultado por la Organización de las Naciones Unidas para realizar la interpretación autorizada.

Millán, Saúl, El cuerpo de la nube. Jerarquía y simbolismo ritual en la cosmovisión de un pueblo huave, inah /Conaculta, colección Etnografía de los pueblos indígenas de México, serie Estudios monográficos, México, 2007, 272 pp.

Pérez, Ana, (2011), actores sociales y su relación con el agua, revista líder volumen 19 año 13

Toledo, Víctor, utopía y naturaleza el nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de américa latina, revista nueva sociedad numero 122 noviembre-diciembre 1992, pág. 72 85



**LINDEROS CONCEPTUALES DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA SALUD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

*El Derecho a la Salud se ubica, en la actualidad, como una de las exigencias vitales del hombre frente al Estado, por ser un presupuesto lógico para la supervivencia, para la integridad personal y para el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la igualdad y de la libertad, lo que implica que su desprotección impida llevar una vida digna dentro de la comunidad.*

Ministra Olga María del Carmen Sánchez  
Cordero de García Villegas

Hugo Carrasco Soulé<sup>1</sup>

**1. Generalidades del Derecho de protección a la salud.**

Para poder establecer los linderos conceptuales del *Derecho de Protección a la Salud* en el contexto internacional es menester obligado hacer una referencia preliminar sobre el establecimiento de la *Organización Mundial de la Salud*<sup>2</sup> (en lo sucesivo *OMS*). Su institucionalización como organismo especializado de la *Organización de las Naciones Unidas* (en lo sucesivo *ONU*) tiene lugar al ser adoptada su Constitución<sup>3</sup> por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. En el pliego fundacional se establece categóricamente en su primer artículo que la finalidad de la *OMS* es alcanzar para todos los pueblos el grado más alto de salud.

De conformidad con sus principios básicos se considera a la salud<sup>4</sup> como un estado completo de bienestar<sup>5</sup> físico<sup>6</sup>, mental<sup>7</sup> y social<sup>8</sup>, y no solamente la ausencia de afecciones o

---

<sup>1</sup> Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACyT.

<sup>2</sup> La *OMS* ocupa el lugar de diversas organizaciones regionales e internacionales que le precedieron, tales como la Organización Internacional de Higiene Pública y la Organización de la Salud de la Sociedad de Naciones.

<sup>3</sup> El instrumento internacional fue firmado el 22 de mes julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

<sup>4</sup> Autores como Carlos Gherzi sostienen que la salud es la conjunción de factores internos (constitución biológica, física, funcional, etc) y externos (inclemencias del tiempo, factores alimenticios, etc), elementos que interactúan entre sí y sobre los que actúa el factor social y el proceso cultural (la información y el conocimientos son vitales en la prevención y en la curación) de tal forma que es una cuestión compleja y su abordaje como investigación también lo es (además de multidisciplinaria) (Cfr. Gherzi, Carlos A., artículo titulado *Las relaciones del derecho a la salud, la economía, la sociología y la cultura*, publicado en *Tratado del Derecho a la Salud*, Tomo I, editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 27).

<sup>5</sup> El término *bienestar* se emplea para referirse al conjunto de cosas necesarias para vivir bien; o bien para indicar el estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica.

enfermedades<sup>9</sup>. Asimismo, en el instrumento en cita, no sólo se pugna por que el ser humano goce del grado máximo de salud sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, sino que además se visualiza a la salud de todos los pueblos como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad —dependiendo su consecución de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados—<sup>10</sup>.

A mayor abundamiento, en el instrumento internacional *en comento* se reconoce que la desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. Por ello, se insiste en que la extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines, es esencial para alcanzar el más alto grado de salud. Dentro de este contexto, se aceptó que una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Si bien es cierto que la codificación internacional del derecho a la protección de la salud como derecho social —o de segunda generación— adquiere visibilidad en el concierto mundial a través de la *Constitución de la OMS*, también lo es que las fuentes de inspiración fueron las sendas incorporaciones de este derecho en diversas *Cartas Magnas* a lo largo del Siglo XX; es decir, el derecho de protección a la salud no es una idea de generación espontánea, sino que tiene su trazabilidad en las inserciones hechas en las cartas fundacionales de países como México en 1917, Unión Soviética en 1918, República de Weimar en 1919, e Italia en 1948, entre otras.

De esta manera la *OMS* y su tratado constituyente han tenido un rol esencial en el reconocimiento legal en el pasaje internacional del *Derecho de protección de la salud*, ya que tan solo dos años después a aquel en que se instituyó este organismo especializado de la *ONU*, se aprobó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en el que el multicitado derecho fundamental fue incluido.

Pero, ¿En qué se traduce que el *Derecho de protección de la salud* se encuentre en los pilares de acción de la *OMS*, o qué significa que éste se haya incluido en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*? En principio y en términos generales, en que los Estados

---

<sup>6</sup> *Physycus* es una locución latina empleada para indicar que es perteneciente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea, en contraposición a moral. Asimismo, con esta voz se refiere al exterior de una persona, en cuanto a lo que forma su constitución y naturaleza.

<sup>7</sup> Término proveniente del latín *mentalis*, que denota lo perteneciente a la *mente*; a su vez esta voz tiene origen en la locución latina *mens o mentis*, que se refiere al conjunto de actividades y procesos psíquicos conscientes e inconscientes, especialmente de carácter cognitivo.

<sup>8</sup> Expresión relativa a la *sociedad* y que proviene del latín *societas*, que es empleado para denotar una reunión menor o mayor de personas que se constituyen en una agrupación natural o pactada, que generan una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.

<sup>9</sup> La voz enfermedad proviene de la locución latina *infirmitas*, empleada para indicar una alteración más o menos grave de la salud.

<sup>10</sup> Al respecto autores como Elian Pregno sostienen que “...esta primera consideración respecto de la noción conduce la discusión... hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales las palabras de clase. Luego, la adjudicación del significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y de los pueblos” (Pregno Elian, artículo titulado *El derecho de la salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa*, publicado en la revista del Centro de Investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social. Artículo consultado en la página <http://www.aebioetica.org/archivos/epregnodv.pdf>

parte señalaron que los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Ahora bien, *Gustavo Schötz*<sup>11</sup>—siguiendo a *Toller*— explica la relación jurídica que existe en torno a responsabilidad que los Estados tienen frente a la *salud* de sus pueblos, indicando lo siguiente:

“...en el estudio de los derechos fundamentales, se debe advertir, en primer lugar, un sujeto de derecho; después, un bien humano en su condición de bien jurídico ante el derecho; y, finalmente, el derecho fundamental que tutela ese bien jurídico... En el caso del derecho a la salud, su vinculación con la dignidad de la persona está dada por su carácter instrumental en relación con la vida como bien humano básico, a su vez razón y causa necesaria de los demás bienes.

El Derecho a la salud consiste en dotar al sujeto de libertades como de poderes y sujeciones. Entre las libertades, podemos considerar el derecho a no recibir ciertos tratamientos, no ser objeto de experimentaciones o al consentimiento informado. En cuanto a los poderes, el titular del derecho a la salud puede reclamar participar de un sistema sanitario, en un pie de igualdad y no discriminación. De modo concreto, toda persona tiene derecho a la prevención, tratamiento y control de enfermedades...”

Así entonces, la responsabilidad del Estado no sólo consiste en adoptar las medidas sanitarias apropiadas, sino que tal y como lo puntualiza Gustavo Schötz, el titular del derecho a la salud debe contar con la posibilidad de participar en el sistema sanitario para que se prevengan enfermedades, y en caso que se adquieran, las mismas sean tratadas y controladas. Esto es así, ya que como lo indica Carlos Ghersi<sup>12</sup> el derecho personalísimo a la salud<sup>13</sup> “...es una situación, un estado, y una dinámica, que le permite al ser humano estar óptimo con su cuerpo, mente y espíritu, y el desarrollo de su proyecto de vida, individual y social”.

Tomando en consideración todo lo anterior, el tema esencial en torno al derecho de protección a la salud en cuanto a derecho fundamental en su convivencia y coexistencia con otros derechos, radica en definir sus contornos y contenido, dicho en otras palabras, en comprender sus linderos conceptuales que permitan identificar sus características propias que le hagan funcional y operativo. Por ello, primero se propone realizar el abordaje del análisis del *Derecho de protección de la salud* a través de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

## **2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Derecho de protección a la salud.**

Es posible sostener que en el sistema interamericano de Derechos Humanos se encuentra debidamente reconocido el *Derecho de protección de la salud*, ya que en diversas sentencias se ha determinado fincar responsabilidad a diferentes Estados parte con motivo de violaciones generadas en su actuar estatal frente a sus respectivos ciudadanos.

---

<sup>11</sup> Schötz, Gustavo. Artículo intitulado *El derecho a la Salud* publicado en la obra colectiva *Patentes y medicinas esenciales. La armonización entre el derecho a la salud y la propiedad intelectual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2013. Págs. 107 y 108.

<sup>12</sup> Ghersi, Carlos A., Op. Cit. Pág. 102.

<sup>13</sup> Se trata de un derecho derivado del derecho personalísimo a la vida.

La importancia del tema entonces, no radica en defender la postura de que el *derecho de protección de la salud* es un *Derecho Humano* cuyo resguardo debe generarse a través del sistema regional que nos ocupa, sino que el debate hoy se centra sobre la metodología que debe seguirse para establecer su alcance y efectos.

Para delimitar perfectamente los alcances y efectos hay dos enfoques principalmente: El primero, sostenido en diversas resoluciones dictadas por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (en lo sucesivo *CIDH*) en donde se reconoce su existencia, pero en virtud de la interdependencia que este derecho tiene con otros *derechos humanos*; por lo tanto, su proyección estará siempre limitada en función del alcance y de la violación que se argumente de un derecho civil conexo, como lo es el derecho a la vida por ejemplo; y no en función de las transgresiones directas que se hagan en cuanto al derecho a la salud. El segundo enfoque, es el que mantiene el Juez Eduardo Ferrer McGregor en un voto concurrente de confección relativamente reciente, en donde indica que se le debe dotar de plena autonomía al derecho a la salud, para que el análisis jurídico que se realice en razón de las violaciones que se reclamen en el sistema interamericano prescinda de que se le conecte a otro *Derecho Humano* para estar en aptitud de protegerle.

### **2.1. El Derecho de protección a la salud al amparo de los principios de interdependencia e indivisibilidad contemplados en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos***

La *CIDH* se ha pronunciado por sostener la justiciabilidad del *derecho a la salud* como derecho humano que es; sin embargo, hasta ahora dicho resguardo se ha efectuado de manera tangencial en conexión con otros derechos civiles, como lo son el reconocimiento de la personalidad jurídica<sup>14</sup>, el derecho a la vida<sup>15</sup>, a la integridad personal<sup>16</sup>, la libertad personal<sup>17</sup>, la protección de la honra y de la dignidad<sup>18</sup>, entre otros.

Hasta ahora la competencia de la *CIDH* para analizar y sentenciar los casos relacionados con violaciones al derecho de la salud se ha fundamentado en la obligación que tienen los Estados parte de respetar los *Derechos Humanos*; deber jurídico que se encuentra consagrado en el art 1° de la propia *Convención*, y que en su parte conducente dispone lo siguiente:

“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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Aunado a lo anterior, el artículo 26 de la *Convención* establece el principio de *Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, a través del cual los Estados

<sup>14</sup> Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párrs. 186 y 187.

<sup>15</sup> Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

<sup>16</sup> Cfr. Caso Vera Vera y otra, supra, párrs. 100 y 101; y Caso Ximenes Lopes, supra, párr. 155.

<sup>17</sup> Cfr. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

<sup>18</sup> Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109. En este mismo sentido se expresa Luis Carranza Torres en su obra *Protección jurídica de la salud*, al indicar que “...si los derechos fundamentales de las personas, resultan aquellas facultades o prerrogativas a ellas reconocidas, ya sea de manera individual o colectiva, que nacen de una directa o íntima conexión a la dignidad ínsita del ser humano, no cabe dudas que la salud resulta uno de ellos” (Carranza Torres, Luis, *Protección jurídica de la salud*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2013. Pág. 17).

parte se comprometen a tomar medidas, tanto de carácter interno, como mediante la cooperación internacional, especialmente de índole económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Convención, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Dentro de este mismo orden de ideas, la *CIDH* ha mantenido el criterio que es precisamente en este precepto que se encuentra inmerso el derecho a la salud, y que aplicando este principio de derecho progresivo es que se puede defender.

Asimismo, se ha sostenido que la competencia que tiene la *CIDH* para resolver asuntos donde se examine la transgresión al *derecho de protección de la salud*, tiene también su apoyo en la interpretación hermenéutica de los artículos 1.1, 2 y 29 del *Pacto de San José*, con los artículos 34.i) y 45 h) de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, el artículo XI de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, y el artículo 25.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, así como en otros instrumentos y fuentes internacionales que le dan cuerpo al *derecho de protección de la salud*, por ejemplo los artículos 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>19</sup>, el 17 y el 33.2 de la *Carta Social de las Américas*, 12.1 y 12.2.d) del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

A mayor abundamiento, el artículo 2 de la *Convención* indica que si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Asimismo, el artículo 29 del instrumento internacional en comento establece que ninguna disposición de la *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 bien limitarlos en mayor medida que lo prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que se encuentre 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.

Tomando en cuenta lo anterior, es que debe aplicarse el contenido del artículo 34. i) de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, en el que se establece entre los objetivos básicos del desarrollo integral, la defensa del potencial humano, mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica. Dentro de este mismo contexto, el artículo 45 del mismo instrumento internacional señala que los Estados miembros deben dedicar sus máximos esfuerzos para lograr una política eficiente de seguridad social.

Vinculado con lo anterior, es aplicable, tanto el artículo XI de la *Convención* que dispone que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad; como el artículo 25.1. que indica

---

<sup>19</sup> Llamado "*Protocolo de San Salvador*", y que fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 durante la celebración del Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA —entró en vigor hasta el 16 de noviembre de 1999, ya que en dicha fecha se depositó el undécimo instrumento de ratificación—.

que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

A mayor abundamiento, el *Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, indica en su artículo 10. que:

- i. Toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social<sup>20</sup>;
- ii. Los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
  - e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
  - f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Es importante resaltar, tal y como lo hace el Juez Manuel E. Ventura Robles<sup>21</sup> en su artículo intitulado *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, que el protocolo adicional especifica en su preámbulo su inspiración, basada en el ideal de un ser humano realizado y, como tal, libre, exento de temor y miseria.

Al respecto, la *Carta Social de las Américas* dispone que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación y se reconoce que la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral y el crecimiento económico con equidad. En este contexto, los Estados miembros reafirmaron su responsabilidad y compromiso de mejorar la disponibilidad, el acceso y la calidad de los servicios de atención de la salud.

Ahora bien, el *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales* en su artículo 12.1., establece que los Estados Partes, no sólo reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sino que además, acordaron que los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, tales como las necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

De esta manera la *CIDH* se ha pronunciado sobre la protección del derecho a la salud haciendo uso de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre los derechos civiles y

---

<sup>20</sup> De acuerdo a lo que expone Luis Carranza Torres, todo ser humano es a nivel orgánico un biosistema complejo semiabierto que interactúa de manera dinámica con el medio ambiente y que cuenta con una estructura jerárquica organizada en diferentes niveles: físico, químico, biológico, mental y espiritual (Cfr. Carranza Torres, Luis, Op. Cit. Pág. 18).

<sup>21</sup> Ventura Robles, Manuel E., artículo titulado *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, publicado en la revista IIDH. Consultado a las 18:15 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la página electrónica <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3>

políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales que se han revisado en los párrafos que anteceden. Interpretación que es útil y de meritoria construcción para entender los linderos conceptuales de este derecho en el ámbito interamericano, pero que al propio tiempo en la actualidad resulta insuficiente.

## 2.2. La autonomía del derecho de protección a la salud.

Aunque es importante la argumentación construida por la *CIDH*, es relevante resaltar que Eduardo Ferrer McGregor, Juez de la *CIDH*, ha planteado en un voto concurrente que la protección del derecho de la salud debe visualizarse bajo el manto de una argumentación explícita que permita el análisis del derecho de manera autónoma conforme a su esencia y características propias, y no sólo en función de una interpretación integral que se genera en razón de la violación a derechos humanos conexos. Al respecto Eduardo Ferrer McGregor<sup>22</sup> sostiene lo siguiente en el voto de referencia:

“Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles... Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud...”

El reconocimiento que el derecho de protección a la salud puede ser violado de manera autónoma puede conducir a que:

- i. Se precisen las obligaciones que debe cumplir el Estado en dicho ámbito específico.
- ii. Se facilite una interpretación evolutiva del *corpus iuris* interamericano en esta materia para que de manera sistemática se adviertan claramente los alcances de este derecho humano.
- iii. Se proporcione un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales con el fin de darle contenido.

Así las cosas, establecer los linderos conceptuales del derecho de protección a la salud en un sistema regional de protección de derechos humanos, como lo es el interamericano es de difícil manufactura, ya que cada Estado que forma parte lo regula constitucionalmente de manera diferente. De ahí que lograr una interpretación conforme y uniforme a lo largo de todos y cada uno de los metros cuadrados que conforman el piso americano se constituirá en una labor de dimensiones colosales y que desde luego tendrá que ir evolucionando con cada sentencia que se dicte en la materia por parte de la *CIDH*.

Así entonces, la subsecuente tarea será comprender el nódulo de este derecho fundamental de acuerdo a la descripción constitucional que se da en cada una de las Cartas Magnas de los Estados que forman parte de la Convención.

## 2.3. El Derecho de protección de la salud bajo el amparo de la normativa constitucional de las jurisdicciones nacionales.

---

<sup>22</sup> Ferrer McGregor Poisot, Eduardo. Voto concurrente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013. Pág 23.

Es importante recorrer el entramado que constituye el contar en la región con un crisol de constituciones que describen el derecho a la salud de manera tan heterogénea, ya que si bien es cierto que, en determinado momento, para cada Estado, los elementos constitutivos del derecho en comento aplicable en su propia jurisdicción puede originar que se generen ideas de sabor y tamaño diferentes respecto de su concepto, también lo es que al formar parte de una región, el resabio y dimensión del dicha percepción no puede ser diametralmente opuesto, ni siquiera sustancialmente diferente.

Así entonces, el conocer la descripción constitucional que cada Estado contempla para este derecho, lejos de dar una visión individualista de cómo se debe interpretar en Tierra del Fuego, en el canal transoceánico, o bien en suelo Azteca, debe más bien permitir caminar para crear una visión omnicomprendensiva de lo que como región se pretende respecto de este derecho humano en particular. En palabras de Eduardo Ferrer<sup>23</sup>, “...la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud para impulsar una protección judicial directa de este derecho”.

A continuación una tabla que contiene el artículo constitucional que consagra el derecho a la salud:

País	Artículo constitucional	Comentario
<b>Argentina</b>	Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la <i>protección de su salud</i> , seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno[...].”	Una de las aristas del derecho de protección a la salud se origina en la esfera del ser humano como consumidor. Se refiere a la protección de este derecho como usuario de bienes y de servicios que es.
<b>Bolivia</b>	Artículo 35. I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud. II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.	En el caso Boliviano se deben generar políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida. Asimismo, los servicios de salud deben ser gratuitos para la población.
<b>Brasil</b>	Artículo 196. <i>La salud es un derecho de todos y un deber del Estado</i> , garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.	El deber del Estado brasileño es garantizar la reducción del riesgo a la enfermedad mediante políticas sociales y económicas. Asimismo, dispone que debe propiciar el acceso universal a las acciones y servicios que el Estado realice para promover, proteger y recuperar la salud de sus ciudadanos
	Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. <i>Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y</i>	Colombia contempla la atención de la salud como un servicio público. Debe garantizar el acceso universal a los

<sup>23</sup> Ibidem. Pág 29.

<b>Colombia</b>	<i>recuperación de la salud.</i> Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad".	servicios de promoción, protección y recuperación de la salud <sup>24</sup> .  El control y vigilancia sanitaria es a cargo del Estado colombiano.  Establece que la atención básica para todos los habitantes debe ser gratuita y obligatoria.  Asimismo, impone como deber a sus ciudadanos de procurar su cuidado integral en materia de salud.
<b>Costa Rica</b>	Artículo 46. [...]Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias".	En el caso de Costa Rica se vincula una de las aristas del derecho de protección de la salud al derecho de consumidor. Es de resaltarse que se tiene el derecho de recibir información adecuada y veraz.  Este derecho también implica la libertad de elección.
<b>Chile</b>	"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: ... 9. <i>El derecho a la protección de la salud.</i> El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado...".	En Chile el derecho a la protección de la salud se encuentra asegurado a todas las personas.  Las acciones que el Estado debe desplegar en favor de sus habitantes son de promoción, protección, recuperación de salud y rehabilitación del individuo. El acceso debe ser libre e igualitario.  El ciudadano puede elegir el sistema de salud, privado o público, al que desee pertenecer.
<b>Ecuador</b>	"Artículo 32. La <i>salud</i> es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional".	Resaltar que en el Ecuador, la prestación de los servicios de salud se rigen por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.  La salud debe estar garantizada por el Estado y es un derecho que tiene conexidad estrecha con el ejercicio de otros.  El acceso a la salud debe ser permanente, oportuno, sin exclusión a programas, a acciones y a servicios de promoción y atención integral de salud.

<sup>24</sup> La Séptima Sala de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana sostuvo en la sentencia T-571/92 que el derecho a la salud es

<b>El Salvador</b>	Artículo 65. La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”.	El Salvador le da tratamiento de bien público a la salud de sus habitantes. Se debe garantizar la conservación y restablecimiento de la salud.
<b>Guatemala</b>	“Artículo 93. Derecho a la salud. <i>El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna</i> ”.  “Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. <i>El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social</i> ”.	Guatemala le da la categoría de derecho fundamental del ser humano que no puede ser objeto de discriminación.  El Estado debe procurar el más completo bienestar físico, mental y social.
<b>Haití</b>	“Artículo 19. El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud y el respeto de la persona humana de todos los ciudadanos sin distinción alguna, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.	El deber del Estado de garantizar la salud, la vida y la dignidad del ser humano es absoluto, sobre bases igualitarias y en estricto apego a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
<b>Honduras</b>	“Artículo 145. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.	El derecho es sobre protección a la salud y no como en los demás Estados que se refiere a la salud como un derecho.  El deber de preservar y promover la salud no es solo a cargo del Estado, sino es deber de todos.
<b>México</b>	“Artículo 4. Toda persona tiene <i>derecho a la protección de la salud</i> . La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.	El derecho de protección a la salud <sup>25</sup> es para toda persona, no para habitante o ciudadano mexicano.  Indica que en las leyes se definirán las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud <sup>26</sup> .

<sup>25</sup> De acuerdo a lo sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del cuarto circuito, el artículo 4º Constitucional coincidentemente, con otros tratados internacionales, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra el derecho humano a la salud, que se traduce en la obligación del Estado de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población, entendiéndose por tales servicios, las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona. Cfr. **RUBRO: DERECHO HUMANO A LA SALUD. LA SIMPLE AFIRMACION DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES SOBRE LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS EN SU INFORME JUSTIFICADO, RELATIVOS A OTORGAR INCAPACIDADES Y MEDICAMENTOS, ES INSUFICIENTE PARA REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA Y, POR TANTO, DICHA ACTUACION CONTRAVIENE AQUEL** (Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, Décima Época, Pág. 2467. Tesis: IV.2ºA.23 A)

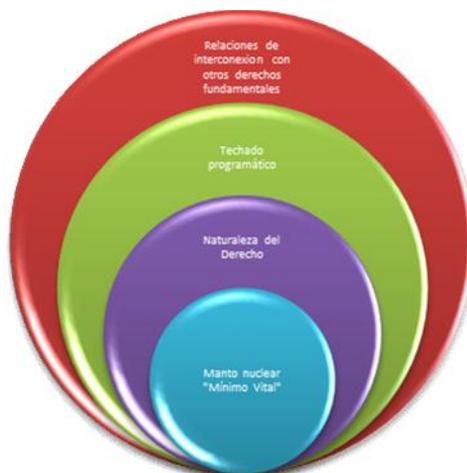
<sup>26</sup> De conformidad con el criterio dictado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el derecho a la salud consagrado en la constitución impone deberes complejos a todos los poderes públicos dentro del Estado, desde el legislador y la administración, hospitales públicos y su personal médico, hasta los tribunales. Asimismo, ha sostenido que el objetivo consistente en proteger el derecho a la salud de los pacientes es un fin público. Cfr. **RUBRO: DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD** (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro. Décima Época XVI, Enero de 2013, Tomo 1, Pág. 626. Tesis: 1ª. XXIII/2013 (10ª)

<b>Nicaragua</b>	“Artículo 59. Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”.	El derecho debe ser sobre bases igualitarias y comprende la promoción, protección, recuperación y rehabilitación.
<b>Panamá</b>	“Artículo 109. Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.	El cuidado de la salud de la población es una función esencial del Estado, y comprende el tener derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud.  Entiende la salud como el completo bienestar físico, mental y social.
<b>Paraguay</b>	“Artículo 68. <i>Del derecho a la salud.</i> El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.	Toda persona tendrá acceso a la asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades.  EL Estado debe promover y proteger la salud que tiene la categoría de derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad.
<b>Perú</b>	“Artículo 7. <i>Todos tienen derecho a la protección de su salud</i> , la del medio familiar y la de la comunidad <i>así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.</i> La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.	El Derecho de protección a la salud es en tres esferas, la individual, la familiar y la de la comunidad.  No solo se visualiza como un derecho, sino también como un deber que implica el contribuir a su promoción y defensa.
<b>República Dominicana</b>	“Artículo 61.- <i>Derecho a la salud.</i> Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales”.	El derecho es a la salud integral, por lo que el Estado debe velar por la protección de la salud y lo vincula a otros derechos conexos.  Destacar que incluye la recepción de los servicios sanitarios y que se procuren los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y asistencia médica y hospitalaria gratuita.  Debe prestar su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables
<b>Suriname</b>	“Artículo 36.- Toda persona tiene <i>derecho a una buena salud.</i> El Estado promoverá el cuidado general de la salud mediante la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo y dará información sobre la protección de la salud”.	La mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo son las bases conceptuales sobre las que descansa el derecho a una buena salud. El Estado debe promover el cuidado general de la salud y debe dar información sobre la protección a la salud.
	“Artículo 44.- El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del	La gratuidad de los medios de prevención y de asistencia es sólo para los indigentes o carentes de recursos

<p><b>Uruguay</b></p>	<p>país. <i>Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.</i> El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.”</p>	<p>suficientes.</p> <p>El cuidado de la salud no sólo es un derecho, sino también un deber de todos los habitantes.</p> <p>Al legislar respecto a cuestiones de la salud, el Estado debe procurar el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes.</p>
<p><b>Venezuela</b></p>	<p>“Artículo 83.- La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.”</p>	<p>La salud la visualiza como un derecho social fundamental que debe ser garantizado por el Estado como parte del derecho a la vida.</p> <p>El Estado de promover y desarrollar políticas que eleven la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios.</p> <p>El derecho de protección a la salud debe recibirse de conformidad con los tratados y convenios internacionales de los que Venezuela sea parte.</p> <p>Al igual que otros países, la protección de la salud no solo se visualiza como un derecho, sino también como un deber en el que se tiene que participar activamente en su promoción y defensa.</p>

La morfología de cada derecho constitucional estatal deberá interpretarse por la *CIDH* para que funcione en esencia significativamente igual en Suriname, México, Brasil y Canadá; desde luego bajo el manto que las características propias que cada Estado tiene en específico en un momento determinado. Es riesgoso para la región pensar que el Derecho de protección a la salud en un país americano puede llegar a tener un contenido que en esencia sea totalmente diferente a lo que otra persona en el continente americano pudiera recibir como protección, ya que de lo contrario se podría llegar a tener el siguiente resultado: En México el Derecho de protección a la salud comprende “X” y “Z”, pero en Colombia el derecho no se conforma por “X” y “Z”, sino por “W”. Mas bien, se debe caminar por una vereda interpretativa en donde eventualmente se pueda sostener que en América el Derecho de protección de la salud comprende “X”, “Z” y “W”, aunque la constitución estatal de “A” no haya descrito a “W” como elemento componente del derecho, ya que este último elemento forma parte del núcleo de lo que se debe comprender como derecho de protección de la salud.

En aras de aportar elementos para transitar la vereda interpretativa incluyente, se propone analizar el continente del derecho de protección de la salud bajo cuatro mantos: Al centro, el *nuclear* vinculado con los elementos que conforman su mínimo vital; le sigue la cobertura que explica la naturaleza del derecho; misma que se encuentra recubierta del techado programático; y por último, se encuentran las relaciones de conexión con otros derechos fundamentales.



El *derecho de protección de la salud* para ser considerado como tal debe contar con ciertos extremos que están vinculados estrechamente con un *mínimo vital*; elementos que no pueden ser cuestionados ni refutados absolutamente por nadie, ni tampoco con la posibilidad de entenderse diferente atendiendo a las circunstancias político, sociales, culturales o económicas específicas de cada país. En este sentido no será relevante para explicar este derecho que se encuentre explícitamente redactado en una constitución de “x” o “y” manera, sino que por el simple hecho de ser mencionado como derecho humano debe englobarlo.

El sustento de que las manifestaciones de este derecho se encuentren reducidamente enlazadas con el mínimo vital, y cuya *ratio iuris* se explica a través del siguiente pasaje de Luis Carranza Torres<sup>27</sup>:

Es que el ideal de la persona libre, capaz de auto-determinarse a voluntad en los actos de su existencia, lleva como requisito implícito el de ser una persona con cierto nivel de salud. A contrario sensu, una persona enferma, no es una persona enteramente libre. Su voluntad y sus actos se hallan condicionados por la acción de fuerzas que no domina, pero que la influyen y la condicionan. Y en los supuestos de enfermedades graves, ciertamente ya no sólo se afecta la libre determinación en un grado variable, sino también la propia subsistencia.

En este rubro, es posible sostener que el goce de la salud es derecho fundamental e inalienable del ser humano<sup>28</sup>, y que debe ser respetado sin discriminación alguna. En dicha tesitura, toda persona tiene *derecho a la protección de la salud* de manera integral, a un trato equitativo y digno. Nadie debe ser privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. La población debe contar con acceso universal a las acciones y a los servicios de salud. Asimismo, se tiene Derecho a información adecuada y veraz. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Al menos la atención básica para todos los habitantes debe ser gratuita y obligatoria. Asimismo, todo individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

<sup>27</sup> Carranza Torres, Luis. Op. Cit. Pág 17.

<sup>28</sup> Ello quiere decir que no sólo no puede serle negado a una persona, sino que además, la propia persona no puede renunciar a ella (Cfr. Carranza Torres, Luis. Op. Cit. Pág 19).

Al respecto es relevante resaltar que en el caso seguido por *la Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*<sup>29</sup>, la *CIDH* dictó una sentencia el 24 de agosto de 2010 en donde constató, entre otras circunstancias, que el Estado no había garantizado la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y que no se evidenciaron acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni tampoco que se hubieran desarrollado medidas educativas en materia de salud que fueran respetuosas de los usos y costumbres tradicionales. En la referida sentencia, la *CIDH* ordenó que Paraguay debía adoptar de manera inmediata, periódica y permanente, las siguientes medidas:

- a) Revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos, acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres;
- b) Atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido;
- c) Sin perjuicio de lo indicado, a efectos de que la prestación de bienes y servicios básicos fuera adecuada y periódica, el Estado debía elaborar un estudio, en el que estableciera respecto a la atención médica y psicosocial, así como la entrega de medicinas: i. la periodicidad en la que se requiere que personal médico visite la Comunidad; ii. las principales dolencias y enfermedades que los miembros de la Comunidad padecen; iii. las medicinas y el tratamiento necesario para tales enfermedades; iv. la atención pre y posnatal necesaria, y v. la forma y periodicidad en que se deben llevar a cabo los procesos de vacunación y desparasitación.

Este caso refleja en específico acciones y/u omisiones que están relacionadas con el mínimo vital o manto nuclear del derecho materia de análisis, y por ende estas medidas deberán ser impuestas a cualquier Estado al que se le demuestre que ha transgredido el derecho de protección de la salud, aun cuando en su propia Constitución no se encuentre expresamente consagrado el Derecho en los términos que se encuentra descrito en el caso paraguayo.

Por otro lado, el *derecho de protección de la salud* puede analizarse en cuanto a su propia *naturaleza*. Al respecto las Cartas Magnas de los Estados Parte tratan el derecho de protección de la salud bajo cuatro diferentes ópticas:

- a) Como deber –absoluto— del Estado;
- b) Como derecho a favor de las personas;
- c) Como obligación compartida;
- d) Como deberes del individuo.

El Estado tiene la *obligación absoluta* de garantizar, tanto el derecho a la vida, como a la salud y el respeto de la persona humana; es decir, es una función esencial del Estado velar por la salud de la población<sup>30</sup> y la asistencia social de todos los habitantes. Dentro de este contexto, la salud

---

<sup>29</sup> Cfr. Caso *la Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* consultado a las 19:00 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoComunidadIndigenaXakmokKasekvsParaguay\\_FondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaXakmokKasekvsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm)

<sup>30</sup> En las diferentes Constituciones encontramos un tratamiento diverso, pues en algunas se refiere como titular del derecho al ciudadano, en otras a los habitantes, en otras la persona o el ser humano. Situación que no es meramente

debe ser tratada como un *bien público*<sup>31</sup>, cuya protección debe estar avalada por el Estado mismo como parte del derecho a la vida. El Estado debe otorgar el *servicio público* de protección a la salud<sup>32</sup>.

En el caso *Ximenes Lopes Vs. La República Federativa del Brasil*<sup>33</sup>, la CIDH consideró que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. Asimismo, sostuvo que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud<sup>34</sup>.

Al respecto Enrique Suárez<sup>35</sup> indica que "...la salud es un bien de toda la comunidad, un bien social y ello dinamiza los medios procesales y amplía la legitimación para reclamarlo",

---

un problema de sinonimias, ya que si en la Carta Magna se hace referencia al ciudadano, entonces aquellos migrantes o inmigrados no verán protegido este derecho por parte del Estado al que llegan.

<sup>31</sup> En la sentencia que dictó la CIDH el 4 de julio de 2006 en el caso *Ximenes Lopes Vs. La República Federativa del Brasil*, se sostuvo que "...la salud es un *bien público* cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud". Sentencia consultada a las 16:23 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda\\_libre=XimenesLopes&option=com\\_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda_libre=XimenesLopes&option=com_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1)

<sup>32</sup> Es importante resaltar que hay autores que sostienen que la salud es un bien-servicio mercantilizado y con un hospital público en un franco deterioro, con lo cual el acceso al derecho a la salud como bien social se privatiza para las clases alta y medias y se constituye en un bien-valor escaso o casi inexistente para la clase pobre y marginal (Cfr. Ghersi, Carlos A. Op. Cit. pág. 31)

<sup>33</sup> *Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil*. La Comisión presentó la demanda en el caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado Brasileño era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental, en un centro de salud que operaba dentro del marco del Sistema Único de Salud brasileño llamado la *Casa de Repouso Guararapes*; los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de que fue víctima por parte de los funcionarios de la *Casa de Repouso*; su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan su caso y lo mantienen en la impunidad. La Comisión indicó que los hechos del caso se veían agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental, así como por la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud brasileño (Cfr. Ficha Técnica del caso *Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil* consultada a las 18:39 hrs del día 17 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica

[http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&catid=40:resumen&id=1380](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1380)

<sup>34</sup> Cfr. Sentencia consultada a las 16:23 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda\\_libre=XimenesLopes&option=com\\_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda_libre=XimenesLopes&option=com_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1)

<sup>35</sup> Suárez, Enrique, artículo titulado Los derechos de los pacientes ante las instituciones publicado en *Tratado del Derecho a la Salud*, Tomo I, editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, pág 779.

como lo fue el caso *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*<sup>36</sup>, en donde la *CIDH* dictó sentencia el 22 de noviembre de 2007 estimando que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. También indicó que dicha afectación puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los referidos bienes jurídicos. En este orden de consideraciones, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la *salud*, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.

Entonces como breve conclusión, es posible sostener que actualmente contamos con un derecho de protección a la salud que surgió en la arena individual como aquellos derechos de segunda generación, pero que hoy se nutre y refuerza a través de los derechos de tercera generación<sup>37</sup>.

Ahora bien, es de explorado derecho, que si existe una obligación –y por ende un obligado o deudor—, a la par concurre un favorecido –un acreedor— con el correlativo derecho. Así entonces, el *Derecho de protección de la salud* es un derecho de todos, un derecho social fundamental, y en consecuencia es posible sostener que todas las personas tienen derecho a su protección.

Así entonces, se establece una relación jurídica que se explica de la siguiente manera: Si hay una obligación absoluta por parte del Estado de garantizar el derecho de protección a la salud, entonces hay un derecho imperioso a favor de todas las personas a que se les proteja. Dentro de este contexto, el derecho de protección de la salud es un Derecho de todos, es un derecho social fundamental. Para ejemplificar lo anterior, la *CIDH* decidió en el *caso Ximenes Lopes Vs. la República Federativa del Brasil*<sup>38</sup> que la atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite y que todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debiendo tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida.

Bajo otra óptica en cuanto a su naturaleza, este Derecho es visualizado como una *obligación compartida*, en donde tanto el Estado como las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. En este punto es donde, no importando si la protección de la salud se explica como una obligación, o bien como un derecho, se debe dilucidar a cargo de quién es el gasto que genera cumplir con la obligación o bien ejercer el derecho. Una circunstancia es que el Estado deba garantizar el acceso a la protección de la salud, es decir, que existan los medios in situ para que una persona ante la enfermedad pueda ser atendida, y otra muy diferente que el costo de la atención sea a cargo del Estado.

---

<sup>36</sup> Cfr. Sentencia consultada a las 21.58 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoAlbanCornejoOtrosVsEcuador\\_FondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoAlbanCornejoOtrosVsEcuador_FondoReparacionesCostas.htm)

<sup>37</sup> Cfr. Suárez, Enríque, Op. Cit. pág. 779.

<sup>38</sup> Cfr. Sentencia consultada a las 16:23 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda\\_libre=XimenesLopes&option=com\\_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda_libre=XimenesLopes&option=com_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1)

El costo de brindar esta garantía debe ser *por cuenta de alguien*. Ese alguien, ¿quién debe ser?: El Estado, la persona, o ambos, o acaso debe ser la sociedad. ¿El costo debe ser siempre a cargo del Estado, o sólo en casos determinados –por ejemplo indigencia y pobreza extrema—; ¿si la persona cuenta con medios suficientes, debiera afrontar el gasto con su propio patrimonio, o en aras de igualdad, debiera de ser cubierto por el Estado?; ¿para ciertas enfermedades, por ejemplo las catalogadas como catastróficas, el gasto debiera ser del Estado, y tratándose de enfermedades que no son catastróficas, debieran ser subvencionadas por la persona?. ¿Existe patrimonio Estatal suficiente para que el Estado cubra todo tipo de enfermedades, no importando el nivel socio-económico de las personas? ¿Si la persona recibe todo completamente gratuito, lo valorará, buscará conservar su salud, sabiendo que no importando la enfermedad, habrá un tercero –el Estado— quien cubrirá el gasto que implique lograr su restablecimiento?.

Como siempre en el Derecho, hay casos en los que las respuestas son absolutas, el sentido será unánime, la decisión será incuestionable, la respuesta es una; pero, desafortunadamente, en otras, la solución debe realizarse por medio de la ponderación de derechos, de circunstancias, de realidades. He ahí la complejidad para establecer los linderos conceptuales de este derecho, ya que tal y como lo indica Luis Carranza Torres<sup>39</sup> “...la salud o su ausencia, es respecto del ser humano, un aspecto intrínseco pero a la vez, esencialmente distinto de todos los demás aspectos de su vida, posibles de ser regulados desde el Derecho”.

Respecto de la naturaleza del derecho de protección de la salud, queda analizarlo bajo la óptica de que es un deber de la persona. En este sentido, toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley<sup>40</sup>. Las personas tienen el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios Internacionales. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, es decir, todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.

En cuanto al Derecho de protección de la salud visto como *estipulación programática*, debe entenderse como todas aquellas descripciones que provocan el diseño de políticas públicas –económicas, sociales, culturales, educativas y/o ambientales– orientadas, no sólo a mejorar la calidad de vida y el bienestar social, sino también a reducir el riesgo de enfermedad. En este mismo sentido se expresa Enrique Suárez<sup>41</sup> al expresar que “...el Estado tiene el deber no sólo de poner en práctica con carácter general políticas sanitarias, sino también de bienestar social, tomando al concepto de salud en forma integral”.

En el caso *Ximenes Lopes Vs. La República Federativa del Brasil*<sup>42</sup>, la CIDH sostuvo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.

Ahora bien, las estipulaciones programáticas en sí mismas, no generan un derecho en específico que pueda ser protegido individualmente. En caso de que el Estado parte fuese omiso en producir políticas o programas públicos, si podría ser demandado y condenado por

<sup>39</sup> Carranza Torres, Luis. Op. Cit. Pág 17.

<sup>40</sup> Desde luego siempre en el marco del respeto a la dignidad humana.

<sup>41</sup> Suárez, Enrique, Op. Cit. Pág. 778.

<sup>42</sup> Sentencia consultada a las 16:23 hrs del 27 de septiembre de 2014 en la dirección electrónica [http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda\\_libre=XimenesLopes&option=com\\_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?bsqueda_libre=XimenesLopes&option=com_cckjseblod&view=search&layout=search&task=search&Itemid=165&searchid=5&templateid=1)

incumplimiento, y ello conllevaría el deber de generarla en determinado tiempo, como lo fue en el caso de *Ximenes Lopes Vs. La República Federativa del Brasil*<sup>43</sup>, ya que uno de los puntos resolutivos fue el siguiente:

8. El Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia...

*i) Cuidados mínimos y condiciones de internación dignas*

131. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente. Los principios 1, 8 y 9 del mencionado catálogo, establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos, y las normas de la atención médica y del tratamiento a ser prestado a las personas con discapacidad mental. Además, el lugar y las condiciones físicas en que se desarrolla el tratamiento deben ser conformes con el respeto a la dignidad de la persona, de acuerdo con el Principio 13.

132. La Corte considera que las precarias condiciones de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, tanto en cuanto las condiciones generales del lugar como la atención médica, se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno, particularmente en razón de que afectaban a personas con una gran vulnerabilidad por su discapacidad mental, y eran *per se* incompatibles con una protección adecuada de la integridad personal y de la vida.

*ii) El uso de la sujeción*

133. La sujeción se entiende como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento. La Corte toma nota que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento.

134. El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes.

135. Además, y en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.

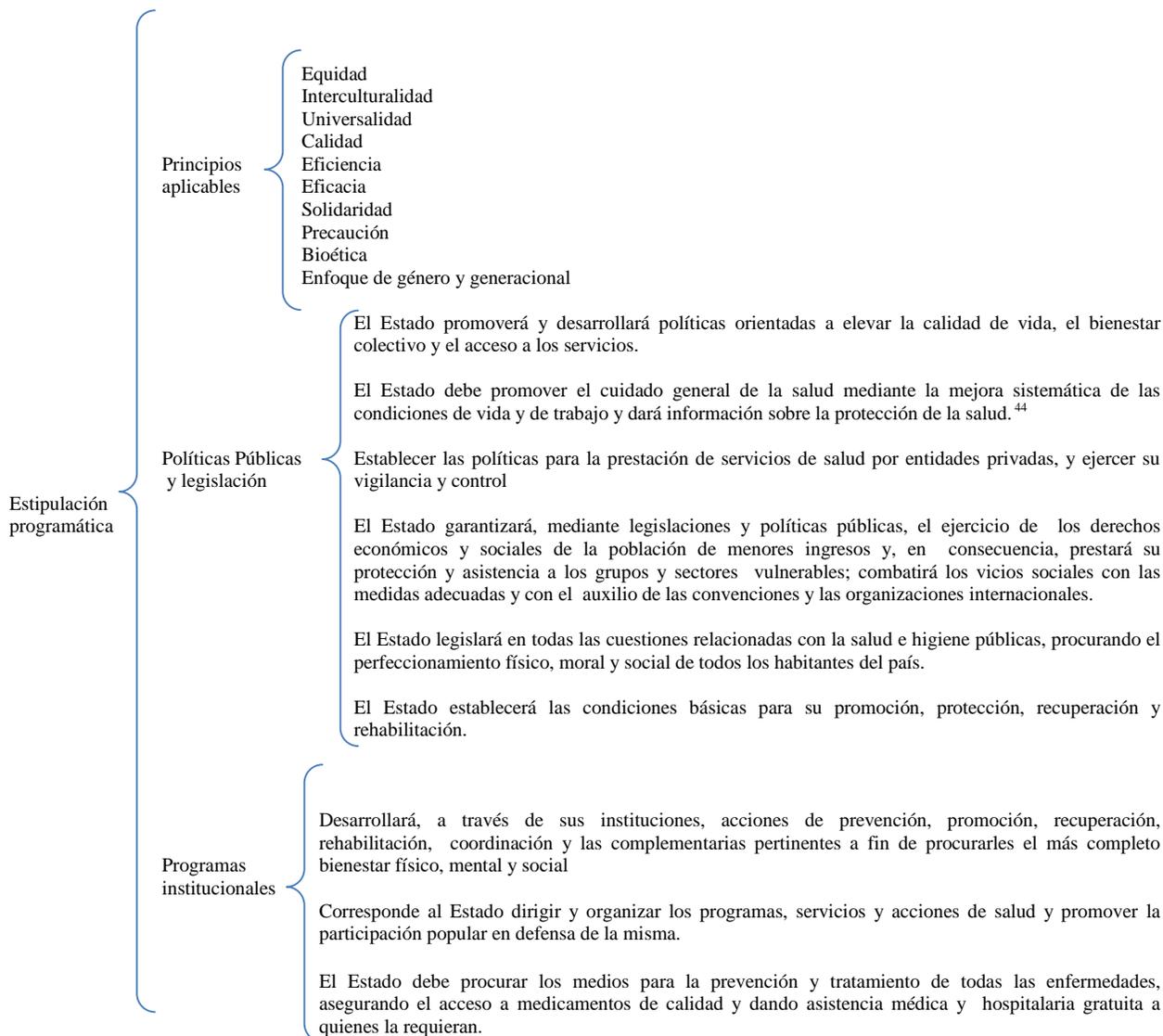
136. Al señor Damião Ximenes Lopes se le sujetó con las manos hacia atrás entre la noche del domingo y el lunes por la mañana sin una reevaluación de la necesidad de proseguir en la contención, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Esta forma de sujeción física a que fue sometida la

---

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*

presunta víctima no satisface la necesidad de proveer al paciente un tratamiento digno, ni la protección de su integridad psíquica, física o moral.

Ahora bien, desde mi perspectiva, las *estipulaciones programáticas* pueden clasificarse de la siguiente manera:



Por último, el *derecho de protección de la salud* puede analizarse a través de *sus bases de interconectividad con otros derechos fundamentales*, ya que su realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura<sup>45</sup> en

<sup>44</sup> En palabras de Enrique Suárez, este nivel de planificación implica también el desarrollo de una política de salud pública que contemple todos los aspectos de prevención de enfermedades (campañas de vacunación, de detección de afecciones, etc) y provisión de satisfacción de necesidades básicas (planes de alimentación, vivienda, trabajo, etc) como garantía a priori del logro de una adecuada calidad de vida (Cfr. Suárez, EnriqueOp. Cit. pág 782.

<sup>45</sup> Carlos Ghersi sostiene que entre la salud y la cultura existe una conexidad, ya que una de las bases materiales de acceso a la culturalización formal es la salud – como elemento vital físico y mental—y, a su vez, para la generación

general y en específico la física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. En este sentido, el Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental.

A continuación una tabla en la que se agrupan las diferentes menciones que se realizan en las Constituciones de los Estados parte bajo los criterios que se analizó anteriormente el derecho de protección de la salud:

Núcleo del mínimo vital	Naturaleza del Derecho	Estipulaciones Programáticas	Bases de interconexión o interconectividad
<p>Toda persona tiene derecho a la salud integral</p> <p>Derecho al trato equitativo y digno</p> <p>Toda persona tiene <i>derecho a la protección de la salud</i>.</p> <p>Toda persona tiene <i>derecho a una buena salud</i>.</p> <p>Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes.</p> <p>Acceso universal y gratuito de la población a las acciones y a los servicios de salud.</p> <p>Se tienen derecho por igual a la salud.</p> <p>Derecho a información adecuada y veraz</p> <p>La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.</p> <p>La atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.</p> <p>El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.</p> <p>El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo</p>	<p><b>Deber absoluto Estatal</b></p> <p>Obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.</p> <p>El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud y el respeto de la persona humana de todos los ciudadanos sin distinción alguna, de conformidad con la <i>Declaración Universal de los Derechos del Hombre</i>.</p> <p>Es un Bien público.</p> <p>Servicio público a cargo del Estado.</p> <p>Es función esencial del Estado velar por la salud de la población.</p> <p>El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes.</p> <p>El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad.</p> <p>Comprende acciones y servicios para lograr la promoción, protección, rehabilitación, restitución, reparación, recuperación de la salud.</p> <p>Los Estados Parte deben contemplar y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud.</p> <p><b>Derecho</b></p> <p>Es un Derecho de todos</p> <p>La salud es un derecho social fundamental</p>	<p>Cada Estado debe diseñar políticas públicas –sociales y económicas— orientadas, no sólo a mejorar la calidad de vida y el bienestar social, sino también a reducir el riesgo de enfermedad.</p> <p>El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva.</p> <p>La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional</p> <p>Se deben aplicar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.</p> <p>El Estado promoverá el cuidado general de la salud mediante la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo y dará información sobre la protección de la salud.</p> <p>El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.</p> <p>El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación.</p> <p>El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a</p>	<p>Su realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.</p> <p>El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental.</p>

siguiente una de las bases de la salud es el proceso de culturalización (establece los hábitos sanitarios, etc) (Cfr. Ghersi, Carlos A., Op. Cit. pág. 31).

bienestar físico, mental y social.	<p>Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud.</p> <p>Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.</p> <p>Se tiene derecho de protección a la salud en la relación de consumo que la persona tiene como consumidor y usuario de bienes y servicios relacionados con la salud.</p>	<p>elevantar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios.</p> <p>Corresponde al Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.</p> <p>Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.</p>	
	<p><b>Obligación compartida</b></p> <p>El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento</p> <p>El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes</p>	<p>Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma.</p> <p>El Estado debe procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran.</p>	
	<p><b>Deberes del individuo</b></p> <p>Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.</p> <p>Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen.</p> <p>Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.</p> <p>Las personas tienen el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios Internacionales.</p> <p>También se establece la posibilidad de contar con cotizaciones obligatorias.</p> <p>Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.</p>	<p>El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales.</p>	

Entre más cercana sea la violación del Derecho de protección de la salud al núcleo del mínimo vital, la posibilidad de que un Estado se defienda con éxito indicando que la imputación que se le realiza no se encuentra comprendida como una violación al derecho consagrado en su Constitución, será reducida.

Por otro lado, es importante realizar ejercicios continuos para visitar los linderos conceptuales de este derecho, ya que como otros más, es dinámico y en franca expansión —de acuerdo al principio de progresividad—, pero también es relevante resaltar lo que el Juez Eduardo Ferrer McGregor indica tajantemente respecto de su justiciabilidad:

Este entendimiento del derecho a la salud como directamente fundamental en los Estados nacionales, o de la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el marco de la Convención Americana, no implica un entendimiento del derecho a la salud como un derecho absoluto, como un derecho que no tiene límites o que se debe proteger en toda ocasión que se invoque. De la justiciabilidad de un derecho, civil o social, no se deriva su protección absoluta en todo litigio. Siempre, en todo caso, sea derecho civil o social, hay que resolverlo haciendo un análisis de imputación y verificar cómo operan las obligaciones de respeto y garantía respecto a cada situación que se alega violatoria de un determinado derecho.

Comprendiendo cabalmente lo expuesto por Eduardo Ferrer, también es importante contemplar en el referido análisis que la salud “...debe seguir siendo un bien social masificado de la organización de la comunidad, que debe contar con una fuerte inversión económica para posibilitar políticas de Estado y generar el acceso al proceso de culturización formal”<sup>46</sup>.

En suma, el *derecho de protección de la salud* es un *derecho trascendente* en el afianzamiento de los derechos humanos, siendo su derivada el respeto de la vida, dignidad, la autonomía individual<sup>47</sup>, la libertad de tomar decisiones y la interdependencia de los seres humanos en solidaridad, con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidades y la accesibilidad en lo relativo al mismo<sup>48</sup>. Así entonces, Mirta Roses<sup>49</sup> sostiene que la salud pública consiste:

“...en darles más años a la vida, y más vida a los años... Y es el Estado el que debe garantizar las mismas oportunidades de vida para toda su población buscando la equidad en la aplicación de las políticas”.

---

<sup>46</sup> Ghersi, Carlos A. Op. Cit. pág. 33.

<sup>47</sup> Cfr. Suárez, Enrique. Op. Cit. Pág. 779.

<sup>48</sup> Ghersi, Carlos A. Op. Cit., pág. 149.

<sup>49</sup> Roses, Mirta, artículo titulado *La salud pública, una decisión ética*, publicada en el Clarín del 17 de agosto de 2002.

## ¿QUÉ ES LA MIGRACIÓN?

Jesús Manuel Arguez de los Santos <sup>1</sup>

**La migración es un fenómeno social de desplazamiento de seres humanos de sus lugares de origen o de residencia a otros lugares que serán el destino de su proyecto migratorio, puede leerse en muchas claves:**

Fenómeno económico,

Fenómeno político,

Fenómeno sociológico,

Fenómeno vinculado al desplazamiento de trabajadores y por tanto a las necesidades del mercado de trabajo mundial,

Factor de las políticas de desarrollo...

**Cada enfoque aporta datos interesantes, de cada enfoque pueden extraerse lecturas positivas y negativas de este fenómeno que, a principios del S.XXI afecta a millones de personas en todo el mundo.**

### DIVERSAS CONCEPCIONES

- **Ahora bien, de este término general se derivan múltiples de concepciones, debido a que la migración no es un fenómeno aislado, sino complejo, esta complejidad es lo que ha llevado a su diversificación y clasificación, tenemos así.**
- ***Migración Forzada.* Se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas. **Ejemplo tenemos:** los movimientos de refugiados y desplazados internos, así como desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna y proyectos de desarrollo. Aquí entra la tesis central de esta reflexión respecto la *crisis financiera del 2008*.**

---

<sup>1</sup> Profesor Investigador de la UJAT DACSyH, Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos

- **Migración Voluntaria.** Es aquella mediante la cual la persona se moviliza por voluntad propia sin presiones externas. Ejemplo: estudiantes, proyectos de trabajo y asuntos relativos a decisiones personales como la familia.
- **Migración Temporal.** Implica una movilidad por un tiempo específico o determinado después del cual se produce un retorno o permanente que como su nombre lo indica denota asentamiento definitivo en el lugar de destino.

#### DATOS INTERESANTES

- **La Organización Internacional para las Migraciones (OMI) es la principal organización intergubernamental en este ámbito.**
  - Hay cerca de 192 millones de personas viviendo fuera de su país de origen, lo cual representa alrededor del 3% de la población mundial.
  - 1/35 personas es migrante.
  - Entre 1965 y 1990, el número de migrantes internacionales aumentó en 45 millones: una tasa de crecimiento anual de cerca de 2.1%.
  - La tasa de crecimiento actual es de casi el 2.9%.

La migración tiene causas y consecuencias económicas, políticas y sociales.

El Informe “*Panorama Social de América Latina*” presentado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), hasta el 2011, comparte las siguientes cifras:



El Informe “*Panorama Social de América Latina*” presentado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), hasta el 2011, comparte las siguientes cifras:

- México como señala la CEPAL, fue el único país de América Latina que aumentó su pobreza en 2012, la cual se incrementó de 36.6% en 2011 a 37.1% en 2012, mientras que se redujo en Venezuela, Ecuador y Brasil.
- Siguiendo con este orden de ideas, México para el *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano* (PNUD, 2013) es considerado como un país de “desarrollo humano” alto, sin embargo, el bienestar no ha beneficiado a toda su población, pues la desigualdad frena el desarrollo de sus habitantes. **México respecto al desarrollo humano de 186 países ocupa el lugar 61.**
- Disponible: <http://mexico.cnn.com/mundo/2013/12/05/mexico-el-unico-de-america-latina-en-el-que-aumento-la-pobreza-cepal>. Consulta: 22 de septiembre de 2014.

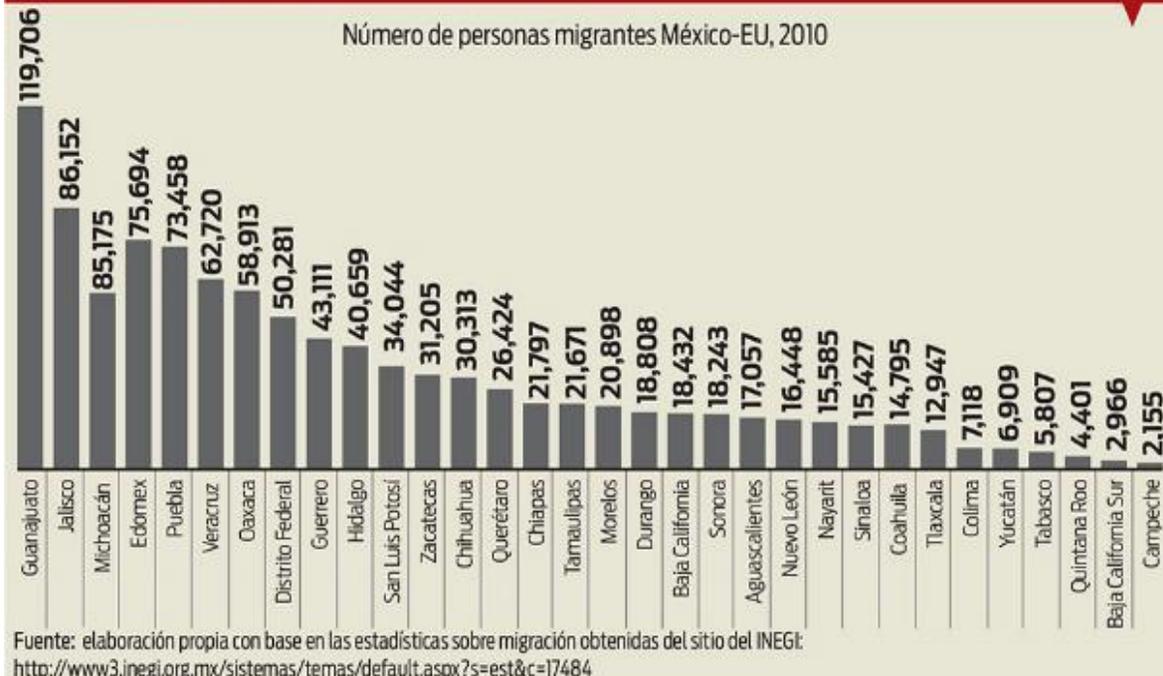
#### REGIONES DE ÉXODO MIGRATORIO EN MÉXICO.

El periódico de circulación nacional: *Excelsior*, en una nota denominada *México Social: los jóvenes que se van, la migración*, del 6 de mayo de 2014 publica la siguiente información:

Disponible: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/04/08/952924>. Consulta: 24 de agosto de 2014

## LAS REGIONES DEL ÉXODO

La migración tiene un rostro distinto dependiendo de la entidad de que se trate, pues cinco de ellas concentran a 50% de la migración absoluta anual del país.



### LA SITUACIÓN MIGRATORIA DE LAS NINÁS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES.

- ➔ El Banco Mundial en su artículo: *“Migración de menores: la generación perdida de Centroamérica”* establece que: “casi 70% de los jóvenes en edad laboral de Honduras, Guatemala y El Salvador emigran de sus países con un costo para los gobiernos de 80.000 millones de dólares”.



Disponible: <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/07/07/migracion-de-menores-en-centroamerica>. Consulta: 22 de septiembre de 2014.

### LA SITUACIÓN MIGRATORIA DE LAS NINÁS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES.

➤ Para finalizar con este resumen del Banco Mundial, desde octubre de 2013, unos 52.000 menores no acompañados han sido detenidos en la frontera con México.

➤ En respuesta, Washington ha pedido al Congreso 2.000 millones de dólares para *reforzar* la seguridad fronteriza. En este sentido, nos damos cuenta y confirmamos nuestra tesis principal que los países desarrollados (Estados Unidos) *ven al fenómeno de la migración como un asunto de seguridad nacional y no como un asunto humanitario*.



➤ Por otro lado CNN México (Mauricio Torres, 8-julio 2014) hace referencia a que solo en un año (2014) el número de menores migrantes creció un 129% *en un año*. Solo desde octubre a junio de 2014, en Estados Unidos se detuvieron a 52.000 menores migrantes (*El doble que el año anterior*).



➤ Página Web: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/07/08/5-claves-para-entender-la-migracion-de-menores-a-mexico>. Consulta: 22 de septiembre de 2014.

➤ Ahora bien *¿de dónde vienen?*, los que han sido detenidos provienen en un 98% de Centroamérica, teniendo como países más elevados en productores de menores migrantes:

- Honduras.
- Guatemala.
- El Salvador.
- Nicaragua.

- Solo en México, el 80% de los migrantes menores son detenidos, esto es: 6.462, estos ubicados en 5 estados de la república: Chiapas, Veracruz, Tabasco, Oaxaca y Tamaulipas.

LA POLÍTICA MIGRATORIA EN EL MUNDO. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.

- La política migratoria en sus medidas o acciones busca la retención administrativa y hasta cierto punto punitiva en los países de destino.
  - Estados Unidos, como país de destino, los Estados Fronterizos tratan a los migrantes irregulares como criminales.
  - En cambio en la Unión Europea, aunque su política es restrictiva, existen vulneraciones graves a los derechos humanos de los migrantes, sean estos regulares o irregulares.

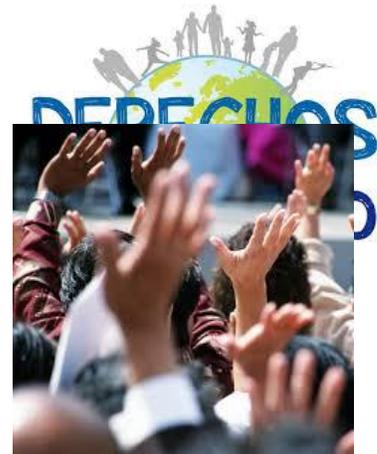


- Las razones de una migración regular se sustentan más en cuestiones económicas, laborales y de servicio que las empresas transnacionales y los países de destino necesitan para incentivar su economía nacional o de la región.



DIFERENCIAS

- He manifestado que una de las notables diferencias radica en la implementación o aplicación en cada región de integración económica.
- En este sentido la Unión Europea (UE) como la Comunidad Andina, son regiones integradas política-económicamente,



donde en la UE tenemos un concepto de ciudadanía regionalizado, sin embargo en América del Norte y Mercosur, el término ciudadano se limita a las naciones de origen.

➤ **Por lo tanto, el término ciudadanía se adapta a la región económica donde radica el ser humano.**

➤ **En materia de derechos humanos podemos decir que la región de la Unión Europea, Comunidad Andina y el Mercosur, retóricamente se reconoce el respeto a los derechos humanos de los migrantes, sin embargo en América del Norte, aunque en México se reconozca desde el marco constitucional, los Estados Unidos-Canadá no contemplan el trato humano a los migrantes irregulares.**



➤ En Estados Unidos se limita ese actuar correspondiente a la soberanía de cada Entidad Federativa que conforma la Federación Norteamericana.

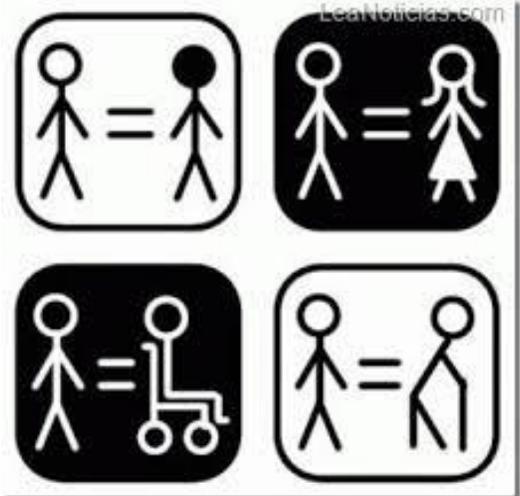
➤ En otros términos, tenemos una diferencia de trato desde la base de los derechos humanos y la de la eficiencia económica-laboral.

### LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN MÉXICO.

➤ **¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?**

➤ **Los derechos humanos son el conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano.**

➤ **Los migrantes independientemente de su condición (regular o irregular) gozan de la protección y reconocimiento de los derechos humanos desde la faceta internacional y constitucional.**



### LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN.

- **Internacional.** Esta la conforman la comunidad de países. En el caso de las normas de derechos humanos, aunque son las personas y los grupos quienes quedan protegidas por ellas, lo que se regula es la conducta de los Estados y sus agentes estableciendo determinados deberes y prohibiciones.
- **De esta idea principal se desprenden los mecanismos jurídicos protectores de los derechos humanos, vinculados a México:**
  - *Sistema Universal de los Derechos Humanos.*
  - *Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.*
- **Nacional-Constitucional. Incluye:**
  - **Art. 1, 133 y 11 Constitucional. A esto habría que sumar la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**
    - Protección integral de los derechos humanos desde la faceta internacional y constitucional. (Art. 1 y 133 Constitucional).
    - Derecho fundamental sobre la libertad de tránsito. (Art.11 Constitucional).
    - Interés Superior del Menor (Art. 4 Constitucional).

## LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN.

- **Ley General de Migración.**
  - Armoniza instrumentos internacionales firmados y ratificados por México.
  - El migrante es el individuo que sale, entra, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia, por cualquier motivación. Sea regular o irregular.



### ➤ Principios como:

- Respeto irrestricto a los derechos humanos de migrantes y grupos vulnerables.
- Unidad Familiar.
- Interés superior de la niña, niño y adolescente.
- Derechos Adquiridos.

### ➤ Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley de Migración.
- Ley de Nacionalidad.
- Ley para prevenir y sancionar la Trata de Personas.
- Ley sobre refugiados y protección complementaria.
- Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración.
- Manual de Criterios y Trámites Migratorios del INM.
- Circular 014/2000 que da a conocer el Manual de Trámites Migratorios del INM.
- Acuerdo por el que se crea la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).

#### ➤ **Legislación Internacional**

- Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU
- Convención sobre los Derechos del Niño, ONU
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ONU.
  
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, ONU
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ONU
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
- Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, ONU
- Declaración sobre Asilo Territorial, ONU
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, ONU
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, ONU
- Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ONU
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, ONU

- Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la solución de controversias, ONU
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, ONU
- Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ONU
- Resolución 63/184 de la ONU. Protección de los migrantes
- Recomendación general No. 30 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a los Trabajadores migrantes
- Convenio No. 143 de la OIT sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes.

## DERECHOS HUMANOS EN PARTICULAR DE LOS MIGRANTES

- **Derechos Humanos.**
  - **Derechos Civiles.**
    - A la propiedad.
    - Regularización.
    - Recurso de revisión.
    - Retorno asistido.
    - Un trato digno y humano.
    - Seguridad personal.
    - No discriminación.



- Debido Proceso Legal.
- Información sobre sus derechos.
- Solicitar refugio y protección complementaria.

#### **DERECHOS HUMANOS EN PARTICULAR DE LOS MIGRANTES**

##### ➤ **Derechos Sociales.**

- Atención médica.
- Servicios educativos.
- Registro civil de sus hijos nacidos en México.
- Alimentación.
- Vivienda.



DERECHO HUMANO PARTICULAR	DESCRIPCIÓN
Movilidad humana y derechos humanos.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Libertad de Movimiento.</li> <li>2. Prohibición de penalizar la migración.</li> </ol>
Derechos civiles.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derecho a la vida y a la integridad personal.</li> <li>2. Derecho a la libertad y seguridad personal.</li> <li>3. Derecho al acceso a la justicia.</li> <li>4. Derecho a un recurso frente a una expulsión arbitraria.</li> </ol>
Relacionados con su calidad migratoria.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No discriminación en el establecimiento de requisitos para obtener la legal estancia en el país.</li> <li>• Prohibición de la expulsión colectiva.</li> <li>• Principio de no devolución.</li> <li>• Principio de Unidad Familiar.</li> <li>• Derecho a adquirir, conservar y transmitir la ciudadanía.</li> </ul>
Derechos Económicos, sociales y culturales.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho al trabajo.</li> <li>• Derecho a la salud.</li> <li>• Derecho a la educación.</li> <li>• Derechos culturales.</li> <li>• Derecho a la vivienda.</li> </ul>

**Siguiendo la lógica del Informe Especial del Alto Comisionado de los Derechos Humanos para México, hay algunos aspectos importantes a considerar:**

- **Los derechos humanos de las personas migrantes están garantizados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del cual México es parte sólidamente desde la Reforma Constitucional en Derechos Humanos del 2011.**
  - La Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es uno de los instrumentos internacionales más importantes sobre el tema. Este tratado ha sido ratificado por México.

- De acuerdo con el principio de la universalidad las personas migrantes gozan de todos los derechos humanos.

#### RECOMENDACIONES INTERNACIONALES. COMISIÓN IDH.

- Sintetizando la exposición propuesta, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH, 2013) en su Informe Especial *“Derechos Humanos de los Migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad en México”*,
  - Afirman que desde hace dos años, el Estado Mexicano sabía que el número de menores que migran hacia Estados Unidos estaba creciendo, sin embargo las autoridades competentes han hecho nada al respecto para salvaguardar la situación.
- Se calcula, según la noticia periodística, que alrededor de 140,000 inmigrantes ingresan cada año a México por su frontera con Guatemala, desde donde toman de forma *clandestina* un tren de carga conocido como La Bestia para atravesar el país, afrontando la amenaza de caídas y de ataques del crimen organizado que acecha las rutas.
- México sabía del aumento de niños migrantes desde hace dos años: CIDH, CNN México, agosto 2014 Disponible. <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/08/18/mexico-sabia-del-aumento-de-ninos-migrantes-desde-hace-dos-anos-cidh>. Consulta: 22 de septiembre de 2014.

#### RECOMENDACIONES INTERNACIONALES. LA COMISIÓN IDH.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en su Informe Especial: *“Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad en México”* (2013), se sintetizan los siguientes puntos respecto la situación de vulnerabilidad de los infantes y adolescentes migrantes no acompañados en territorio nacional:



COMISIÓN IDH, 2014

- **215...De los menores migrantes se distinguen dos grupos:**
- *los que viven y trabajan en México y los que están en tránsito hacia Estados Unidos.*
  - *La Comisión observa que los factores que impulsan la migración son variados, principalmente por la búsqueda de mejores oportunidades de vida; reunificación familiar; la búsqueda de protección internacional frente a contextos en los que son víctimas de persecución, violencia y explotación; así como consecuencia de desastres naturales.*
  - *Otros factores son el maltrato o el abandono que sufren los menores infantes en sus países de origen, la persecución por parte de organizaciones del crimen organizado, tales como “maras”, pandillas o cárteles del narcotráfico y la proliferación de redes transnacionales de trata de personas.*



RECOMENDACIONES COMISIÓN IDH

1. Adoptar las medidas necesarias para el reconocimiento de la nacionalidad mexicana a los niños y niñas nacidos en México que sean hijos de personas migrantes, independientemente de cuál sea la situación migratoria de sus padres.
  2. Garantizar que los programas de regularización tengan costos bajos, existan facilidades de pago y exenciones y se minimicen los tiempos de espera.
  3. Garantizar que los trabajadores migrantes conozcan sus derechos laborales y sepan dónde acudir en caso de que estos sean vulnerados. Prestar asistencia jurídica gratuita con objeto de que los trabajadores migrantes puedan reclamar sus derechos, independientemente de su situación migratoria.(Derechos Laborales y Debido Proceso Legal).
- 
1. Perseguir y sancionar a aquellos empleadores que cometan abusos en contra de los trabajadores migrantes y sus familias, así como garantizar el acceso a los migrantes a recursos internos que aseguren su debida reparación.
  2. Reforzar la protección de los trabajadores agrícolas de temporadas a través del monitoreo y fiscalización en terreno de las condiciones en que se desarrollan sus trabajos y asegurar que se estén desarrollando bajo contratos de trabajo formales.

- En este aspecto, es necesario que se implementen medidas con un enfoque diferencial, de forma que satisfagan las necesidades específicas de trabajadores migrantes, en particular de aquellos que son de origen indígena.

### **RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN IDH, 2013**

- 1. Adoptar las medidas tendientes a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores migrantes sin discriminación alguna.**
  1. En particular, el Estado debe monitorear las condiciones de vida en las fincas o en los lugares en los que viven los trabajadores migrantes y sus familias, de forma que se les provea de suministros básicos tales como: agua potable, electricidad, servicios médicos y programas educacionales.
- 2. Garantizar la protección de las trabajadoras domésticas a través de la fiscalización en sus lugares de trabajo y de una mayor divulgación e información de sus derechos.**
  1. En particular, el Estado Mexicano debe prestar especial atención a que menores de 14 años no realicen trabajo doméstico u otro tipo de trabajos.
- 3. Implementar programas de acceso a asistencia médica regular para trabajadores agrícolas migrantes y sus familias, y lanzar campañas de prevención de enfermedades que afecten regularmente a esta población.**
- 4. Fortalecer los mecanismos de inserción escolar de las familias migrantes, internas y externas, en consideración a las particularidades del ciclo agrícola y las diferencias culturales.**
- 5. Establecer procedimientos para atender a migrantes analfabetas, de nivel escolar bajo o que no hablen, o entiendan el idioma español. Contar con ayudar de traductores y cartillas de información en diversos idiomas.**

### **RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH)**

- Del periodo entre 2005 y 2009 se presentaron 269 quejas, entre 2010 y 2014 esta cifra aumentó a 564. Las quejas son acciones particulares o por oficio, en el cual se inicia y valora una investigación sobre alguna vulneración en materia de derechos humanos.



## PRINCIPALES VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES

Los principales motivos de queja son: tratos indignos, violaciones a la seguridad jurídica, la integridad y seguridad personal, a la legalidad, igualdad, libertad, propiedad o posesión y protección a la salud.

- Las víctimas de estas violaciones son procedentes de: Honduras, Guatemala, El Salvador, Ecuador e India.
- Las Autoridades Responsables señaladas: El Instituto Nacional de Migración (INM), la Procuraduría General de la República (PGR), la Policía Federal, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SER), la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar).
- Las Entidades donde se registran la mayor parte de los abusos son: Chiapas, Distrito Federal, Veracruz, Oaxaca, Tamaulipas, **Tabasco** y Chihuahua.
- Las Recomendaciones de la CNDH. Se han emitido 10 recomendaciones al INM, la COMAR, la PGR y la Policía Federal.

## RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CEDH)

PETICIONES EN MATERIA DE  
MIGRANTES INICIADAS EN  
LA CEDH DE 2008 A 2014

AÑO	PETICIONES RECIBIDAS
2008	21
2009	19
2010	14
2011	21
2012	12
2013	17
2014*	16
<b>TOTAL</b>	<b>120</b>

\* Corte al 1 de octubre

## RECOMENDACIONES EMITIDAS

AÑO	PUNTOS DE RECOMENDACIÓN
2011*	16
2013**	12
<b>TOTAL</b>	<b>28</b>

\* Derivadas de 4 Expedientes.

\* Derivada de 1 Expediente.

PROPUESTAS DE  
CONCILIACIÓN EMITIDAS

AÑO	PUNTOS DE CONCILIACIÓN
2009*	3
2010**	2
2011***	1
2012****	8
2013*****	4
2014*****	2
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>

\* Derivadas de 3 Expedientes.

\*\* Derivadas de 2 Expedientes.

**PUNTOS DE RECOMENDACIONES EMITIDAS POR AUTORIDAD,  
RELACIONADAS CON MIGRANTES**

CONSECUTIVO	AUTORIDAD	PUNTOS DE RECOMENDACIÓN 2011	PUNTOS DE RECOMENDACIÓN 2013
1	H. Ayuntamiento Constitucional de Huimanguillo, Tabasco.	4	-
2	H. Ayuntamiento Constitucional de Tenosique, Tabasco.	4	6
3	H. Ayuntamiento Constitucional de Macuspana,	4	-
4	H. Ayuntamiento Constitucional de Teapa, Tabasco.	4	-
5	Secretaría de Seguridad Pública del Estado de	-	6
<b>TOTAL:</b>		<b>16</b>	<b>12</b>

**PUNTOS DE PROPUESTAS DE CONCILIACIÓN EMITIDAS POR AUTORIDAD,  
RELACIONADAS CON MIGRANTES 2008-2014**

CONSEC.	AUTORIDAD	PUNTOS DE PROPUESTAS 2009	PUNTOS DE PROPUESTAS 2010	PUNTOS DE PROPUESTAS 2011	PUNTOS DE PROPUESTAS 2012	PUNTOS DE PROPUESTAS 2013	PUNTOS DE PROPUESTAS 2014	<u>TOTAL</u>
1	H. Ayuntamiento Constitucional de Huimanguillo, Tabasco.	-	-	-	-	-	1	<b>1</b>
2	H. Ayuntamiento Constitucional de Tenosique, Tabasco.	-	-	-	-	-	1	<b>1</b>
3	Procuraduría General de Justicia del Estado de Tabasco.	1	-	-	3	4	-	<b>8</b>
	Defensoría de Oficio del Estado de Tabasco.	2	2	1	2	-	-	<b>7</b>
4	Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Tabasco.	-	-	-	3	-	-	<b>3</b>
<b>TOTAL</b>		<b>3</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>8</b>	<b>4</b>	<b>2</b>	<b>20</b>

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH) Y LA COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, TABASCO (CEDH)**

- La naturaleza jurídica de las Comisiones de Derechos Humanos (Nacional o de cada Entidad Federativa), se relaciona sistemática y funcionalmente con el artículo 102 B de la Constitución Federal, mismo que fue reformado en junio del 2011, con la Reforma en materia de Derechos Humanos. En nuestro Estado, la reforma se dio el 13 de septiembre de 2013, queda regulada la Comisión Estatal de los Derechos Humanos en el artículo 4 de la Constitución Local. A esto es importante sumar la Ley Orgánica y Reglamento Interno de las Comisiones de Derechos Humanos. Siguiendo esta tesis jurídica, tenemos lo siguiente:
  - La protección y defensa de los Derechos Humanos en México fue elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adquiriendo su autonomía de gestión y presupuestaria el 13 de septiembre de 1999, así como personalidad jurídica y patrimonios propios.



## **ATRIBUCIONES DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE DERECHOS HUMANOS (CNDH Y CEDH)**

Los organismos protectores de derechos humanos en esencia tienen las siguientes atribuciones:

- Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;
- Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:
  - Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal o local si es una Comisión de Derechos Humanos de una Entidad Federativa.
- Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CNDH) y Artículo 4 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco (CEDH);
- Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país;
- Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión (Nacional o Estatal) redunden en una mejor protección de los derechos humanos;

**Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes para impulsar el cumplimiento de tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos**

- **Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos;**
- **Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos;**
- **Investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el Gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas,**

#### **PROGRAMA DE ATENCIÓN A MIGRANTES**

- **El Programa de Atención a Migrantes (PAM), esta orientado a:**
  - **La defensa y promoción de los derechos humanos de los migrantes, tanto de los extranjeros que se internan sin documentos en México, como los mexicanos que emigran de manera irregular hacia Estados Unidos.**
  - **La recepción de quejas, o el inicio de quejas de oficio, por presuntas violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes por parte de autoridades federales. La realización de los procedimientos para la solución del caso mediante conciliación entre las partes y, en su caso, la formulación de los proyectos de Recomendación.**
  - **La difusión de los derechos humanos de las personas migrantes. Las actividades necesarias para la atención de las personas migrantes en materia de derechos humanos, como visitas a las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración y a los diversos puntos en los que se registra una alta concentración y tránsito de migrantes.**
  - **La vinculación con organizaciones no gubernamentales dedicadas a la atención de personas migrantes para recabar información, detectar posibles violaciones a los derechos humanos y operar en estrecha colaboración.**
  - **El estudio del fenómeno migratorio para elaborar propuestas de soluciones de fondo a fin de sustituir la cultura del abuso y la discriminación por una cultura de respeto a los derechos fundamentales.**
  - **La capacitación en materia de derechos humanos de la persona migrante a servidores públicos.**
  -

## INFORME ESPECIAL DE MIGRANTES POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- En el 2013, a través de su informe especial “Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad en México”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió diversas recomendaciones al Estado Mexicano, entre las que se destacan:
  - La CIDH reconoció que el país ha avanzado con la adopción de leyes y medidas para la protección de migrantes irregulares, pero las consideró "insuficientes para dar una respuesta eficaz" a la violencia, la inseguridad y la discriminación que enfrentan a su paso por México.
  - Aplicar una política específicamente dirigida a prevenir y sancionar los delitos y violaciones a los derechos humanos de los migrantes y sus defensores, incluida la creación de una fiscalía especial, e involucrar a la sociedad civil.
  - Incrementar la seguridad en las zonas de alto riesgo, establecer centros de atención en las rutas migratorias y adoptar un protocolo para identificar migrantes en situación vulnerable, como víctimas de trata, niños no acompañados y mujeres que han sufrido violencia sexual.
  - Sobre los migrantes desaparecidos, secuestrados o bajo cualquier forma de privación de la libertad, llamó a poner en marcha mecanismos de búsqueda coordinados con los estados del país y los países de origen en Centroamérica y de destino, principalmente EE.UU., entre otras medidas.

## CONCLUSIONES

- El Dr. Felipe González, Relator Especial sobre la Migración de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, ha dicho que existen dos grandes tipos de violaciones a los derechos de los migrantes por parte de los agentes del Estado: los de manera directa e indirecta por omisión.
- El problema se ubica en la *voluntad política* por parte de las instituciones públicas primero para otorgar de una calidad de vida a sus habitantes y segundo, dotar de garantías plenas no solo en lo jurídico, sino también en lo económico a los seres humanos que transitan por el territorio nacional.
- Las Comisiones de Derechos Humanos, aunque cumplan con sus asignaciones constitucionales y legales, si los gobiernos locales-estatales no creen en los derechos humanos y las recomendaciones (si no las toman en serio), como catalizadores del mejoramiento constante de la calidad de vida de los habitantes, nunca pasaremos del discurso a los hechos. N. Bobbio tenía razón hace casi 70 años, al referir que el problema ya no radica en la formulación teórica de los mismos, sino en la voluntad política para dejar la simulación institucional o la vanidad propagandística, para en serio tomar los derechos y hacerlos tangibles a los grupos vulnerables de la sociedad misma. Ahí está el reto del S. XXI.

## **SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

### **PREÁMBULO**

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

Es para el 30 de julio de 1980 la Corte Interamericana y el Gobierno de la República de Costa Rica firmaron un convenio, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6528 del 28 de octubre de 1980, por la cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bajo este Convenio se establece el Instituto como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América. El Instituto, con sede también en San José, Costa Rica, trabaja en apoyo del sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos.

Dentro del espíritu de esta se han presentado los siguientes trabajos de casos en donde dan cuenta sus autores de la importancia de la mismo y de la amplia variedad de temas que se han considerado, ya que su importancia permea a la sociedad en su conjunto por ello dentro del Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es considera como una ponencia de reflexión y análisis que da cuentas de su importancia al mismos tiempo las Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón de menores migrantes no acompañados es un tema de sumo interés para las naciones y para las personas; por otro lado las cuestiones de género en los casos mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos deja en claro una postura que debe ser observada por los Estados nacionales.

Todos y cada uno delos temas planteados dejan en claro que la observancia del tratado y de los temas que se reflejan en sus particularidades para la protección de los derechos humanos es un camino que deberá seguir y ampliar para una verdadera justicia y una convivencia que debe mostrar el camino que debemos tener como sociedad.

**Maday Merino Damián**  
**Profesora Investigadora de la UJAT,DACSyH.**

***DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL.******El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

*Eduardo Andrés Velandia Canosa\**

***1. Introducción***

El *derecho procesal constitucional transnacional* (i) es uno de los sectores de la *teoría constitucional del proceso*, donde además debemos ubicar el *derecho constitucional procesal* (ii) y el *derecho procesal constitucional* (iii)<sup>1</sup>. Por lo expuesto, preliminarmente se debe concluir que tales sectores, corresponden a instrumentos de la justicia constitucional.

En el derecho procesal constitucional transnacional se estudia el nivel supranacional de la justicia constitucional, el cual debe fundamentarse en lo que Ramiro Podetti<sup>2</sup> y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo<sup>3</sup> denominaron “*trilogía estructural del proceso*”, que en esta disciplina científica serían: (i) acceso a la jurisdicción constitucional transnacional; (ii) jurisdicción constitucional transnacional; y, (iii) el proceso constitucional transnacional; ejes temáticos imprescindibles en el estudio de esta rama del derecho.

En efecto, investigar sobre el *derecho procesal constitucional transnacional*, impone conocer el sentido de tal definición, sus fuentes y por supuesto, evidenciar por qué existe derecho de acción ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), lo que a su vez implica precisar cómo se accede a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), así como los presupuestos necesarios para ejercer tal derecho. Así mismo, deberá precisarse en qué consiste la jurisdicción y competencia

---

\* Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; tratadista en derecho procesal constitucional; profesor de maestrías y especializaciones en derecho constitucional, derecho procesal constitucional, justicia constitucional y derecho procesal en las universidades Libre (Colombia), Gran Colombia, De Pisa (Italia), Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y de Buenos Aires (Argentina): [presidencia@acdpc.co](mailto:presidencia@acdpc.co).

<sup>1</sup> Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2009.

<sup>2</sup> Cfr. PODETTI, Ramiro. *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. En: Revista de derecho procesal, T. 2, I. Puede consultarse a VALDEZ, Carlos Hugo. *Las X Jornadas de Derecho Procesal Constitucional*. En: MAYOR, Armando, MORONI ROMERO, Lucas L. (Editores). *Derecho Procesal Constitucional*. Volumen 1. Córdoba: Editorial Universidad Católica de Córdoba “EDUCC”, 2009, p. 33.

<sup>3</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1962)*. T. I. 2ª Ed. México: UNAM, 1992, p. 516.

NEOPROCESALISMO

transnacional y la manera de adelantar un procesal ante el mencionado sistema. No obstante, en el presente escrito solamente se abordará el tema relacionado con el proceso constitucional transnacional adelantado ante la Corte, como respuesta a la siguiente pregunta: ¿existe en realidad un proceso jurisdiccional ante la Corte?

La respuesta es positiva por lo que debe implementarse su estudio como asignatura en las especializaciones y maestría sobre la materia. Con fundamento en lo anterior, procederemos a presentar una introducción al estudio de esta disciplina, la cual nace en aquellas disposiciones (principios, reglas y sub-reglas) que indican la manera cómo ha de adelantarse el proceso ante la Corte, entre las cuales podemos citar como fuentes<sup>4</sup>:

- (i) La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), particularmente los artículos 52 a 69;
- (ii) el Estatuto de la Corte, aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.
- (iii) El Reglamento Interno de la Corte. En la actualidad se encuentra vigente el promulgado en el LXXXII Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo entre el 19 y 31 de enero de 2009<sup>5</sup>.
- (iv) Las sub-reglas emanadas o contenidas en la jurisprudencia de la Corte.

No obstante lo anterior, para poder acceder al SIDH (ejercicio del derecho de acción)<sup>6</sup>, se requiere de una estimulación externa, la cual permite activar el poder jurisdiccional de la Corte, con el fin de iniciar un verdadero proceso jurisdiccional en sentido lato, el que deberá culminar con una sentencia jurisdiccional (decisión de fondo o

---

<sup>4</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. T. III. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 786. Allí se indica que el Estatuto y Reglamento de la Corte pueden considerarse como el “Código Procesal” y nosotros agregamos “Constitucional Transnacional”

<sup>5</sup> Históricamente se conocen los reglamentos promulgados en el: (i) III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; (ii) XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; (iii) XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; (iv) XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, reformado en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte IDH-ACNUR, 2003, p. 32 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. REY CANTOR, Ernesto. “Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional*. T. III. Vol. III. Bogotá: VC Editores Ltda. y ACDPC, 2012, pp. 33-46.

NEOPROCESALISMO

definitiva)<sup>7</sup>. De conformidad con el numeral primero del artículo 61 de la CADH, únicamente pueden ejercer el derecho de acción frente a la Corte: (i) los Estados partes; y, (ii) la Comisión<sup>8</sup>.

Este sistema restringe el ejercicio del derecho de acción ante la Corte a cualquier persona, lo cual ya no sucede en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante SEDH), por ello se considera más ajustado al discurso jurídico, el modelo adoptado en el viejo continente, al cual debe adaptarse el SIDH.

Por jurisdicción debe entenderse el poder de decisión que ostenta la Corte en los casos que se le someten en ejercicio del derecho de acción, es decir, se trata de un poder que faculta a la Corte para “*decir el derecho que es en un caso concreto*”, para consolidar el derecho en sus decisiones y correlativamente imponer a sus destinatarios el cumplimiento de las sentencias proferidas<sup>9</sup>.

La Corte adquiere jurisdicción, es decir, poder de decisión o la facultad de “*decir el derecho que es en casos concretos*”, cuando los Estados partes reconozcan como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial su competencia. Esto puede realizarse cuando el Estado Parte deposite su instrumento de ratificación o adhesión a la CADH, o en cualquier otro momento posterior<sup>10</sup>.

Lo expuesto significa que a pesar de existir otros dos sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, como son el SEDH y el Sistema Africano DE Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante SADHP), sus respectivas cortes no tienen jurisdicción o poder para proferir sentencias en contra de los Estados Americanos integrantes de la OEA.

Por competencia debe entenderse, la atribución de las funciones que a la Corte le impone la CADH, su Estatuto, Reglamento interno o su propia jurisprudencia. Según el artículo 62 de la citada convención, la Corte tiene competencia para: (i) interpretar las disposiciones incorporadas en la CADH; y para, (ii) aplicar dicha Convención.

---

<sup>7</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 785.

<sup>8</sup> Numeral segundo del artículo 63 de la CADH.

<sup>9</sup> Cfr. AYALA CORAO, Carlos M. “Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo IX. Madrid: Marcial Pons, UNAM, IJ de la UNAM e IMDPC, 2008, p. 293 a la 342.

<sup>10</sup> Numeral primero del artículo 62 de la CADH.

Por lo expuesto, la Corte puede conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que llegue a su conocimiento por demanda efectuada por la Comisión o por alguno de los Estados Parte, siempre que se haya reconocido su jurisdicción y competencia por declaración expresa.

En virtud de la competencia contenciosa, la Corte resuelve procesos de responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (hecho internacionalmente ilícito). Por su parte, el numeral primero del artículo 64 de la CADH faculta a los Estados Parte, para consultar a la Corte sobre la interpretación de la citada convención e incluso de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en nuestro continente.

Derivada de la anterior competencia, ha surgido el denominado control de convencionalidad, el cual corresponde a un control normativo que realiza la Corte cuando la causa de la violación de un derecho humano sea una disposición del derecho interno, en virtud de la cual se realiza una confrontación entre la CADH y una disposición del derecho interno, tal como la Constitución Política, un acto legislativo, una ley, un decreto-ley, un decreto legislativo, un decreto reglamentario, una ordenanzas departamentales, un decreto expedido por el gobernador departamental, un acuerdos municipales, un decreto emanado del alcalde municipal, una sentencia o un acto administrativo (se tomó como referencia el modelo colombiano)<sup>11</sup>.

Puede afirmarse que esta competencia tiene su fundamento normativo en el artículo segundo de la CADH, según la cual los Estados Parte, tienen el deber de adoptar sus disposiciones de derecho interno a la referida convención. La citada norma literalmente indica:

*“Si en 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”.*

En conclusión, el control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal transnacional que ejerce la Corte cuándo el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales), es incompatible con la CADH, con el objeto de garantizar la supremacía de la citada

---

<sup>11</sup> Para estudiar a fondo el control de convencionalidad recomendamos los escritos del profesor Ernesto Rey Cantor, en particular: REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008.

NEOPROCESALISMO

convención, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto<sup>12</sup>. El citado control se concreta en una sentencia proferida por la Corte, donde se ordena la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, para proteger los derechos humanos o la expedición de normas, cuando la causa de la violación de los derechos humanos sea la omisión en el cumplimiento del artículo 2º de la CADH<sup>13</sup>.

Como se indicó, está hipótesis se presenta cuando el Estado no cumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que cumplan el artículo segundo de la CADH, que garanticen la efectividad de los derechos humanos allí reconocidos<sup>14</sup>.

El control de convencionalidad es *dual o paralelo*, toda vez que existe uno *concentrado*, (i), y otro *difuso* (ii), que funcionan al mismo tiempo sin mezclarse entre sí<sup>15</sup>. Veamos:

**(i) Control concentrado de convencionalidad (por vía de acción).** Es el que se ejerce en el proceso constitucional transnacional, es decir, únicamente en los procesos adelantados ante la Corte. Lo denominamos de acción, toda vez que debe existir una excitación externa, que ponga en movimiento la jurisdicción constitucional transnacional, lo cual generalmente corresponde al informe presentado por la Comisión ante la Corte. Las sentencias proferidas en ejercicio de tal control, constituyen precedente vinculante, en la medida que la razón para decidir un caso concreto, sirva como sub-regla para decidir casos futuros, por lo que tales decisiones deben ser acogidas por todos los Estados Parte, o dicho en otras palabras, las sentencias de la Corte constituyen fuente de derecho en la categoría de sub-reglas en el derecho internacional de los derechos humanos.

**(ii) Control difuso de convencionalidad (por vía incidental o de excepción).** Es aquel que se ejerce en los procesos judiciales o administrativos adelantados en el derecho

---

<sup>12</sup> Cfr. AYALA CORAO, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2013.

<sup>13</sup> Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. “Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”. En MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Director Científico). CARRASCO SOULÉ, Hugo (Coordinador). *Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos*. Tuxtla Gutiérrez, México, 2012, pp. 193-220.

<sup>14</sup> Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán. “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. Control de convencionalidad”. En: BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI (Coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización*. Tomo II. México: IIJ de la UNAM, 2010, p. 472.

<sup>15</sup> Cfr. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F. y DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *El control de constitucionalidad y convencionalidad*. México: Editorial Ubijos, 2012.

NEOPROCESALISMO

interno. En virtud de este tipo de control, cualquier juez nacional o funcionario ante el cual se adelante un debido proceso, puede inaplicar una disposición constitucional, legal o reglamentaria, cuando encuentre que choca, vulnera, quebranta o viola la CADH, dando aplicación directa al tratado. Se trata de un control concreto, como quiera que se presenta en procesos civiles, penales, administrativos, constitucionales, etc., razón por la cual sus efectos son inter partes. En efecto, el juez nacional inaplica el derecho interno y en su lugar aplica la convención u otro tratado, mediante un *examen de confrontación normativo* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos humanos. Como lo puede realizar cualquier juez o funcionario que instruya un proceso administrativo, puede denominarse control difuso de convencionalidad<sup>16</sup> o excepción de inconvencionalidad, ya que por regla general un juez debe aplicar el derecho interno, so pena de incurrir en prevaricato por omisión, pero por excepción podrá inaplicar el derecho interno para aplicar directamente la CADH.

Se dice que el control de convencionalidad, tiene su fundamento cuando “un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir a su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos. (...) es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre un tratado”<sup>17</sup>.

La citada doctrina fue ratificada al indicarse que “según los principios generales admitidos un Estado no puede, con respecto a otro Estado, valerse de las disposiciones constitucionales de éste, sino únicamente del derecho internacional y de las obligaciones internacionales debidamente aceptadas. A la inversa, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o tratados en vigencia”<sup>18</sup>. La misma regla se aplica cuando se violan los derechos humanos.

En igual sentido, la Corte ha dicho que existe responsabilidad internacional del Estado por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH (artículos 1 y 2)<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Al respecto puede consultarse: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *El control difuso de convencionalidad*. Santiago de Querétaro: Fundap, 2012.

<sup>17</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas.

<sup>18</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso del trato de los nacionales polacos.

<sup>19</sup> *Cfr.* Corte OC-14/94 y casos Lacayo contra Nicaragua, El Amparo contra Venezuela, Caballero Delgado contra Colombia, Castillo Páez contra Perú, Suarez Rosero contra Ecuador, Castillo Petruzzi y Otros contra Perú, Las Palmeras contra Colombia, “La Última Tentación de Cristo” contra Chile, “Barrios Altos” contra

## 2. *El proceso constitucional transnacional tramitado ante la Corte*<sup>20</sup>

Por proceso jurisdiccional debemos entender, un conjunto de actos sucesivos y pre-ordenados, encaminados a proferir una sentencia de fondo que solucione definitivamente el conflicto. En el SIDH se adelanta un típico proceso jurisdiccional ante la Corte, con una etapa escrita, una oral y una final escrita, toda vez que se inicia con una demanda, a pesar de que en la CADH, y el Reglamento Interno de la Corte hablan de presentación de informes, “desplazando la idea de demanda”<sup>21</sup>.

Si el Estado denunciado aceptó la jurisdicción y competencia de la Corte de conformidad con el artículo 62 de la CADH y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado, se someterá el caso ante la Corte<sup>22</sup>. Para que un caso se someta a la Corte, “deberá verificarse la competencia en tres órdenes: respecto de las personas, el tiempo y la materia”<sup>23</sup>.

De conformidad con el artículo 61.1 de la CADH la legitimación activa solamente la tiene la Comisión y el Estado interesado, facultad restringida a las víctimas, quienes podrán sin embargo, actuar en cualquier etapa del proceso (a la fecha ningún país ha ejercido su derecho de acción ante la Corte)<sup>24</sup>. No obstante lo expuesto, la Comisión podrá considerar a solicitud del Estado denunciado, el sometimiento del caso a la Corte, si se reúnen las siguientes condiciones:

- (i) que el Estado haya demostrado su voluntad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento; y,
- (ii) que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo para el sometimiento del caso ante la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares

---

Perú, Periódico “La Nación” contra Costa Rica, Caesar contra Trinidad y Tobago, Fermín Ramírez contra Guatemala, Raxcacó Reyes contra Guatemala, Almonacid Arellano contra Chile, entre otros.

<sup>20</sup> Se regula por el Título II del Reglamento de la Corte (artículo 20 y ss.), aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, vigente a partir del 1 de enero 2010.

<sup>21</sup> Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El proceso transnacional*. Buenos Aires: Ediar, 1992, p. 41.

<sup>22</sup> Cfr. MONTERESI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ob. Cit., 2009, p. 230.

<sup>23</sup> LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. cit., p. 790-796.

<sup>24</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. *Ibidem*, p. 787 y 788.

respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a tal Corte.

Si dentro del plazo de tres meses, contados a partir de la transmisión del informe preliminar al Estado denunciado, el asunto no ha sido solucionado o en el caso de los Estados que hubieran aceptado la jurisdicción de la Corte, no ha sido sometido a la decisión de ésta por la Comisión o por el propio Estado, tal Comisión podrá emitir por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que contenga su opinión, conclusiones finales y recomendaciones.

El informe definitivo será transmitido a las partes, quienes podrán presentar en el plazo fijado por la Comisión, información sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

La Comisión evaluará el cumplimiento de sus recomendaciones con base en la información disponible y decidirá por mayoría absoluta de votos de sus miembros, sobre la publicación del informe definitivo. La Comisión decidirá asimismo sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro medio que considere apropiado.

Publicado el informe sobre la solución amistosa o sobre el fondo, donde se han formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar medidas de seguimiento, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar su cumplimiento e informará sus avances<sup>25</sup>.

## ***2.1 Procedimiento ante la Corte***

El proceso tramitado ante la Corte contempla las siguientes tres fases: (i) una inicial escrita; (ii) una oral; y, (iii) una final escrita. Se examinarán por separado.

### ***2.1.1 Procedimiento inicial escrito***

El proceso en la Corte comienza en esta fase, específicamente con la presentación de la causa ante la Secretaría de la Corte, tal como lo prevé el artículo 61 de la CADH (a la fecha todos los casos tramitados por la Corte, han sido promovidos por la Comisión)<sup>26</sup>.

#### ***2.1.1.1 Informe preliminar***

---

<sup>25</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 663.

<sup>26</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. Ibidem, p. 789.

En el reglamento actual de la Corte (vigente desde el 1º de enero de 2010), se le denomina sometimiento del caso por parte de la Comisión o de un Estado. Sin embargo, creemos que es más técnico el término demanda<sup>27</sup>, toda vez que su significado es “petición” y en efecto es lo que se pretende por quien activa la función jurisdiccional de la Corte. También se considera que se trata de un mismo proceso; solo que desarrolla un procedimiento cuasi-jurisdiccional ante la Comisión y otro jurisdiccional ante la Corte. En esencia, el informe de que trata el artículo 50 de la CADH debe contener<sup>28</sup>:

- (i) los hechos supuestamente violatorios de los derechos humanos;
- (ii) cuáles de los hechos contenidos en el informe, se somete a la jurisdicción de la Corte;
- (iii) la identificación de las presuntas víctimas. Si no es posible su identificación, por tratarse de violaciones masivas a los derechos humanos, la Corte decidirá en su oportunidad a quienes considera víctimas.

Ahora, la Comisión deberá remitir a la Corte la siguiente información, para que el caso pueda tramitarse:

- (i) los nombres de los Delegados de la Comisión;
- (ii) los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímil de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados;
- (iii) los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe de que trata el artículo 50 de la CADH;
- (iv) copia de la totalidad del expediente tramitado ante la Comisión, incluyendo las comunicaciones realizadas con posterioridad al citado informe;
- (v) las pruebas recaudadas. Si se trata de audio y/o transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los que versan y deberá indicarse que pruebas se recibieron en procedimiento contradictorio;
- (vi) cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la hipotética designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y anexando su hoja de vida;

---

<sup>27</sup> Nótese que el literal c del artículo 35 del Reglamento de la Corte IDH habla del “Estado **demandado**” y el literal g del mismo artículo se refiere a **pretensiones**.

<sup>28</sup> *Cfr.* LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 803.

NEOPROCESALISMO

- (vii) las pretensiones que se pretenda hacer valer, incluyendo las referidas a reparaciones. Si el caso es sometido a la Corte por un Estado<sup>29</sup>, deberá remitir un escrito motivado que contenga la siguiente información:
- (viii) los nombres de los Agentes y Agentes alternos del Estado, así como la dirección donde se tendrán por recibidas oficialmente las comunicaciones pertinentes;
- (ix) los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímile de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, si es del caso;
- (x) los motivos que llevaron al Estado a presentar el caso ante la Corte;
- (xi) copia del expediente tramitado ante la Comisión, incluyendo el informe de que trata el artículo 50 de la CADH y las comunicaciones posteriores a tal informe;
- (xii) las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos y argumentos sobre su utilidad; la individualización de los declarantes y el objeto de sus declaraciones. Si se trata de peritos, deberá anexarse su hoja de vida y sus datos de contacto.

Si alguna de las presuntas víctimas no tienen representación legal debidamente acreditada, la Corte podrá de oficio designarles un Defensor Interamericano para que las represente durante el proceso.

Si el caso es sometido a la Corte por un Estado, deberá presentar un escrito motivado, cumpliendo los mismos requisitos exigidos a la Comisión<sup>30</sup>.

***2.1.1.2 Subsanación de los defectos formales del informe preliminar***

Si de la demanda presentada se evidencia que no se ha cumplido con la formalidad exigida, de conformidad con el artículo 38 del Reglamento de la Corte, el Presidente deberá otorgar al actor un plazo de veinte días para que sean subsanados<sup>31</sup>. Si no se acata lo dispuesto por el Presidente o se realiza fuera del término indicado, deberá devolverse la petición a la Comisión o Estado demandante.

***2.1.1.3 Notificaciones***<sup>32</sup>

Son responsabilidad del Secretario de la Corte, quien producto de recibir el informe comunicará la existencia del caso a los siguientes sujetos de derecho<sup>33</sup>:

---

<sup>29</sup> Artículo 61 de la CADH y 36 del Reglamento de la Corte IDH.

<sup>30</sup> *Cfr.* LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 804.

<sup>31</sup> *Cfr.* LOIANNO, Adelina. *Ibidem*, p. 804.

<sup>32</sup> *Cfr.* Art. 39 del Reglamento de la Corte.

NEOPROCESALISMO

- (i) Presidente y demás jueces de la Corte;
- (ii) Estado demandado;
- (iii) Comisión, cuando ella no presenta el informe. Mientras la Comisión nombra sus delegados, la representará su Presidente. Lo expuesto significa que cuando la Comisión es la demandante, no se le realiza tal notificación;
- (iv) Presuntas víctimas, sus representantes o el Defensor Interamericano;
- (v) Los otros Estados partes;
- (vi) Consejo Permanente a través de su Presidencia; y,
- (vii) Secretario General de la OEA.

***2.1.1.4 Aptitudes del demandado luego de la notificación***

En la notificación debe solicitarse a su destinatario que dentro del término de 30 días contados a partir del día siguiente al de tal acto, lo siguiente:

- (i) *Al Estado demandado:* designar a sus Agentes respectivos. Una vez acreditados, deberá informarse la dirección en la cual se tendrán por recibidas oficialmente las notificaciones.
- (ii) *A los representantes de las presuntas víctimas:* confirmar la dirección en la cual tendrán por recibidas oficialmente las notificaciones

***2.1.1.5 Solicitudes, argumentos y pruebas***

Desde la notificación de la existencia del caso, la presunta víctima o sus representantes, dispondrán de dos meses para presentar directamente ante la Corte, un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, el que deberá contener:

- (i) descripción de los hechos. Dentro del marco fáctico fijado en el informe presentado por la Comisión;
- (ii) las pruebas documentales ofrecidas, debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre lo que versan;
- (iii) si se trata de declarantes, su individualización y la indicación del objeto de su declaración;
- (iv) en el caso de los peritos, deberán anexarse su hoja de vida y sus datos de contacto;
- (v) las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. MONTERESI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ob. Cit., p. 315.

<sup>34</sup> Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. En CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (Directores),

### **2.1.1.6 Derecho de contradicción**

También podemos hablar del ejercicio de un derecho de contradicción por la Parte demandada. En efecto, notificado el caso, el Estado demandado podrá contestar la demanda o proponer excepciones preliminares dentro del término de dos meses.

Este término será determinado por la Presidencia cuando exista pluralidad de presuntas víctimas o representantes y no logren designar un interviniente común para todas, ya que en tal evento la Corte o su Presidencia podrán otorgar plazo a las partes para designar máximo a tres representantes que actúen como intervinientes comunes, lo cual naturalmente, amerita la prorroga o aumento de los plazos.

#### **2.1.1.6.1 Contestación por el Estado demandado**

Es deber del Estado demandado presentar por escrito su posición sobre el caso presentado ante la Corte.

También se podrá presentar un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del término improrrogable de dos meses, contados a partir de la radicación del escrito donde el Estado sienta su posición frente al caso, junto con sus anexos<sup>35</sup>.

En la contestación el Estado indicará:

- (i) Si se aceptan los hechos y las pretensiones o si los contradice.
- (ii) Frente al ofrecimiento de las pruebas, debe tenerse en cuenta:
  - a. Si se trata de prueba documental, deberán aportarse debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan;
  - b. Si se trata de declaraciones, la propuesta e identificación de los declarantes y el objeto de su declaración;
  - c. Si se trata de prueba pericial, debe anexarse la hoja de vida del perito y sus datos de contacto.
- (iii) Los fundamentos de derecho.
- (iv) Las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas.
- (v) Las conclusiones pertinentes.

Esta contestación se comunicará por el Secretario a los siguientes sujetos:

---

LEONTINA SOSA, Guillermina (Coordinadora). *Tratado de los tratados internacionales*. Tomo II. Ob. Cit., p. 515.

<sup>35</sup> Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. Ob. Cit., p. 516.

NEOPROCESALISMO

- (i) Presidente y demás jueces de la Corte IDH;
- (ii) Comisión IDH;
- (iii) Presuntas víctimas, sus representantes o el Defensor Interamericano;
- (iv) Los demás Estados Parte;
- (v) Consejo Permanente a través de su Presidencia;
- (vi) Secretario General de la OEA;
- (vii) Estado demandante, en los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención; y,
- (viii) Estado demandado.

En estos procesos, la Corte puede tener por aceptados los hechos que no hayan sido expresamente negados, así como las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

**2.1.1.6.2 Excepciones preliminares**

Estas excepciones corresponden a las que en el derecho interno colombiano, regula el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, bajo la denominación “*excepciones previas*”, más conocidas en el derecho comparado como excepciones procesales; se tramitan y deciden previamente a las excepciones de fondo o de mérito mediante trámite incidental y de prosperar le ponen fin al proceso evitando el enjuiciamiento del Estado por la Corte<sup>36</sup>. Deberán formularse en el escrito de contestación. Al formularse este tipo de excepciones, se deberán indicar:

- (i) los hechos referentes a las mismas;
- (ii) los fundamentos de derecho;
- (iii) las conclusiones; y,
- (iv) el ofrecimiento de pruebas, anexando los documentos que las apoyen.

La presentación de estas excepciones no suspende el procedimiento de fondo, ni interrumpe los términos establecidos. Empero, la parte actora<sup>37</sup>, podrá presentar sus observaciones a las excepciones preliminares dentro de un término de 30 días contados a partir de la recepción de tales excepciones<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 798.

<sup>37</sup> Dentro de la cual incluimos: i) la Comisión; ii) las presuntas víctimas o sus representantes; y, iii) el Estado, cuando es quién presenta la demanda ante la Corte.

<sup>38</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Ob. Cit., p. 797.

## NEOPROCESALISMO

Antes de resolver las excepciones preliminares, la Corte podrá señalar fecha y hora para que se lleve a cabo una audiencia especial, para analizarlas. Sin embargo, podrá resolverse en una sola sentencia todo el tema objeto de litigio<sup>39</sup>.

### 2.1.2 *Amicus curiae*

Se reguló de la siguiente manera:

*“La expresión “amicus curiae” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.*

Esta institución jurídica conocida como “*amigos de la Corte*”, fue incorporada al proceso constitucional transnacional en el último reglamento de la Corte, con el objeto de fijar las reglas sobre la presentación de escritos por terceros procesales que pretendan coadyuvar las posiciones de alguna de las partes, tales personas físicas, organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) o entidades gubernamentales<sup>40</sup>.

El *amicus curiae* corresponde a un tercero que comparece voluntariamente ante la Corte, intervención que precluye 15 días después de la celebración de la audiencia pública o de la resolución que señala el plazo para la remisión de los alegatos finales, con el fin de aportar razonamientos, consideraciones jurídicas, informaciones que tengan por objeto la presentación de elementos que contribuyan a la solución del litigio, por medio de un documento o en audiencia, mediante un alegato.

Cuando se trate de procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y/o de medidas provisionales, también podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

Si la actuación es por escrito, el *amicus curiae* deberá presentado debidamente firmado ante la Corte, con sus respectivos anexos en el idioma de trabajo. Empero, también podrá hacerse a través de los siguientes medios<sup>41</sup>:

- (i) vía courier,
- (ii) facsímile, o
- (iii) correo postal o electrónico.

---

<sup>39</sup> i) excepciones preliminares; ii) el fondo; y, iii) las reparaciones y las costas del caso.

<sup>40</sup> Artículo 2.3 del Reglamento vigente de la Corte.

<sup>41</sup> Cfr. artículo 28.1 del Reglamento de la Corte.

En todo caso, los originales y la totalidad de los anexos, deberán recibirse en la Corte dentro del término de 7 días, contados a partir de la fecha de su presentación, acompañados de dos copias, en papel o digitalizadas, idénticas a la original. Los escritos extemporáneos serán rechazados y archivados sin más trámites.

Este escrito junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para que se pronuncien sobre él, previa consulta con la Presidencia<sup>42</sup>.

### **2.1.3 Fase intermedia oral**

Corresponde a una etapa adelantada por audiencias, donde la parte probatoria juega un importantísimo papel. En efecto, inicia con un señalamiento de fecha de las audiencias necesarias. En tales audiencias el Presidente de la Corte debe dirigir el debate, lo que implica determinar el orden en que se hará uso de la palabra por quienes pueden intervenir y tomar las medidas pertinentes para su buen desarrollo. En esta audiencia cualquiera de los jueces de la Corte podrá interrogar a los sujetos procesales, testigos o *amicus curiae*.

Las intervenciones tendrán el siguiente orden:

- (i) la Comisión presentará el caso ante la Corte y expondrá los argumentos de su informe preliminar;
- (ii) luego intervendrán los testigos y peritos bajo juramentos. Eventualmente podrán intervenir a través de medios tecnológico<sup>43</sup>.
- (iii) posteriormente intervendrán las presuntas víctimas o a sus representantes;
- (iv) A continuación intervendrá el Estado demandado; y,
- (v) Finalmente los jueces podrán formular nuevas preguntas.

También podrán realizarse audiencias públicas con otros fines por decisión del Presidente, quien también podrá fijar audiencias privadas.

Dichas audiencias deberán realizarse en San José de Costa Rica, por ser la sede de la Corte. Empero, de conformidad con el art. 13 del Reglamento de la Corte puede realizar audiencias fuera de su sede, siempre que la mayoría de los jueces lo aprueben y sea aceptado por el Estado donde se han de realizar.

#### **2.1.3.1 Régimen probatorio**

---

<sup>42</sup> Cfr. LOIANNI, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 805 y 806.

<sup>43</sup> Par profundizar en los medios tecnológicos en materia probatoria, sugerimos: Cfr. ISAZA, Henry Eyner. *La prueba electrónica en Panamá y en el Sistema Interamericano de Derechos*. Panamá: Universal Books, 2013.

En principio debe precisarse que existe un orden para la petición u ofrecimiento, recepción y valoración probatoria<sup>44</sup>.

El ofrecimiento probatorio deberá concretarse en los escritos introductorios. Sin embargo, la Corte podrá admitir nuevas pruebas, siempre que se refieran a un hecho que haya ocurrido posteriormente<sup>45</sup>, luego se prescribe una etapa de admisibilidad de algunas pruebas, tal como ocurre con los declarantes y peritos.

En efecto, inicialmente y previo a la audiencia, la Corte debe solicitar a las partes su lista definitiva de declarantes<sup>46</sup>, en la que deberán confirmar o desistir del ofrecimiento de las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos. Igualmente, deberá indicarse cuales de los declarantes deben ser llamados a audiencia y quienes pueden rendir declaración ante fedatario o notario público (*affidávit*).

Cumplido lo anterior, la Corte comunicará la lista definitiva de declarantes a la contraparte y concederá un plazo de diez días desde su recepción, para que se presenten observaciones, objeciones o recusaciones. El valor de las declaraciones y el de las objeciones serán apreciados por la Corte o por la Presidencia, según sea el caso. También podrá recusarse a los peritos<sup>47</sup>.

Se prevé una posibilidad excepcional, en virtud de la cual la Corte podrá aceptar que se sustituya un declarante, siempre que se individualice al sustituto y se respete el objeto de la declaración, testimonio o peritaje ofrecido, dependiendo de la solicitud fundada y oído el parecer de la contraparte.

Cumplido lo anterior, la Corte o su Presidencia, mediante resolución, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones; definirá el objeto de la declaración de cada declarante; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público (*affidávit*) y convocará a audiencia.

Las declaraciones versarán únicamente sobre el objeto definido por la Corte en tal resolución. Previa solicitud fundada o motivada y oída la contraparte, la Corte podrá modificar el objeto de la declaración o aceptar que exceda el objeto fijado.

---

<sup>44</sup> Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los derechos humanos y su protección internacional*. Especialmente el capítulo titulado: “Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Lima: Grijley, 2009, p. 149 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. LOIANNI, Adelina. *Ibidem*, p. 805 y 807.

<sup>46</sup> Comisión, presuntas víctimas o sus representantes, Estado demandado y Estado demandante.

<sup>47</sup> Cfr. Artículo 48 del Reglamento de la Corte IDH.

Quien ofreció la declaración, tiene la carga de notificar al declarante y de asegurar su comparecencia ante la Corte. Las partes podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte o por la Comisión, siempre que hayan sido llamados a declarar<sup>48</sup>.

Técnica de las preguntas: la pertinencia de las preguntas será calificada por la Presidencia de la Corte y no serán admitidas las que induzcan las respuestas y que no se refieran al objeto determinado oportunamente.

Recibida la declaración rendida ante fedatario público (*affidávit*), se dará traslado a la contraparte y, en su caso a la Comisión, para que presenten sus observaciones dentro del plazo que fije la Corte o su Presidencia.

Ahora bien, las pruebas rendidas ante la Comisión se incorporaran al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios. La Corte podrá repetirlas.

De manera extraordinaria, una vez oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba adicional, si el que la ofrece justificare que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en la oportunidad procesal pertinente<sup>49</sup>. La Corte podrá también, admitir pruebas referidas a hechos ocurridos con posterioridad a las oportunidades procesales.

La Corte podrá en cualquier estado del proceso:

- (i) Decretar de oficio las pruebas que considere útiles y necesarias, para lo cual podrá oír en cualquier calidad a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.
- (ii) Requerir de los sujetos procesales el suministro de las pruebas que estén en condiciones de aportar o de explicaciones o declaraciones que pueda ser útiles.
- (iii) Solicitar informes a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad que expresen una opinión o dictamen. Los documentos correspondientes no se publicaran, mientras la Corte no lo autorice.
- (iv) Comisionar a uno o varios de sus miembros para desarrollar cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias. Los Jueces podrán comisionar a la Secretaría para que lleve a cabo tales medidas de instrucción.

---

<sup>48</sup> Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. Ob. Cit., p. 536.

<sup>49</sup> Cfr. Artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 del Reglamento de la Corte.

NEOPROCESALISMO

- (v) Ordena que los instrumentos probatorios presentados ante la Corte, se remitan de forma completa y plenamente inteligible. En caso contrario, se dará a la parte que la presentó, un plazo para que corrija los defectos o remita las aclaraciones pertinentes.
- (vi) Imponer a la parte que ofreció una prueba, cubrirá los gastos que ella ocasione.

**2.1.3.1.1 El *afidávit***

El *afidávit* es un documento escrito que pretende tener la vocación de ser la declaración voluntaria y verdadera del declarante o de quien firma el documento. Requisitos que debe contener un *afidávit*.

- (i) nombre del declarante;
- (ii) su dirección física; y,
- (iii) la firma del declarante o testimoniado y notariado.
- (iv) Sustantivamente debe limitarse a que le consta que es cierto lo que declara, debido a la observación o experiencia.

Es importante advertir que por definición, un *afidávit* es una declaración voluntaria. Lo que significa que a una persona no se le puede exigir que firme un *afidávit* por la Corte, alguna de las partes, un juez del derecho interno o algún tercero<sup>50</sup>.

Iniciada la audiencia, la Presidencia de la Corte, deberá llamar a los declarantes a fin de que sean interrogados e intervendrá en la audiencia quien ha solicitado la prueba. Debe advertirse que no podrá estar presente ninguno de los declarantes, mientras se realiza la audiencia. No obstante lo anterior, podrá recibirse declaraciones testimoniales, periciales o de presuntas víctimas haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales.

Cuando se trate de testigos, se verificará su identidad y antes de declarar prestará juramento o declarará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

De la prueba pericial: tratándose de peritos, se verificará su identidad y antes de desempeñar su oficio, prestará juramento o declarará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia.

De las presuntas víctimas: si se trata de las presuntas víctimas, se verificará su identidad y no será necesario que presten juramento ni que realicen declaración alguna.

---

<sup>50</sup> *Cfr.* LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 810.

Escuchados los declarantes y una vez los Jueces han formulado preguntas, la Presidencia concederá la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos. Luego se otorgará a los mismos intervinientes la posibilidad de una réplica y una dúplica. Concluidos los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones.

Finalmente, la Presidencia dará la palabra a los Jueces de la Corte para que formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado. En los casos no presentados por un Estado, la Presidencia determinará el orden en que tomarán la palabra<sup>51</sup>.

#### **2.1.4 Terminación anormal del proceso**

Normalmente un proceso jurisdiccional termina cuando se profiere una sentencia de fondo. Sin embargo, este proceso podrá terminar antes de la sentencia, por lo cual alguna parte de la doctrina titula esta manera de finalizar el proceso como “terminación anticipada del proceso”<sup>52</sup>, lo cual puede ocurrir en los siguientes eventos:

- (i) **Por desistimiento.** Se presenta cuando la parte actora manifieste su intención de desistir, la que se resolverá, una vez oída la opinión de las otras partes, así como la de los representantes de las víctimas o de sus familiares.
- (ii) **Por allanamiento o reconocimiento.** Se presenta cuando el demandado comunica a la Corte que se allana a las pretensiones de la demanda. La Corte, oído el parecer de ésta y de los representantes de las víctimas o de sus representantes, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En esta hipótesis, la Corte fija las reparaciones e indemnizaciones correspondientes en el momento procesal oportuno.
- (iii) **Por solución amistosa.** Se presenta cuando las partes comunican a la Corte la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio transnacional. En este supuesto, la Corte podrá después de escuchar a los representantes de las víctimas o sus familiares, declarar terminado el proceso.

---

<sup>51</sup> Cfr. MONTERESI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ob. Cit., p. 333.

<sup>52</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 810 y 811.

No obstante lo expuesto, la Corte de conformidad con su obligación de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el trámite del proceso<sup>53</sup>.

### **2.1.5 Medidas provisionales**

Estas medidas preventivas están encaminadas a garantizar el cumplimiento de la sentencia que hipotéticamente se profiera en favor de las víctimas, tal como ocurre en el derecho interno con las medidas cautelares en el cual se inspiraron<sup>54</sup>. En efecto, esta función jurisdiccional se impone debido al tiempo que invierte en el proceso.

No obstante lo anterior, tal como lo advierte la doctrina, en el derecho internacional se diferencian las medidas provisionales de las medidas cautelares, indicando que aquellas son las contempladas en el artículo 63.2 de la CADH, mientras que estas son las decretadas por la Comisión de conformidad con el artículo 25 de su Reglamento<sup>55</sup>. Sin embargo, consideramos que tal distinción no existe o por lo menos no amerita un análisis científico de fondo<sup>56</sup>.

Dichas medidas provisionales garantizan la actividad jurisdiccional de la Corte, como quiera que están diseñadas para evitar un daño irreparable y preservar los derechos humanos, como una transposición del ordenamiento jurídico internacional relacionado con el contencioso entre Estados tramitado ante la Corte Internacional de Justicia, al derecho internacional de los derechos humanos tramitado ante la Corte<sup>57</sup>.

En efecto, de conformidad con el artículo 63(2) de la CADH, las medidas provisionales son procedentes cuando:

*“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere*

---

<sup>53</sup> Cfr. TRUCCO, Marcelo F. “La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana”. Ob. Cit., p. 528.

<sup>54</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Prólogo”. En REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Temis, 2005, p. XVI.

<sup>55</sup> Cfr. LOIANNO, Adelina. “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ob. Cit., p. 812.

<sup>56</sup> Cfr. MORELO, Augusto Mario. “La eficacia de la justicia, valor supremo del procedimiento en el área de la cautela. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1984, p. 543. Citado por Cfr. LOIANNO, Adelina. *Ibidem*, p. 812.

<sup>57</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Prólogo”. Ob. Cit., p. XIX.

*pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.*

De conformidad con lo expuesto, las medidas provisionales pueden decretarse en cualquier estado del proceso, así: (i) de oficio por la Corte; (ii) a petición de las víctimas; (iii) a petición de la Comisión cuando el asunto aún no ha sido sometido ante la Corte; o, (iv) por el Presidente de la Corte, cuando esta no se encuentra en sesiones ordinarias<sup>58</sup>.

Tales medidas provisionales podrán levantarse cuando desaparezcan las causas de amenaza o violación de los derechos humanos.

### **2.1.6 Fase final escrita**

Esta etapa inicia con los alegatos finales escritos, donde las partes procesales tendrán la oportunidad de presentarlos dentro del término que establezca la Presidencia. La Comisión podrá dentro del mismo término, presentar observaciones finales escritas.

#### **2.1.6.1 La sentencia**

En principio debemos advertir que la CADH establece las siguientes reglas sobre la sentencia que debe proferir la Corte: (i) que el fallo deberá motivarse; (ii) que la sentencia es definitiva e irrecurrible; y, (iii) la Corte es su intérprete auténtico<sup>59</sup>. No obstante lo anterior, el artículo 65 del Reglamento de la Corte indica que la sentencia debe contener:

- (i) el nombre de los Jueces que dictan la sentencia; precisando quien es el presidente, el Secretario y el Secretario Adjunto de la Corte;
- (ii) la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes;
- (iii) una relación de los actos del procedimiento;
- (iv) la determinación de los hechos;
- (v) las conclusiones de las partes;
- (vi) los fundamentos de derecho;
- (vii) la decisión sobre el caso;
- (viii) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas;
- (ix) el resultado de la votación; el Juez que ha participado en el caso, tiene derecho a emitir un voto concurrente o disidente; el cual deberá ser razonado. Estos votos deben presentarse dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la

---

<sup>58</sup> Cfr. REY CANTOR, Ernesto. “Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Director Científico). *Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit., p. 46.

<sup>59</sup> Cfr. Artículo 66 de la CADH.

notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias;

- (x) la indicación sobre cuál es la versión auténtica de la sentencia.

La sentencia debe responder a la verdad real, es decir, a aquella que se haya incorporado al expediente a través de los medios probatorios, y debe ser el resultado de la deliberación de los jueces de la Corte, la cual puede traer como resultado la unanimidad en la decisión o podrá suceder que algún o algunos jueces emitan un voto concurrente o disidente, por lo que deberá ser razonado.

#### **2.1.6.1.1 Sentencia adicional de reparaciones y costas**

Sí la sentencia de fondo no decidió sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión, para lo cual determinará el procedimiento.

Cuando se informe a la Corte de que las partes llegaron a un acuerdo sobre el cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que sea conforme con la CADH y dispondrá lo pertinente. En estas sentencias se pueden imponer las siguientes medidas:

- (i) de reparación pecuniaria (daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral);
- (ii) de restitución;
- (iii) de rehabilitación;
- (iv) de satisfacción; y,
- (v) de garantía de no repetición<sup>60</sup>.

#### **2.1.6.1.2 Pronunciamiento y comunicación de la sentencia**

La Corte deliberará en privado y una vez aprobada concluirá con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y Secretario; luego se notificará por la Secretaría a los sujetos procesales; mientras no se haya notificado, los textos, razonamientos y votaciones se mantendrán en reserva.

La sentencia original se agregará al archivo de la Corte, pero el Secretario expedirá copias selladas y certificadas a:

- (i) los demás Estados Parte;
- (ii) la Comisión;

---

<sup>60</sup> Cfr. SALVIOLI, Fabián. “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”. En: MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 835 y ss.

NEOPROCESALISMO

- (iii) las víctimas o presuntas víctimas, sus representantes, o el Defensor Interamericano;
- (iv) Estado demandado;
- (v) Consejo Permanente a través de su Presidencia;
- (vi) Secretario General de la OEA;
- (vii) Estado demandante, en los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención; y,
- (viii) en general a quien lo solicite.

**2.1.6.1.3 *Solicitud de interpretación***

De conformidad con el artículo 67 de la CADH, el fallo de la Corte es definitivo, es decir, hace tránsito a cosa juzgada transnacional, razón por la cual es inimpugnable, irrecurrible e inapelable. No obstante, si existe desacuerdo sobre el sentido o alcance de la sentencia, las partes podrán solicitar a la Corte que la interprete, para lo cual se cuenta con un término improrrogable de noventa días, contados a partir de la fecha de su notificación. Técnicamente no se trata de un recurso

Dicha solicitud puede versar sobre cualquiera de las sentencias proferidas por la Corte y no suspende su ejecución. En la petición deberá indicarse con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pide<sup>61</sup>.

El Secretario notificará la solicitud a los intervinientes en el caso y los invitará a presentar alegaciones escritas dentro del plazo fijado por la Presidencia.

Para examinar la solicitud, la Corte decidirán el trámite, se reunirá con la composición que tenía al dictar la sentencia objeto de interpretación, pero si ha fallecido, renunciado o terminado el periodo de algún juez, se sustituirá, de la manera establecida por el artículo 17 del Reglamento de la Corte y resolverá mediante otra sentencia.

**2.1.6.1.4 *Supervisión de cumplimiento de sentencias***

El proceso de supervisión de las decisiones de la Corte consta de:

- (i) los informes presentados por los intervinientes;
- (ii) las observaciones a tales informes presentados por las víctimas o sus representantes;
- (iii) las observaciones presentadas por la Comisión sobre los informes y observaciones referidos;

---

<sup>61</sup> Cfr. Artículo 67 de la CADH y 68 del Reglamento de la Corte IDH.

- (iv) los informes de otras fuentes, a petición de la Corte, que permitan apreciar el cumplimiento; y,
- (v) los peritajes que considere oportunos.

También se podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, donde escuchará el parecer de la Comisión. Finalmente la Corte determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

### **3. Conclusiones**

- (i) Ante la Corte se tramita un verdadero proceso jurisdiccional de partes. Este tipo de proceso es acusatorio, como quiera que se refleja una “*igualdad de armas*” entre accionante y accionado.
- (ii) En esencia se trata de un derecho de casos, por lo cual el estudio del proceso deberá complementarse con la jurisprudencia emitida por la Corte.
- (iii) Entre el Estatuto y Reglamento de la Corte, podemos estructurar un verdadero Código Procesal Constitucional Transnacional, toda vez que ha precisado las reglas procesales que rigen el proceso adelantado ante la Corte.
- (iv) Este proceso no refleja un verdadero derecho fundamental de acción, toda vez que las víctimas solo pueden acceder a la Comisión, pero no a la Corte, con lo cual se puede estar vulnerando uno de los derechos humanos protegidos por la propia CADH, razón por la que se considera oportuno adoptar un modelo similar al adoptado en el SEDH, lo que implicaría reformar el SIDH, para que las víctimas puedan presentar directamente sus demandas ante la Corte, haciendo realmente efectivo el acceso a la justicia supranacional.
- (v) La Corte deberá convertirse en un Tribunal que sesione permanentemente y por sesiones periódicas, lo cual le permitirá solucionar más litigios que versen sobre derechos humanos y por ende reflejar una mejor justicia constitucional supranacional.

***Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón de menores migrantes no acompañados.***

**Maday Merino Damián.**

**RESUMEN:**

El derecho sustantivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contempla el principio del interés superior del menor, como fundamento para establecer el tratamiento de estos.

Con el anterior principio, todo estado se encuentra obligado a establecer mecanismos e instrumentos al interior del estado, para garantizar el debido trato al menor.

En el caso de los menores migrantes, que han penetrado al territorio de formas no autorizadas por el estado, se genera un estado mayor de indefensión; por lo tanto será indispensable tomar medidas gubernamentales para garantizar el tránsito o estancia de menores en el territorio mexicano.

La frontera sur, ha sido la menos cuidada por las autoridades estatales; y en razón de actuar de forma congruente, el estado esta obligado a poner en práctica, los acuerdos relativos al cuidado del menor, en todo su esquema de desarrollo psico-social.

**CONTENIDO TEMÁTICO**

INTRODUCCIÓN. 1. LA MIGRACIÓN DE MENORES 2. DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN RAZÓN DE MENORES MIGRANTES. OPINIÓN CONSULTIVA. 3. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE GARANTIZAR ESTOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS MENORES. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

**PALABRAS CLAVES**

Menor no acompañado, estación migratoria, la universalidad de la acción de derechos humanos, responsabilidad, estado garantista.

## INTRODUCCIÓN

Este ensayo, resulta de una investigación que hemos estado realizando, en razón de las migraciones en nuestra frontera sur. Para el desarrollo sólo nos haremos referencia a un eje de estudio enfocado a menores.

Para lo cual será necesario abordar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la opinión consultiva de fecha oc-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la república Argentina, la república federativa de Brasil, la república del Paraguay y la república oriental del Uruguay, relacionada con el tema: derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.<sup>1</sup>

Es importante para este contexto, hacer un análisis claro de la opinión Consultiva emitida por la CIDH. Para posteriormente hacer un comparativo del sistema jurídico mexicano, su comportamiento y tratamiento de menores migrantes en el estado.

La situación migratoria de un menor, que cruza la frontera sin compañía de un padre o tutor (entiéndase a cualquier persona a cargo del menor) en cualquier estado, deja en duda el desarrollo del estado de derecho en el tema de sus garantías fundamentales. Es decir, si queremos establecer un desarrollo real y efectivo en un estado de derecho democrático, es importante establecer instituciones fortalecidas en la protección reales de derechos humanos a menores.

Hemos utilizado el método de caso y el analítico teórico, enfocado a la frontera sur en la zona de Tenosique, la normativa mexicana, la resolución de la CIDH y la opinión consultiva antes mencionada.

En la primera parte se analiza la situación migratoria actual en cuanto a los menores migrantes en general, para luego hacer énfasis a la frontera sur.

La segunda parte es relativa a describir el derecho fundamental de menores

---

<sup>1</sup> OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, en el tema: DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf)

migrantes según lo plantea la opinión consultiva,

La tercera parte es una reflexión en cuanto a la responsabilidad del estado mexicano para garantizar y proteger los derechos fundamentales de los menores, según su propio bloque de constitucionalidad.

Esta investigación se realizó desde la perspectiva de un método analítico-teórico, tanto de las resoluciones de la corte, como de la realidad social del estado mexicano.<sup>2</sup>

La legitimidad de estado dependerá de cómo democráticamente funcionen sus instituciones, las cuales deben utilizar el bloque del derecho constitucional para la interpretación y ejecución del derecho. A partir de este concepto, la validez del derecho<sup>3</sup> dependerá de cómo lo conceptualiza el estado, cómo lo aplica y cómo se compromete con los valores fundamentales relativos a la justicia, bien común y seguridad jurídica que brinde.

Al respecto, el estado mexicano ha establecido en su propia constitución la aplicación de un grupo de normas, en razón de los Derechos Humanos que fortalece la acción de sus tres poderes y las instituciones que los representan.

Llamado el bloque de Constitucionalidad, comprendido en el primer artículo constitucional. Este comprende: normas constitucionales, convencionales, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como valores y principios comprendidos en doctrinas ad hoc al desarrollo de estos derechos.

Las herramientas que establece para este fin es vinculante para el actuar de los jueces y todo tipo de autoridad estatal.

Todos los operadores del derecho, tienen la responsabilidad de hacer uso de este bloque de constitucionalidad para ser respetuosos de la protección de estos derechos, en todos los ámbitos del desarrollo humano.<sup>4</sup>

## 1. LA MIGRACIÓN DE MENORES

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías: La ley del más débil* Madrid, 2a edición, Validez y Vigencia. *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, 2001, pág. 87.

<sup>3</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* Barcelona, Gedisa. 1997. p. 87. Gerardo Durango, Álvarez, "revista de derecho", universidad del norte, 33: 247-276, 2010, núm. 251.

<sup>4</sup> Arrocha, Olabuenaga, Pablo, "Considerations About The Rule of Law in The International Level". (Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el Plano Internacional), *Anuario de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp. 173-197.

Según el artículo 1 de la Convención del Derecho del Niño, lo define de la siguiente manera:

Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En la parte del preámbulo de la convención establece los principios sobre los que se debe organizar los derechos y garantías de un menor:

- ✓ El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,
- ✓ El fundamento legal lo tienen en: la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,
- ✓ El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,
- ✓ Deben los estados de considerar los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El presente instrumento internacional fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 21 de octubre de 1990, previa su ratificación el 21 de septiembre de 1990 y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Cuenta con los instrumentos siguientes, que están en vigor y de los que México es parte: Enmienda, adoptada en Nueva York el 12 de diciembre de 1995. Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000. Protocolo Facultativo

Por tanto todos los que por su naturaleza biológica no alcancen los 18 años, tanto para la convención como para la legislación mexicana se mantiene en esta temporalidad, y la obligación del estado y de todo tipo de estado es manejar la protección bajo los principios establecidos en el sistema convencional y en el sistema interno de cada estado.

Lo anterior, nos da el parámetro para determinar quienes deben estar protegidos y quienes deben proteger, sin lugar a duda que cada región tiene su cultura e ideología en razón de cómo educa o protege al menor, pero es indispensable tratar este asunto bajo un principio rector el principio de la ley que mas beneficie y el principio pro homine.

El en tema que nos concierne, la migración de menores, solo abordaremos los temas relativos a las migraciones internacionales, (ya que las nacionales no son por ahora materia de este estudio), en esta se presentan, dos situaciones a consideran:

1. La migración de menores que transitan legalmente de un territorio a otro a través de los permisos solicitados por los estados de destino y
2. Los menores que transitan sin documentos de regularización y estancia migratoria, es decir no mantienen una calidad migratoria permitida por un estado.

En razón del segundo punto, los menores que transitan sin permisos del país al que penetran, podemos distinguir también tres ejes:

1. Menor acompañado por alguno de sus padres
2. Menor acompañado por algún familiar o tutor
3. Menor no acompañado.

El fenómeno migratorio del “menor no acompañado”, ha sido alarmante para muchas instituciones no gubernamentales y gubernamentales, por lo que ha sido necesario distinguir elementos que la provocan para coadyuvar a su protección y en algunos casos evitar su tránsito, por cuestiones de su propia seguridad.

La migración de MNA, ha sido en los últimos tres meses, pero es un tema que no tiene nada de nuevo, vemos como en la zona de África occidental, esta migración internacional sigue siendo un factor de peso en Europa, Asia y América del Norte<sup>6</sup>.

La migración en sí misma vulnera a los seres humanos que migran, porque en ocasiones no es un derecho parejo en cuanto a derechos fundamentales del migrante, pueden quedar privados de servicios públicos, protección social e, incluso, atención médica de urgencia, en algunas regiones. Pero también hay otros lugares como España, que facilita a las familias migrantes el acceso a los servicios esenciales como estudio para los niños, pero la falta de documentos migratorios, impiden disfrutar de dichos servicios a quienes carecen de un registro<sup>7</sup>.

En el caso de estudio, se encontró que los menores, en su mayoría, se trasladan con sus familias<sup>8</sup>, acompañando a sus progenitores o cuidadores que buscan empleo o alguna oportunidad.

Un ejemplo importante por desarrollar sería el de la población infantil de China:

- En 2008, casi la décima parte de la población infantil de China –27,3 millones de niños y niñas– migró con sus progenitores dentro del país. Pero un número considerable de niños y jóvenes se trasladan dentro del país por sí solos.

Un análisis reciente de datos obtenidos por medio de censos y encuestas a hogares de 12 países llegó a la conclusión de que uno de cada cinco niños migrantes de 12 a 14 años y la mitad de los niños de 15 a 17 años se habían trasladado sin uno de sus progenitores.<sup>9</sup>

Como hemos podido observar, los menores, migran por una combinación de factores de atracción y expulsión. Muchos consideran que el lugar a donde van podrán obtener el sueño de estudiar y bienes materiales, y los otros escapan para evitar la inseguridad y en otros la pobreza, estos niños y niñas se vuelven sumamente vulnerables a delitos como la trata y tráfico de personas; por lo

<sup>6</sup> Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, Trends in International Migrant Stock: The 2008 revision – CD-ROM documentation, DAES, División de Población, Nueva York, 2009, pág. 2, <[www.un.org/esa/population/publications/migration/UN\\_MigStock\\_2008.pdf](http://www.un.org/esa/population/publications/migration/UN_MigStock_2008.pdf)>, consultado el 2 de octubre de 2011.

<sup>7</sup> Lu, Hong, y Shunfeng Song, 'Rural Migrant's Perceptions of Public Safety Protections in Urban China', Chinese Economy, vol. 39, no. 3, 2006, págs. 26–30.

<sup>8</sup> van de Glind, Hans, 'Migration and Child Labour: Exploring child migrant vulnerabilities and those of children left behind', Working paper, Oficina Internacional del Trabajo, Programas Internacionales sobre la Eliminación del Trabajo Infantil, Ginebra, 2010, pág. 1.

<sup>9</sup> Organización Internacional del Trabajo y Understanding Children's Work, Joining Forces against Child Labour: Interagency report for the Hague Global Child Labour Conference of 2010, OIT y UCW, Ginebra, mayo de 2010, pág. 58.

tanto es importante retomar que es lo que hacen los estados en razón de ellos<sup>10</sup>.

En el caso de grupos vulnerables las mujeres y menores que migran, considerados en varias ocasiones como refugiado y solicitan asilo, muchas veces están expuestos a expuestos al hostigamiento, la explotación, la trata y la violencia por razón de género<sup>11</sup>.

Asimismo, se ha estudiado que, los niños, las niñas y los adolescentes, sobre todo los que no están acompañados por adultos, son especialmente vulnerables durante la fase de reasentamiento. Es decir, le ha costado llegar a tener los servicios mínimos que brinda la ciudadanía de las grandes ciudades en las que ellos se asientan (en ocasiones serán considerados como apatridad). Son tan vulnerables estos menores que se presume que en su mayoría inician sus actividades en las bandas a partir de los 13 años y casos en que antes de los 11 años<sup>12</sup>.

Los menores migrantes, por lo general cuando se asientan en las grandes urbes, tienden a ser discriminados, violando de esta manera sus derechos fundamentales consagrados en la Convención sobre los derechos del Niño. Es necesario que todos los niños reciban un mismo trato, con independencia de: raza, origen étnico, idioma, religión, género o con capacidades diferentes.

Por lo tanto todo estado de derecho debe velar por el acceso a todos los servicios parte de sus derechos fundamentales como: educación, vivienda digna, agua potable, luz, drenaje, actividades lúdicas, alimentación, entre los más necesarios para su desarrollo psico-social del menor.

Por ello es importante que, los menores en sus zonas de asentamiento provisionales por el caso de la migración, tengan el acceso a todos los servicios de educación, salud y vivienda digna; como un mínimo para su desarrollo.

Es por demás, innegable, que los inmigrantes constituyen una gran parte de la población de algunas ciudades del mundo, ejemplo de ello:

---

<sup>10</sup> Whitehead, Ann, e Iman Hashim, 'Children and Migration: documento de antecedentes for DFID Migration Team', marzo de 2005, <[www.childtrafficking.com/Docs/dfid\\_05\\_child\\_mig\\_bac\\_0408.pdf](http://www.childtrafficking.com/Docs/dfid_05_child_mig_bac_0408.pdf)>, consultado el 12 de septiembre de 2011, pág. 29; Bhabha, Jacqueline, 'Seeking Asylum Alone: Treatment of separated and trafficked children in need of refugee protection', Faculty Research Working Papers Series, Harvard University, Cambridge, Mass., marzo de 2004.

<sup>11</sup> Organización Internacional del Trabajo y Understanding Children's Work, Joining Forces against Child Labour: Interagency report for the Hague Global Child Labour Conference of 2010, OIT y UCW, Ginebra, mayo de 2010, pág. 58.

<sup>12</sup> Pinheiro, Paulo Sérgio, World Report on Violence against Children, No. 8, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, págs. 304-305.

- Más de la mitad de los residentes de Miami (Estados Unidos), nacieron en el extranjero,
- Al igual que cerca de la mitad de los que viven en Toronto (Canadá), y
- Una tercera parte de los que viven en Sydney (Australia), en Abidján (Côte d'Ivoire), en Singapur, en Londres (Reino Unido), y en Nueva York (Estados Unidos).<sup>13</sup>.

Es innegable que el desarrollo de varias ciudades, lleva aparejado la existencia de grupos de migrantes que se asientan con la finalidad de trabajar, para darle mayor calidad de vida a sus familias, generalmente.

Por tanto los derechos fundamentales al grupo de los menores, será de vital importancia para el desarrollo de la propia economía y seguridad de la región, en la que se encuentran asentados.

Sabemos, que los menores son los menos en cantidad, y un tema poco tomado en cuenta por los estados, para la protección de sus derechos, pero con el alto índice de en los tres corredores migratorios más grandes del mundo, ha preocupado a los estados, y por lo tanto ahora se habla de un derecho unánime e internacional de estos menores

El carácter universal de estos derechos, nos lleva al plano internacional en donde su función es el alcance y armonía con todos los otros pueblos, puesto que la existencia del derecho internacional debe ser la consolidación del *Estado de Derecho*<sup>14</sup>.

Al respecto, la Asamblea de las Naciones Unidas, haciendo referencia a la anterior afirmación menciona lo siguiente:

- El 16 de septiembre de 2005 su resolución A/Res/60/1, la cual contiene el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Aprueba, lo siguiente: Es necesario que exista "una adhesión universal al imperio de la ley y a su aplicación en los planos nacional e internacional"<sup>15</sup>.

México, ha sido respetuoso en cuanto al reconocimiento a través de instrumentos internacionales los derechos internacionales, creemos que donde

<sup>13</sup> Qadeer, Mohammad, 'What Is This Thing Called Multicultural Planning?', Bridge, vol. 2, no. 9, 2009, págs. 10-11, extract at <[http://canada.metropolis.net/pdfs/qadeer\\_extracted\\_plan\\_canada\\_e.pdf](http://canada.metropolis.net/pdfs/qadeer_extracted_plan_canada_e.pdf)>, consultado el 10 de agosto de 2011.

<sup>14</sup> Sin embargo, como ya lo hacía notar el filósofo de Königsberg en 1795, la premisa que da pie a la existencia del derecho internacional debe ser la consolidación del *Estado de derecho* en el plano Internacional. *Considerations about the rule of law in the international level*.

<sup>15</sup> Así, y en atención a dicho compromiso, el 11 de mayo de 2006, los Gobiernos de México y Liechtenstein conjuntamente solicitaron a la Asamblea General de la ONU la inclusión del tema "El Estado de derecho en los planos nacional e internacional" en la agenda de la Sexta Comisión, propuesta que fue aceptada por este órgano. En consecuencia, la Asamblea General emitió su resolución A/Res/61/39, del 4 de diciembre de 2006, mediante la cual se estableció que este tema se debatiría en su 62o. período de sesiones. Arrocha, Olabuenaga Pablo, *op.cit.*

ha habido un poco de complejidad <sup>16</sup>es al momento de hacer efectivos los derechos, es decir, al momento de ejecutar o crear mecanismos que lo hagan del todo efectivo.

A través de la resolución de la corte Interamericana de Derechos Humanos: caso radilla, la Suprema Corte de Justicia de la Nación <sup>17</sup>, ha dictado una resolución, en donde reafirma la obligación que tiene el estado de salvaguardar los derechos humanos, a través del control de convencionalidad, obligando a los tres poderes de la Unión y a los tres niveles de gobierno, para establecer un vínculo directo con la protección de estos derechos contenidos en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por México, así como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que vinculan a México en casos específicos.

Pero, aún, sabemos que esto no es del todo satisfactorio para el caso de menores migrantes. Establecer un estado garantista, significa respeto a los derechos Universales de los niños y niñas que transitan en específico nuestro corredor migratorio.

Estos derechos, deberíamos entenderlos por su naturaleza y así establecer una fuerza obligatoria y vinculante para el estado.

Los derechos humanos, de los que gozan los menores, deben analizarse desde sus principios: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Dicho en palabras de la Dra. María del Carmen Carranco Avilez:

La finalidad política de los derechos consiste pues en servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado de Derecho. Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico el poder necesita los derechos para asegurarse la obediencia; se dice entonces que el derecho se convierte en criterios de legitimidad del poder político.<sup>18</sup>

La universalidad, de la garantía, promoción, respeto y protección, de este sistema jurídico normativo de derechos humanos para los niños y niñas del

---

<sup>16</sup>Idem.

<sup>17</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), [HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/](http://www.corteidh.or.cr/).

<sup>18</sup> Barranco, Avilés María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, editorial Dikinson, 2000, pág.75

mundo en esta situación, deberá convertirse en derechos fundamentales para todos los estados en todos sus niveles y ordenes de gobierno para legitimar su poder y liderazgo.

## **2. DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN RAZÓN DE MENORES MIGRANTES. OPINIÓN CONSULTIVA.**

Los derechos relativos a la protección de los seres humanos, forman en su conjunto un sistema normativo de protección universal, y pretende establecer una escudo frente a las violaciones cometidas en su contra, ya sea personas físicas o jurídicas normativas del orden público o privado.

Los cuales deben estar inmersos en los regímenes jurídicos de los Estados y hacerlos efectivos a través de los instrumentos o mecanismos internos para que se de la conceptualización de un verdadero estado de derecho, garantista de los derechos y libertades fundamentales del ser humano. Los cuales esbozaremos en las siguientes líneas.

Los Derechos Humanos Internacionales debe entenderse como:

Aquellos que todo ser humano posee y tiene derecho a disfrutar por el solo hecho de ser, un ser humano. Durante la conferencia mundial de los Derechos Humanos de 1993, los Estados reafirmaron mediante la declaración de Viena, que estos derechos nacen con la persona y es responsabilidad del Estado su Protección. Basándose en el principio de que toda persona posee una dignidad humana inherente y tiene igual derecho a disfrutarla, sin importar su sexo, raza, color, idioma, nacionalidad d origen o clase, ni sus creencias religiosas o políticas. En esta misma conferencia se estableció la protección de los derechos humanos de las mujeres como elemento esencial para el desarrollo de las féminas en la sociedad.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> UNESCO, Los Derechos Humanos para la paz y el desarrollo, resolución, 2009.

Son pues, los Derechos Humanos la herramienta que tiene todo sujeto para hacer valer sus derechos, promoviendo la justicia social y la dignidad humana. El Derecho a los Derechos Humanos es el conjunto de instrumentos e instituciones para hacer valer los derechos. El cual deberá estar fundamentado en los siguientes, instrumentos legales:

- Constitucionales. Contenidas en las leyes supremas de los estados y contemplan los Derechos humanos
- Tratados. Relativas a las convenciones o pactos sobre derechos humanos
- Consuetudinarias. Disposiciones de carácter internacional sobre los derechos humanos.
- Así como todo tipo de jurisprudencias y opiniones consultivas relativas a la protección de derechos humanos emitidas por tribunales internacionales y nacionales
- Principios fundamentales y trascendentes del Derecho

El artículo 1 de la Ley Fundamental de Alemania menciona que “la dignidad humana es intangible”, considerando en su política a los derechos humanos como pilar de su estructura legislativa.<sup>20</sup>

En general estos derechos deben ser entendidos como el conjunto de derechos y libertades que tiene el ser humano en tiempos determinados y que deberán ser reconocidos de forma universal, ya estén o no contenidas en los distintos instrumentos internacionales.

El Derecho internacional humanitario es el grupo de preceptos que tiene como prioridad la protección de los Derechos de la persona, los principales y fundamentales de su integridad.

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas destinadas a mitigar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y limita el empleo de medios y métodos de guerra. El derecho

internacional humanitario es también conocido como el derecho de la guerra o el derecho de los conflictos armados<sup>21</sup>

El derecho humanitario, tiene su inicio legal internacional en la convención de<sup>22</sup> Ginebra, los cuales entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

El Comité de la Cruz Roja lo ha definido como el conjunto de derechos que tiene la persona para evitar que sufra en tiempos de conflicto armado.

Los elementos de este Derecho son los siguientes:

- Es una rama del Derecho Internacional Público
- Conjunto de normas tanto de origen convencional (como los 4 convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977 y el derecho de la Haya) como consuetudinario
- Es aplicable en conflictos armados, sean internacionales o internos
- Sus objetivos son: limitar los métodos y medios de hacer la guerra; evitar el sufrimiento humano y proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en el conflicto armado
- Estas normas deben ser respetadas por el gobierno de los Estados y sus ejércitos; ejércitos: disidentes, beligerantes y por los rebeldes, insurgentes o cualquier otro grupo que se encuentre en conflicto armado<sup>23</sup>.

Se caracteriza el derecho humanitario por lo siguiente:

Humano: por referirse a todos los derechos que circunscriben la esfera jurídica de un sujeto, se encuentren estos escritos o no escritos.

Universal: son derechos que no están sólo contenidos dentro de las normas de un solo territorio, sino que aplica a cualquier ser humano en cualquier condición y tiempo.

<sup>21</sup> [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section\\_ihl\\_in\\_brief](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_in_brief)

<sup>22</sup> Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950. Fueron ratificados paulatinamente a lo largo de las décadas: 74 Estados ratificaron los Convenios en la década de 1950, 48 Estados lo hicieron en la de 1960, 20 Estados, en la de 1970, y otros 20, en la de 1980. Veintiséis Estados ratificaron los Convenios a comienzos de los años 1990, sobre todo después de la disolución de la Unión Soviética, Checoslovaquia y ex Yugoslavia.

Los **Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra**, en las dos décadas siguientes a la aprobación de los Convenios de Ginebra, el mundo presenció un aumento en el número de conflictos armados no internacionales y de guerras de liberación nacional. En respuesta a esta evolución, en 1977 se aprobaron dos Protocolos adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos instrumentos refuerzan la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los conflictos no internacionales (Protocolo II) y fijan límites a la forma en que se libran las guerras. El Protocolo II es el primer tratado internacional dedicado exclusivamente a las situaciones de conflicto armado no internacional. En 2005, se aprobó un tercer **Protocolo adicional**, que establece un emblema adicional, el cristal rojo, que tiene el mismo estatuto internacional que los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja. • **Protocolo adicional I**- conflictos internacionales • **Protocolo adicional II**- conflictos no-internacionales • **Protocolo adicional III**- emblema distintivo adicional, Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950. Fueron ratificados paulatinamente a lo largo de las décadas: 74 Estados ratificaron los Convenios en la década de 1950, 48 Estados lo hicieron en la de 1960, 20 Estados, en la de 1970, y otros 20, en la de 1980. Veintiséis Estados ratificaron los Convenios a comienzos de los años 1990, sobre todo después de la disolución de la Unión Soviética, Checoslovaquia y ex Yugoslavia.

Gracias a siete nuevas ratificaciones que se concretaron a partir del año 2000, el total de Estados Partes se elevó a 194, lo que significa que los Convenios de Ginebra ahora son aplicables universalmente. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/genevaconventions#a3>.

<sup>23</sup> Estrada, González, María de los Ángeles, *El derecho de Ginebra frente a los Conflictos Armados sin carácter Internacional*, México, UNAM, 2003, pág.,7.

Irrenunciable: el sujeto acreedor no podrá en ningún momento, ni por cualquier motivo separarse de los beneficios que el Derecho Humanitario otorga a todos los sujetos que se encuentren en situaciones que amerite la ejecución de alguno.

Inalienable: asimismo por ser personal, este no se puede transferir o intercambiar.

Imprescriptible: tienen un tiempo para hacerse valer, en el tiempo en el que se da el conflicto armado interno que violenta los Derechos del ser Humano y posterior a ello podemos hacer valer los Derechos relativos a violaciones graves, como son los crímenes de guerra.

Imperativo: está dentro de las normas porque su cumplimiento no debiera estar a discusión de ningún estado beligerante.<sup>24</sup>

Las normas de Derecho Internacional Humanitario, bajo el concepto de Derecho internacional Consuetudinario, se ha podido extender a los conflictos armados internos; por lo que la violación del mencionado derecho esta considerado como Crimen de Guerra. Produciendo al Estado la Responsabilidad y obligación de perseguir éste tipo de crímenes.

Para entender los derechos fundamentales, será necesario entender la teoría habermasiana de los mismos.

Los derechos fundamentales implica la existencia de un verdadero estado de Derecho, un estado garantista, como ya se explicó en renglones anteriores, por un lado son condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y por otra construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos<sup>25</sup> que se reconocen mutuamente libres e iguales, como miembros de comunidades jurídicas con un autonomía pública y privada.

Los derechos fundamentales son los que garantizan al sujeto que el estado les dará la protección de la dimensión de su propio concepto de sujetos, a través de ese reconocimiento de amplio espectro efectivo de sus normas y estructuras gubernamentales como medios y mecanismos necesarios existentes y propios de cualquier orden normativo.

---

<sup>24</sup> Ibidem, pág., 9.

<sup>25</sup> Durango, Álvarez, Gerardo, Redalyc Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica, "El concepto de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez" *Revista de Derecho*, núm. 33, enero-junio, 2010, pp.247-276 Universidad del Norte Colombia, <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=8511511101.1>

El estado mexicano, a través de la resolución del caso radilla, (la Suprema Corte de Justicia de Nuestra Nación) se ha establecido una premisa mayor para cumplimentar la parte de derecho fundamental, ha dicho que es obligatorio el control de convencionalidad para todos los niveles de gobierno y todos los poderes con el fin de que sean aplicables todas las normas de orden nacional e instrumentos internacionales que apliquen al sistema de protección de derechos humanos.

Por lo tanto todo orden de gobierno deberá hacer efectivo el sistema de derecho de los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones.<sup>26</sup>

Otra teoría importante en cuanto al concepto de los Derechos Fundamentales la tenemos en la teoría rawlsiana<sup>27</sup>, nos lleva a la idea de que existe una pluralidad de doctrinas relativas a la existencia universal del reconocimiento de derechos del ser humano.

Enfatiza, la idea de un liberalismo político, en donde la estabilidad de una sociedad democrática, radica en la exigencia que su concepción política pueda ser el centro del mismo y sirva de sostén a un régimen constitucional.

Buscando siempre la aprobación del gobernado, quien finalmente le deberá dar la legitimación de su acción y con quien deberá sostener diversos diálogos de consenso<sup>28</sup> para crear normas y pautas constitucionales y legítimas.

Los derechos fundamentales son todos los derechos consensados y establecidos por ordenes políticos dentro de un estado democrático de fundamentación, sería este el estado ideal de un Estado de Derecho, la aplicación de forma ordenada y normativa de la protección misma de los derechos del ser humano.

Por lo tanto, existe una complementariedad entre el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, con el sistema del Derecho internacional humanitario, el cual se encuentra compuesto por:

1. Norma convencionales
2. Normas consuetudinarias

<sup>26</sup> Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 238.

<sup>27</sup> Se dice que Rawls ha aportado la política liberal de los últimos cambios en las últimas décadas, citado por Drando, Alvarez, Gerardo, en la Revista de Derecho de la Universidad del Norte, 33: 247-276, Colombia, 2010.

<sup>28</sup> Elemento relacionado con el tema relativo en la cooperación social y los problemas morales. Da Silveira, P. Y Wayne, "Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología, Revista Internacional de Filosofía Política, 1995, p. 12.

### 3. *Ius cogens*<sup>29</sup>

Según la propia expresión de la Corte Internacional de Justicia, el conjunto de normas convencionales aplicables en tiempo de conflicto armado es:

"fundamental para el respeto de la persona humana y de consideraciones elementales de humanidad"<sup>30</sup>

Es por esta expresión que la **Corte considera que el Derecho Humanitario y el Derecho de los Derechos humanos tienen los mismos valores éticos fundamentales.**

El *Ius Cogens*, definido por primera vez en el art 53 del tratado de Viena de 1969, dice:

Es una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La corte ha considerado que el *ius cogens*, tienen una obligatoriedad *erga omnes*, en especial en Derechos Humanos fundamentales.

La el corredor migratorio al que hacemos referencia, no es el único preocupado por el tema de la migraciones, muchos de nuestros países de América del Sur, también ha tenido la necesidad de tocar estos temas como parte del desarrollo de la América y con el fin de ser congruentes en el trato relativo a menores migrantes, el 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron conjuntamente una solicitud de opinión consultiva a fin de que la Corte determine cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los Arts. 1.1., 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

<sup>29</sup>Este derecho está regulado por dos tipos de normas: el Derecho de la Haya, cuyas disposiciones se refieren a las limitaciones y prohibiciones y métodos específicos de guerra, y el derecho de Ginebra, que se refiere a la protección de las víctimas de conflictos armados, de los no combatientes y los que no participan en las hostilidades o dejan de hacerlo, asimismo la aprobación de los protocolos adicionales de 1977.

<sup>30</sup> Vallarta, Ramón, José Luis, Anuario de Derecho Internacional Biblioteca Jurídica Virtual UNAM 2010, "*la argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional*", *Juridical Argumentation Around International Ius Cogens*, <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/10/art/art1.htm>.

Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la tortura.

Eran varios los temas de interés para estandarizar las acciones de los estados de las Américas, los cuales se mencionan a continuación:

- 1. Procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial de los niños, niñas y adolescentes migrantes;*
- 2. Sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes;*
- 3. Estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base de principio de no detención de niñas y niños migrantes.*
- 4. Medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal.*
- 5. Obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios.*
- 6. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios.*
- 7. Principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes.*
- 8. Procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio.*
- 9. El derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres.*

Aún cuando hay temas que no se trataron, como la obligación del estado para crear un ambiente y desarrollo pleno del menor (salud, educación, vivienda, etc), si es importante destacar que es un ejercicio importante para generalizar y estandarizar el trato del menor en estaciones migratorias.

Los menores migrantes sin documentos que avale su entrada a un territorio, es verdaderamente una situación de inseguridad y menoscabo para su integridad, desarrollo y en general para su bienestar psico-social.

En este sentido, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se pronunció, bajo el siguiente dictamen, con el fin de establecer principios rectores de menores migrantes, en especial los que viajan sin compañía de alguno de sus progenitores, los conocidos como no acompañados:

- *Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños*
- *Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular*
- *Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación*
- *Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias*
- *Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias*
- *Principio de no devolución (non-refoulement)*
- *Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo*
- *Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios*<sup>31</sup>

Esta opinión consultiva emitida por la CIDH, ha permitido establecer un parámetro regional para el trato de menores migrantes no acompañados, enfocado principalmente a la posición que deben tomar los operadores jurídicos estatales en la zona.

Aún cuándo México, no fue de los países que pidió la opinión consultiva, si sabemos que participó a través de ONGS, preocupadas por el trato al menor migrante en el corredor migratorio de la zona.

Por lo tanto la opinión consultiva genero las siguientes razones por unanimidad, en cuanto al debido trato del menor migrante:

1. las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/u otros instrumentos internacionales.

---

<sup>31</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 El texto íntegro de la Opinión Consultiva puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>

2. Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los párrafos 34 a 41 y 51 a 71.
3. Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluar y determinar la misma; determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, así como su nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, medidas de protección especial, en los términos de los párrafos 72 a 107.
4. Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos, en los términos de los párrafos 108 a 115.
5. Las garantías de debido proceso: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a108 participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso, en los términos de los párrafos 116 a 143.

6. Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio...
7. Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios...
8. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares,
9. Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos,
10. En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta.

Me ha llamado la atención, este último punto, ya que hace referencia a la progresividad del Derecho Humano, como para hacer énfasis en que los estados, deberán estar pendientes en cuanto exista un derecho con carácter evolutivo en positivo a favor de estos menores migrantes.

Ha sido interesante, como la Corte, ha establecido parámetros que son un tanto específicos en algunos casos y en otros, un poco no tan claros, en donde el estado podrá hacer sus posiciones al respecto.

Creo, los Derechos Humanos como parte del fundamento legitimador de un estado democrático, por tanto si enfocamos las actuaciones de los operadores jurídicos bajo esta misma lupa, encontraremos el camino correcto para el uso del manual que se nos ha brindado a través de esta opinión consultiva de la Corte.

### **3. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE GARANTIZAR ESTOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS MENORES.**

La responsabilidad Internacional de Estado se concibe como el conjunto de relaciones jurídicas que nacen en Derecho Internacional Público del hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado.

La CDI en el proyecto de su codificación en el artículo 1º. Establece: “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la Responsabilidad internacional de éste”.

La resolución A/RES/56/83, en la octogésima quinta sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 12 de diciembre de 2001 se incluyó en la agenda el tema de “Responsabilidad del Estado por Hechos internacionalmente Ilícitos” (incluyéndolo dentro del programa provisional de su 59o. periodo de sesiones)<sup>32</sup>.

Cuando una conducta (acción omisión) es atribuible al Estado, se considera lesiva y su ilicitud no puede ser excluida por ninguna de las causas jurídicas previstas. Aun cuando esta responsabilidad provenga de actos que el propio estado considera como lícitas, pero que a la luz de los derechos humanos fundamentales del hombre se consideran como violatorios a éstos.<sup>33</sup>

Es por ello que debemos hacer referencia siempre al concepto de universalidad en relación a la legitimidad habermasiana del Estado.

Una de las definiciones relativas a la Responsabilidad Internacional la encontramos en la sentencia del 30/4/1990 del Tribunal de Arbitraje sobre el asunto Rainbow Warrior: “... en Derecho Internacional no se distingue entre Responsabilidad Contractual y responsabilidad por Acto ilícito. Toda violación por un Estado de sus obligaciones, cualquiera que sea la causa, compromete la responsabilidad de ese Estado y da origen, consecuentemente, a una obligación de reparación”.<sup>34</sup>

Otro concepto relativo a la Responsabilidad del Estado, es el de Pierre-Marie Dupuy, quien la considera como el “epicentro” de un sistema jurídico: “la naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de

---

<sup>32</sup>Avalos , Vázquez , Roxana de Jesús, “Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícito del Estado. ¿Más de 40 años de Labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?”, México 2006, 579-598.

<sup>33</sup>D’Estefano, Pisani, Miguel A., *Fundamentos de Derecho Internacional Contemporáneo*. Tomo I, MES, Ciudad de La Habana, 1985.

<sup>34</sup> Becerra Ramírez, *op. cit.*

las sanciones por la violación, todo converge y se entremezcla en ella en conexiones lógicas y relaciones de estrecha independencia”<sup>35</sup>

Para definir los elementos de la Responsabilidad Internacional, será necesario identificar la obligación de la cual surge la responsabilidad. En la mayoría de las definiciones de derecho personal u obligaciones se especifican tres elementos de estructura: “sujetos, objeto y relación jurídica”<sup>36</sup>, entonces la obligación es una necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor el resarcir el daño que le ha ocasionado, ya sea que este se encuentre o no en una norma de derecho interno, basta con que sea considerado como un menoscabo al sujeto acreedor.

Si la responsabilidad internacional es la obligación que tiene el estado de resarcir, restituir o restablecer cuando ha violado (objetiva) una norma internacional, asimismo cuando existan derechos fundamentales de los sujetos a los cuales debe proteger (gobernado) y no lo ha realizado, encontramos que el estado infringe desde dos perspectivas una objetiva y otra subjetiva.<sup>37</sup>

Luego entonces el objeto de la obligación internacional debe ser lícito y en armonía con el ordenamiento jurídico y las relaciones internacionales entre los estados y sus gobernados y las normas de derecho humano que las protege.

Entonces la responsabilidad surge por el incumplimiento de la obligación del Estado, cuando sabe lo que debe hacer y no lo hace podría ser una omisión ilícita, cuando con su conducta comete hechos que menoscaban los derechos personales de sus gobernados cometiendo hechos ilícitos, es entonces cuándo su conducta antijurídica, culpable y dañosa se presenta, pero no en todos los casos la conducta del estado deberá ser culpable o dañosa, para ser sujeto responsable en materia Internacional, ya que la culpa por ser un elemento subjetivo podría alegarse como excluyente de su responsabilidad y entonces estaríamos frente a una laguna en materia de Responsabilidad.<sup>38</sup>

La responsabilidad, resultante del tema de Derechos Humanos, indiscutiblemente tiene relación con la firma y ratificación del Convenios, tratados, Pactos, Convenios o Conferencias; ya que en ellas se establecen

---

<sup>35</sup>Pérez, Giralda, Aurelio, “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, sobre Responsabilidad de los Estados”, Revista electrónica de estudios Internacionales, 2002, <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF>.

<sup>36</sup> Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, Mexico, 2005, p.04

<sup>37</sup> Art. 18 y 22 proyecto Responsabilidad Internacional de los estados por hecho internacionalmente ilícito.

<sup>38</sup> Dellanegra, Pedraza, Luis, Revista Jurídica Electrónica de la UNAM “El principio de la Responsabilidad Internacional”, Buenos Aires, 2002.

compromisos, obligaciones y derechos, que los Estados parte se comprometen a respetar, cumplir, hacer cumplir y obedecer.

El Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos ha adquirido ciertos compromisos, que se le presentan como responsabilidad si no los cumple, como son:

- Esta comprometido a cuidar, garantizar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos a toda persona que está sujeta a su jurisdicción. Artículo 1 de la Convención.
- La responsabilidad del Estado recae cuando se producen graves violaciones a los derechos humanos. La Corte ha resuelto que en casos graves el Estado no puede alegar ni prescripción, ni amnistía, ambas son improcedentes, quiere decir que el Estado tiene que actuar para resolver a través de sus instituciones, instrumentos y mecanismos.<sup>39</sup>

En México el tema de violación de Derechos Humanos, es un tema interminable, aún cuándo nuestra Constitución contempla esta protección con rango superior, en la práctica es aún inoperante, en algunos temas como el de la protección a los menores migrantes<sup>40</sup>.

**Por lo anterior podemos decir que la responsabilidad del Estado es relativa no a la imputación directa del hecho, sino a la falta de “debida diligencia”, para actuar en este caso concreto, haciendo el uso debido de**

El sujeto titular de los derechos relativos a derechos humanos, le da el carácter substancial a la norma y lo determina como un sujeto del derecho internacional, esto con la premisa de que estas normas son de carácter Universal.

Para que el sujeto pueda sostener el ejercicio de sus derechos en el estado en el que se encuentra, deberán existir normas, instrumentos y mecanismos especializados los que él pueda acceder de forma fácil, clara y directa, es decir

---

<sup>39</sup> En cuanto a la prescripción, como ejemplo se tiene el caso sobre el proceso del general Pinochet en Argentina, se le atribuye la constitución “intelectual” del asesinato del General Prats y su esposa en la década de los 70, mueren a causa de una bomba cuando abordaban su automóvil en Buenos Aires. Pinochet alega que había pasado 30 años del hecho, pero la Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina, determinó, aplicando los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tratándose de un caso de grave violación a Derechos Humanos, no procede aplicar las normas de prescripción que se hubiere aplicado en un caso de otra naturaleza y que bajo este esquema en el proceso en contra del general Pinochet, por estos hechos debía continuar.

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia 29 de Julio de 1988. Según el art. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, los Estados tienen el Derecho de Garantizar el ejercicio de los Derechos Humanos a las personas bajo su territorio o jurisdicción y no sólo a los ciudadanos. Y en este caso la Corte hizo mención de esa obligación, a través de un caso de desaparición forzada de Honduras, en donde no se sabía quienes eran los autores, llamándole “debida diligencia” a el esfuerzo que debe hacer el Estado para cumplir con su obligación.

que los mecanismos jurisdiccionales puedan ser fácilmente abordados por quienes necesitan hacer uso de su sistema de protección, llamado esta acción como el *ejercicio efectivo*<sup>41</sup> de los derechos de los que deberá presuntamente estar beneficiado.

En el caso de México, por su parte ha desarrollado un sistema constitucional desde su historia.

Desde la constitución mexicana de 1857, el legislador había establecido derechos a los ciudadanos, para evitar que las autoridades sobrepasaran esos límites de la propia esfera jurídica del gobernado.

La constitución de 1917, que es la que actualmente continúa como normativa superior positiva, con más de 500 reformas, en un primer momento, le asigna el nombramiento de garantías individuales a este grupo de derechos que permite a los ciudadanos. Su amplio espectro es después de la reforma de 2011, en dónde se amplía el concepto a Derechos Humanos y se compone para la estructura de nuestro estado de la siguiente manera: Instrumentos y Mecanismos.

Los instrumentos legislativos están compuestos por los siguientes:

- a. Tratados, pactos, convenios y todos los instrumentos internacionales firmados y ratificados por México, en función específica de protección de los derechos humanos.
- b. Las resoluciones de las Cortes en que México sea parte y haya aceptado la jurisdicción contenciosa.
- c. La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- d. Las leyes secundarias relativas al mecanismo de aplicación de la norma relativa a la protección de los Derechos Humanos.
- e. Jurisprudencias y fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- f. La costumbre internacional como elemento sustantivo de ordenamiento entre estados.

Dentro de los mecanismos de defensa de derechos, libertades y prerrogativas, que la propia constitución ha establecido como mecanismos para el gobernado, se encuentran las siguientes:

---

<sup>41</sup>Ahora bien, desde este punto de vista, como sostiene Pierre-Marie Dupuy, el derecho internacional general no ofrece al individuo más que ciertas perspectivas, pero todavía no se encuentran posibilidades reales de conjunto. Desde esta perspectiva, disposiciones tales como el Artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y al Artículo 44 de la Convención Americana correspondiente, constituirán excepciones claras a la regla general de garantizar la eficacia de los derechos humanos por vía administrativa o política.<sup>6</sup>

- a. Juicio de Amparo, reglamentada en el artículo 103, fracción I y 107 constitucional)
- b. Controversia Constitucional, por sus efectos generales específicos (105, fracción I)
- c. Acción de Inconstitucionalidad, por sus efectos generales específicos (105, fracción II)
- d. Controversia y Acción, entes públicos, poderes y órganos han invocado, y los tribunales han dado curso, juicios en los que invocan violaciones a derechos humanos
- e. Ejercicio de la facultad investigadora de la suprema corte de justicia de la nación (art. 97 párrafo 2 constitucional)
- f. De las vías que consignan los tratados y convenciones internacionales
- g. De las vías que establecen las constituciones y las leyes de las entidades federativas<sup>42</sup>.
- h. La costumbre internacional como un mecanismo de solución de conflictos en violaciones.

Con todo lo anterior, aun así, regresamos a la teoría de los derechos fundamentales genéricos, que exige la existencia de un orden normativo superior, acatado por particulares y autoridades. En donde el Estado procura por sobre todas las cosas darle prioridad al sistema de protección de derechos humanos a través de la justicia, la moral y la ética.

Aun cuando nuestro supremo tribunal, se ha pronunciado al respecto a través de un protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a niñas, niños y adolescentes. Instrumento importante para la actuación de nuestros operadores del derecho en el plano de la aplicación de la justicia, pero aún no suficiente para establecer los mecanismos prácticos de acción para menores que transitan este corredor migratorio tan importante.

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 18 de Agosto de 2014, sobre “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, aborda la situación que enfrentan tanto las personas migrantes así como otras personas en el contexto de la movilidad humana en México y ha dicho que enfrentan:

---

<sup>42</sup> Arteaga, Nava, Eleasur, Garantías Individuales, Editorial Oxford, México 2009, página 8.

- homicidios, secuestros, desapariciones, actos de violencia sexual, trata de personas, tráfico de migrantes, discriminación y detención migratoria sin garantías procesales y protección judicial. En la actualidad, la situación de extrema vulnerabilidad de la que son víctimas las personas migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México representa una de las principales tragedias humanitarias en la región.<sup>43</sup>

Haciendo mención que la motivación de estos grupos de menores migrantes se da principalmente por:

- Los niños, niñas y adolescentes, la situación de extrema vulnerabilidad se agudiza ya que enfrentan una serie de riesgos asociados a su edad y nivel de desarrollo físico y mental. Ellas y ellos se ven motivados a migrar por factores como persecución, violencia, explotación, maltrato o abandono en su país de origen, en búsqueda de protección internacional. El informe da cuenta de que ellas y ellos son frecuentemente víctimas de abusos verbales y físicos durante su tránsito a través de México. A la Comisión le preocupa en particular que la respuesta por parte del Estado frente a la migración de niñas, niños y adolescentes no acompañados sea frecuentemente su criminalización a través de la imposición de medidas como la detención migratoria.

El tema de los menores migrantes no acompañados, en el corredor migratorio que hemos denominado Centroamérica-México-Estados Unidos, ha cobrado especial interés por los países, ya que en el primer semestre de este año 2014 la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos, detuvo a un poco más o menos de 50,000 menores no acompañados y sin documentos de tránsito.

Tuvo un incremento del 117% respecto al año anterior.

Por su parte la Secretaría de Gobernación de México registró, entre enero y mayo de 2014, que el Instituto Nacional de Migración, hizo una detención de 8,007 menores, entre 0 y 17 años de edad, de los cuales 4,230, viajaban sin ser acompañados por algún familiar.

<sup>43</sup> El mismo está basado en la información recibida por la Comisión Interamericana entre los años 2008 y 2013, a través de diversas audiencias públicas y una visita de trabajo realizada por la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México, en 2011. El informe se realizó en base a los insumos y la información recibida de parte de personas migrantes, autoridades estatales y organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil que trabajan con personas migrantes y sobre sus derechos, en México. Disponible en: <:///Users/maritz/Documents/carpeta%20sin%20t%C3%ADtulo/Nueva%20carpeta/CARPETAS.ESCRITORIO/proyectos.investigaci3n/grupos.vulnerables/MENORES/migrante.menores.doctos/CIDH%20publica%20informe.2014>.

Asimismo, de acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la gran mayoría de menores migrantes detenidos en Estados Unidos corresponden a:

- Honduras con 13,282.
- México con 11,577.
- Guatemala con 11,479.
- El Salvador con 9,850 u
- Otros 829<sup>44</sup>

Vemos que estas cifras son alarmantes porque, son menores que por su edad se encuentran en un estado grave de vulnerabilidad.

En razón de esta situación, y con la finalidad de encontrar una ayuda en conjunto, regional por parte de los países tanto de expulsión como de tránsito y destino, se realizó la XIX Conferencia regional sobre migración, en esta Declaración se abordan los temas relativos a la urgente necesidad de establecer políticas públicas regionales para abordar los temas de los menores, a lo cual dijeron lo siguiente:

- Reconocieron la urgencia de atender la crisis humanitaria de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, lo que representa un reto que requiere una respuesta regional en materia de prevención, protección, retorno y reintegración. Para priorizar acciones en esta temática, las y los Viceministros y Jefes de Delegación adoptaron la Declaración Extraordinaria de Managua

Y para lo cual se comprometieron a generar y adaptar vinculadamente a los estados parte los siguientes instrumentos:

1. *Adoptar la Declaración Extraordinaria de Managua.*
2. *Encomendar al Grupo Ad - Hoc en Materia de Niñez y Adolescencia Migrante que con base en la propuesta de Guatemala sobre Mecanismo Regional para Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes, e integrado por los Países Miembros interesados, se reúna en un plazo no mayor a 2 meses y elabore un plan de trabajo a partir de las recomendaciones del GRM.*
3. *Aprobar el presupuesto presentado por la ST para el año 2015.*

---

<sup>44</sup> Diplomado del CIDE, Tema 3: La Crisis Humanitaria de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Abramochiv, Víctor, "Crisis humanitaria en la frontera Sur preocupa al MERCOSUR", 2014. Disponible en: Voces Ciudadanas-Especial sobre crisis humanitaria. <http://www.iniciativaciudadana.org.mx/voces-ciudadanas/1775-voces-ciudadana-especial-sobre-la-crisis-humanitaria-html>.

4. *Adoptar el documento propuesto por Costa Rica denominado: “Principios orientadores para la elaboración de políticas migratorias sobre integración, retorno y reintegración de la Conferencia Regional sobre Migración”. Los Países Miembros, acuerdan utilizarlos según corresponda, conforme a su legislación y políticas nacionales.*
5. *Aprobar el Manual de Actuación en Materia de Trata de Personas para las Secretarías y Ministerios de Relaciones Exteriores de Centroamérica y México, con la inclusión de las observaciones presentadas por México.*
6. *Aprobar la realización de un “Taller Regional en materia de Protección Temporal y/o Visa Humanitaria en Situaciones de Desastres”, a celebrarse en San José, Costa Rica, tentativamente en el mes de septiembre de 2014. El taller será financiado por la Iniciativa Nansen -Iniciativa sobre desplazamiento transfronterizo de personas en contexto de desastres-.*
7. *Aprobar la realización de un Taller sobre Tramitadores Migratorios Inescrupulosos, copatrocinado por Guatemala y Canadá, a celebrarse en Ciudad de Guatemala, del 10 al 11 de diciembre de 2014.*
8. *Aprobar la realización del Seminario Regional “Fortaleciendo las Capacidades de las Autoridades de la Región para la Identificación y la Prevención de la Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral”, con el copatrocinio de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Coalición Regional contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, a celebrarse tentativamente en San José, Costa Rica, en fecha por definir.*
9. *Dejar sin efecto el proceso de selección de Coordinador de la ST realizado por el Comité de selección durante mayo - junio 2014 y aprobar la extensión, como medida extraordinaria, del contrato del Sr. Oliver Bush a julio de 2015.*
10. *Solicitar a la OIM la elaboración de una propuesta de procedimiento de selección y nombramiento del Coordinador de la ST, la cual será circulada antes de la próxima reunión del GRCM para discusión y aprobación de todos los Países Miembros de la CRM en dicha reunión.*
11. *Felicitar a la República Dominicana por los esfuerzos para implementar el Plan Nacional de Regularización de Extranjeros en Situación Irregular en la República*<sup>45</sup>

<sup>45</sup> La XIX Reunión Viceministerial de la Conferencia Regional sobre Migración en la que participaron las y los Viceministros y Jefes de Delegación de Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y la República Dominicana, se realizó en la Ciudad de Managua, Nicaragua, el 26 y 27 de junio del 2014. Disponible en:

Este instrumento, resulta de la preocupación efectiva por parte de los estados para establecer una política pública que priorice esos derechos fundamentales de los menores en el corredor migratorio y hacer efectivo en ellos el sistema universal de protección de los derechos del ser humano.<sup>46</sup> Para lograr que los sujetos tengan la seguridad de que el estado actuará anteponiendo a la norma escrita, la justicia, la moral y la ética.

## CONCLUSIONES

Primera: un estado de derecho, es un estado garantista de protección de derechos fundamentales, humanos de sus gobernados.

Segunda: la protección de derechos humanos es un **sistema universal** donde convergen instrumentos nacionales e internacionales; mecanismos nacionales e internacionales, que son la columna vertebral de la protección.

Tercera: Los menores migrantes no acompañados, deberán estar considerados como sujetos acreedores de estos derechos contenidos en el sistema Universal de los Derechos humanos, por tanto se debe siempre atender al Interés Superior del Menor en todos los casos indistintamente de su calidad migratoria.

Cuarto: el nuevo orden mundial está enfocado en un esquema donde el estado es un benefactor de estos derechos, debe procurar siempre su desarrollo psico-social del menor.

Quinto: es necesaria una política pública regional, en donde los actores políticos, en este caso los estados, se comuniquen para establecer regionalmente un esquema general de protección y cuidado de estos menores.

Sexto: Bobbio considera que el problema de fondo en el campo de los derechos humanos es el problema de la protección, por lo tanto el definir los temas relativos a derechos humanos deberá ser tarea de los teóricos y así hacerle llegar a los ejecutores la idea clara y completa, para evitar el pragmatismo ideal.

---

<sup>46</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Liber amicorum héctor fix-zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1998, Unión Europea, 341.245 C827-1, Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

Séptimo: Es necesario abrir foros en donde todos los actores de esta situación migratoria tengan el acceso, para ser escuchados y valorados en su justa medida, para de ahí partir y hacer las políticas regionales. Es decir no podemos trabajar solo con los datos que son inciertos, ni sólo con la parte teórica de los conceptos también será importante que quienes viven las situaciones sean escuchados. La toma de decisiones y la gestión pueden tener efectos en las generaciones actuales y futuras de nuestros niños, niñas y adolescentes.

## CUESTIONES DE GÉNERO EN LOS CASOS MEXICANOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Merly Martínez Hernández<sup>1</sup>

“Un espíritu recorre toda América,  
es el espíritu de los derechos humanos<sup>2</sup>”

Sumario: 1. Paradigma de la justicia por género; 1.1 Concepto; 2. Normas internacionales; 3. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), Hechos; 3.1 Sentencia; 3.2 Cumplimiento de sentencia; 4. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Hechos; 4.1 Sentencia; 5. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Hechos; 5.1 Sentencia; 6. Cumplimiento de sentencia Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México; 7. Cambios en legislación nacional 8. Reflexiones.

### 1. Paradigma de la justicia por género

En el artículo primero de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>3</sup> precisa que:

“...la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciada en derecho egresada de la Universidad Valle de México Campus Tuxtla; Maestría en derecho constitucional y amparo por la Universidad del Sur; Asociada del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal; Secretaría General del Colegio de Abogados Procesalistas de Chiapas e integrante del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

<sup>2</sup> Doctor Alfonso Jaime Martínez Lazcano, frase célebre.

<sup>3</sup> El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

<sup>4</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consultada 10/06/2014) [Chttp://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm).

Es importante destacar que dentro del mundo del ser, Kelsen denotó el aspecto real y material de la sociedad y es a través de la Sociología que se tratan de hacer parámetros que coadyuven a crear un sistema adecuado de justicia, que sea eficaz y allegarnos un poco al mundo del deber ser. La realidad es devastadora en cuestiones de género ya que a lo largo del desarrollo de la civilización el nacer mujer fue sinónimo de desventaja, de nada, de cosa, de esclava, de propiedad y cosas aún menos significantes, como antecedente esta la francesa Olympe de Gouges quien fue guillotizada en 1793 por rebelarse a su tiempo y sostener que las mujeres tenían derechos de ciudadanía.

El derecho es un invento del hombre para tratar de garantizar una vida digna a los más débiles y a los grupos vulnerables (mujeres, niños, niñas, pobres, campesinos, indígenas, etc), para comportarnos menos como animales y más como seres humanos, basándonos en valores como la justicia e igualdad, primordialmente. El derecho es la forma más civilizada de lograr justicia, hasta el día de hoy.

En materia penal se han tipificado agravantes por cuestiones de género, debido a la ineficacia de los modelos punitivos en dicha materia, ya que se han y se siguen suscitando diversas violaciones a los bienes jurídicos tutelados por el derecho debido a la condición de ser mujer y tener un papel dentro de la sociedad relegado ante nuestra biología.

“El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos y todas por igual, de hecho y de derecho es uno de los derechos por antonomasia que hacen a un régimen democrático. Cuando estos derechos son violados, se configura la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar así la igualdad ante la ley<sup>5</sup>”. Sin acceso a la justicia se pierde el sentido de la existencia del Estado, de las leyes, de los abogados, de este artículo.

---

<sup>5</sup> Almirón, Elodia, Cuestiones de género y el acceso a la justicia como derecho, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio R. Gioja, año V, volumen especial 12,

La igualdad es un derecho humano básico, tanto para mujeres y hombres, en el que se debe garantizar la protección y acceso a los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo que pienso es de suma importancia realicemos un análisis de las cuestiones de género que existen en las sentencias emitidas por la CORTE IDH (Corte Interamericana de derecho Humanos) en las que condenaron a México por violaciones de esta índole.

### **1.1 Concepto**

En la real academia de la lengua española: se define género como:

“(Del lat. *genus, gen ris*)...Conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes; *Gram.* En algunos adjetivos, determinantes y otras clases de palabras, rasgo gramatical de concordancia con los sustantivos de género femenino... o masculino...”.

“Es el proceso teórico-práctico que permite analizar de forma diferenciada los roles, los espacios y los atributos que la construcción social adjudica tanto a las mujeres como a los hombres; pero además visualizándolos dentro de un sistema de relaciones de poder”<sup>6</sup>.

Actualmente, en al año 2014, el panorama es alentador, ya que existen diversos instrumentos nacionales e internacionales que regulan, vigilan y salvaguardan los derechos humanos de la mujer.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para" define en su primer capítulo, artículo primero, que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por

---

Facultad derecho de Universidad de Buenos Aires., p. 3. (Consultada 12/06/2014)  
[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005\\_0035\\_p-d-der-humanos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0035_p-d-der-humanos.pdf).

<sup>6</sup> Diccionario de género, Honorable Cámara de diputados de la Providencia de Buenos Aires, 23 de noviembre del 2010, página 2, <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/weboaci/files/diccionario.pdf>.

violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Es menester concluir que género, es una forma más de clasificar y categorizar ideas bajo conceptos que el ser humano ha inventado, a través de la emisión sonidos ordenados que en conjunto forman palabras y arrojan una idea, que es clasificar la raza humana por características físicas similares.

## **2. Normas internacionales**

Dentro de nuestro sistema internacional de derechos humanos se encuentran creadas las siguientes convenciones en materia de género:

a) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem Do Pará, de fecha 06 de septiembre de 1994 y entrada en vigor el 03 de mayo de 1995, consta de 15 artículos contenidos en 5 capítulos relativos a la definición y ámbito de aplicación, a los derechos protegidos, a los deberes del Estado, a los mecanismo interamericanos de protección y a la disposiciones generales, dirigido a combatir la situación real de la mujer en lo referente a mal práctica de actos de discriminación, desigualdad y prejuicios de los que es objeto (instrumento internacional más importante en cuestiones de genero).

b) Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres, Aprobado en al XXIX Asamblea de Delegadas de la CIM, mediante CIM/RES.201(XXIX-O/00), 18 de Noviembre de 1998, en el que la Comisión tiene por finalidad promover y proteger los derechos de la mujer y apoyar a los Estados miembros en sus esfuerzos para asegurar el pleno acceso a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que permitan que mujeres y hombres participen en condiciones de igualdad en todos los ámbitos de la vida social, para lograr que disfruten plena e igualitariamente de los beneficios del desarrollo y compartan asimismo la responsabilidad por el futuro.

c) Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la

Mujer, adoptado en Bogotá, Colombia, de fecha 5 de febrero de 1948, en el que se establece que la mujer tiene derecho a la igualdad con el hombre en el orden civil.

d) Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, Suscrita en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 30 de marzo 30 y 2 de mayo en 1948, en el numeral uno dicta que las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo.

e) Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) es un Organismo Especializado del Sistema Interamericano de carácter técnico permanente, que se rige por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por el Estatuto de la Comisión, por este Reglamento y por el de la Asamblea de Delegadas. De aquí en adelante, el término "Asamblea" se refiere a la Asamblea de Delegadas de la CIM.

e) Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana en Montevideo, Uruguay, en diciembre 3 y 26 de 1933, creado deseosos de concertar un convenio acerca de la Nacionalidad de la Mujer.

Cabe destacar que todas estas ordenanzas son vinculantes y obligatorias para todos los jueces mexicanos en cualquier materia e instancia, esta facultad se denomina control difuso de convencionalidad<sup>7</sup>.

Al respecto, el Doctor Alfonso Jaime Martínez Lazcano explica claramente esta función:

---

<sup>7</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", 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.

“El control difuso de convencionalidad ha venido a convertir a todos los jueces de los Estados parte en órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y ha ampliado las fuentes de interpretación y aplicación del derecho, no sólo a las producidas en el ámbito nacional sino a las elaboradas por órganos internacionales, las cuales son invasivas e imperativas as los regímenes estatales.”<sup>8</sup>

### 3. Caso González y otras (“Campo Algodonero”)

#### 3.1 Hechos

Ciudad Juárez está ubicada en el norte del estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas, su población es de 3, 406, 465 habitantes<sup>9</sup>, en todo el estado. Se caracteriza por ser una ciudad industrial, en donde se ha desarrollado particularmente la industria maquiladora y de tránsito de migrantes, mexicanos y extranjeros.



El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y muerte de Claudia Ivette González, trabajadora en una empresa maquiladora, de 20 años de edad quien desapareció el 10 de octubre de 2001, de Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad, quien desapareció el lunes 29 de octubre de 2001 y Laura Berenice Ramos Monárrez, , estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001.

Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición, no obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.

<sup>8</sup> Derecho Procesal Constitucional, Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso, Pablo Villalba Berbníe, Javier Rojas Wiemann directores, editorial Hesaka SRL, 2014, página 368.

<sup>9</sup> Instituto nacional de estadística y geografía, México, <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

El 6 de noviembre de 2001, fueron encontrados en un campo algodonero (de ahí deriva el nombre) los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual, se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte y a pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

La impunidad y falta de profesionalismo por parte de los funcionarios públicos debe castigarse, porque es aberrante que las víctimas no sólo lo sean de los hechos delictivos, sino también son víctimas del personal de las instituciones públicas creadas para ayudar y sancionar a los autores de los hechos antijurídicos.

### **3.2 Sentencia**

La sentencia condenatoria al Estado mexicano es del 16 de noviembre de 2009<sup>10</sup> en él se estipulan los siguientes puntos resolutive más destacados:

a) El Estado mexicano incumplió con su deber de investigar y con ello su deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal<sup>11</sup>, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal.

b) El Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial<sup>12</sup> en perjuicio de: Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita

---

<sup>10</sup> Sentencia emitida por la Corte IDH, [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm).

<sup>11</sup> Consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará.

<sup>12</sup> Consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará.

Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, quienes son familiares de las víctimas y sufrieron durante el impulso de las investigaciones nacionales e internacionales, diversos acosos, amenazas, hostigamiento, golpes, atentados y maltratos por parte de las autoridades mexicanas, por lo se vieron obligados a pedir asilo político, a huir de su país, a esconderse, a vivir en la calle y a escondidas, ya que los amedrentaban con el objetivo de que cesaran en su búsqueda de justicia, por lo que son considerados parte afectada, cosa que no sucede en los procesos penales nacionales mexicanos.

c) El Estado violó los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

d) El Estado debe brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita, de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a los familiares<sup>13</sup> sobrevivientes de las víctimas, si éstos así lo desean.

e) El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pagar:

1. A la señora Monreal US\$ 550,00, a la señora González US\$ 250,00 y a la señora Monárrez US\$ 750,00, por gastos funerarios.

---

<sup>13</sup> Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

2. A la señora Monreal US \$150,00, a la señora González US \$600,00 y a la señora Monárrez \$1.050,00, por concepto de gastos de búsqueda.

3. Por lucro cesante<sup>14</sup>, US \$145.500,00 por Esmeralda Herrera Monreal, US \$134.000,00 por Claudia Ivette González y US \$140.500,00 por Laura Berenice Ramos Monárrez.

4. Por daño moral<sup>15</sup> US\$40.000,00 a Esmeralda Herrera Monreal; US\$15.000,00 a Irma Monreal Jaime; US\$11.000,00 a Benigno Herrera Monreal; US\$12.000,00 a Adrián Herrera Monreal; US\$11.000,00 a Juan Antonio Herrera Monreal; US\$11.000,00 a Cecilia Herrera Monreal; S\$11.000,00 a Zulema Montijo Monreal; US\$11.000,00 a Erick Montijo Monreal; US\$11.000,00 a Juana Ballín Castro; US\$38.000,00 a Claudia Ivette González; US\$15.000,00 a Irma Josefina González Rodríguez; US\$11.000,00 a Mayela Banda González; US\$11.000,00 a Gema Iris González; US\$11.000,00 a Karla Arizbeth Hernández Banda; US\$11.000,00 a Jacqueline Hernández; S\$11.000,00 a Carlos Hernández Llamas; US\$40.000,00 a Laura Berenice Ramos Monárrez; S\$18.000,00 a Benita Monárrez Salgado; US\$12.000,00 a Claudia Ivonne Ramos Monárrez; S\$12.000,00 a Daniel Ramos Monárrez; US\$12.000,00 a Ramón Antonio Aragón Monárrez; S\$12.000,00 a Claudia Dayana Bermúdez Ramos; US\$12.000,00 a Itzel Arely Bermúdez Ramos; S\$12.000,00 a Paola Alexandra Bermúdez Ramos; US\$12.000,00 a Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

d) El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la

---

<sup>14</sup> Es la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor como consecuencia del hecho del que se es responsable. El concepto de lucro cesante se refiere a una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, ilícito perjuicio ocasionado o imputado a un tercero, <http://www.lucrocesante.com/>.

<sup>15</sup> Carbonnier lo define como “daño moral es lo que no produce detrimento patrimonial alguno”, Ortiz Ricol lo define como “...daño inferido en derechos de la estricta personalidad en valores que pertenecen más al campo de la afección que da realidad material económica...es la lesión ocasionada a los bienes no económicos a una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por lo daños materiales, El daño moral, Autora Alicia Elena Pérez y Noroña, pág 627, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/53/art/art4.pdf>.

Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, crear o actualizar una base de datos que contenga:

1. La información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional;
2. La información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan, o que así lo ordene un juez, para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y
3. La información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua.

La Corte IDH estableció al respecto:

*293. La Corte (IDH) considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal (supra párrs. 287 a 291) tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial [306]. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género<sup>16</sup>.*

### **3.3 Cumplimiento de sentencia**

---

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 293.

En este caso concreto vamos enumerar las acciones que ha realizado el gobierno mexicano para cumplir con la sentencia emitida por la Corte Interamericana, es importante manifestar que el Derecho internacional de los derechos humanos, dependen de la buena fe de los Estados o de su sensibilidad ante las críticas internas o externas hacia sus prácticas de protección de derechos humanos denominado principio *pacta sunt servanda*<sup>17</sup>.

a) En julio del 2012 entró en vigencia oficial el denominado “Protocolo Alba”. Fue instaurado primero en Chihuahua, después se anunció su aplicación en el país por órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este Protocolo consiste en alertar a todas las corporaciones policiacas y a las autoridades para que actúen coordinadamente ante el aviso de la posible desaparición de mujeres extraviadas. Consta de tres fases:

Fase 1: La presentación de la denuncia y la toma de muestras de ADN para un banco de datos,

Fase 2: Alertamiento de autoridades y organizaciones,

Fase 3: Es la presunción de un delito si la persona no aparece en un máximo de 24 horas.

Resultados:

---

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, Párrafo 167 Surinam | 2005 167. Como el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones [92], ninguna ley o disposición interna - incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción - podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva. Este entendimiento de la Corte es conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional. Posee especial preeminencia entre dichos principios el de *pacta sunt servando*, el cual requiere que se asegure un efecto útil de las disposiciones de un tratado en el plano del derecho interno de un Estado Parte[93].

[92] Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 59, párr. 151; *Caso Bulacio*, *supra* nota 79, párrs. 117 y 142; y *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164.

[93] Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 59, párr. 152; y *Caso Bulacio*, *supra* nota 79, párr. 118.

De acuerdo con datos de la Conavim<sup>18</sup>, de 2008 a 2011 el protocolo se activó en 24 ocasiones: tres en 2008, cinco en 2009, siete en 2010 y nueve en el 2011 (en promedio el protocolo se activa cinco veces al año, aunque en 2010 se reportaron 110 mujeres desaparecidas). En total se ha localizado a nueve personas con vida y una muerta en estos cuatro años.

Información presentada por la Conavim revela que cuando una niña o mujer desaparece, en un lapso de una hora esta institución investiga en 75 albergues y hospitales, además envía el reporte del caso a 40 organizaciones de la sociedad civil que pueden colaborar en su difusión.

Sin embargo, Alma Gómez, feminista e integrante de Cedehm, afirma que este protocolo es discriminatorio porque sólo se activa en casos de alto riesgo, es decir, cuando la víctima tenía una rutina estable, si se extravió en el centro de la ciudad y si no tuvo motivo para abandonar el hogar, asegura que no se toma en cuenta a las organizaciones y que en realidad estas actividades de búsqueda no se realizan, no participan los medios de comunicación y las autoridades no están coordinadas, lo que resulta en un mecanismo burocrático nada rápido para localizar a personas desaparecidas.

b) El siete de noviembre del 2011, el entonces subsecretario de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Felipe de Jesús Zamora reconoció omisiones en al menos ocho casos de feminicidios y pidió disculpas a los familiares de las víctimas, como ordenaba la sentencia de la Corte IDH.

c) Se construyó un monumento en memoria de las mujeres que han muerto por razones de género en Ciudad Juárez, que se inauguró el mismo día que se ofrecieron las disculpas públicas, el cual tuvo un costo de ¡16 millones de pesos! (1.19 millones de dólares).

---

<sup>18</sup> Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres <http://apiavirtual.net/2011/11/27/chihuahua-una-burla-el-protocolo-alba/>.



d) El 10 de junio del 2010 la Cámara de Diputados convoca a reuniones de trabajo sobre el Cumplimiento de la Sentencia de Campo Algodonero 21, 22 y 23 de junio y 7 de julio del mismo año.

e) El 28 de mayo del 2010 anuncian gobernadores creación de página Web con información de desaparecidas en Chihuahua, y el 16 de junio del 2010, último reporte informa que continua inexistente página web de mujeres y niñas desaparecidas en Chihuahua.

f) El poder Ejecutivo federal se dignó a publicar hasta 2010 la sentencia en el Diario Oficial de la Federación, en diarios de amplia circulación y páginas oficiales en línea. Mientras que el gobierno de Chihuahua lo hizo dos años después, en julio de 2012.

g) Hasta el 15 de julio del 2014, no se han encontrado probable responsables por la comisión de los delitos cometidos en agravio de las niñas y mujeres Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

#### **4. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México**

##### **4.1 Hechos**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Rosendo Cantú, así como la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, los que se producen en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero, dirigida a reprimir actividades ilegales como la delincuencia



organizada. En el estado de Guerrero un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes conservan sus tradiciones e identidad cultural y residen en los municipios de gran marginación y pobreza, Valentina señora Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Mé'phaa, en el Estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía 17 años, estaba casada con el señor Fidel Bernardino Sierra, y tenía una hija.

El 16 de febrero de 2002, Valentina Rosendo Cantú se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre “los encapuchados”, le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les indicó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Luego uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida. Finalmente le rasguñaron la cara, le quitaron la falda y la ropa interior y la tiraron al suelo, y uno de ellos la penetró sexualmente, al término de lo cual el otro que también la interrogaba procedió a hacer lo mismo. Tanto Valentina Rosendo Cantú como su esposo presentaron una serie de recursos a fin de denunciar los hechos y solicitar que se realicen las investigaciones necesarias para identificar y sancionar a los responsables. La investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual decidió archivar el caso.

## 4.2 Sentencia

La sentencia del 31 de agosto de 2010<sup>19</sup> condena a México como responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 11.1 y 11.2 de la

---

<sup>19</sup> Sentencia emitida por la Corte IDH, [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 de la misma y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú entre otras violaciones.

Los puntos resolutivos más destacados son:

- a) El Estado deberá, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultaron la recepción de la denuncia presentada por la señora Rosendo Cantú, así como del médico que no dio el aviso legal correspondiente a las autoridades.
- b) El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- c) El Estado deberá adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.
- d) El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso.
- e) El Estado deberá otorgar becas de estudios en instituciones públicas mexicanas en beneficio de la señora Rosendo Cantú y de su hija, Yenys Bernardino Rosendo.
- f) Estado deberá pagar los siguientes conceptos:
  - 1. US\$ 5.500,00 por concepto de pérdida de ingresos de la señora Rosendo Cantú;
  - 2. US\$ 10.000,00 a favor de Yenys Bernardino Rosendo por los sufrimientos padecidos como consecuencia de los hechos del caso; y

3. US\$ 14.000,00 / US\$ 10.000,00 / US\$ 1.000,00 a favor de CEJIL, de Tlachinollan y de la señora Rosendo Cantú, respectivamente, por concepto de costas y gastos.

## 5. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México

### 5.1 Hechos

El 1 de octubre de 2010, la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notificó al Estado mexicano la sentencia en el caso "Caso Fernández Ortega y otros vs México".



En la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero, la señora Inés Fernández Ortega, ante la presencia de sus hijos, en los momentos iniciales del hecho, estuvo sometida a un acto de violencia sexual y control físico de un militar que la penetró sexualmente de manera intencional.

La coerción que el agente estatal ejerció sobre ella se reforzó con la participación de otros dos militares también armados.

Agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima, habiendo, incluso, otro grupo de militares que esperaron fuera de la casa.

### 5.2 Sentencia

La sentencia de 30 de agosto del 2009<sup>20</sup>, condenó a México a los siguientes puntos resolutivos:

- a) Admitir el retiro de la excepción preliminar interpuesta por el Estado.
- b) Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.
- c) El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada.

<sup>20</sup> Sentencia emitida por la Corte IDH, [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoFernandezOrtegaOtrosVsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoFernandezOrtegaOtrosVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm).

- d) El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal.
- e) El Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y determinar responsabilidades penales.
- f) El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso
- g) El Estado deberá realizar las publicaciones dispuestas.
- h) El Estado debe brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas.
- i) El Estado deberá continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero.
- j) El Estado pagará las siguientes cantidades:
  1. US\$5,500 (\$75,013.95 MXN) por concepto de pérdida de ingresos de la señora Fernández Ortega y del señor Prisciliano Sierra.
  2. US\$50,000 (\$681,890 MXN) a favor de la señora Fernández Ortega, como compensación por concepto de daño inmaterial sufrido.
  3. US\$ 5.000 ( \$68,202 MXN) por concepto de compensación para da una de las hijas mayores.
  4. US\$ 5.000 ( \$68,202 MXN) por concepto de compensación a cada una de las siguientes personas: Colosio, Nélida y Neftalí, todos de apellido Prisciliano Fernández.
  5. US\$2,500 (\$34,101 MXN) de compensación a favor de Prisciliano Sierra.

Al respecto la Corte IDH dispuso:

*119. La Corte (IDH), siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno<sup>107</sup>. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima<sup>21</sup>.*

## **6. Cumplimiento de sentencia Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México**

Los puntos resolutivos que se han cumplido son:

- a) El 15 de marzo de 2011 a las 10:30 horas en las instalaciones de la Secretaría de Gobernación se realizó la instalación de las mesas para el cumplimiento de las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los "Casos Fernández Ortega vs México" y "Rosendo Cantú vs México".
- b) Los militares acusados de los abusos contra las indígenas, en 2002 en Guerrero, siguen en libertad por la supuesta falta de pruebas.
- c) Actualmente México cuenta con 32 entidades federativas con leyes en materia de acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 27 entidades cuentan con reglamentos de la ley, y se instalaron 32 Sistemas o Consejos Estatales para Prevenir, Eliminar, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres
- d) Actualmente 9 entidades federativas tipifican el delito de feminicidio en sus códigos penales: Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Estado de México, Morelos, San Luis Potosí, Tamaulipas y Veracruz. Cabe señalar que en el Estado de Chihuahua, desde el 2006, se contempla en el artículo 126 bis, una agravante al homicidio, cuando la víctima es del sexo femenino.

---

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, Párrafo 119.

e) El pasado 13 de diciembre de 2011, el pleno de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados, aprobó por unanimidad la reforma al Código Penal Federal, en la que se destaca la tipificación del Femicidio como un delito grave, con sanciones de 40 a 60 años de prisión.

f) En el delito de violación, 32 entidades federativas lo tipifican en sus respectivos códigos penales, sólo 25 contemplan agravante, si entre los perpetradores se encuentra un agente del Estado, como: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guerrero, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

g) El cumplimiento más importante es la reforma al artículo 57 de Código de Justicia Militar publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del 2014, el cual subsana de manera trascendental el hoyo negro que permitía a los militares escaparse del yugo de la justicia y escudarse en los juzgados militares que solapaban conductas antijurídicas contra los y las ciudadanas (os) mexicanos, el cual establece actualmente:

I. Los especificados en el libro segundo de este código, con las excepciones previstas en el artículo 337 bis: Las conductas descritas en los capítulos III y IV de este título solo serán consideradas como delitos contra la disciplina militar cuando se cometan en campaña. Fuera de este supuesto, las conductas que resulten en delitos del orden común o federal serán juzgados por tribunales federales ordinarios.

## **7. Cambios en legislación nacional**

a). Creación de la ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia del distrito federal, publicación: 29 de enero de 2008 y entra en vigor al día siguiente de la publicación.

b). La creación de criterios jurídicos vinculantes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país:

1. ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el análisis de constitucionalidad para determinar si un trato diferenciado es discriminatorio, exige no sólo que la medida utilizada por la autoridad tienda a la consecución del fin planteado, sino que frente al establecimiento de distinciones, se actualicen razones que las justifiquen; dicho análisis excluye toda actuación del poder público que carezca de motivación y que no tenga en consideración a los individuos afectados por su ejercicio, por lo que un acto del Estado será inadmisibles cuando no tienda a realizar algún objetivo jurídicamente relevante. Así, el ejercicio del análisis de constitucionalidad consta de tres pasos a seguir: 1. Determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida, en razón de que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar relación con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad; 2. Examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y, 3. Valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad, la cual propiamente sopesa la relación de medios afines, con el objetivo de determinar si en aras de un fin constitucionalmente válido no se afectan innecesaria o excesivamente otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho. Ahora bien, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, responde a una finalidad constitucional de "prevención social", que encuentra su razón subyacente en el respeto al derecho humano de la mujer para vivir sin violencia física, sexual o psicológica en la sociedad, pues la violencia contra este género impide y anula el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Además, porque al ser el Distrito Federal una entidad que estadísticamente evidencia mayor violencia contra la mujer, resultaba indispensable que en dicha entidad se generaran condiciones preventivas y, de presentarse la violencia, existieran los mecanismos óptimos de protección física

durante un proceso judicial; de ahí que el ordenamiento citado constituya una medida objetiva y racional que permite que las acciones legales que emprendan por agresiones estén garantizadas de equidad. Además, el hecho de que la ley referida no considere a los hombres, se sustenta en criterios objetivos, como la estadística realizada en el Distrito Federal que pone en evidencia la alta cifra de violencia en contra de las mujeres que habitan en esta entidad; esto es, aun cuando la ley citada sólo esté dirigida a un género, la distinción no es ofensiva, pues tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, por ende, cumple con el requisito de proporcionalidad, pues genera la misma situación jurídica para todas las mujeres que se ubiquen en dicha hipótesis. Por tanto, la citada Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida. Época: Décima Época, Registro: 2005796, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LXXXVI/2014 (10a.), Página: 526.

2. PRUEBA PERICIAL EN PSIQUIATRÍA FORENSE. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE ORDENAR OFICIOSAMENTE SU DESAHOGO CUANDO ADVIERTA QUE LA MUJER ACUSADA DE HOMICIDIO SUFRIÓ VIOLENCIA DE GÉNERO POR LA VÍCTIMA, A EFECTO DE CONOCER EL ESTADO MENTAL DE AQUÉLLA AL MOMENTO DE LOS HECHOS, VIOLA DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). En términos de los artículos 1o., 4o., 14, 16 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), se advierte que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y constituye una violación de derechos humanos y a las libertades fundamentales, que limita total o parcialmente su goce o ejercicio, esto es, la violencia contra la mujer incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad; por lo que el Estado también es responsable de los actos de violencia

contra las mujeres perpetrados por particulares en tanto no adopte medidas con la diligencia debida para impedir la violación de derechos o para investigar y castigar actos de violencia e indemnizar a las víctimas. En ese sentido, cuando el Juez advierta que la mujer acusada de homicidio, sufrió violencia de género por parte de la víctima, debido a una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o a una relación de hecho; deberá ordenar de oficio el desahogo de la prueba pericial en materia de psiquiatría forense, para conocer, con certeza, su verdadero estado mental al momento de los hechos, pues sólo en esas condiciones estará en aptitud legal de resolver sobre la procedencia o no de alguna causa de exclusión del delito a que alude el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal; de ahí que la omisión de su desahogo viole derechos humanos. Época: Décima Época, Registro: 2005296, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.9o.P.44 P (10a.), Página: 3189

3. DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA MILITAR A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. PARA SU ACREDITACIÓN BASTA QUE EL SUJETO QUE LOS REALICE TENGA LA CALIDAD DE MILITAR EN ACTIVO. Del análisis del artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece los delitos contra la disciplina militar, se deduce un origen diferenciado de ese tipo de conductas delictivas: 1) cuando se actualizan las hipótesis contenidas en el libro segundo del referido Código, y 2) los delitos del fuero común o federal cometidos por militares cuando se actualicen los supuestos previstos en los diversos incisos de su fracción II. Ahora bien, para acreditar los delitos contra la disciplina militar a que se refiere la fracción I del citado artículo 57 -los especificados en el libro segundo del ordenamiento señalado-, sólo se requiere que el agente del delito tenga la calidad de militar en activo, es decir, que pertenezca a la institución armada, con independencia de que en el momento de la comisión delictiva esté fuera de servicio o del horario normal de labores, o franco. Esta previsión tiene como finalidad conservar la disciplina militar, requisito indispensable para el debido funcionamiento del Ejército, lo que necesariamente

justifica la tipificación de conductas específicas a las que se atribuyen sanciones ejemplares. De lo contrario podría concluirse que aunque ciertas conductas se prevean en el Código de Justicia Militar no se sancionarían, o se llegaría al absurdo de no poder acreditar los delitos considerados como graves -a los que incluso se castiga con pena de muerte, como traición a la patria, espionaje o rebelión- por el hecho de que en ellos no se hace especificación alguna en el sentido de que pueden cometerse estando o no en servicio. Época: Novena Época, Registro: 175969, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 148/2005, Página: 247.

4. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. EL PLAZO PARA QUE OPERE SU PRESCRIPCIÓN INICIA HASTA QUE APARECE LA VÍCTIMA O SE ESTABLECE SU DESTINO. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 102, fracción IV y 7o. del Código Penal Federal, tratándose de delitos permanentes o continuos, que son aquellos que se caracterizan por su consumación duradera, el plazo para la prescripción inicia a partir de que cesa su consumación. En tal orden de ideas, si el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (que coincide con el previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal) tiene esa naturaleza, en tanto que se consuma momento a momento durante todo el tiempo en que la víctima se encuentra desaparecida, ha de concluirse que el plazo para que opere su prescripción de acuerdo con lo establecido en los numerales primeramente citados, empieza a correr hasta que la conducta ilícita deja de consumarse, esto es, cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino. Época: Novena Época, Registro: 180653, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004, Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: P./J. 87/2004, Página: 1121.

5. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA. El referido delito que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (coincidente con lo previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal), de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continua, ya que si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino. Época: Novena Época, Registro: 181147, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Julio de 2004, Materia(s): Penal, Tesis: P./J. 48/2004, Página: 968.

Criterio de la Corte IDH:

[ en caso de *violencia contra la mujer*, Deber de iniciar ex officio una investigación imparcial con, perspectiva de género en caso de *violencia contra la mujer*, Deber de iniciar ex officio una investigación, efectiva con perspectiva de género en caso de *violencia contra la mujer*, Deber de iniciar sin dilación una]<sup>22</sup>

## 8. Reflexiones.

En la constante búsqueda por la verdad y la justicia, los procesalistas e investigadores en materia jurídica no debemos olvidar que nada tiene sentido si no actuamos con apego a la normas, sin embargo, parte de nuestro papel es combatir las normas cuando estas atenten con los valores principales del derecho, igualdad y justicia, por lo que la tarea se ha vuelto más compleja pero necesaria.

Hay que establecer parámetros que no sean barreras, en mi experiencia la división de género es una barrera cultural que se materializa en nuestra vida diaria,

---

<sup>22</sup> Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer, Artículo 7. Párrafo 3.

primeramente en el núcleo familiar y en el establecimiento regímenes y leyes que han beneficiado el progreso económico y social a los hombres, ya que son los que han tenido el papel protagónico en el desarrollo de nuestra civilización, sin embargo con la participación activa de las mujeres que cada día nos integramos más al grupo de población obrera y productiva, se crean leyes para defendernos de los pensamientos arcaicos, erróneos e injustos de tener un derecho menor por cuestiones biológicas.

La tarea del Estado es abstenerse de obstaculizar el goce y el ejercicio de acceder a la justicia, adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo por parte de las mujeres, a través de acciones como la creación de una defensoría pública para mujeres víctimas de violencia y discriminación, difusión por los medios de comunicación de una cultura sin división de género, fomentar el desarrollo profesional de las mujeres, crear albergues provisorios para mujeres víctimas de violencia, sensibilizar y especializar a los y las agentes de policía que reciben las denuncias por violencia contra la mujer, ya que en la realidad, quien es víctima de violencia es víctima de la actitud desinteresada y enfadada de los ministerios públicos de México, los cuales ya están totalmente insensibles ante el alto marco de violencia familiar que se vive, como si fuera normal que la cónyuge sea golpeada, las hijas sean vendidas, las mujeres discriminadas, las empleadas acosadas, las niñas explotadas, pero que esta realidad cambie, es tarea de todos, tarea que inicie al escribir este artículo y pretendo convencer que el paradigma de genero se está transformando.

**ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO COLETIVO “TRANSNACIONAL”: Um breve olhar sobre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos<sup>1</sup>**Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>2</sup>*“Ninguém ousa dar adeus a um hábito”. Le cousin Pons. Honoré de Balzac.***Introdução**

O que se pretende neste trabalho é entender a problemática da tutela processual adequada para tratar de garantir o respeito aos direitos coletivos, seja em nível nacional, regional, supranacional e internacional. A base será refletir sobre o acesso à justiça e sobre a possibilidade de elevá-lo à condição de fundamento processual do cosmopolitismo. No limite, o pano de fundo, desde os estudos de Mauro Cappelletti na década de 70 do Século passado, é reconhecer no trabalho dos sistemas de justiça (a), na judicialização do direito internacional dos direitos humanos (b) e no acesso à justiça (c), expressões importantes da internacionalização do direito. Aqui emerge o acesso à justiça como o fundamento processual do cosmopolitismo. Mas essa emergência é pensada com relação à possibilidade de ser criado o modelo de processo coletivo transnacional, com vistas à a efetivação de direitos humanos “comuns”, natureza essa derivada de sua inserção em um bloco de convencionalidade e constitucionalidade. A ousadia é sugerir uma mudança de paradigma, ou seja, do tradicional modelo de processo individualista para um novo modelo, em que o processo coletivo deixe de ser o primo Pons de Balzac e mais, possa além de coletivo, ser transnacional.

O artigo está dividido em quatro partes principais. Na primeira será tratado do acesso à justiça no contexto da globalização. Na segunda a atenção repousa sobre a existência ou não de um processo coletivo de natureza transnacional. A reflexão sobre as experiências nacionais de processos coletivos é pressuposto para pensar-se nas condições de possibilidade de um modelo de processo coletivo transnacional. Disso trata a terceira parte. Finalmente, na quarta parte demonstra-se inexistir, na atualidade, um

---

<sup>1</sup> Esse artigo é parte, modificada em muitas passagens, de um artigo mais amplo intitulado “Construção e efetivação de “bens públicos mundiais”: há um processo coletivo “transnacional”? que será publicado no Brasil, como capítulo de livro organizado pelo Prof. Hermes Zanetti. Ele faz parte do conjunto de pesquisas que a autora realiza junto ao IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, em Paris, onde é gentilmente acolhida por Antoine Garapon. Essa pesquisa é realizada sob os auspícios de bolsa de estudos concedida pela CAPES no Processo BEX 2417-14-6.

<sup>2</sup> Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenadora do CCULTIS-Centro de culturas jurídicas comparadas, internacionalização do direito e sistemas de justiça. Advogada.

verdadeiro modelo de processo coletivo transnacional, mas que há condições de possibilidade para que isso ocorra.

### Parte 1. Os sistemas de justiça no cenário da globalização: O acesso à justiça elevado a fundamento processual do cosmopolitismo<sup>34</sup>

No que diz respeito ao trabalho dos sistemas de justiça<sup>5</sup> (a), percebe-se que ao longo do Século XX passaram a ocupar lugar central dentre o conjunto de atores públicos responsáveis por dar respostas às demandas da sociedade. Tal protagonismo, como se sabe deu vazão ao surgimento do fenômeno do ativismo judiciário que, malgrado a inoperância dos demais poderes do Estado, passou a representar toda a sorte de discricionariedades e subjetivismos<sup>6</sup>. O inevitável fracasso dessa experiência fez-se sentir nas últimas décadas do referido Século quando da consolidação das democracias contemporâneas, quando então o Poder Judiciário deixou de ocupar aquele lugar central para cedê-lo ao processo enquanto “constitutivo” da jurisdição e enquanto *locus* onde são garantidos direitos de participação para a construção legítima da decisão. Esperar que a solução para os males da sociedade esteja na “bondade dos juízes”, como refere Marcelo Cattoni de Oliveira<sup>7</sup> é, no mínimo, ingênuo, uma vez não ser ele o único ator da cena judiciária.

Se o fulcro deste ensaio é pensar sobre o papel que o processo e os sistemas de Justiça desempenham para consolidar direitos comuns convencionais e constitucionais, vale considerar, de igual modo, o lugar que aqui ocupam os direitos humanos e perguntar se eles podem funcionar como elos para a construção de uma aproximação entre diferentes ordens jurídicas em busca da consolidação daqueles direitos.

<sup>3</sup> Essa ideia foi lançada por FRYDMAN, Benoit. *L'hospitalité judiciaire*. Disponível em: [http://www.philodroit.be/spip.php?page=auteur\\_publ&id\\_auteur=12&lang=en](http://www.philodroit.be/spip.php?page=auteur_publ&id_auteur=12&lang=en). Acesso em 24 de junho de 2013, p. 19.

<sup>4</sup> Estas reflexões são parte de um texto de amplitude maior. Veja-se: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e acesso (universal?) à justiça. A possível construção de um fundamento processual para o cosmopolitismo*. No prelo.

<sup>5</sup> Veja-se: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos. Internacionalização do direito e internacionalização do diálogo judiciário. In: STRECK, Lenio. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson. (Orgs.) *Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137-160.

<sup>6</sup> AVELÃS NUNES, Antônio. SCAFF, Fernando. Os tribunais e o direito à saúde. Coleção Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>7</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Contribuições para uma teoria discursiva da Constituição e do processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, H. et al. *Processo e Constituição. Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 87-107.

A judicialização do direito internacional (b) passou a ocorrer na medida em que os textos normativos internacionais protetivos dos direitos humanos reivindicaram um controle também internacional de violações praticadas por Estados, indivíduos ou pessoas jurídicas, pela prática de crimes contra a humanidade, violações ao meio ambiente produtoras de catástrofes ambientais, falta de proteção à saúde, etc.. Outrossim, a legitimidade individual – total ou parcial - para postular perante as jurisdições não nacionais, surgiu apenas há não muito tempo.

Um dos problemas postos neste campo é o da multiplicação das jurisdições, o que afeta a própria noção – ainda frágil – de jurisdição internacional. A par de padecer, ainda, da falta de império, o regime jurídico das várias jurisdições varia no espaço (regional, mundial) e no tempo (permanente, temporário). Do mesmo modo, há também que ser dito não haver acerto quanto às regras procedimentais, seja no que diz respeito à competência e aos legitimados para o acesso. A saída para não sucumbir a esse cenário “aparentemente” anárquico não está em repetir o direito interno e sim em combinar os diversos modelos, nacional, regional, supranacional e internacional, ou seja, que seja um modelo “alternacional”, quiçá cosmopolita. Pensar em um processo coletivo transnacional emerge dessa problemática.

Solidamente ancorada em bases nacionais, a imagem do processo e da jurisdição sofre o impacto dessa pluralidade de tribunais. Entretanto, Alard e Garapon não reconhecem como factível a existência de uma ordem judicial global até porque, na sua ótica, sequer seria desejável. A imagem de uma organização judiciária global hierarquizada é substituída pela de uma “sociedade de tribunais”<sup>8</sup>, resultado de intercâmbios a formar um “elo social” sem que haja uma pirâmide de normas ou uma ordem normativa fechada e determinada. Esse desenho remete muito mais à ideia de rede, rizoma, hydra com várias cabeças, rapsódia, patchwork, camaleão, segundo a concepção de alguns autores<sup>9</sup> e muito menos à estrutura piramidal densa e perfeitamente delimitada de uma determinada tradição jurídica.

Acontece que a multiplicação de órgãos jurisdicionais com competência para as questões universalizáveis produz o fenômeno das “hierarquias descontinuadas”<sup>10</sup>. Quer dizer, o problema não está em haver hierarquia entre as diferentes Cortes jurisdicionais e sim está justamente no fato de que são autônomas e paralelas. Veja-se o embate sobre o cumprimento das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil no caso da

---

<sup>8</sup>GARAPON, A. e ALLARD, J. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Piaget, 2006, p. 32.

<sup>9</sup>OST, F. e KERCHOVE, M. V. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit.*, op. cit., p. 19.

<sup>10</sup>DELMAS-MARTY, M. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 8-97.

ADPF 153 que tratou da alegação em inconstitucionalidade da Lei de Anistia e o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Araguaia”, à primeira vista incompatíveis<sup>11</sup>. Esse risco não estaria presente no trato coletivo transnacional de problemas também transnacionais.

A segunda problemática que se põe no que diz respeito ao fenômeno da jurisdicionalização do direito internacional relaciona-se ao processo de autonomização das organizações internacionais. Isso se pode observar na atuação da Corte de Justiça das Comunidades Europeias que por meio de sua jurisprudência criou um bloco de princípios de direito comunitário, como também pode ser visto da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH -, a qual consolidou um bloco de princípios que orientam suas decisões e fortalecem o sistema interamericano de solução de conflitos, especialmente em matéria de responsabilidade internacional dos Estados por crimes praticados ao tempo das ditaduras militares na América Latina<sup>12</sup>. Essa autonomização marca e modifica profundamente os direitos nacionais e incita o surgimento de interações entre os diferentes conjuntos de jurisdições, bem como produz um permanente processo de harmonização em que os direitos humanos funcionam como elo para articular a coerência interpretativa no contexto do pluralismo jurídico.

Finalmente, tratar do acesso à justiça (c) é tentar ir ao encontro de um fundamento para a construção das bases do processo coletivo transnacional, na medida em que o acesso pode constituir-se no fundamento processual do cosmopolitismo.

A garantia de acesso é pressuposto básico para a realização do Estado Democrático de Direito que, resta enfraquecido e deslegitimado sempre que não conseguir – voluntariamente ou não – assegurar o exercício desse direito com vistas à proteção do ser humano. Sua importância capital na atualidade fez com que passasse a estar previsto nas Constituições e nas Convenções, juntamente com um conjunto amplo de direitos humanos, direitos esses que somente abandonariam a condição de mera forma, caso qualquer violação que sofressem pudesse ser afastada por meio do exercício de mecanismos processuais e procedimentais capazes de dotar de substancialidade o acesso à justiça. Faz parte da natureza do Estado Democrático de Direito ser,

---

<sup>11</sup>SALDANHA, J., BRUM, M. M., MELLO, R. A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. In: MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *A justiça de transição no Brasil. Violência, justiça e segurança*. E-book. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 113-134.

<sup>12</sup>BURGORGUE-LARSEN, L. Les cours européenne et interamericaine des droits de l’homme et le “systeme onusien”. In: DUBOUT, E. TOUZE, S. La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre orders et systemes juridiques. DUBOUT, E. TOUZE, S. Les droits fondamentaux: Charnières entre orders et systemes juridiques. Paris: Pedone, 2010, p. 102.

essencialmente, um modelo garantidor que tem como pedra fundamental a “proteção judiciária”.

No Brasil o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é a fonte primária da garantia de acesso à justiça. Assegura que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Duas outras garantias - a do juiz natural e a do devido processo legal - são, nessa linha, consideradas como expressão do princípio do acesso. Por isso, há de ser perguntado, de outro modo, se a garantia de acesso à justiça pode encontrar na do devido processo legal seu pressuposto fundante? Ora, o sentido da juridicidade de um princípio somente poderá ser determinado no momento de sua interpretação, que é o da decisão em um caso concreto. Daí a compreensão de princípio sempre ocorrer no campo da possibilidade – do caso posto –. Por isso “nunca chega a esgotar”.<sup>13</sup>

Acontece que, na linguagem forense cotidiana, os princípios estão acobertados pelos mantos da generalidade e abstração *status quo* que, ao fim e ao cabo, resta por sequestrar o seu sentido prático, vinculados que estão no mundo da vida. Bom é perguntar o que faz com que o acesso à justiça e o devido processo legal sejam considerados princípios ou garantias constitucionais? São assim considerados, porque neles há um caráter de transcendentalidade, vez que quando presentes na argumentação sempre a pura objetividade é ultrapassada “em direção a um todo conceitual coerentemente (re)construído.”<sup>95</sup> Mas não apenas isso, na medida em que fazem parte de uma história institucional, ao mesmo tempo que os princípios possibilitam seja proferida uma decisão adequada do ponto de vista constitucional, limitam o julgador, já que esse somente poderá decidir com base em padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente.<sup>14</sup>

Nesse sentido, a aplicação de um princípio, que ocorre somente no âmbito da problematidade de um caso concreto, traz junto o somatório de vivências práticas compartilhadas pela comunidade histórica.<sup>15</sup>

A jurisprudência da CIDH, nessa matéria, ao longo do tempo, foi buscar na dimensão histórica da afirmação do princípio do acesso à justiça o fundamento para sua aplicação. Há, desse modo, uma base jurídica convencional para o acesso à justiça, o que reforça a visão de que pode constituir-se no instigante fundamento processual do cosmopolitismo .

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Tomaz Rafael de. *Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 217.

<sup>14</sup> Id. p. 205.

<sup>15</sup> Id., *ibid.*, p. 206.

Desenhando-se uma linha temporal oscilante, é possível afirmar que a construção da base normativa da garantia de acesso à justiça acompanhou a própria evolução doutrinária da Corte. O reconhecimento do dever estatal de garantir direitos, previsto no artigo 1º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH -, foi tomado pela CIDH para reconhecer que a ele correspondiam os artigos 8º, 25 e 2º e que esses três dispositivos é que estabelecem a substancialidade daquela garantia. Assim, a base da normatividade do acesso à justiça derivaria da hermenêutica conjunta desses dispositivos.

Do ponto de vista hermenêutico, percorrer o caminho para encontrar o conceito de acesso à justiça apresentado pela CIDH e o alcance de um sentido único não seria uma tarefa de Sísifo e um compromisso com o projeto moderno baseado na lógica matemática, artificial e obtusa em relação à existência concreta? Ora, a fuga para um “lugar não matemático”<sup>16</sup>, pode contribuir significativamente para que se compreenda ser a garantia do acesso à justiça resultado da história, do trabalho da comunidade de intérpretes que a inseriu, ao longo do tempo, no conjunto de garantias processuais que integram o bloco de constitucionalidade<sup>17</sup> na matéria, de modo explícito ou implícito. Mas também que, como demonstra a jurisprudência da CIDH, consiste no “fio vermelho” que ilumina a preservação e o respeito de outras garantias judiciais no amplo quadro da proteção judicial que deve ser praticada pelos Estados que se responsabilizaram internacionalmente a respeitar e a não violar os direitos humanos. As Convenções, como as Constituições, são instrumentos vivos e não anódinos, como a conhecida posição antioriginalista e eloquente de Dworkin soube identificar.

A ideia de acesso à justiça, entendida como um direito fundamental quando prevista nas Constituições dos Estados e um direito humano quando presente em textos internacionais, é não só um limite ao exercício do poder, senão também uma finalidade de ação que deve ser controlada pelos sistemas de justiça, a quem cabe assegurar o direito fundamental ao processo devido<sup>18</sup>. Essa é uma percepção inegável que também se extrai da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos quando em 1975, ao

---

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a indeterminação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 168

<sup>17</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, Andre. STRECK, Lenio. ROCHA, Leonel. *Constituição, sistemas de justiça e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123-144.

<sup>18</sup> DIDIER Jr, Fredie. ZANETTI JR, Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – Banfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et.all. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

decidir o caso *Golder vs. Reino Unido*<sup>19</sup> reconheceu ser o direito de acesso à justiça inerente ao direito enunciado no art. 6, § 1º, da Convenção europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A fórmula do processo justo foi, paulatinamente, compondo um catálogo de direitos no Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio da edição de inúmeras Resoluções.<sup>20</sup>

Se se reconhecer que o cosmopolitismo de “realidade” de Ulrich Beck ou o cosmopolitismo de “relação”, pensado por Mireille Delmas-Marty consistem numa boa saída para os problemas apresentados pelo mundo atual, na medida em que tem a sua base a ideia de hospitalidade – que deve ser entendida como reconhecimento, um conceito chave da época contemporânea<sup>21</sup> -, o trabalho dos sistemas de justiça é central para a efetivação dos direitos humanos. É dessa totalidade – das garantias judiciais, da proteção judicial e da responsabilidade internacional assumida pelos Estados – que se pode afirmar ser o acesso à justiça, no plano interno, menos um direito fundamental de primeira dimensão<sup>22</sup> e mais um direito fundamental de terceira dimensão porque umbilicalmente atrelado à hospitalidade e à solidariedade. No plano externo trata-se, seguramente, de um direito humano, mas com uma característica a mais: um direito humano que integra o *jus gentium* em face de seu reconhecimento universalizado<sup>23</sup> dada a extensão de sua aplicação e reconhecimento pelos tribunais não nacionais.

A quadratura do círculo, pois, está em finalmente reconhecer que os mitos políticos tendem a perder seu lugar, embora a história demonstre a necessidade humana de criar e de acreditar em “um grande homem” indispensável a cada época. Esse é o caso do mito do isolamento estatal em si mesmo, um mito que desabou na própria transformação de seus valores e de sua “linguagem”.<sup>24</sup>

A “consciência jurídica universal” como com eloquência destacou Cançado Trindade no voto proferido no caso *Bámaca Velásques vs. Guatemala*, é a fonte material do direitos das gentes e a âncora segura para os avanços relativos à proteção internacional dos direitos humanos. Ela passa a ser o fundamento filosófico e jurídico que

<sup>19</sup> SUDRE, Frédéric et all. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Puf, 2011, p. 292-295.

<sup>20</sup> Estas referências estão em: DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales. La justicia em Europa y America. Un caminho de ida e vuelta?* Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Ponz, 2012, p. 253.

<sup>21</sup> FRASER, Nancy. *Qu'est que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*. Paris: La Découverte, 2001, p. 93-105.

<sup>22</sup> Ingo Wolfgang Sarlet o insere nos direitos fundamentais de primeira dimensão, adesão compreensível e adequada ao contexto da análise feita por esse autor. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56-57.

<sup>23</sup> FRYDMAN, Benoit. *L'hospitalité judiciaire*, op. cit., p. 17.

<sup>24</sup> CASSIRER, Ernest. *El mito del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1997, p. 334.

descentraliza o paradigma estatocêntrico e centraliza a pessoa humana como a fonte material do direitos das gentes para satisfazer suas necessidades e realizar a justiça.<sup>25</sup>

Daí ser necessário pensar não somente no perfil de processo de cariz individualista e sim perguntar, do ponto de vista da dimensão coletiva dos direitos humanos – como saúde e meio ambiente – sobre a possibilidade de existência de um processo coletivo de natureza transnacional.

## Parte 2. Há um processo coletivo<sup>26</sup> transnacional?

A pergunta relaciona-se de uma questão prévia, ou seja, do reconhecimento de que há, irresistivelmente, problemas jurídicos que ultrapassam as fronteiras dos Estados-nação, como aqueles ligados, por exemplo, à saúde, ao meio ambiente, à segurança, à proteção do consumidor, ao sigilo das comunicações e informações. A humanidade, do ponto de vista individual não só reivindica proteção a tais direitos, quanto tem sido vítima de suas reiteradas violações. Inscrevê-los na categoria de bens que podem ser coletivamente tratados constitui-se, realmente, uma dificuldade, considerando-se os aprisionamentos teóricos dos institutos jurídicos aos limites nacionais. Porém, a força da realidade imprime pressão por mudanças paradigmáticas. E o reconhecimento de que esses direitos, por um lado, pertencem a humanidade e que têm à sua base a solidariedade, e, de outro, senão à coletividade humana, mas há grupos de pessoas, identificáveis ou não, os retira da simples categoria de direitos humanos de segunda ou terceira geração/dimensão e os insere no universo relativamente recente da “ordem cosmopolita” que, se não assume o compromisso com a existência de uma ordem mundial ao menos, coloca-se como condição de possibilidade para ordenar o pluralismo tensionado pela oposição entre o relativo e o universalizável.

---

<sup>25</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 390.

<sup>26</sup> Não é objetivo deste trabalho abordar sobre as controversas questões vinculadas ao processo coletivo que, como se sabe, tem sido foco de amplo debate nacional no quadro das discussões relacionadas aos anteprojetos de Código de Processo Coletivo para o Brasil, cujas principais questões não são desconhecidas da autora, assim como também são aquelas relacionadas ao Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero América. Por isso, não será tematizado sobre a “divisão” dos direitos coletivos, tampouco sobre as estereis distinções entre grupo, categoria e classe, etc. A preocupação é inserir a análise do processo coletivo transnacional na perspectiva da internacionalização do direito. No entanto, a literatura brasileira sobre a matéria é extensa e variada. Veja-se algumas fontes: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. GRINOVER, Ada Pellegrini. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. GOZZOLI, Maria Clara et. Al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

O tratamento das violações desses direitos exige que atuação dos sistemas de justiça, nacionais ou não, ocorra sob outras bases. A questão, no entanto, é que as vias individuais de tratamento, tampouco as estritamente nacionais, não são mais suficientes para dar as respostas coletivas que a dimensão "mundial" exige. O problema então, está em responder se esses direitos possuem "alma de coletivo", conformando-se com as construções teóricas já elaboradas para os direitos "nacionais" e, tendo, se haveria condição de possibilidade de construir um modelo de processo coletivo transnacional que seja um instrumento efetivo para o cumprimento do direito material.<sup>27</sup>

Na falta de um "Estado mundial", desejável para uns e utópico para outros, a partir do qual poderia ser possível articular uma legislação, resta saber se há instrumentos regionais, transnacionais ou internacionais que possam autorizar o tratamento coletivo transnacional, do ponto de vista processual, de direitos humanos violados e que tenham natureza "transnacional".

À partida é possível afirmar que os três níveis citados não apresentam resposta segura a essa questão. Como se sabe, é notável o fenômeno do aumento do tratamento processual coletivo no mundo inteiro. Vários ordenamentos jurídicos inovaram ou sofisticaram seus sistemas de proteção judicial dos direitos que merecem tratamento coletivo. Há uma pluralidade de modelos que não podem ficar restritos à tradição da *civil law* ou da *common law*, tão somente.

Todavia, as questões mais pungentes, na maioria dos sistemas, não se afastam do tipo de procedimento mais adequado para a proteção dos direitos coletivos, da jurisdição competente, das pessoas legitimadas, da notificação aos ausentes, da certificação da ação coletiva, do ônus da prova, dos efeitos da sentença, da coisa julgada, entre outros. Todas essas questões continuam a desafiar os juristas dos Estados. No Brasil, as Leis da Ação Popular e da Ação Civil Pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor são os principais marcos normativos relacionados ao processo coletivo. Considerado um texto normativo evoluído, o CPC brasileiro foi fonte inspiradora do teor do Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-america.

Contudo, não há nesses textos legais resposta à pergunta sobre como resolver litígios coletivos que contenham elementos de transnacionalidade. Isto quer dizer que a repercussão de danos (a) ou a possibilidade de danos que ultrapassem (b) as fronteiras nacionais ou a possibilidade de que o grupo lesado ou ameaçado de lesão não encontre acesso à justiça em sua jurisdição interna, seja pela negativa de acesso, seja pela falta de

---

<sup>27</sup> CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, op. cit., p. 41.

tutela judicial adequada (c), ainda que os danos coletivos ou os possíveis danos não transbordem as fronteiras nacionais, mas a ofensa dirige-se a direitos humanos comuns que façam parte, então, de um bloco de convencionalidade, podem ser considerados fatores que qualificam um litígio como coletivo “transnacional”.

Essa concepção é possível, reitera-se, quando haja a violação de direitos humanos em sua expressão coletiva. Isso faz com que o processo coletivo, como assevera Owen Fiss<sup>28</sup>, carregue como nota distintiva o compromisso com a realização de fins sociais, razão pela qual contraria os interesses individuais que em muito caracterizam o sistema legal americano.

Com isso, importa perguntar, em primeiro lugar, se em nível regional, supranacional e internacional, haveria modelo de processo coletivo transnacional para dar resposta adequada aos danos ou ameaça de danos a direitos humanos coletivos? Mas a resposta a essa pergunta não pode desconsiderar o que é mais elementar: por detrás da preocupação em reduzir, senão eliminar os danos ou ameaça de danos a direitos humanos, como também encontrar uma jurisdição que efetive e evite novos danos, está a preocupação em estabelecer responsabilidade jurídica. Assim, identificar os atores anda de par com a identificação da justiça competente.

Na ausência de uma “justiça mundial”, qual juiz seria competente para responder as demandas coletivas transnacionais e sendo ele identificado, em que medida suas decisões seriam vinculantes e executáveis por juízes de outras paragens?

Em obra recente Mireille Delmas-Marty<sup>29</sup> refere que para melhorar os níveis de responsabilidade jurídica referente às questões de violação de direitos humanos, seja por parte dos Estados ou das empresas transnacionais é preciso melhorar a oponibilidade dos direitos sociais (a) e também desenvolver a judicialização (b).

A oponibilidade (a) mais qualificada dos direitos sociais é exigência que se impõe na medida em que são reiteradamente violados, sobretudo pelas empresas transnacionais. Dada a conhecida capilaridade dessas empresas e o seu relevante papel político de influência sobre os Estados, sobretudo a partir da década de 90 do Século passado, o primeiro desafio é encontrar o responsável quando a sede está em um país e as filiais espalham-se em tantos outros. Esse tem sido, como se sabe, um importante fator de entrave ao acesso à justiça.

---

<sup>28</sup> FISS, Owen. The Political Theory of the Class Action. In: *Washington and Lee Law Review*, Vol. 53, nº 1, 1996. Disponível em: [http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1920946](http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920946). Acesso em 17.08.2013.

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper*. Paris: Seuil, 2013, p. 150-163.

Daí ser importante, segundo a autora, reforçar a transparência dessas empresas por meio da exigência de relatórios anuais; identificar os responsáveis, tarefa não só difícil tecnicamente, quanto tormentosa quando se trata de violação dos direitos sociais e; responsabilizá-los penalmente, algo de complicada concretização em muitos países.

A segunda expressão da responsabilidade jurídica é desenvolver a judicialização (b). O tema da judicialização, aqui, vincula-se ao problema concernente a identificação da justiça em que se irá demandar, correndo-se todo o risco da crítica relativa ao *forum shopping*<sup>30</sup> (escolha do sistema mais favorável).

Desse modo, ao tratar-se das questões coletivas de cariz transnacional não se pode deixar de considerar dois aspectos que estão no coração das contradições da globalização: a) o direito ainda muito identificado ao Estado e; b) as ações ainda são ajuizadas massivamente perante as jurisdições nacionais. Ambas as situações não oferecem todas as respostas quando se trata de julgar os Estados e as empresas transnacionais. Daí todas as dificuldades para responsabilizar atores e obter, dos Estados, o reconhecimento e execução de sentenças proferidas por juízes estrangeiros. As experiências nacionais dariam algumas pistas nesse sentido?

### Parte 3: As experiências nacionais: Inspiração para o não nacional?

Em âmbito nacional pode-se identificar diferentes sistemas processuais de proteção coletiva. Em artigo recente, Antonio Gidi, trata do tormentoso tema relativo ao reconhecimento de sentenças coletivas por países terceiros àquele onde o processo coletivo tramitou, no caso, os Estados Unidos<sup>31</sup>. O autor demonstra, comparativamente, existirem, no mínimo, quatro sistemas/categorias estatais de proteção jurisdicional coletiva. Para esse autor, em razão das diferenças dos procedimentos nos distintos países, especialmente com relação ao sistema americano, o reconhecimento das sentenças proferidas nos EUA em ações coletivas, apresenta desafios bastante relevantes perante a justiça dos Estados da América Latina, cujos sistemas jurídicos possuem características próprias.

A primeira categoria de países não admite ação de indenização por violação de direitos coletivos, como Venezuela, Peru, Uruguai, Costa Rica, El Salvador e Bolívia.<sup>32</sup> O

---

<sup>30</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Les forces imaginantes du droit II. Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004, p. 215.

<sup>31</sup> Análise limitada à realidade desse País dado ter um modelo de processo coletivo considerado avançado.

<sup>32</sup> GIDI, Antonio. *The recognition of U.S class action judgments abroad: The case of Latin America*, p. 902 Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2063019](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2063019). Acesso em 15.08.2013. A Alemanha não tem

máximo que admitem são ações cautelares. Caso típico em que, mesmo que haja danos coletivos, o sistema jurídico interno não apresenta "ação" ou "recurso efetivo" para a proteção do direito. O resultado de uma ação coletiva julgada noutro país, mas com efeitos nesses países que não a prevêm seguramente será de difícil, senão impossível, reconhecimento.

A segunda categoria de países tem a ação coletiva prevista em seu sistema jurídico. No entanto, a coisa julgada é *secundum eventum litis*, ou seja, somente será vinculante se favorável ao grupo, categoria ou classe representado na ação. É o caso do Brasil que possui um sistema de proteção coletiva "sofisticado",<sup>33</sup> representado pelo CDC. A vinculação segundo o resultado do processo – favorável – é o expressivo elemento de distinção entre o sistema brasileiro e o norte-americano. E é, não se pode negar, um fator de impedimento às sentenças proferidas nas ações coletivas nos EUA e que tenham eventualmente repercussão de seus efeitos no Brasil. Entretanto, a maturidade do sistema brasileiro há de ser reconhecida porque o modelo foi replicado por muitos países da América Latina quanto no Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero América, como já referido.

Como bem refere Antonio Gidi<sup>34</sup>, há um regime peculiar de coisa julgada coletiva nos sistemas jurídicos da América Latina. Veja-se que o regime da coisa julgada favorável é utilizado para evitar que os ausentes fossem atingidos por uma decisão negativa, em cujo processo não exerceram o contraditório e tampouco foram submetidos ao devido processo legal, duas garantias processuais previstas na Constituição do Brasil. Assim, segundo Gidi, o Brasil somente reconheceria e, quiçá, executaria uma sentença coletiva proferida por juiz americano se a decisão fosse favorável aos membros do grupo ou da classe.<sup>35</sup>

A terceira categoria é aquela em que há ação coletiva para reparação de danos, independentemente do resultado. Mas o sistema é *opt in*, ou seja, o membro da categoria ou classe deve autorizar sua participação na demanda.<sup>36</sup> Lembra Gidi que o único País da América Latina a adotar esse modelo é o México<sup>37</sup>. Com isso, fica sabido que os ausentes, que não autorizaram sua submissão ao resultado da demanda coletiva,

---

previsão de ação coletiva para indenização de danos. In: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, op. cit., p. 115.

<sup>33</sup> Id., p. 910.

<sup>34</sup> Id., *ibid.*, p. 912.

<sup>35</sup> Id., *ibid.*, p. 916.

<sup>36</sup> Id. *Ibid.*, p. 922.

<sup>37</sup> Refere Gidi, colaborador da redação do Projeto de Lei mexicana que, apesar de seus esforços contrários, o sistema *opt in* venceu em razão da pressão das grandes corporações sobre o Senado Federal mexicano. Vários países europeus adotam esse modelo como: Suécia, Itália, Finlândia, Polônia, Rússia e Japão., *id. Ibid.*, p. 923-924.

seja ele qual for, não serão atingidos. Claro, bem se vê que uma situação como essa traz o problema das ações individuais a que a parte demandada sempre estará sujeita, embora a adoção desse sistema por alguns países tenha resultado de forte *lobby* das empresas transnacionais.

A quarta e última categoria reúne os países que adotam o sistema *opt out*, adotado pelos EUA<sup>38</sup>. Ao lado dele estão Canadá<sup>39</sup> e Austrália.<sup>40</sup> Esse sistema se caracteriza por vincular a todos os atingidos pela objeto do processo coletivo, seja favorável ou desfavorável o resultado. Isso somente não acontecerá se o membro da categoria, grupo ou classe expressamente manifestar-se para ser excluído do resultado do processo. Gidi refere que o receio dos legisladores de muitos países em adotar o sistema *opt out* possui implicações econômicas devido ao fato de que muitas empresas transnacionais procurariam ambientes jurídicos mais favoráveis para instalarem-se.<sup>41</sup> Por essa e outras razões haveria rejeição de muitos países em reconhecer e executar as sentenças de ações coletivas americanas. Uma dessas outras razões é que o sistema *opt out* viola o devido processo legal, dada a fragilidade da comunicação da existência da ação coletiva aos membros da grupo ou classe.<sup>42</sup> Em outras palavras, a qualidade da publicidade da existência da ação coletiva tramitando nos EUA seria insatisfatória e, com isso, estaria violado o devido processo legal, especialmente quando os membro da categoria ou classe não tenham nenhum elemento de contato com os EUA.

O único País da América Latina a adotar sistema similar aos EUA é a Colômbia<sup>43</sup> que, por isso, embora leves diferenças procedimentais, tem reconhecido as sentenças coletivas americanas.<sup>44</sup> Argentina, Panamá e Equador possuem sistemas próprios. No primeiro<sup>45</sup> País não há legislação sobre ação coletiva por danos, mas a Suprema Corte no

---

<sup>38</sup> Na Europa apenas Portugal, Holanda e Bélgica adotam esse sistema. Esse último País, no entanto, não possui legislação que preveja ação coletiva. O sistema holandês, no entanto, tem peculiaridades, assim como o da Noruega e da Dinamarca são sistemas mistos por combinarem *opt in* e *opt out* dependendo das circunstâncias concretas das demandas. In: GIDI, Antonio. *The recognition of U.S class action judgments abroad: The case of Latin America.*, op. cit., p.925-927.

<sup>39</sup> A regra 334.21 prevê exclusão automática se o pedido não for efetuado pelo interessado em determinado prazo. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, op. cit., p. 142.

<sup>40</sup>Id., p. 930.

<sup>41</sup> Id., *ibid.*, p. 933.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Id., *ibid.*, p. 934

<sup>44</sup> Id., p. 935.

<sup>45</sup> Dada a autonomia legislativa das províncias, há algumas que possuem ações coletivas *opt in* ou que adotam o sistema *secundum eventum litis*. Id. *Ibid.*, p. 937

caso Halabi deu abertura aos juízes para adequarem o procedimento ao que o direito substancial exige.<sup>46</sup>

O caso Equatoriano é digno de ser sublinhado já que foi palco de uma importante questão coletiva com elementos, talvez, transnacionais. A Lei Ambiental desse País, datada de 1999 prevê ação coletiva por danos nessa seara. Como no Brasil, a lei ambiental regula matéria substantiva e também processual. Ela foi aplicada pela primeira vez no emblemático caso *Chevron/Texaco Petroleum Company*, transnacional essa que esteve por mais de 30 anos – de 1967-1990 – explorando petróleo na zona amazônica do Equador. O oleoduto construído causou prejuízos ambientais estratosféricos ao meio ambiente e à saúde de mais de 30.000 habitantes que, irresignados, ajuizaram ação coletiva perante a Corte Federal de Nova York. Após inúmeros recursos a Corte de Apelação declarou, em 2002, a incompetência da justiça americana, sob o fundamento de *forum non conveniens*, afirmando ser o do Equador o mais conveniente. A Justiça desse País, surpreendentemente, condenou as empresas demandadas, em 11.02.2011, a pagar oito bilhões de dólares, constituindo-se na maior condenação da história e a primeira vez em que um povo indígena, ao demandar uma transnacional, saiu-se vitorioso. O sistema de ações coletivas equatoriano, não indica se é *opt in* ou *opt out*.

A vinculação das ações coletivas ao direito nacional – material e processual – é fator que evidencia a sua incapacidade e a fragilidade para impor-se às grandes corporações. A reação da Chevron/Texaco não surpreendeu. Depositou um recurso perante a Corte Permanente de Arbitragem da CIJ alegando ter havido fraude no processo equatoriano e pediu, em vista disso, fosse a sentença impedida de ser executada em qualquer lugar do mundo.<sup>47</sup> Embora os EUA seja aquele que recebe número significativo de ações coletivas com elementos transnacionais, quando se trata de executar sentenças proferidas contra cidadãos ou empresas americanas a recíproca não é verdadeira pois, conforme aponta Antonio Gidi, os “americanos não teriam estômago”<sup>48</sup> para reconhecer a ação coletiva estrangeira.

Com base nesse conjunto de reflexões é hora de perguntar se a ação coletiva julgada por juiz nacional estrangeiro para ser reconhecida em outro país e destinada a surtir efeitos fora da jurisdição nacional que proferiu a decisão, pode ser considerada uma “ação coletiva transnacional”?

---

<sup>46</sup> GIDI, Antonio. *The recognition of U.S class action judgments abroad: The case of Latin America.*, op. cit., p. 937.

<sup>47</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Réssitir, responsabiliser, anticiper.*, op. cit., p. 151.

<sup>48</sup> GIDI, Antonio. *The recognition of U.S class action judgments abroad: The case of Latin America.*, op. cit., p. 954.

Por ser complexa a pergunta, a resposta também o é. Duas frentes de análise impõem-se. A primeira diz respeito aos limites internacionais da jurisdição de cada país. Em geral, nos países de tradição civil, os Códigos de Processo prevêm quais causas a justiça do país tem competência para julgar, em face da conveniência e oportunidade. Os elementos de conexão podem variar, sendo os mais comuns, o domicílio das partes e o lugar dos fatos. Visto que é o direito estatal que define a questão, claro que a demanda não será regida senão pelo direito processual desse Estado. Do mesmo modo, serão as regras de Direito Internacional Privado do Estado que definirão o direito aplicável. Essa é a segunda frente de análise.

Não se pode dizer serem os diversos sistemas jurídicos, quanto a essas matérias, bons ou maus *a priori*: é a soberania estatal que dirá se a sentença do juiz estrangeiro será ou não reconhecida pelo Estado, seja porque não ofende “a sua ordem pública” e o seu sistema jurídico, seja porque tampouco existe litispendência internacional e a mesma demanda poderia existir nesse Estado. A ideia é sempre a mesma: o direito resta identificado com o Estado. Essa realidade faz ver que nesses casos não se poderia dizer ser a ação coletiva que tramita em um país, mas que por conta do domicílio das partes ou do lugar do fato seja, “transnacional”. Se o requisito fosse esse, todas as ações, inclusive individuais que tramitam em um Estado e que devam ser reconhecidas e executadas em outro, poderiam ser consideradas “transnacionais”.

Essa consideração não desconsidera, antes confirma, os três relevantes obstáculos apresentados por Antonio Gidi para o reconhecimento e execução de sentenças coletivas proferidas pelos juízes americanos e que, seguramente, ainda estão fortemente ancorados na percepção de ser o processo coletivo “nacional” e não “transnacional”.

O primeiro obstáculo relaciona-se à inadequação da notícia/publicidade da existência da ação coletiva nos EUA a fim de oportunizar que os interessados em ser “excluídos” da demanda assim requeressem, uma vez ser o sistema americano *opt out*. Para um País como o Brasil, de dimensões continentais, a notícia veiculada em jornal não passaria de mero ato burocrático<sup>49</sup> que não teria correspondência efetiva no que se entende por devido processo legal, dado que seguramente uma legião de pessoas não tomaria conhecimento dela. A falta de tradição dos latino-americanos em receber mensagens oficiais do Poder Judiciário comunicando que são partes em uma demanda é o que, inclusive, segundo Antonio Gidi, pode levá-los a achar tais notícias simplesmente

---

<sup>49</sup> GIDI, Antonio. *The recognition of U.S class action judgments abroad: The case of Latin America.*, op. cit., p. 941.

“ridículas”.<sup>50</sup> Além disso, não fosse essa fragilidade, a notícia no Brasil, por exemplo, seria inócua, porquanto o sistema *op out* é incompatível com o sistema *secundum eventum litis* adotado pelo sistema brasileiro de ações coletivas.

O segundo obstáculo é que dificilmente os países da América Latina aceitem a sentença proferida em ação coletiva porque, no caso, a justiça americana não teria jurisdição com relação aos que não “têm contato”<sup>51</sup> com os EUA. Se essa não é uma exigência para as ações individuais, está bem presente nas demandas coletivas, porque o juiz dessas demandas deve levar em conta não só que a sentença poderá atingir o réu, mas que há interesses dos ausentes envolvidos que, no processo coletivo estão apenas representados.

O último e terceiro obstáculo diz respeito à formalidade da notícia sobre a existência da ação coletiva destinada às pessoas que não possuem contato com os EUA. Dadas as dificuldades de tomar conhecimento da notícia publicada em jornal, os Estados da América Latina não abririam mão da comunicação que do ponto de vista das regras de direito processual deve ser feita pela via da carta rogatória<sup>52</sup>, procedimento demorado que, evidentemente, inviabilizaria a ação coletiva.

Na medida em que na perspectiva dos sistemas processuais nacionais essas ações coletivas ajuizadas perante a justiça estrangeira, para serem reconhecidas e executadas, são submetidas as idiossincrasias nacionais, difícil é afirmar serem “transnacionais”.

O caminho investigativo parece ser outro se a finalidade é tentar identificar a existência da ação coletiva transnacional e defender a necessidade dela, considerando-se, como já longamente exposto, que a construção do direito cosmopolítico pressupõe a consolidação e a defesa de direitos humanos “comuns” que podem permitir – quiçá, exigir - tratamento coletivo em justiça. O percurso exige que se passe, nesse passo, pela análise das esferas regionais, transnacionais e internacionais.

#### **Parte 4: Rumo à sofisticação de experiências não nacionais existentes: Construir as bases para um verdadeiro processo coletivo transnacional**

Seria o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-America instrumento que viabiliza o acesso à justiça para buscar satisfação de pretensão coletiva de natureza

---

<sup>50</sup> Id., p. 943.

<sup>51</sup> Id., *ibid.*, p.945

<sup>52</sup> Id., *ibid.*, p. 955.

transnacional? A resposta a essa pergunta parece não poder ser encontrada nas disposições do Código citado.

Assim como o Código Modelo de Processo Civil Ibero-americano, aprovado em 1998, no Rio de Janeiro, o Código Modelo de Processos Coletivos foi criado com a finalidade de inspirar os sistemas jurídicos nacionais a definir pautas mínimas e comuns para o tratamento em justiça dos direitos coletivos. Afinado com o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o Código Modelo, dividido em sete capítulos, cuida da tutela dos processos coletivos em geral (Capítulo III) e da ação coletiva para tutela os direitos individuais homogêneos (capítulo IV). Como já referido, há, na perspectiva comparada, intrincados problemas relacionados à legitimidade para agir, à representatividade adequada, aos efeitos da produção da prova, à extensão dos efeitos da coisa julgada e aos limites do objeto litigioso da demanda coletiva.

Entretanto, não se percebe no Código Modelo nenhuma regra que estabeleça competência jurisdicional para além das fronteiras do Estado nacional. O artigo 9º estabelece apenas competência do local do dano ou onde é possível que ocorra, quanto competência da Capital para danos “regionais e nacionais”. Essa previsão ignora a forte possibilidade de que a extensão dos danos passados, presentes e futuros extrapole as fronteiras nacionais. Os contornos da ação coletiva do Código Modelo dependem, assim, do sistema de tutela coletiva de cada país. Os efeitos da sentença de uma ação coletiva que eventualmente façam-se sentir em outro Estado, continuam a depender das regras internas de reconhecimento e execução. Daí porque não se poderia considerar esse um processo coletivo “transnacional”.

Ainda em nível regional, tanto a jurisdição da CIDH quanto a da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH -, admitem apenas demandas contra os Estados e os legitimados ativos sejam indivíduos ou organizações exercem pretensões de natureza individual que podem ser exercidas em litisconsórcio. As empresas transnacionais, grandes violadoras daqueles direitos, estão excluídas do banco dos réus dessas duas Cortes de Direitos Humanos. De todo modo, Delmas-Marty indica que a atuação da CEDH atua, em matéria de direitos sociais “por ricochete”.<sup>53</sup> Claro, ao decidir inúmeras questões relacionadas ao direito à vida, à dignidade, entre outros, seguramente vinculadas aos direitos humanos denominados de “primeira geração” presentificam-se

---

<sup>53</sup> DELMAS-Marty, Mireille. *Resistir, responsabiliser, anticiper*, op. cit., p. 157.

violações dos direitos sociais.<sup>54</sup> O mesmo ocorre com a CIDH. Entretanto, não se verifica em nenhuma das duas Cortes um modelo de ação coletiva transnacional.

O apelo às Cortes de Direitos Humanos têm, nas últimas décadas, experimentado um significativo aumento de demandas, sintoma importante da fragilidade dos sistemas de justiça nacionais, uma vez atuarem apenas subsidiariamente. Tal ocorrência restou particularmente visível na CEDH quando passou a permitir as demandas individuais diretas. O antídoto não tardou e surgiu na condição de filtro de acesso, como ocorre atualmente com relação a muitas legislações processuais domésticas. Esse Tribunal entraria em “em colapso se não enfrentasse as “demandas repetitivas” ou “demandas clones”, geradas pelo hábito dos Estados de pagar a satisfação equitativa e postergar – para um futuro incerto e de data indefinida – as medidas de alteração das *causas* da violação dos direitos protegidos”, destaca André de Carvalho Ramos.<sup>55</sup> A instituição de um “procedimento de julgamento piloto” para casos similares teve em vista reduzir o número de demandas. Consistiria na “identificação, em um caso individual, de causas estruturais de violações de direitos humanos, levando a CEDH a indicar ao Estado-réu medidas gerais para solucionar as causas de todos os casos, prevenindo o surgimento de novos.”<sup>56</sup> Para o autor citado, “a essência do “procedimento de julgamento piloto” é similar ao da tutela coletiva de direitos no Brasil: há causas comuns, devendo o Estado-réu agir sob pena de ser seguidamente condenado em Estrasburgo. Para a CEDH, a indicação de medidas gerais aptas a solucionar causas idênticas já propostas ou em vias de ocorrer é uma resposta ágil e eficiente para evitar seu provável colapso por excesso de demandas.”<sup>57</sup>

Se a perspectiva “alternacional” do direito conduz o jurista a buscar respostas para além do nacional e do internacional, parece não ser o caso de identificar o “projeto piloto” com o modelo de ação coletiva do Brasil. Se fosse o caso de estabelecer alguma comparação mais apropriado seria identificar referido projeto com o filtro da repercussão geral do recurso extraordinário para demandas repetitivas que se coaduna com a “possibilidade de sobrestamento (“freezing”) dos demais casos perante a CEDH, à espera das medidas a serem tomadas pelo Estado-réu.”<sup>58</sup> É justamente porque se tratam de demandas individuais que os filtros de acesso são criados para responder a um tipo de problema que a presença de demandas coletivas transnacionais poderiam resolver.

---

<sup>54</sup> Sobre a judicialização dos direitos sociais na União Europeia veja-se: NIVARD, Carole. *La justiciabilité des droits sociaux*. Paris: Bruylant, 2012.

<sup>55</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.*, p. 181.

A criação do projeto piloto fundamenta-se na necessidade de resolver os problemas de execução das medidas gerais impostas ao Estado demandado, para que não repita as violações no futuro. Entretanto, não há consenso sobre ser esse o caminho mais adequado do ponto de vista da efetividade dos direitos. Se a condição para que a sentença vincule futuras demandas similares é que a CEDH indique no caso paradigma as medidas que deverão ser tomadas pelos Estados para não reiterar a violação dos direitos humanos, as dificuldades internas para cumprir decisão de tal teor podem ser imensas pois poderá implicar em reformas estruturais, não só no campo legislativo quanto também em mudanças administrativas. A dificuldade na adoção de tais medidas poderia ser reduzida com o diálogo entre as partes interessadas – governamental e não governamental – em nível nacional e internacional. Mas talvez o fórum internacional ainda não esteja preparado para esse nível de democratização. O procedimento piloto o que faz é criar um problema hermenêutico que o restrito espaço deste trabalho não permite aprofundar. Mas talvez seja um risco tentar resolver “problemas sistêmicos complexos”<sup>59</sup> com base em um único caso porque elimina a singularidade dos casos concretos e inibe a análise de todos os aspectos de cada demanda. Justamente por isso, as medidas gerais impostas a um Estado podem não ser adequadas a outro.

O Comitê europeu de direitos econômico e sociais, inserido na estrutura do Conselho da Europa também tem sido chamado a resolver demandas dessa natureza por meio de “reclamações coletivas” criadas em 1998, sempre cabíveis quando violados os direitos previstos na Carta Social Europeia. Os demandantes são entes coletivo<sup>60</sup> e os demandados quaisquer dos 47 Estados que na atualidade compõem o Conselho. As exigências relativas à possibilidade de recebimento da demanda coletiva são relativamente simples e inspiradoras. Os demandantes devem comprovar<sup>61</sup> que a ação emana de uma ONG inscrita na lista (a); está assinada por pessoa habilitada a representar a ONG (b) e; concerne a um domínio para o qual a ONG está habilitada a atuar (c). O rol de demandas apresentadas ao Comitê indica a defesa coletiva de inúmeros direitos humanos violados, como o relativo à saúde, à educação e a moradia<sup>62</sup>. O conteúdo das

---

<sup>59</sup> Essa crítica está apresentada em: ISSAEVA, Maria. SERGEEVA, Irina. SUCHKOVA, Maria. Execução das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos na Rússia: Avanços recentes e desafios atuais. In: *Revista SUR*, nº 15. Disponível em: [http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo\\_04.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_04.htm)

<sup>60</sup> A lista de instituições está disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/OrganisationsIndex\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/OrganisationsIndex_fr.asp)

<sup>61</sup> Esses requisitos podem ser encontrados em: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ComplaintSummaries/SummariesIndex\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ComplaintSummaries/SummariesIndex_fr.asp)

<sup>62</sup> Inúmeras são as demandas contra vários países postulando respeito às normas constitucionais e convencionais relativas à moradia, problema esse intimamente ligado ao fenômeno migratório na Europa. Exemplificativamente

decisões, sem natureza jurisdicional, no entanto, não faz referência aos efeitos das mesmas e à sua execução pelos Estados. Essas referências permitem antever o esboço de um modelo simples de ação coletiva transnacional? Possivelmente sim.

A União Europeia apresenta suas particularidades. Porém, talvez não se possa afirmar que o bloco disponha de um processo coletivo transnacional, ainda que a harmonização legislativa em matéria de proteção aos direitos humanos seja um importante objetivo do bloco europeu. O Livro Branco para a saúde<sup>63</sup>, do ano de 2007, faz referência à Carta de Direitos Fundamentais e estabelece como prioridade a capacitação dos cidadãos para os cuidados com a saúde, como também coloca a redução das desigualdades em matéria de saúde como um objetivo a ser perseguido, ainda que não faça alusão a mecanismos judiciais para sua implementação.

Diferentes são as previsões do Livro Branco sobre responsabilidade ambiental do ano 2000<sup>64</sup>, porquanto prevê no item 4.7 questões ligadas ao acesso à justiça, cuja fonte legislativa mais significativa seria a Convenção de Århus<sup>65</sup>. Considerando ser o processo de danos causados ao ambiente diferente do processo de danos tradicionais e que a proteção ao meio ambiente é um interesse público, o Estado, diz o Livro, possui a primeira responsabilidade de agir se o ambiente sofrer danos, ou estiver ameaçado de sofrer. Essa percepção conduziu a Comissão Europeia a apresentar ao Conselho e ao Parlamento europeus um comunicado sobre a necessidade de implementação de legislação comunitária na matéria, sobretudo pela necessidade de ser criado um regime jurídico de responsabilidade comunitária em que os Estados seriam os primeiros responsáveis e, quando omissos, caberia aos grupos de interesse público agir por meio de medidas administrativas e judiciais. Essas últimas seriam ações inibitórias que, devido ao alto custo, poderiam ser antecedidas por tentativas de resolução amigável dos conflitos. Como é perceptível, nem o Livro Branco, tampouco a Convenção de Århus fazem referência a explícita a ações coletivas, mas apenas a ação de caráter inibitório e a medidas judiciais eficazes sem, no entanto, indicá-las.

---

consulte-se decisão proferida na demanda entre *Centre européen des droits des Roms vs France*. Processo nº 51 de 2008. Disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_fr.asp)

<sup>63</sup> Disponível em: [http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_pt.htm). Acesso em 18.08.2013.

<sup>64</sup> Disponível em: [http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_pt.htm), p. 23-24. Acesso em 18.08.2013.

<sup>65</sup> Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/>. Acesso em 18.08.2013. Consulte-se referência em: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, op. cit. p. 173-176.

Seria essa uma abertura às ações coletivas transnacionais em matéria ambiental? Em 2005 a União Europeia publica a Decisão 370<sup>66</sup> do Conselho da União Europeia sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente. E, ao fazê-lo, incorpora o texto da Convenção de Åarhus.

Por outro lado, em matéria de proteção ao consumidor, à primeira vista, a Diretiva 27/98 proposta pelo Parlamento e pelo Conselho da Comunidade Europeia, criou ação inibitória para proteção do consumidor, um modelo que pode ser identificado como parcialmente transnacional. Relatório da Comissão Europeia<sup>67</sup>, publicado no ano de 2008, indicou ter sido decepcionante a aplicação da referida Diretiva em nível transfronteira. Noticiou-se que apenas o *Office of Fair Trading* (OFT, autoridade pública responsável pela proteção do consumidor), do Reino Unido, utilizou o mecanismo, contra uma empresa belga pela prática de propaganda enganosa a consumidores do Reino Unido. A ação foi promovida na Bélgica, País em que o tribunal de primeira instância pronunciou-se, pondo termo àquela prática. Esta decisão foi confirmada em recurso, quando a Bélgica pronunciou o efeito desestimulador das ações inibitórias. De igual modo, a partir de 300 queixas apresentadas por consumidores do Reino Unido, o OFT ajuizou ação contra a empresa *Best Sales B.V.* junto dos tribunais da Holanda, também por propaganda enganosa praticada neste País. Os tribunais da Holanda decidiram favoravelmente aos autores em decisão de 9 de Julho de 2008. O relatório indica que apesar de as ações inibitórias continuarem a ser pouco utilizadas no âmbito das infrações transfronteiras, vários Estados-Membros e associações de consumidores afirmaram que as mesmas são utilizadas com um grau de sucesso razoável pelas associações de consumidores por infrações nacionais.

Vários problemas foram apontados com relação à aplicabilidade da Diretiva e à propositura das ações inibitórias em outro Estado, como o seu elevado custo, a complexidade, a duração do procedimento e o âmbito limitado da ação inibitória.

Com relação ao elevado custo para demandar em outro país, foram identificados os custos com a tradução, incertezas quanto aos honorários, despesas de notificações e o risco de duplicação dos honorários e dos peritos. O risco financeiro haveria quando a demanda fosse ajuizada em outro Estado-membro e o sucumbente tivesse que suportar

<sup>66</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005D0370:PT:HTML>. Acesso em 18.08.2013.

<sup>67</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihtmlang=pt&lng1=pt,it&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv.&val=483212:cs>. Acesso em 18.08.2013.

os custos daquele que ganhou, além dos seus, sistema esse que o relatório indica existir na maioria dos Estados-membros.

No que diz respeito à complexidade e a duração dos processos, parecem ser eles apontados como verdadeiros entraves às ações transfronteiras. A complexidade derivaria da pluralidade de procedimentos em matéria de ações inibitórias em vários Estados-membros. Além disso, as incertezas quanto ao direito material aplicável aumentaria a complexidade, clareza que se exigiria quando a escolha da lei aplicável é importante diante das diferenças de regimes, por exemplo, entre os Estados-membros que ofereçam graus de proteção jurídica diferentes.

A Diretiva minimamente harmonizava os procedimentos, mas deixava aos Estados uma margem de apreciação na matéria, como decidir se o processo seria judicial ou administrativo, se haveria ou não consulta prévia. A ausência, na Diretiva, quanto aos prazos de prescrição e custas processuais elevava a insegurança quanto ao seu uso. Enfim, o uso da ação inibitória em diferentes Estados-membros suscitava sempre um novo processo que exigia adaptações.

Desse modo, o mecanismo criado pela Diretiva para permitir às entidades competentes de um Estado-Membro atuarem noutro Estado-Membro não foi tão bem sucedido. O principal obstáculo, que explica por que motivo foi intentado um número tão reduzido de ações inibitórias para impedir infrações intracomunitárias – e transnacionais –, é a falta de recursos face aos riscos financeiros suportados por qualquer entidade competente, mas também à luz dos conhecimentos especializados necessários face aos diferentes processos nos diversos Estados-Membros.

Após a publicação desse Relatório, foi editada a Diretiva 22/2009<sup>68</sup> também relativa às ações inibitórias em matéria de consumidor, em cujo texto pode ser identificado um esforço para debelar as fragilidades da Diretiva 27/98, até mesmo porque essa última foi por várias vezes modificada. Os interesses nacionais nem sempre permitiam que as ações inibitórias fossem resolvidas em tempo razoável (1); quanto à cessação das práticas, essas eram muitas vezes dificultadas quando os efeitos da decisão produziam efeitos em outro Estado, diferente daqueles em que as práticas tinham origem, o que prejudicaria o bom funcionamento do mercado interno e estimulava o deslocamento de uma prática ilícita de um país a outro para fugir do cumprimento da lei (2); a ultrapassem dos limites estatais das práticas abusivas, impunham a necessidade de uma melhor harmonização na matéria (3); organismos públicos independentes e

---

<sup>68</sup> Disponível em: [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110). Acesso em 18.08.2013.

organizações cujo objeto consista na proteção coletiva dos consumidores, segundo as legislações nacionais deveriam ser criados e ter legitimidade para propor as ações coletivas em nível interno – art. 3º - (4); a fim de evitar discussão sobre legitimidade para agir nas ações coletivas intracomunitárias – seriam transnacionais? – a essas mesmas entidades deveria ser aplicado princípio do reconhecimento mútuo e seus nomes e objetos comunicados à Comissão Europeia, para garantir sua legitimidade para agir além fronteira - art. 4º - (5).

Os mecanismos de acesso à justiça acima referidos, se deixam muitas perguntas sobre a efetiva existência de ações coletivas transnacionais, sobretudo para processar os Estados violadores, também não respondem satisfatoriamente quando os danos coletivos ou a ameaça de que existam, são praticados por empresas transnacionais. Mas foi possível perceber os limites e obstáculos para reconhecer sentenças coletivas estrangeiras, dadas as diferenças entre os sistemas processuais estatais, como também foi possível perceber que em nível regional não existe um modelo processual unificado para as ações coletivas transnacionais, cuja ausência fez-se ver, existe não só na Ibero América quanto na União Europeia pois, até mesmo a Diretiva 22/2009 apresenta suas debilidades. A situação não é diferente em nível internacional, diante do papel modesto da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional.<sup>69</sup>

Mas as preocupações persistem quanto às vias de acesso à justiça contra as empresas transnacionais. Viu-se que em nível nacional muitas vezes a legislação não se adapta ao sistema de deslocamento territorial dessas empresas, para as quais as regras de direito internacional privado têm sido generosas, por exemplo, nas demandas dos empregados contra os empregadores, do que é exemplo o caso *Unocal/Total*, de que adiante será tratado. Do mesmo modo, suspeitar das inúmeras rejeições de ações coletivas propostas contra empresas transnacionais nos EUA, sob o fundamento da “falta de predominância de questões comuns,”<sup>70</sup> é dever que se impõe ao intérprete, na medida em que confirma os obstáculos à impunidade postos pelo sistema de justiça, em muitos casos, altamente reacionário.

Delmas-Marty<sup>71</sup> lembra da existência de regulamento europeu de 22 de dezembro de 2009 que estabelece competência obrigatória às jurisdições da União Europeia, qualquer que seja a nacionalidade das empresas, desde que tenham domicílio

---

<sup>69</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Resistir, responsabiliser, anticiper*, op. cit., p. 157-158.

<sup>70</sup> Antônio Gidi faz referência às demandas coletivas propostas contra empresas farmacêuticas, de produto químicos e de cigarros que tem sido “imunes” às class actions americanas, o que retrata menos problemas de ordem técnica e mais uma oposição ideológica de cariz acentadamente conservador contra tais ações. In: GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*, op. cit., p. 191.

<sup>71</sup> Id., op. cit., p. 159-160.

no espaço comunitário, o que garante a proteção aos direitos das pessoas atingidas pelas atividades de empresas transnacionais domiciliadas na Europa. Contudo essa competência segundo a autora, é limitada ao direito civil.

Ante tantos limites, pode-se perceber a imensas dificuldades em romper com o perfil individualista-estatal de processo. No entanto, a emergência de uma comunidade mundial de valores pressiona pela criação de um processo coletivo transnacional, seja para proteger direitos, seja para responsabilizar os atores das violações a tais direitos.

### **Considerações finais**

Esses espaços de solução dos conflitos coletivos, seja com a utilização das regras processuais nacionais e com aplicação do direito material estatal, cujos efeitos façam se sentir em outro Estados, seja pela aplicação de regras comunitárias em matérias específicas, como a Diretiva 22/2009 CE prefiguram a emergência da necessidade de pensar-se a solução desses conflitos que envolvem violação de direitos humanos “comuns” que façam parte de um bloco de convencionalidade e de constitucionalidade, a partir de uma nova regulação jurídica, nem tão somente nacional e tampouco internacional.

Se o direito processual é percebido na atualidade como a garantia constitucional e convencional de acesso à justiça é urgente pensar-se em um modelo de processo coletivo transnacional que seja alternacional, ou seja, que tenha a capacidade de ordenar o pluralismo de modelos – *opt out, opt in e secundum eventum litis* -.

Uma Convenção internacional poderia ser a via adequada para compelir os Estados a alinharem seu sistema processual a padrões mínimos de tutela coletiva de modo que o resultado das decisões pudesse ser efetivado de maneira uniforme pelos países signatários do texto convencional, sem prejuízo ao devido processo legal. Nesse caso, as jurisdições nacionais manteriam suas competências para ações coletivas. De outro modo, poderia ser previsto que a competência seria sempre da justiça do país onde os fatos ocorreram, sob a condição de que o processo não fosse resultado do arbítrio e fosse assegurado o reenvio da causa ao país onde a decisão poderá produzir efeitos, dando-lhe possibilidades de realizar as investigações e assegurar a execução da decisão.

Alterar a competência das Cortes de Direitos Humanos para que possam julgar empresas transnacionais por violação de direitos humanos e criar procedimento coletivo, seria uma via possível, embora desafiadora, antevendo-se a inflação de demandas dessa natureza às referidas Cortes e os limites estruturais das mesmas.

Em âmbito supranacional, a União Europeia poderia criar um modelo de ação coletiva transnacional relativo às matérias de sua competência, procedimento que faria parte do conjunto de ações que são de competência do Tribunal de Luxemburgo, como a ação de anulação, a ação de incumprimento e o próprio mecanismo do reenvio prejudicial.

Em âmbito internacional a competência da CIJ poderia ser estendida a ações coletivas contra os Estados porque tem sido chamada a resolver casos, por exemplo, sobre matéria ambiental com repercussão para além das fronteiras estatais, como bem evidenciou o caso *Argentina v. Uruguai*<sup>72</sup> sobre a instalação de fábrica de celulose em Fray Bentos à margem do Rio Uruguai.

O que se quer dizer é que, até o momento, nenhum dos caminhos processuais apontados indica a existência de uma ação coletiva transnacional, seja porque o processo obedece às normas processuais do Estado hospedeiro da ação, seja porque o país destinatário da execução aplica suas regras internas de reconhecimento e execução. Outrossim, mesmo as regras supranacionais da União Europeia deixam à margem de apreciação dos Estados-membros muitas matérias que, por enquanto, estão limitadas aos litígios consumeristas.

A concretização de uma Convenção, como dito, apresentaria muitas dificuldades. Embora as tradições jurídicas sejam basicamente as mesmas entre os países, compondo um mosaico acentuadamente binário entre *common law* e *civil law*, os sistemas jurídico nacionais mantêm suas peculiaridades e idiossincrasias. Contudo, para chegar a um patamar de ordenação dessa pluralidade não é necessário, forçosamente, pensar na fragilidade total da soberania estatal. Melhor é pensar em “soberania partilhada” ou numa “diluição da soberania”<sup>73</sup> que permita imaginar técnicas jurídicas novas para reduzir a dureza ou o fechamento das normas nacionais e permitir a evolução das práticas, no exercício do que hoje convencionou-se denominar de *judicial comity*<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> TASQUETTO, Lucas. O Uruguai sob o impacto das papeleras: Entre dois caminhos opostos de inserção no cenário internacional. Disponível em: [cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/...](http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/.../). Acesso em 17.08.2013.

<sup>73</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006, p. 29.

<sup>74</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 86.

## GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO FETICHISMO LEGAL EL VELO DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

Edgar Fabián Garzón Buenaventura<sup>2</sup>

### RESUMEN

El artículo pretende socorrer en los cauces del derecho internacional público, por medio de una postura crítica la teoría homogenizante del derecho humano y su recepción simétrica con los Tribunales o Cortes Nacionales, fijando o rescatando la progresividad desde lo intraestatal como el valor agregado de la respuesta correcta del derecho.

### PALABRAS CLAVES

Democracia, globalización del derecho, fetichismo, derechos humanos análisis cultural del derecho, circulación judicial, margen de apreciación nacional.

### ABSTRACT

The article tries to help in the riverbeds of the public international law, by means of a position it criticizes the theory to homogenize of the human right and his symmetrical reception with the courts or National Spanish Parliament, fixing or rescuing the progressivity from intraestatal as the value added of the response of the right.

### KEY WORDS

Democracy, globalization of the right, fetishism, human rights cultural analysis of the right, circulación judicial, margin of appreciation native.

### INTRODUCCIÓN

La consolidación del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la postguerra de 1945 con la carta de Londres que dio vida al tribunal de Nuremberg se preestablece una idea fuerte que evoca el compromiso nacional de los Estados del orbe mundial; generando un desarrollo en los ordenamientos constitucionales en su parte dogmática como mutaciones del derecho internacional público, forjando la idea perpetua en la imparcialidad y la perpetuidad del desarrollo lo que se encuentra en la esfera de lo foráneo en su legalidad que trae inmerso lo justo; esta presunta racionalidad lleva a desconocer un objeto el cual corresponde el acatamiento social de la norma internacional como su simetría en el precedente siendo que a su vez preexiste una progresividad en el desarrollo cultural y el margen de apreciación nacional.

### ¿PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN?

El problema que motivó la investigación en comento ¿Es susceptible que el derecho internacional de los derechos humanos fungue como teoría transnacional del derecho que no es acatada por las Cortes Nacionales por el margen de apreciación nacional y el análisis cultural del derecho?

<sup>1</sup> Proyecto de investigación Conadi 2013, Circulación judicial, trasplantes jurídicos: Control de convencionalidad; perteneciente a la línea de tendencias Contemporáneas en derecho procesal; siendo un artículo de reflexión.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Filósofo de la Universidad Libre de Colombia, Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires- Argentina) Doctorando en derecho Universidad Libre de Colombia, Coordinador de la línea de tendencias Contemporáneas de derecho procesal de la Universidad Cooperativa de Colombia, profesor universitario Universidad América, Universidad Gran Colombia y Universidad Militar Nueva Granada.

## **HIPOTESIS DE TRABAJO**

El derecho internacional es hito dentro del fuero de los derecho humanos jugando un papel no solo transversal sino interdisciplinar que permite hondar en la progresividad de las normas aunque su alcance se ve limitado dentro de lo soberanía, al atacamiento, recepción y aplicación; jugando un papel dual entre lo foraneo y lo interno; que deben ser una paridad y no una mistura, toda vez que persiste en algunos que son entes antonimos, toda vez que los derechos humanos son fuentes de control ideologicas y mas no respetos de garantías en pro de los individuos o los sujetos.

## **ESTRATEGIA METODOLOGICA**

El diseño metodológico empleado subyace en una metodología cualitativa con enfoque descriptivo analítico, tomando posturas filosóficas en autores de Alan Watson y Hugo Matei, con un punto de vista deductivo hasta generar reflexiones sistemáticas en el derecho internacional de los derechos humanos.

## **RESULTADOS Y CONCLUSIONES**

### **DEMOCRACIA**

La democracia definida desde una acepción clásica en el mundo griego es demos poder y kratos pueblo de esto podemos concluir ¿Qué es pueblo? ¿Cómo se ejercer? ¿Ante quien se ejerce? Los Romanos desde su etimología populus denotan en una acepción del pueblo amplia que se encuentra en el presupuesto de la ciudadanía<sup>3</sup> aquellos que pueden tomar una decisión en el ágora política; con el transcurso del tiempo en las sociedades libelares y la irradiación del contractualismo clásico; el individuo cualquier sea su estirpe es titular de derechos políticos (elegir, representar, deliberar y decidir) teóricamente que solo se ejercen materialmente en la sociedad hasta el siglo XX<sup>4</sup>. Pese a la necesidad de un ente sociológico como es la nación fue suficiente la participación del poder popular para dar como resultado en una sociedad organizada y denominada civilizada “ la democracia significaría gobierno del pueblo y supondría una unidad de decisión y de acción” ( gonzales & Quesada, 1992 .p. 189). Esto se legitima en primer orden en un ente sistema organizado donde la decisión es igual a un valor cuantitativo ( la mayoría como una suma matemática) darán el resultado participativo de reproducción social en el eje que toma una disposición , dando como resultado la estructura gubernamental.

Si esto fuera aseverativo siempre las mayorías en sus contenidos en principio son legítimas sin importar que fueran racionales o justos, así se puede señalar como ejemplo que fue democrático la elección de Fujimori como presidente del Perú y a su vez fue democrático expedir la ley 26. 479 del 14 de Junio de 1995<sup>5</sup> que transgrede la nuda vida el derecho del buen vivir, dado que las minorías solo se reconocen como discurso no como actores políticos legitimados. Como afirma Sartori, sólo hay un marco democrático. Otra cosa muy distinta es que existan, dentro de ese marco, distintos modos de entender la democracia: internacional, intercultural, pluralista, la democracia social como aquella que consiste en la igualdad de condiciones, existe un espíritu igualitario que se refleja en la inexistencia de estamentos sociales.

La democracia está contenida de dos especies i) democracia representativa ii) democracia directa.

Al respecto Ugarte (2006) señala que:

“i) se llama representativa la especie democracia en que los miembros de la colectividad votan para elegir sus representantes que tendrán la tarea de elaborar las decisiones. La democracia

---

<sup>3</sup> Ius civitatis los ciudadanos (cive romani) tenían un derecho público voto activo (ius suffragi) pasivo ( ius honorum) elegir y ser elegido , los esclavos ni las mujeres ni los niños son objetos derechos políticos.

<sup>4</sup> Entiéndase la liga de los derechos civiles en China en 1932, como el movimiento de los derechos civiles por Martin Luther King en el Boicot de los autobuses de Montgomery de 1955.

<sup>5</sup> Entiendase cuyo artículo primero otorgaba una amnistía general a todos aquellos miembros de las fuerzas de seguridad y a todos aquellos civiles que se encontrasen denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por violaciones de derechos humanos cometidas entre mayo de 1980 y el 15 de junio de 1995.

representativa, a su vez, presenta varias especies que corresponde (al menos en parte) a las que hoy solemos llamar formas de gobierno, democracia presidencial y democracia parlamentaria ii Se llama directa la especie democracia en los que los miembros de la colectividad votan para decidir” ( p. 30)

La democracia tiene como objetivo primordial construir la noción de Estado bajo la forma de gobierno que a la vez los unifica y los engrana en la constitución, por tanto la carta magna tienen unas características propias que categoriza una noción fuerte de derecho con elementos identitarios como; derecho y obligaciones de los ciudadanos, en las diferentes formas Estado (Liberal, Social, monárquica, unitaria, federal ), hasta las funciones del poder público ( legislativo ,ejecutivo, judicial) ; a pesar de todo esto se da en el mundo occidental<sup>6</sup> que se ejerce un paradigma concluyente los derechos humanos que refuerzan la idea de la democracia en la ( igualdad , dignidad , libertad, justicia y razón ) pretendiendo reforzar la idea de hombre ser humano y sociedad

Camargo (2012) Afirma:

“A partir de la revolución francesa, de 1789, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, los derechos naturales, inalienables, imprescriptibles y sagrados del hombre, se convierten en el fundamento del derecho, y del Estado que dan vida al Estado de derecho en sus expresiones actuales: el Estado liberal de Derecho, Estado Socialista y Estado Social liberal de Derecho. Estos tipos se rigen por una Constitución política, cuyo objeto es la defensa y protección de los derechos humanos, no pueden realizarse al ideal de ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto de sus derechos civiles y políticos” (p. 39)

La constitución es democrática al permitir la descripción y justificación normativa de los derechos humanos, un hecho simbólico de la postguerra de 1945<sup>7</sup>. Así se puede señalar es democrática una constitución garantista que promueva protección de los derechos humanos. De acuerdo a este significado surgen varios mantos de dudas metódicas ¿Es posible hablar de una idea homogénea de derechos humanos en el orbe mundial? ¿Siendo que el mundo hay diversidad cultural<sup>8</sup> existe una teodicea de los derechos humanos?

## 2. GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

En el trascurso de la historia occidental cada Estado- nación regula las normas de producción jurídica, pero se ve que no es suficiente ya que las guerras, la costumbre y las interacciones sociales cambian la forma del derecho como: la consolidación de las organizaciones de las naciones unidas de 1948, la guerra fría, el sistema libre de mercado (tendencia neoliberal); dando como presupuesto factico la globalización “Giddens define la globalización como la intensificación de relaciones sociales a nivel mundial que vincula localidades distantes, de tal manera que los acontecimientos locales son modelados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa”,(Soussa Santos, 2002, p.37); esto no opera solamente el campo económico, político sino también jurídico lo que denomina como teoría transnacionales del derecho. Jhon Austin fue el primero que reflexiono en 1832 The uses of the study Jurisprudence.

Twining (2005) declara:

“aunque cada sistema jurídico tiene sus diferencias y características específicas, hay principios, nociones y distenciones comunes a varios sistemas de analogías o similitudes formativas por medio de estos sistemas se acerca [...] muchos de estos principios son comunes a todos los sistemas de los sistemas jurídicos insuficientes y crudos de sociedades primitivas y a los sistemas más prolijos y maduros de sociedades refinadas. Pero los sistemas más maduros de sociedades prolijos y maduros de sociedades refinadas están asociados a través de numerosas analogías que se nutren mutuamente. Por consiguiente, los varios principios comunes a sistemas más maduros ( o las varios analogías que se

<sup>6</sup> Entiéndase desde la carta magna de 1215 ( Inglaterra ) , Declaración de Independencia de Estados Unidos 1776 , Declaración de los derechos del Hombre del Ciudadano ( 1789) la Constitución de Weimar (1919) , Constitución de Portugal de (1976), Constitución Española de ( 1978)

<sup>7</sup> Entiendase la segunda guerra mundial 1939- 1945, y la cámara de gases de los alemanes Auswitch.

<sup>8</sup> Entiendase expresiones artísticas, folclóricas, normativas ( civil law , common law , derecho teocrático)

operan entre ellos) son el tópico de una amplia ciencia; ciencia que ( para distinguirla del derecho, por un lado, y por el otro, de la ciencia de la legislación) ha sido denominada teoría general del derecho comparada” (p. 12)

Se señala así que el sistema jurídico es funcionalista, un procedimiento perfecto sin vacíos o ambigüedades que se llena con una interpretación extra sistémica de producción normativa y receptores jurídicos.

Ibid

“La teoría creada en el dialogo entre los sitios de producción puede viajar ilimitadamente explicando los sistemas del resto. El espacio vacío se llena, principalmente de productos abstractos y circulables de teoría transnacional, ahora esterilizados para consumo ius teorico local después de haber abandonado los sitios originales que le dieron vida” (Pág. 12).

El derecho es complementario, se forja de relaciones mutuas entre sociedad, interpretación judicial, producción normativa, acuerdo económicos que deducen el espíritu del nomos y physis.<sup>9</sup>

La noción de que las respuestas del derecho se encuentran en presupuestos objetivos de materialización de reglas jurídicas o principios dan la validez y la legalidad del orden democrático, así una decisión o la ley es racional cuando corresponde a la democracia y más aún cobra legitimidad cuando implícitamente o explícitamente se dan presupuestos morales como verdad fundamental de un orden social.

La Constitución Española preambulo ( 1978) 29 de Diciembre de 1978 que sostiene.

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente” ( p 1) ,

La materialización de una teoría transnacional del derecho se fuga en receptores propios distingamos que la globalización se de en dos ámbitos i) localismo globalizado ii) globalismo localizado.

De Sousa de Santos (2002), Declara:

“consiste en el proceso por el cual un fenómeno dado es globalizado con éxito, ya se trate de operación mundial de las ETN, de la transformación de la lengua inglesa en lingua franca , de la globalización de la comida rápida, o la música popular norteamericana, o la adopción mundial de leyes de propiedad intelectual para software de computadoras ii) globalismos localizado consiste el impacto específico de las practicas imperativas transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”. ( p 57)

Así la idea es la unidad o penetración de ideas, esquemas jurídicos que yacen para materializar un marco propio o en un lenguaje común, una fertilización mutua y reciproca del derecho

Lopez, (1997) declara:

“Así la universalización del Estado implica también la universalización de ciertas formas y contenidos jurídicos estrechamente asociados con el mismo: así por ejemplo, la idea de constitución y de ciertos modelos de gobierno parlamentarismo, presidencialismo) junto con las correspondientes instituciones de la democracia, los derechos humanos” (p. 67)

Con el proceso de estructuración de las normas encaminadas a la aceptación de una justicia universal, se da el proceso de homogenización o en que los derechos humanos nacen como un imperativo de una teoría transnacional del derecho, un globalismo localizado surgió, un proceso tripartito en las constitucionales en las normas internacionales y activismo judicial coactivo generando una globalización que se interiorizan en las constituciones occidentales; “ Las cartas de derechos

---

<sup>9</sup> Entiéndase ley y justicia véase Antígona de Sófocles

constitucionales, el control constitucional y el activismo judicial se difundieron en todo el mundo desde los años setenta en la época que se globalizaba el neoliberalismo” ( Rodríguez , 2009, p. 37) lo que se puede denominar tres escalas de la transnacionalización del derecho i) derechos humanos en los ordenamientos constitucionales ii) derechos humanos en un marco de protección universal ( Pactos Convenios) iii) Sistemas regionales de protección de derechos Humanos como mandatos coactivos de sus convenciones y jurisprudencia la transnacionalización del Derecho se interioriza , parte de la idea veritativa o falaz de un marco propio de protección de derechos el bill of Rights moderno como premisa fundamental de occidente la ideología de los derechos humanos<sup>10</sup>(la noción fuerte del compromiso social y racionalización del orbe mundial) es un instrumento de derecho por encima de la ley y de las constituciones de los Estados que a la par objetan la potestad de la soberanía como un criterio único (monarca-nación) que se sumerge en el siglo XVI. Esto se fuga generando una idea veritativa la transnacionalización o globalización del derecho que genera un espacio de unidad normativa en las culturas.

López, (1997) declara:

“puede significar no solamente el grado en cual el mundo entero vive bajo un único de reglas jurídicas ( ya sean impuestas por una sola autoridad, ya sean fruto de un consenso global, o bien haya sido el resultado de una evaluación paralela) sino también, en un plano más básico, la certeza de las relaciones humanas están gobernadas en cualquier parte del mundo” ( p. 70)

Los derechos humanos son las ideas universales o teorías transnacionales del derecho que surge después de la postguerra una justicia transicional en donde su mandato sustantivo son los derechos humanos y su materialización procedimental son tres escalas a) derecho internacional humanitario el derecho a la guerra proporcional con sus convenciones de la Haya 1899 y 1907 con la convención de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales b) el derecho internacional de los derechos humanos en tiempo paz y preservación de la misma ( carta de san francisco de 1945) y declaración universal de los derechos humanos 10 de Diciembre de 1948 , convención Europea de Derechos Humanos de 1950, Carta Africana de los Derechos Humanos o Carta de Banjul de 1989, Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 c) el derecho penal internacional tribunal ad hoc ( Núremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia) con su estatuto de roma de 1998 (competencia de la Corte penal internacional) . Todo esto son fugas de ideas que permiten concertarse en mandatos jurídicos positivos de los Estados occidentales concentrado un marco único de protección de doble vía nacional-internacional.

López, (1997) afirma:

“Los derechos humanos han adquirido tal fuerza como elemento legitimador en las relaciones políticas y sociales que ha sido inevitable su transformación en un elemento de política internacional, sujeto a la manipulación de los Estados. A tal punto trascienden los derechos humanos los órdenes internos y de los intereses particulares que su internacionalización y universalización que conllevan la existencia de un juicio hipotético, de derecho la Humanidad” ( p. 76)

Estas cualidades denotan la necesidad en los Estados en el imperativo ideológico de los derechos humanos como son: en la constitución italiana de 1948, ley fundamental para la república federal alemana de 1949, constitución de Francia de 1958, la constitución de Portugal de 1976 y la constitución Española de 1978. Siguiendo su tránsito en las constituciones latinoamericanas, en tanto en la constitución de Colombia de 1991, constitución de Perú de 1993, la constitución del Ecuador de 2008 etc.

Por tanto, el derecho internacional tampoco fue foráneo a este proceso de interiorización al expedirse la declaración universal de los derechos humanos

Hittlers & Fappiano (2007) afirma:

“la internacionalización significa la asunción por parte del derecho internacional de los temas sobre prerrogativas del hombre, dándole vida a lo que se ha dado llamar en el derecho internacional de los

---

<sup>10</sup> Entiéndase como ley natural ( physis) como algo perteneciente a la cualidad de hombre y consustancial Antígona Sófoeles los estoicos afirmaron ( homo homini res sacra)

derechos humanos por lo que estos temas saltan las fronteras y deja de ser cuestiones exclusivas de las jurisdicciones locales” (p 80).

Nace de esto la Carta de las Naciones Unidas, los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y el pacto internacional de los derechos civiles y políticos con su respectivo protocolo facultativo. Estos se engranan en los diferentes continentes como una medida superior y legítima de un resguardo de una teoría transnacional del derecho. En el continente americano trajo un fuerte compromiso histórico, político y jurídico como el tratado de 1826 en el congreso de Panamá y la primera conferencia internacional americana en 1890 Washington.

Hittlers & Fappiano (2007) afirma:

“puede decirse, entonces que existe un conjunto de reglas en el sector de la organización de los Estados americanos relativas a la protección y promoción de prerrogativas del hombre, cuya evolución comienza con la carta de Bogotá, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la carta internacional americana de garantías sociales (todas en Bogotá, 1948) continua con la convención americana de 1969 y con la convención americana para prevenir y sancionar la tortura (1958 que entro en vigencia el 28 de febrero de 1987), la convención interamericana sobre desaparición forzada (en vigor a partir del 28 de marzo de 1996), la convención interamericana para prevenir y sancionar y erradicar la violencia sobre la mujer o convención du belem du para (vigente a partir del 5 de marzo de 1995) la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ciclo que, por ahora, quedó cerrado con la puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sin dejar de mencionar la existencia de dos protocolos adicionales de San José; en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales o protocolo de San Salvador y el relativo a la abolición de la pena de muerte” (p. 375-376)

Esto generó una relación simétrica entre legalidad y derechos humanos denotando un control institucionalizado en la jurisdicción transnacional, la utopía de una relación de una justicia única, formal y garantista centralizada en el poder dominante y omnipresente en el sistema interamericano de derechos humanos en ejercicio de sus Estados miembros debiendo adecuar a las normas convencionales a sus normas internas nacionales e inclusive solicitando modificar hasta su carta magna bajo la bandera del derecho internacional de los derechos humanos.

Quinche (2014) afirma:

“la convención americana sobre derechos humanos y los tratados concurrentes son la norma suprema del ordenamiento jurídico de los Distintos Estado parte, como inevitable consecuencia del enunciado del artículo 2 de la convención según el cual[...] los Estados parte 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”. De esta manera y en los casos concretos, si hay incompatibilidad entre la norma interna y la Convención americana, es obligatorio aplicar aquella y darle aplicación a esta” (p. 65)

Dejando de lado el realismo mágico pregonado en boca del derecho internacional de los derechos humanos, pareciera una labor quijotesca que brotan en varios problemas que no solucionan en la teoría transnacional: a) jerarquía y aplicación del derecho internacional en los Estados nacionales b) circulación del precedente americano en la justicia nacional c) pluralismo jurídico y análisis cultural del derecho d) Escalas de la justicia del derecho.

### **FETICHE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La justiciabilidad de los derechos humanos pese a un marco duro de protección normativa queda sumergida en el proceso político o el compromiso gubernamental, una separación entre lo que es el ser del derecho y el deber del mismo, siendo un antagonismo entre la validez como proceso metodológico de la norma jurídica y la eficacia del cumplimiento de la norma, esta separación es lo que denominamos fetiche “la primera es la relación del fetichista con la realidad no lo niega del todo pero tampoco lo acepta. Más bien se trata de una relación de negación, mejor descrita en la frase: “yo sé... y sin embargo...” . De manera que cuando al fetichista se le dice que su objeto no es real, que no tiene sentido tener un apego tal al objeto equivocado, el fetichista ya lo sabe, y sin embargo lo desea y lo goza “ (Lemaitre, 2009, p. 388), la sociedad como un proceso legitimante admite sus paradigmas en el

derecho como un reclamo simbólico mas como una justicia real y efectiva que promueva las regulaciones sociales el grado de abstracción y cumplimiento de la norma depende que tan eco o ideología se promuevan en la defensa derechos humanos.

Lemaitre, (2009) declara:

“El derecho reformado por los activistas sociales, insiste en que el sufrimiento y la humillación de tantos es un error, una aberración, que un mundo sin ley es aunque no es normal, porque normal es lo que dice la norma. Y si el horror es una excepción, una desviación del camino correcto, entonces el centro de la vida social está de nuevo lleno y se puede afirmar que tiene un sentido moral. Y lo efectos reales de la degradación de la miseria, y de la subjetividad humana que produce la violencia en victimarios y víctimas, se vuelven entonces invisibles para el derecho que los llama a todos con los hombres mágicos de ciudadanos, sujetos de derecho, humanos” ( p . 391)

El derecho cumple un objetivo regular el comportamiento social, ya sea con amenazas o relaciones afectivas sociales que se materializan en la sentencia o el cumplimiento psicológico moral de la comunidad, el tótem de la ley y el tabu de vulnerarlo, por esto se dice que es un fetiche entre el seguimiento que acepta la norma pero cobra la legitimidad de vulnerarlo ya sea en nombre de la seguridad, en nombre de forjar una comunidad o del respeto recíprocos entre los ciudadanos.

Douzinas (2008) afirma:

“El bombardeo de la antigua Yugoslavia representa otro escalofriante ejemplo del funcionamiento de los derechos humanos a veces puede hacerse literalmente mortífero Las bombas que causaron la muerte e hirieron a muchos civiles, incluyendo periodistas, ciudadanos extranjeros y refugiados, tenían la función de restablecer y garantizarlos derechos de los albaneses kosovares. Tras cada anuncio sobre las muertes civiles y la apología superficial que iba ligado a cada uno, el bombardeo se intensificaba. Parecía que el principio fuese que entre más bombas lanzáramos, más pronto triunfarían lo derechos humanos; y entre más civiles asesináramos ( el daño colateral inevitable de esta campaña) mejor se protegería la vida. Y cuando por fin se restablecieron los derechos de los albaneses, tras la victoria de la OTAN, la operación no impedida de esos derechos condujo al asesinato, tortura y exterminio de las minorías serbias. Estos pueden ser casos extremos, pero muestran la violencia respaldada el deseo de los derechos. Parafraseando una máxima clásica, jus juris lupus” ( p . 378)

¿Se puede decir que las personas detenidas en la cárcel Guantánamo Cuba, se les respeta su imperativo moral de los derechos humanos cuando no tiene representación de un abogado para su juicio? ¿Es acaso que bajo la modalidad del terrorismo a los prisioneros de Al Qaeda no se les aplica la convención ginebra por que no son titulares de derechos humanos?; esto induce una contradicción apelar a la humanidad cuando en sus cimientos niegan el valor de lo humano y se disfruta en el goce de lo vano; o solo es el canto retorico de las sirenas que solo son escuchado por Ulises, en su saciedad del saber y encontrar la ruta para su hogar

Douzinas (2008) afirma:

“los derechos humanos encuentran un hogar apacible en los textos jurídicos nacionales e internacionales. En medida en que se positiviza en el discurso jurídico, y el cálculo, la tematización y la sincronización legales, comparten la búsqueda infructuosa del sometimiento de la sociedad a una lógica única y dominante que de manera necesaria niega la pretensión de justicia. Pero al mismo tiempo constituyen la promesa de una justicia por venir: son la imagen de lo negativo y la indeterminación en la persona y el Estado, y también la figura de la proximidad del sí mismo y del otro se alzan la universalidad y la abstracción” (p 448)

Lo complejo en la metáfora de los derechos humanos es su dualidad como fenómeno de aplicabilidad y seguimiento de cumplimiento entre lo nacional – internacional y lo internacional-nacional , porque se forja partiendo de la noción de Locke el compromiso es salir del estado de naturaleza para llegar a una sociedad civil, un respeto cosmopolita<sup>11</sup> de intereses sociales en la dignidad humana, consolidándose en el derecho internacional. Por este motivo se proceden a aceptar tratados de naturaleza forjados en el concepto de lo humano y de la humanidad que llevan a establecer como:

---

<sup>11</sup> Entiendase cosmopolita ciudadano del mundo trata de establecer un ciudadano ajeno a los intereses nacionales, basado en una moralidad común.

superiores jerárquicos a los órdenes locales hasta por encima de su carta magna generando traumatismos cuando para los intereses burocráticos o sociales, no están de acuerdo a sus intereses apelan a recurrir en estrategias jurídicas.

Uprimny (2014) declara:

“Finalmente, algunos arguyen que la justicia colombiana ha funcionado, pues ha decidido las tutelas presentadas por Petro y sus seguidores, por lo que es ilegítima la intervención de la CIDH. Pero no es así: que haya decisiones judiciales no significa que la justicia nacional haya operado, pues de todos modos está permitiendo que una autoridad administrativa (el procurador), por un proceso que no es judicial sino administrativo, prive de sus derechos políticos a una persona, mientras que la Convención Americana señala que esa restricción sólo puede hacerla un juez a través de un proceso penal. El presidente tenía entonces que acatar esas medidas cautelares. Si no estaba de acuerdo con ellas, podía solicitar a la CIDH que las revisara. Y no recurrir a la leguleyada chauvinista de desecharlas argumentando que no son obligatorias internacionalmente porque no están previstas en un tratado, sino en el reglamento de la CIDH, cuando Colombia siempre había reconocido la fuerza vinculante de esas medidas y se había esforzado por cumplirlas” ( p 13 d)

Al final evocar que la misma jurisdicción constitucional coliga que los derechos humanos son límites infranqueables de respetos recíprocos en la humanidad quedan en el juego de Mefistófeles engañando fausto para atraer el amor de Margarita por su alma ; ¿ Es susceptible que el burgo maestre nacional desconozca el precedente constitucional donde se exprese que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento las medidas cautelares emitidas por la Comisión interamericana de Derechos humanos al Estado Colombiano? ¿Es posible la necesidad de entender que la constitución de los Estados es el bastión jerárquico de los ordenamientos locales, sin la necesidad del derecho internacional de los derechos humanos?, si la respuesta es de carácter afirmativa entonces el estatuto de obligatoriedad queda solo como un paradigma mas no como un mandato coactivo de respeto recíprocos generando el fetiche de orden legal.

Así el Sistema interamericano de derechos humanos tiene profundos vacíos, entre ellos: la ejecutoriedad de su fallo, el sobre activismo judicial en el cambio jurisprudencial, la solicitud de reformar por medio de su sentencia en los ordenamientos legales de sus Estados parte, el reconocimiento de las jurisdiccionales locales del precedente y su influencia en el efecto irradiador por medio del control de convencionalidad (concentrado- difuso)<sup>12</sup>.

Ambos & Malarino (2011) declaran:

“es el problema de si la corte está autorizada a fundar un decisión o solucionar un caso con base en una regla que no está prevista y que no puede derivarse de un texto o sistema interamericano sobre el cual ella no tiene el poder de control, independiente de que ella no reconozca esta situación. La corte no puede en cambio, condenar internacionalmente a un estado con base en una norma jurídica creada judicialmente, por más razonable que pueda ser esa norma, ni puede controlar el cumplimiento de las obligaciones internacionales emergentes de tratados internacionales sobres los cuales no tiene el poder de control, ni tampoco puede condenar a un estado por violar la costumbre internacional. El sistema interamericano no es un sistema general y universal de derecho internacional y por ello no conoce una disposición como la del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Corte internacional de Justicia que faculta a este tribunal a decidir un caso con base en (todo) el derecho internacional (escrito o no escrito)” (p 160)

Esta sería la añeja discusión entre reforma y poder de reforma del juez legislador positivo con base en la naturaleza ontica de los derechos humanos, algo impensable para el jurista austriaco que propugna en su teoría concentrada y un sistema fuerte de fuentes del positivismo metodológico “cuatro fenómenos pueden identificarse en la base de la transformación del sistema de fuentes, que son: la

---

<sup>12</sup> Entiéndase como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías humanas a) concentrado lo ejerce la Corte interamericana a un caso interpartes donde aplica directamente la convención b) difuso lo ejerce los jueces, funcionarios jurisdiccionales y lo que presta una función pública aplicando la convención y precedente interamericano.

globalización del derecho, como algo innegable, la erosión del concepto de soberanía nacional, la desregulación y un fenómeno consecuencial en los tres anteriores” (Quinche, 2014, p.160)

El proceso que se atomiza es de carácter deductivo como si la noma y precedente se giran como una verdad universal de carácter transcendental, sin entender las escalas del derecho o fenómenos implícitos multiculturales e interculturales que se sincronizan en las constituciones y permiten ejercer una autonomía en el concepto de pueblo, ciudadano, jurisprudencia, sin esto adentrar al reconociendo derechos sino observar cualitativamente el significado de lo humano no desde la teoría foránea occidental en la deconstrucción nacional el enfoque del derecho.

#### **4. ANALISIS CULTURAL DEL DERECHO**

La sociedad se construye en un sentido amplio cultura<sup>13</sup> es así que los diversos análisis del derecho no se entiende en las formas en que se producen sus regulaciones jurídicas es decir en cuanto a su validez; no interesa investigar en cuanto el órgano que produce la norma si es legítimo, si no lo interesante es el significado para un ente social con respuesta en la ley, en cuanto al lenguaje y expresión que denotan las reglas jurídicas e implican una obediencia del derecho pero a la vez su simulación deconstruyendo sus significados objetivos y materiales pero sin dejar de cumplirlos, transformándolos en una teoría mimética<sup>14</sup>, donde el objeto es la ley esquematizándolo es innovado para ser considerado como fuente de pauta. En la Constitución del Ecuador del 2008, trajo en su capítulo segundo los derechos del buen vivir, capítulo séptimo derechos de la naturaleza reconociendo a la Pacha mama la deidad de la naturaleza de las comunidades indígenas. Estos objetos de la carta magna Ecuatoriana se dan como un fenómeno innovador que no surge TTD sino como evocación de los derechos humanos ciñéndose en la norma constitucional como el elemento multicultural de un pueblo o nación. Por consiguiente, sean creados nuevos estándares en un proceso sociológico que interactúan diferentes formas entendidas entre ellas lo multicultural y pluralismo cultural “se llama multiculturalismo al fenómeno de multiplicidad de culturas que se da en el mundo y en la mayoría de los países. Y se suele llamar pluralismo cultural al modelo con el que se trata de explicar o manejar ese multiculturalismo”<sup>15</sup> (Beuchot, 2009, p. 13)

En efecto en un ente social es contingente no es que exista una razón que evoca la ley, sino por el contrario existe formas interpretar la ley piénsese en la discrecionalidad judicial, lo raro es que sucede que este entendimiento se da en una certeza absoluta e inamovible entre norma, moral, derechos humanos y justicia, ¿Es acaso que no existe una verdad objetiva o una interlagalidad del derecho del cual no se da la inclusión del otro? “El reconocimiento de esta diversidad irreconciliable se expresa en una séptima regla metodológica: para entender al Estado de derecho tenemos que examinar aquello que imaginamos es el derecho del otro”<sup>16</sup> (Kahn, 2014, p. 223)

#### **CONCLUSIONES**

Se acuña que hay un desembalaje desde lo externo (internacional) y lo interno (nacional), que surge en la cultural un re cambio en la mentalidad desde el individuo y no desde la norma como son las manifestaciones para citar un ejemplo los derechos de inmigrantes que no se reconocen como ciudadanos, las madres ( de los Barrios Santiago de Chile en la dictadura de Pinochet, de la Plaza de Mayo en Buenos Aires Argentina, de San salvador en la guerra civil que se revelaron durante la guerra civil que surgieron de las dictaduras políticas de 1970 y 1980) , que se reconocen sus derechos desde lo inductivo como actores legítimos con un resultado de un grupo presión multicultural que se reconocen en una escala de justicia infra estatal interactuando como clases emergente dentro del desarrollo global.

---

<sup>13</sup> Entiéndase según la real academia de la lengua española conjunto de manifestaciones que se expresa en la vida tradicional de un pueblo

<sup>14</sup> Entiéndase en Platón y Aristóteles una adecuación de la originalidad sensorial de las cosas, Diego Eduardo López Medina (Teoría impura del Derecho) lo ve una originalidad en la interpretación al aplicarla al fenómeno social de la idea de una teoría transnacional del derecho.

<sup>15</sup> Beuchot Mauricio. Interculturalidad y derechos humanos. Editores Siglo XXI. primera reimpresión 2009. Bogotá- Colombia Pág. 13

<sup>16</sup> Kahn, Paul. El análisis cultural del derecho. Editorial siglo del Hombre. 2014. Bogotá-Colombia.Pág.223

Sassen (2010) señala:

“la mayor parte de las producciones teóricas sobre las clases globales se centran en el nuevo estrato conformado por los profesionales en el nuevo estrato conformado por los profesionales y los ejecutivos transnacionales. Sin embargo, en el presente trabajo se incorporan al menos tres clases globales en formación. La primera surge de la proliferación de redes transnacionales de funcionarios públicos de distintos países entre ellos, se encuentran los especialistas en aspectos fundamentales de la economía global, los jueces que deben aplicar una cantidad cada vez mayor y prohibiciones internacionales con cierto grado de estandarización fronteriza, los agentes de inmigración que necesitan coordinar el control fronterizo, y los agentes de policía dedicados a descubrir los flujos financieros destinados al terrorismo. La segunda es una clase emergente de activista que incluye ciertos sectores clave de la sociedad civil global y ciertas redes electrónicas. Por último, la tercera clase global está compuesta principalmente por grupos de trabajadores desfavorecidos con escasos recursos, incluidos los que forman los hogares y las comunidades transnacionales inmigrantes” (p. 375).

### **Lista de referencia**

1. Ambos K & Malarino E. (2011) Sistema interamericano. no de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Activismo judicial, punitivización y nacionalización, tendencias antiliberales de la Corte interamericana de derechos Humanos. Bogotá. Editorial Temis.
2. Ayllon, Lopez.S. (1997) Las transformaciones del Sistema Jurídico y los significados sociales del derecho en Mexico. La encrucijada entre tradición y modernidad. Mexico.Editorial Universidad Autónoma de Mexico.
3. Beuchot M. (2009) Interculturalidad y derechos humanos. Bogotá. Editores Siglo XXI.
4. Camargo, P.( 2012) Manual de Derechos Humanos. Bogotá. Editorial Leyer.
5. De Sousa santos B. (2002) Globalización del Derecho los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.Bogotá. Editorial Unilibros.
6. Gonzales Garcia J & Quesada Castro F. (1992)Teorías de la Democracia. Editorial Anthropos.
7. Hiters J & Fappiano O. (2007) Derecho internacional de los derechos humanos. Tomo I volumen I Buenos Aires- Argentina. Editorial Ediar.
8. Kahn, P. (2014) El análisis cultural del derecho. Editorial siglo del Hombre.
9. Quinche Ramirez, M. (2014) El control de Convencionalidad. Bogotá.Editorial Temis.
10. Sassen , S. ( 2010). Territorio, autoridad y derecho, de los ensamblajes medievales a lo ensamblajes globales. Madrid. Editorial Katz.
11. Rodriguez Garavito, C.(2009) La globalización del Estado y del derecho. Bogotá Editorial Universidad de los Andes.
12. Twining. W. (2005). Derecho y Globalización. Bogotá. Editorial Siglo del Hombre.
13. Ugarte Salazar, P (2006). La democracia constitucional, una radiografía teórica. Mexico. Editorial Fondo de Cultura Económica.

14. Uprimny. R. Opinion 22 de Marzo de 2014. Chauvinismo juridico. El espectador. p 13 D.

## **PALINGENESIA DEL JUEZ ANTE LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Javier Rojas Wiemann\*

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. Las corrientes actuales y los debates. 3. El juez, la justicia y los Derechos Humanos. 4. El Sistema Interamericano. 5. El paradigma y la injerencia de la Corte Interamericana. 6. Radiografía de un caso concreto en Paraguay. 7. Conclusiones.

*Un espíritu recorre toda América, es el espíritu de los derechos humanos (AJML)*

### **1. Planteamiento**

Las primeras palabras son de agradecimiento al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano por brindarme el privilegio de aportar estas notas en la “XV Jornada Internacional de Derecho Procesal”, que se realiza en la Ciudad de Cancún, México. También corresponde el gesto de gratitud a los organizadores que han hecho posible el evento

Quizás llame la atención el título propuesto, que ruego se desligue de todos sus acepciones filosóficas y de otras índoles existentes, debiéndose considerar únicamente aquella que corresponde a su alcance terminológico como rediseño estructural dentro del entorno jurisdiccional.

Vale decir, tenemos un nuevo *juez*, un modelo reestructurado, una visión moderna pero a la vez, focalizada en principios pétreos de siglos, siempre invocados por el hombre ante las vulneraciones padecidas.

Los tiempos cambian y las formulaciones doctrinarias se ajustan de acuerdo a paradigmas más efectivos, a la vez que renace una y otra vez el mismo sentimiento del respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Dejo al interés del lector las propuestas para el debate en cuanto a la materia se puntualizan, para fortalecer estos conocimientos y propender la pronta proyección de temáticas metodológicas y pedagógicas que estimulen tanto a los más avezados como también a los noveles, a escrutar en el Derecho Procesal Constitucional.

Advierto –pues nobleza obliga- que las breves exposiciones se concentran mayoritariamente a la realidad implantada en mi país, como a la vez aclarar que un alto porcentaje de estas notas fueron modificadas de una anterior publicada también en mi tierra, en el mes de setiembre con motivo del I Congreso Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional.

### **2. Las corrientes actuales y los debates**

Antes de ingresar al tema mencionado en el acápite, merece recapitular en este tintero unas pocas de las resonadas lecciones y doctrinas enunciadas en los últimos lustros, dado que emergieron arquetipos entre el gastado discurso de conceptos jurídicos romanos e ingleses, no diluyendo esos paradigmas fundantes pero sí, mostrando otros puertos.

---

\* Abogado en ejercicio en la República del Paraguay. Egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Campus Itapúa, 2003. Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad Nacional de Itapúa, 2005. Exdirector de la Revista Jurídica de la Asociación de Abogados de Itapúa. Miembro fundador del Instituto Itapuense de Derecho Procesal y de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación de Abogados de Itapúa y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Autor de varias publicaciones. Correo electrónico: [jrw@sanagustin.com.py](mailto:jrw@sanagustin.com.py)

Lo que hallamos a partir de las primeras cartas políticas que se suceden como un modo único para que el poder soberano radicado en el pueblo logre asestarse en un instrumento inigualable, es que ese periodo de “*constitucionalismo*” forjado para la concreción de una sociedad fundamentada en la legalidad, comience a desarrollar un ícono focal alejado del mero formalismo, y termine concentrando su visión en la cautela de principios y valores.

El orden histórico entonces se compone de órganos que primeramente se regían por el respeto irrestricto a la ley, luego la ley sometida a la “carta política”, ésta de mayor jerarquía, y finalmente, un englobe en el pensamiento que pregona la superación de la exégesis de las letras y posiciona el espíritu sustentando al hombre como ser libre, con derecho a la vida, a la igualdad, a la dignidad y a la justicia.

Siempre el broquel de mármol que pareciera inquebrantable en el ámbito jurídico encuentra modos autogenerados o impuestos externamente para diluirse o desarrollarse de manera diferente, al punto –muchas veces- de abrogarse la parte central o de origen de la corriente doctrinaria. No en vano vimos –cuando a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se describe-, que las meras reglas técnicas en un proceso judicial sencillamente se esfuman ante transformaciones universales de lo que el ser humano conocía como conceptos de *tiempo y espacio*.

Así, pues otras materias del conocimiento de las ciencias –en lo particular, como la Constitucional- fueron mostrando resquebrajes importantes y también respuestas adecuadas a los viejos planteamientos inconclusos. Paso a paso, un cambio moderado de las doctrinas del Liberalismo Constitucional hacia propuestas enfocadas a las mismas instituciones procedentes de postulados novísimos (Tribunales constitucionales, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros) genera el declive hacia un constitucionalismo más actualizado.

Esas teorías enfrascadas por dosis pequeñas en diferentes países, aflora en axiomas no tan distintos, por lo que coinciden en términos generales, aún a la distancia de una y otra escuela. La confrontación de posturas siempre demostró consagrar mejores resultados.

Entonces a estas alturas la concreción está todavía lejana en cuanto a un modelo adecuado. Puntualmente, en lo atinente a los poderes del juez, el conocimiento y juzgamiento, está claro que el mismo se ajusta dentro de los límites fijados por la Constitución, lo que se ha dado en llamar el Estado Constitucional de Derecho, en el que el papel del órgano judicial cambia profundamente, no más como un simple ejecutor de la ley, sino más bien como un garante de los derechos fundamentales.

Una pintura renovada del plan antiguo de juzgamiento reluce por el solo hecho de afrontar dentro de esos paradigmas criterios que incluso –en pro del hombre, por ejemplo-, discurren con disposiciones normativas, haciendo camino un modelo judicial que propende al respecto y resguardo de las bases constitucionales.

Encontramos en esas hipótesis, la ruptura esquemática de arcaicos conceptos jurídicos como la *subsunción a la norma* o el simple catálogo de miles de artículos que supuestamente regulan todas las situaciones, por una argumentación del juez sustentada en los hechos y la justicia.

Esto último lo que genera una grave crisis dentro del mismo órgano jurisdiccional. La discusión no es nueva y justamente tampoco acabada. Y no solamente afloran dudas, sino incluso alertan a nivel de emergencia un peligro inimaginable.

No obstante a cada nuevo postulado de seguro se presenta el desafío propio de la imperfección, acaso humana. Parte de un enfrentamiento enervado en los textos actuales se concentra en lo que se da en tildar como la *dictadura judicial* o de los *jueces*, o también la *legislatura negativa*, entre otras variantes, que no es más que reseñar la amenaza de que el

órgano judicial se eleve de entre los dos siguientes como el más poderoso. *Nadie hay, por tanto, más libre ni más poderoso que los jueces*<sup>1</sup>.

Una preocupación reinante y que como se refirió en distintos textos, cada jurista al respecto no evita sucumbir ante el pavor que infunde una organización judicial todopoderosa. Señalar que la última palabra respecto al control de constitucionalidad radica en el organismo judicial pues no sido una afirmación alejada de críticas y avasallamientos doctrinarios de distintos colores.

En forma primigenia, la enseñanza surgida en los tiempos de MONTESQUIEU, sobre la supresión del poder monárquico para que aflore otro a fin de dirigir el gobierno, fue tomado por la gran mayoría de los Estados, y finalmente, ya algunos con una que otra modalidad, terminaron adoptando el modelo de los tres poderes principales, un ejecutivo, otro legislativo y el judicial, para ejercer la compleja tarea que otrora lo perpetraba el monarca, lo que ensalzaría aquello que los griegos calificaban como *democracia*.

Ese tridente de autoridad, cada uno con el objeto de su entelequia que lo sustenta, además, debe mantenerse, –entorno–, separado, pero a la vez, en equilibrio, coordinación y recíproco control. Así lo establece el artículo 3 de la Constitución de la República del Paraguay del año 1992, que reza:

El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.

La dictadura está fuera de la ley.

El peligro quizás no se centra más en una dictadura del *ejecutivo*, sino más bien volcado hacia otros horizontes. Trayendo a colación lo acontecido no hace mucho en nuestro país, sobre lo que la jerga común denominó el *golpe parlamentario* (caso juicio político al ex presidente de la República). En otros casos, el sostenimiento de la pluma que da el coto a debates sobre sus propias atribuciones (caso de la Cortes sobre la inamovilidad), son ejemplos bien citables.

### 3. El juez, la justicia y los Derechos Humanos

Dentro del sistema el módulo de juez opera desde varios ámbitos válidos preestablecidos, atendiendo a la materia de conocimiento. Es decir, puede ser un juez en lo civil, comercial, penal, laboral, de garantías o ejecución, de la niñez y adolescencia, entre otros, considerando incluso el grado o las clasificaciones atendiendo a la organización judicial. Ahora, cabe aclarar que dentro de nuestro entorno en Paraguay no existe propiamente dicho un *juez constitucional*, si bien todos los antes nombrados intrínseca y esencialmente lo son.

Vale pues, que el juez en el fuero civil o en el laboral o en el administrativo, es por esencia un juez constitucional y a ello podemos agregar, que por imperio mismo de las disposiciones desarmadas que tenemos respecto a los procesos constitucionales, corresponderá siempre al de primera instancia resolver temas puntuales como el amparo, el habeas data y el habeas corpus. Cabe aclarar que en países en el que se constituyó la jurisdicción Constitucional, con jueces o tribunales de esa índole, claramente la distinción aparece radicada, pero desde nuestro ángulo, principalmente en lo que se recuenta a este país en el que no disponemos con ese organismo, y aunque lo tuviéramos, podemos sostener que cada juzgador está juramentado en la constitucionalidad.

También cabe adicionar que en los procesos constitucionales se refleja el matiz del *juez constitucional* en toda su dimensión y soltura, y quisiéramos advertir que dentro del

---

<sup>1</sup> NIETO, Alejandro (2010). El malestar de los jueces y el modelo judicial. Madrid: Editorial Trotta – Fundación Alfonso Martín Escudero, p. 17.

sistema propio en el que impera el constitucionalismo moderno (o neoconstitucionalismo), cualquier juez está de uno u otro modo salpicado por la misma tinta de la Carta Magna.

O en términos iguales, tanto aquel que se desempeña en uno u otro ámbito de las esferas jurisdiccionales existentes, como aquel que simplemente se encuadra en el conocimiento puro de cuestiones constitucionales, está cortado por la misma Carta Fundamental, debiendo ceñirse a la misma, aunque emita resolución sobre el pleito de vecinos belicosos.

En la radiografía inicial de cualquier causa o proceso judicial, cuestiones como la competencia, la capacidad, la legitimación son filtros que no escapan a examen y para tallar aún más la constitucionalidad de trasfondo, cualquier tipo de causa o proceso se ajusta inevitablemente al debido proceso. Es más, una causa o proceso judicial, *per se*, simboliza la constitucionalidad elevada a la potencia pura del Derecho Constitucional o si se quiere, en una fórmula inversa, la constitucionalización se cristaliza y materializa en cada causa o proceso judicial, del fuero o ámbito que fuere.

La premisa expuesta se considera un hecho conocido, que no revestiría mayores problemáticas o dudas. No obstante cabe referir que en lo atinente al *derecho de los jueces*, al *poder* de los mismos y lógicamente a esa *justicia con toga*, la cuestión encuentra muchísimos reparos que censuran acremente oprimiendo al sistema.

Un planteamiento técnico no separaría al operador o encargado de la administración del servicio de justicia con aquel valor –por poco indefinible- de lo justo, si bien la simpleza de la proposición genera la derivación inequívoca del desprendimiento natural del ejercicio complementado con el sistema positivo.

En otros términos a esto último, el juzgar desde la concepción del ser es para el juzgador su papel primordial, su esencia, si bien claramente la *iurisditio* mantiene sus cinco elementos esenciales en esa función, a saber: *notio*, *vocatio*, *iudicium*, *coercio* y *executio*, el axioma de “*dar a cada uno lo suyo*” se superpone debido a esa inmanencia insigne.

No es equidistante en el perímetro general el *conocimiento* del mismo oficio de *decisión*, ni tampoco el de la *ejecución*.

Introduciendo los perfiles mencionados, que recordemos se sustraen a la *independencia judicial* y a la *función* de administrar el servicio de justicia, consideremos por lo menos, que de la actividad del juez se extraen los mejores resultados de una sociedad democrática. O directamente a la inversa, en el mismo sentido, la sociedad democrática se nutre y fortalece del desenvolvimiento jurisdiccional ajustado a los derechos fundamentales.

Esa introducción nos coloca de frente para calibrar la propensión del juez, frente a la *letra* (legalidad) y el espíritu (interpretación).

En particular analizaremos más adelante el caso concreto que surgiera a causa del interés de un ciudadano de conocer la información de carácter público (derecho humano), la negación expresada por los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado y la resolución final emitida por la Corte Suprema de Justicia amparando el derecho reclamado. Esto al solo efecto de justificar la manera en que cualquier juez –del fuero judicial que sea-, al ser requerido para conocer y decidir sobre una cuestión constitucional, muestra variantes desajustadas en cuanto a la Constitución de nuestro país.

El objetivo concuerda con la posibilidad de mostrar –en el amplio vericuetto doctrinario- unas fórmulas que desestabilizan los derechos fundamentales en forma indebida. Antes de volcarnos directamente al caso, todavía queda pendiente una explicación más que se refiere al contexto de la convencionalidad.

#### 4. El Sistema Interamericano

Pues en nuestro discurso nos corresponde una y otra vez explicar lo atinente al Sistema Interamericano, debido a la importancia que reviste, principalmente para aquellos países comprometidos al efecto.

Recordemos entonces que el 22 de noviembre de 1969 fue suscripta en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos o también conocida como “Pacto de San José”, entrando en vigor el 18 de julio de 1978.

Por ley fue aprobada la Convención por la República del Paraguay, aceptando luego la competencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de marzo de 1993.

VILLALBA BERNIÉ agrega<sup>2</sup> a este respecto que:

(...) no podemos dejar de señalar en el carácter de cuestión previa, la influencia positiva que ha significado la implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que como todo método adolece de defectos perfectibles, pero que no se dude constituye un orden internacional benéfico para todos los Estados Partes que se hallan adheridos al Pacto de San José de Costa Rica (CADH).

El sistema ha obtenido logros indudables y extraordinarios, que en el poco tiempo de vigencia resultan notorios (...)

A 40 años de su vigencia, pueden constatarse realidades positivas mediante fallos ejemplificativos y orientadores desde el Derecho internacional hacia el orden interno.

(...) El sistema interamericano de derechos humanos, fluye a consecuencia del “*despertar de una nueva conciencia universal*”, buscando reconstruir la confianza en la Ley y en la Justicia.

La estructura se conforma a través una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que está integrada por siete miembros que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Las sesiones se realizan en Washington DC, Estados Unidos, aunque según su reglamento, es factible trasladarse a cualquier Estado miembro.

La Comisión recibe y examina de las denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado y de admitirlas pues se constituye más bien en un filtro previo a la Corte Interamericana a través de un procedimiento liminar, que no cuenta con parangón en cuanto a procesos judiciales conocidos.

De allí que algunas de esas cuestiones pasarán a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta *institución judicial autónoma* cuyo objeto es la aplicación e interpretación del Pacto de San José se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Las competencias y funciones de la Corte Interamericana están previstas en los artículos 61 y siguientes de la Convención, destacándose primeramente que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte y que la misma no conocerá ningún caso hasta que no se agote el procedimiento ante la Comisión.

Importa al juez este trastoque en el orden internacional, desde el momento que –como en el caso paraguayo– se aceptó dicha jurisdicción y a partir de allí, se acumulan una serie de precedentes vinculantes en el orden de derechos humanos, de aplicación irrestricta por cualquier juzgador. En otros términos, el Sistema Interamericano se incrusta o impone al nacional, con el peso propio de garantía de los derechos humanos.

---

<sup>2</sup> VILLALBA BERNIÉ, Pablo D. (2014). Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Asunción: La Ley Paraguaya, pp. 14-15.

## 5. El paradigma y la injerencia de la Corte Interamericana

La Convención resume un catálogo que cada juzgador deberá imprimir en la carátula de sus expedientes, pues cual marco infranqueable, ésta establece los moldes a respetar en el contexto de los derechos humanos.

No es osado afirmar que el juez que siga las directrices plasmadas en la Convención cumplirá varios roles fundamentales, así para el Estado, para el ámbito jurisdiccional y para las personas.

Los principios que la Convención impone afirman un eje sostenible de convencionalidad por el que el juzgador deberá ceñirse en la medida de escalar en pro de los derechos fundamentales.

### 5.1. El control de constitucionalidad

En las líneas precedentes en las que se recuentan que aquellos sistemas sostenidos únicamente por la fuerza fueron diluyéndose en otros modos de gobierno en el que prevaleció la voluntad de los ciudadanos, también significamos que ello fue el amanecer de toda la grata concreción del constitucionalismo basado en la premisa del respeto a la “Carta Magna” (en la mayoría de los casos escrita).

Pareciera obvio que cualquier estamento público o del ámbito privado, está sometido a las prescripciones constitucionales y de ese modo, el ejercicio del poder público, en el primer caso, y la obediencia a esos mandatos en el segundo, no resisten divagues de ninguna índole. No obstante, y a diario todavía se comprueba, la cuestión no parte de ese modo en forma sencilla y por el contrario, desajustado al respeto del mandato superior se encuentran más de una de las autoridades. La lucha de poderes, las contiendas entre poderes, la desidia en el respeto de los derechos fundamentales son moneda corriente de tráfico constante en nuestras regiones.

Pero lo que es imperioso recordar sobre lo mencionado, es que el *control* impone la sujeción al dictado de la carta fundamental, y en caso que existiere algún apartamiento de tal temperamento, tocará aplicar las medidas ajustadas a reencausar la constitucionalidad del acto u omisión pertinente, e inclusive precautelar distintos modos de protección.

Nos tiente a detenernos brevemente sobre dos aclaraciones que se conectan con el control de constitucionalidad en nuestro sistema positivo vigente. El primero, las modalidades de control concentrado, difuso y mixto, y el segundo, sobre los desajustes que se generan en el orden constitucional cuando el contralor no está a la altura del debate. Esto último incluso es materia de estas notas.

Sobre las modalidades de control, en particular al concentrado, comporta que dentro del sistema únicamente un sujeto es el encargado de tal función, como ocurre en el caso de la *acción de inconstitucionalidad* que tenemos previsto en nuestra legislación y que se presenta exclusivamente ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De igual la *excepción de inconstitucionalidad*.

No obstante, en otros procesos constitucionales, como en el caso del amparo en nuestro país, cualquier juez tiene la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, lo que se da en llamar el control difuso. El *mixto* pues conjuga ambos modelos.

En ese orden, avancemos al segundo planteamiento, respecto a la calibración del orden constitucional refractado en el organismo u organización judicial, o lo que es lo mismo, si un juez de cualquier fuero (civil, penal, laboral, u otros) tiene lo suficiente para mostrarse con las galas de un *juez constitucional*.

Apuramos nuestra respuesta: tristemente todavía la labor carece de sustentos formativos y tal privación se vislumbra en cada fallo, y lo sentimos al decir, pero también asestamos en acreditar nuestros dichos. Para el caso, la misma resolución judicial objeto de análisis en este trabajo es la muestra predilecta al que nos asimos.

## 5.2. El control de convencionalidad

Si lejos estamos de la *constitucionalización* de nuestros fallos judiciales, pues la *convencionalización* es una tarea muchos más empinada, si bien, en honor a la verdad, atisbos se muestran<sup>3</sup>. Pudimos señalar más arriba que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se constituye en un órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cuando el Estado es signatario del Pacto de San José y acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, técnicamente opera una invocación en su sistema normativo interno que conlleva varios efectos, como ser la variación de parte de sus preceptos o el ajuste pertinente, o quizás simplemente la validación, reflejo de su carta política con la Convención. Es decir, el *control* se ajusta a la Convención, de allí el nombre derivado.

La supremacía de la Convención Americana sobre la constitución de un país determinado, es materia de mucho debate entre los juristas, dado que los textos de cada una de las cartas políticas difieren en tal sentido, y lo que aún es más “traumático”, la misma soberanía se encuentra entredicha ante la injerencia de un organismo internacional<sup>4</sup>. Sobre esto último nos reservamos nuestra opinión para otro trabajo, pero sobre lo primero cabe mencionar que no creemos que exista supremacía alguna, sino más bien que siendo el objeto de conocimiento los derechos humanos, pues prevalece el que plasme las adecuadas garantías para el respeto de los mismos.

Si de alguna vulneración de *derechos humanos* se diere, pues poco importan conceptos de territorio o soberanía, debiendo prevalecer la protección jurídica de los derechos fundamentales del ser humano.

## 6. Radiografía de un caso concreto en Paraguay

En Paraguay, cualquier persona goza del derecho a la información pública sin necesidad de justificar el interés o motivo por el que intenta obtenerla.

El artículo 28 de la Constitución de la República del Paraguay del año 1992, al respecto señala que *las fuentes públicas de información son libres para todos*, texto que se repite luego en el artículo 2º de la Ley N° 1.682, a través de su modificatoria (Ley N° 1.969).

Entonces, si la información obra en estamentos de esa índole, dichos órganos públicos deben facilitarla al requirente, sin ninguna imposición de obstáculos o restricciones posibles, pues la misma naturaleza de la información se centra en la publicidad y transparencia.

El caso que se trae a colación fue resuelto por el Acuerdo y Sentencia N° 1.306, y en su parte analítica reza:

Que, el caso que nos ocupa tuvo su origen en la petición de acceso a la información que el Sr. J.D.V.T. realizó al señor Intendente Municipal de la Ciudad de San Lorenzo el día 4 de mayo de 2007, en la que le requirió *“copia impresa de cantidad de empleados contratados y nombradas, con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y*

<sup>3</sup> La Corte Suprema de Justicia de Paraguay había expuesto cuanto sigue: *“Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo en consecuencia lógica y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional”*. CSJ, Acuerdo y Sentencia N° 1.306, del 15 de octubre de 2013, párrafo 20.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY inicia su exposición titulado el punto 1.1. La transformación de la soberanía y el rotula el siguiente ítem como: 1.2. La “soberanía de la Constitución”. Expresa cuanto sigue: *“En esa idea de soberanía –entendida originariamente como situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política- se encontraba implícito, in nuce, el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. De ahí derivaba para el Estado –de cara al interior- la necesidad de atenuar a sus antagonistas y –de cara al exterior- la tendencia, alimentada por la economía y la ideología, al imperialismo... Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados... Estos factores demolidores de la soberanía, cuya fuerza había sido amortiguada, al menos en parte, por las exigencias de cohesión derivadas del conflicto entre Este y Oeste, justifican hoy, quizás con nuevos motivos... La respuesta está contenida, precisamente, en lo que llamamos el “Estado constitucional” y en la transformación de la soberanía que el mismo comporta”* (ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 11-12).

salarios respectivos de los que se encuentran trabajando en los distintos departamentos de la municipalidad de San Lorenzo”. Invocó a favor de su derecho los arts. 1, 28 y 45 de la CN, así como “los instrumentos internacionales que en la materia el Paraguay ha ratificado” (fs. 13 del expediente del juicio de amparo).

Pues, la nómina de servidores públicos en nuestro país se traza con algunos moldes muy propios de la corrupción del mandamás de turno que contrata a cuanto compatriota de la misma línea partidaria se enrola, a fin de arrimar el hombro a quienes adeuda cierta militancia.

Es una dolencia que enfrentamos desde hace tiempo, por supuesto no en todas las instituciones públicas.

Desconocemos el trasfondo en sí del pedido, si fue o no por el motivo enunciado en el párrafo anterior, pero en fin, requisitoria de por medio el accionante fue reclamando ante las instancias respectivas la información de carácter público mencionada.

Al no obtener los resultados esperados o por lo menos, la negación expresa, el citado requirente activó la jurisdicción.

### **6.1. Las respuestas de la primera y segunda instancia. Errores**

Las instancias de primer y segundo grado asestaron sus juzgamientos como parte de una interpretación privativa del posicionamiento pragmático sugerido, sin socavar los lineamientos básicos constitucionales.

El fallo de primera instancia, luego de centrar jurídicamente las cuestiones debatidas, concluyó por el rechazo de la acción de amparo.

El presentante utilizó el proceso constitucional de amparo para reclamar ante el órgano jurisdiccional que se cumplan las disposiciones establecidas en la Carta Magna, en particular lo referente a la información de carácter público.

El juzgado en su razonamiento negó lo solicitado por el accionante. Transcribimos del fallo de la Corte que se refería a lo dicho previamente por el Tribunal de Apelación, como sigue:

“El amparo fue denegado, por el a quo. El art. 40 de la CN establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho, pero, debe hacerse “según las modalidades que la Ley determine”. La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe establecerse por Ley. Y, la Ley 1682 en sus arts. 4 y 5 y su modificatoria la Ley 1969/02, establecen que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, debe tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada vía amparo constitucional es improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”. La denegación por parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la 1682/00. Por otra parte no ha referido cual es el daño que le ocasiona la falla de provisión de dichos datos al peticionante. Al faltarle el primer requisito mencionado es suficiente para confirmar el rechazo del amparo, por tanto, debe confirmarse la SD. N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008, con costas, a la parte perdedora”.

La Ley N° 1.682 y su modificatoria prevén algunos pocos parámetros sobre la información de carácter privado, siendo más bien reguladoras de aquellas informaciones conocidas como de *carácter privado patrimonial* (artículo 5 y siguientes).

El rechazo del proceso constitucional de amparo se fundó en dicha ley.

Luego, también el Tribunal de Apelación refirió cuanto sigue:

El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la Ley a la autorización de los afectados, la petición realizada vía amparo constitucional es improcedente al no adecuarse al art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”.

Y para concluir, el Tribunal de Apelación dispone que:

La denegación por parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la 1682/00.

Esos fundamentos fueron suficientes para denegar el derecho constitucional requerido por un ciudadano.

La argumentación del Tribunal se anclaba en el choque de trenes de dos derechos constitucionales, es decir el de la intimidad y el de informarse.

24. Que, el Tribunal *Ad-quem* ha sostenido que: “*El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad*”.

El juzgamiento de ese lado de la calzada, deniega el reclamo, por no considerarlo dentro de los preceptos constitucionales (si habláramos en términos de *calibración*, sencillamente encontramos terriblemente desajustada la constitucionalidad del fallo).

Nótese que el juzgamiento razona en base a posicionar ese planteamiento requerido como indebido, pues –según la explicación- lesiona otros derechos fundamentales. Está también bastante claro que las distinciones no son tan nítidas como quisiéramos y en más de una oportunidad las confusiones aparecen patentes. La misma Corte hace referencia a ello en el párrafo 15 exponiendo:

Que, en consecuencia, y atento el sentido de lo resuelto por el Tribunal *Ad-quem*, la cuestión a decidir versa sobre el aparente conflicto de dos derechos consagrados en la Constitución: el derecho a informarse (art. 28) y el derecho a la intimidad (art. 33).

Y por último sobre el ítem diremos que afortunadamente el accionante fue perseverante y llegó hasta nuestra Corte Suprema de Justicia. De haberse quedado con dos patentes y latentes rechazos, pues quizás no se hubiera generado lo que dimos en llamar la apertura a una suerte de caja de pandora por parte del máximo órgano judicial, dado que aquel fallo dictado por el mismo (Acuerdo y Sentencia N° 1.306), derivó en una gran cantidad de tangentes –algunas hasta casi inimaginables-, e incluso, a estas horas, promulgada la Ley N° 5.189. A estas horas, también se promulgó la Ley N° 5.282 de Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental (setiembre/2014).

## **6.2. La solución de la Corte Suprema de Justicia ajustada al control de convencionalidad**

La metodología adoptada por la máxima instancia representó el examen somero del sistema positivo nacional (Ley N° 1.682, su modificatoria la Ley N° 1.969 y el artículo 68 del Código de Organización Municipal, Ley N° 3.966, por un parte, y por la otra, el artículo 143 del Código Penal). De allí, siguiendo ese mismo escrutinio tocó el artículo 28 de la Constitución.

A partir de ello previene el estudio de la Convención Americana de los Derechos Humanos (para nuestro país la Ley N° 1/89) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 5/92).

Ya en ese tren de razonamiento esgrime sobre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (citando el caso “*Claude Reyes vs. Chile*”) y agrega:

20.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención, siendo en consecuencia lógico y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional.

21.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo citado...

22.- Que, la interpretación dada en este caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ajusta plenamente a nuestro régimen constitucional, caracterizando con precisión los alcances y las condiciones de aplicación del derecho de acceso a la información, criterios que son igualmente aplicables en la República del Paraguay.

Mirando el vaso medio lleno, cabría celebrar la inclinación propuesta por la Corte y con ello la solución dada, enmarcada en el respeto de los derechos fundamentales del solicitante. Ahora, con la mirilla en el vaso medio vacío, pues no sorprende la escasa

formación de nuestros juzgadores en tanto y en cuanto al conocimiento en temas de derechos humanos, faltó realmente que tanto el órgano jurisdiccional de primer grado y aún más el de segundo, advirtieran aunque sea someramente lo que ocurría tras ese telón.

Esa conjugación calibrada de la justeza constitucional del fallo, enmarcado – adelantándonos en nuestras apreciaciones– al hilo convencional, refleja la nitidez tallada en el juicio propio de la democracia y el imperio. Lo primero, reflejo del Estado Constitucional de Derecho, que en términos análogos a la sistemática normativa, es el ajuste o centralización del juzgamiento en las vertientes preceptivas de la Carta Magna. Lo segundo, garantizando a la persona el respeto de sus derechos.

## 7. Conclusiones

No caiga en duda que el actual lenguaje sorprende a un porcentaje numeroso de operadores jurídicos. Es interesante convenir que en la materia la novedad –primordialmente en lo que conocemos de nuestro entorno- es nutrida.

Por ello a modo de comparación recordamos que entre los años 1875 y 1889 grandes pensadores y filósofos propusieron un lenguaje de tinte universal, uno de ellos muy recordado denominado “*Esperanto*” y el otro “*Volapük*”. Sus creadores, genios de la humanidad, reflexionaron que al ser humano requiere la universalización del lenguaje, a fin de que con esa claridad, todos se entiendan. Es decir, que todos hablen el mismo idioma omitiendo por siempre desentendidos o interpretaciones erróneas, para una comunicación verdadera y fluida.

La propuesta mencionada aplicada a nuestra temática revela que si de un rediseño de los juzgadores se cuenta, pues sencillamente todos debemos hablar el mismo idioma, decantándose por inercia aquel que pretenda fuera de los parámetros propios de la democracia, de la libertad, de la igualdad y la justicia, emprender postulados ajenos al respeto de los mismos.

El juez, en primera línea, y los demás en segunda, enfrentan la misión de enarbolar los derechos fundamentales como parte de la función rutinaria, contando para ello con todos los instrumentos necesarios, comenzando con la misma Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

Los enormes juristas que gastaron hasta el último aliento en repetir que la base de una sociedad democrática se fortalece en la actuación judicial, no se equivocaron en lo más mínimo.

Ahora bien, a todo de debate, preguntémosnos si es suficiente cargar a nuestros jueces de los diferentes fueros (civiles, penales, laborales, niñez y adolescencia) la pesadísima gabela que representa conocer y resolver cuestiones de procesos constitucionales.

¿No nos encontramos en un momento histórico –en el caso paraguayo en específico– cuando en la altura nos permita proponer un código procesal constitucional?, ¿cabría entre el papeleo que se acumula en sede legislativa alguna moción a favor de la jurisdicción constitucional? ¿Cuánto más en lo referente a la organización judicial?

Milita una regeneración de nuestros jueces, del perfil que adoptarán los juzgadores atendiendo al catálogo predicho, incrustado en el diario constitucionalismo judicial. Se suma a todo esto una fulgurante tecnologización del proceso judicial, también en puerta de los despachos judiciales, para su inserción correspondiente. Están preparados los mismos, se encuentran las pistas de abordaje respectivas.

Estas interrogantes –en torno en exclusividad a nuestro país, pues varios Estados de la región se adelantan en esa labor, para el caso Perú, Bolivia y otros-, debiéramos comenzar a realizarlas en el contexto de innumerables trabajos para confrontar nuestra realidad en cuanto a dichos temas y advertir, si es necesario, que se inicie inmediatamente la adecuación respectiva. Por de pronto mi pequeña contribución está dada.

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD  
INTERNACIONAL: LA GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
DE LAS VÍCTIMAS DEL DAÑO CAUSADO POR EL ESTADO MIEMBRO DEL  
SIDH.**

José López Oliva<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos SIDH, está conformado por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. La nombrada Corte profiere sentencias que dirimen conflictos generados entre los particulares y el Estado miembro del Sistema, a través de la denominada jurisdicción interamericana; los fallos emitidos por los jueces interamericanos contienen las pruebas practicadas, que fueron valoradas en conjunto por jueces que aplicaron la Convención Americana de Derechos Humanos. El SIDH y los órganos que lo conforman, dirimen conflictos donde se involucran la vida, la integridad física, la dignidad humana, entre otros, que pueden ser vulnerados por los Estados miembros del Sistema. Los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional extracontractual por falla en el servicio por acción u omisión, donde opera la denominada responsabilidad por culpa probada, es decir, le corresponde a la víctima del daño probar el hecho, el daño generador de perjuicios, y además probar que éste se produjo por causa del ente estatal.

De lo anteriormente señalado, se esboza el problema de investigación relacionado con la responsabilidad internacional, y la carga de la prueba aplicable en este tipo de procesos jurídicos, donde se involucra a un Estado miembro del SIDH. El problema se plantea de la siguiente manera:

¿Son vulnerados los derechos de las víctimas de la responsabilidad internacional, al ser aplicada la responsabilidad por falla probada del servicio a cargo del Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? La hipótesis o respuesta al problema de investigación planteado, es que efectivamente se vulneran los derechos de las víctimas del Estado, con la aplicación de la responsabilidad por falla probada; derechos a la verdad, la justicia y a la reparación integral, instituidos estos como derechos humanos y fundamentales, de acuerdo a lo indicado por la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por los Estados miembros del SIDH.

Con el objetivo de demostrar lo afirmado anteriormente, este texto resultado de una investigación exploratoria de revisión con enfoque cualitativo, se estructura de la siguiente manera: en principio (1) se hace alusión al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los órganos que lo integran, para enseguida (2) estudiar lo atinente a la aplicación de la carga de la prueba por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. A su vez, (3) son analizadas las doctrinas de la carga de la prueba en responsabilidad del Estado contractual y extracontractual, (4) las obligaciones de medios y de

---

<sup>1</sup> Abogado, profesor e investigador, conferencista a nivel nacional e internacional, docente universitario de pregrado y postgrado. Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. Director de la Línea de Investigación en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros UMNG. Ex-Director de Área. Magister en Derecho de la Universidad de los Andes, Magister de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Derecho Penal y Probatorio de la Universidad del Rosario. Con estudios de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); doctorando en Bioética médica y salud pública en la UMNG. Docente certificado a nivel internacional por la *Life Office Management Association, Inc* – Loma, con sede en Atlanta-Georgia (USA). Tradadista y ensayista de textos de contenido socio-jurídico. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. [Jose.lopez@unimilitar.edu.co](mailto:Jose.lopez@unimilitar.edu.co)

## NEOPROCESALISMO

resultado y (5) las obligaciones positivas y negativas, siempre realizando la crítica pertinente relacionada con la inconveniencia de la aplicación de la teoría de la falla probada a cargo de la víctima. Al finalizar, se hace alusión a los (7) eximentes de responsabilidad, (8) y se establecen situaciones en las que se aplica la falla presunta del Estado. Por último, se indican algunas reflexiones o hallazgos encontrados en la investigación que se presenta en este texto.

### **1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la internacionalización del derecho de daños**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha tenido gran influencia en el proceso de internacionalización del derecho de daños en el contexto Latinoamericano. La jurisprudencia del SIDH ha comenzado a aplicarse de forma gradual en las decisiones de los tribunales constitucionales colombianos, así como de los países que hacen parte del citado Sistema, generando de esta manera el denominado precedente jurisprudencial que integra los protocolos de prueba pertinentes; precedente, que hace alusión a la aplicación de las reglas utilizadas en la sentencia anterior, que dieron lugar a la resolución de una cuestión jurídica particular, y por este hecho su *ratio decidendi* tiene fuerza vinculante<sup>2</sup>. En este sentido, la *ratio decidendi* es aplicable también en la jurisdicción interna de los Estados que forman parte del SIDH, y en los procesos donde se aplica la jurisdicción interamericana; procesos donde es posible la demanda de medidas de preservación de bienes o derechos que están en conflicto, antes de proferirse la sentencia definitiva<sup>3</sup>.

#### **1.1. La creación del Sistema Interamericano y el amparo de los derechos humanos**

El SIDH se encuentra en la actualidad solucionando fuertes debates, donde se ven involucrados los derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad humana, a la igualdad, a la autonomía de la voluntad, entre otros, con la utilización de medios de prueba pertinentes y conducentes. El sistema, procura definir las prioridades temáticas y toda su lógica de intervención en los países que integran la Convención Americana de Derechos Humanos. Convención que nace en noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, a través de la conferencia especializada e interamericana sobre derechos humanos. En la citada conferencia, los delegados de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en el mes de julio de 1978, al depositarse el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 292/06. Referencia: expediente T-1222275. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 6 de abril de 2006. p 3. Para ampliar el tema relacionado con el precedente vinculante, Cfr. LOPEZ OLIVA, José. El precedente vinculante y el derecho de daños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho Procesal Constitucional: garantías fundamentales, Constitución y proceso. Paraguay, Encarnación: Editorial Hesaka SRL. 2014. pp. 461- 477.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. “Las Medidas Provisionales en el Derecho Internacional ante las Corte y Tribunales Internacionales”. Editorial la ley, Buenos Aires, 2004, p.1 En: ARIAS GARCÍA, Yarina; Espaliat, Astrid (Contribution by). Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: su contribución al derecho internacional de los derechos humanos. Chile: B - Universidad de Santiago de Chile, 2011.

<sup>4</sup> “[...] A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012. [...] Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención. Tal declaración, la

## NEOPROCESALISMO

A su vez, el SIDH encuentra un nuevo escenario político y jurídico regional, con democracias deficitarias donde se evidencia la exclusión, con un diferente escenario político con patrones estructurales que interfieren y afectan el ejercicio práctico de los derechos, de las personas que conforman los países que se someten a la jurisdicción interamericana. Con el objetivo de amparar los derechos de las personas, es relevante señalar que en principio se debe priorizar la función subsidiaria de los sistemas internos de protección, con las disposiciones pertinentes relacionadas con la carga de la prueba en la responsabilidad del Estado; al mismo tiempo, se debe procurar porque los principios y estándares de respeto a los derechos humanos, “[...] se incorporen no sólo en la doctrina de los tribunales, sino en la orientación general de las leyes y las políticas de gobierno”<sup>5</sup>. Lo anterior, se reitera, “[...] Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. [...] Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”<sup>6</sup>

Los citados órganos multilaterales, tienen la función de proteger los derechos humanos de los ciudadanos que hacen parte del SIDH; Comisión y Corte interamericanas, que hacen uso de las doctrinas pertinentes, relacionadas con la carga de la prueba en responsabilidad internacional, tema que será abordado a continuación.

## **2. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la carga de la prueba aplicada en la Comisión y Corte interamericana de derechos humanos**

El derecho internacional público y privado está compuesto por normas reglas y principios que propenden por la defensa de los derechos humanos, de las personas que integran los países que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos. Derechos que son estudiados tanto por el derecho internacional privado como público, en áreas que promueven la garantía de la protección de los derechos de las personas<sup>7</sup> en el contexto interamericano; derechos fundamentales que pueden ser vulnerados por el Estado, a quien le debería corresponder probar la ausencia de falla para eximirse de su responsabilidad local o internacional. En este orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se construye sobre la categoría de auto-responsabilidad, porque comporta para el Estado “[...] el mantenimiento de una determinada actitud, en modo alguno sujeta a coacción, en orden a evitar las resultas negativas que para su interés particular tendría la no satisfacción de tal exigencia”<sup>8</sup>. Por ende, al no probar su ausencia de responsabilidad, el Estado estará sujeto a las investigaciones y sanciones proferidas por los tribunales internacionales. Así,

---

Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la persona, fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948 “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Extraído 19/09/2014 desde <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de>

<sup>5</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. Sur, Rev. int. direitos human. 2009, vol.6, n.11, pp. 6-39.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit.

<sup>7</sup> Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001

<sup>8</sup> YAGUEZ, Ricardo de Ángel. Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba. Editorial Civitas. Madrid, 1999. p. 86

*“Frente a las masivas violaciones a los derechos humanos y a la impunidad que suele acompañarlas, el trabajo jurisprudencial de los tribunales internacionales de derechos humanos, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo abren nuevas perspectivas. Mediante la construcción de criterios, algunos ya recepcionados en los ordenamientos internos como la imposibilidad de aplicar amnistías, prescripciones e indultos a las más graves violaciones a los derechos humanos, se intenta superar los obstáculos que por años han dificultado la investigación de los hechos<sup>9</sup> y la protección de la víctima. Entre los muchos aportes verificados a lo largo de estos años, queremos hacer mención a algunos asuntos menos abordados por la doctrina y la jurisprudencia comparada, dado que es posible prever que en el futuro alguno de ellos también tenga cabida o sea debatido en el ámbito del derecho interno”<sup>9</sup>.*

Por consiguiente, los jueces y tribunales internos de los países que se acogen a la jurisdicción interamericana al aplicar las disposiciones de cada país, están sometidos a esta jurisdicción y a la supremacía de las normas convencionales. A su vez, si un Estado ratifica la Convención Americana, los jueces deben concordar con lo dispuesto en el citado acuerdo, por el hecho de salvaguardar los efectos de las disposiciones consagradas en la Convención; de aplicarse leyes contrarias a la nombrada Convención en su objeto y fin, sus efectos jurídicos serían revocados. “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>10</sup>. Convención que es aplicada por la Comisión y Corte interamericanas de Derechos Humanos.

### **2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de la teoría de la carga de la prueba**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos CoIDH, hacen parte del denominado sistema interamericano que protege los derechos humanos de las personas. A su vez, la Comisión es un órgano de carácter consultivo de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>11</sup>, que evidencia “[...] lo que se cree ha sido una

<sup>9</sup> GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Santiago de Chile: Revista chilena de derecho, v. 34, n. 3, dic. 2007.

<sup>10</sup> Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C N° 162. Voto Juez García Ramírez, párr. 173. Conf. Caso Almonacid Arrellano y otros, nota 6, párrs. 123 a 125. En: HITTERS, Juan Carlos. La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que ‘rompe’ (aunque sea el estado) ‘paga’. Chile: Red Estudios Constitucionales, 2009. Así las cosas, al operador judicial le corresponde “[...] en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista) puede y debe ejercer su competencia”. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme”, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083

<sup>11</sup> “La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional [...] La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en

conducta contraria a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otra norma similar”<sup>12</sup>. La Comisión trata de establecer sus criterios a través de las pruebas allegadas a la respectiva denuncia, pero también la Convención debe proveerle los mecanismos para hacerlo, donde la doctrina de la carga de la prueba se instituye en una parte significativa en la aplicación del derecho por la responsabilidad internacional en que incurre un Estado; así las cosas, no únicamente el principio de la distribución de la citada carga “[...] debe deducirse del modo de la aplicación del derecho, sino que también deben serlo los detalles de la distribución, a menos que estos estén valorados ya mediante una norma expresa sobre la carga de la prueba o mediante una presunción legal”<sup>13</sup> o convencional. En tal sentido,

*“The rights accorded to states under international law imply responsibilities. States are liable for breaches of their obligations, provided that the breach is attributable to the state itself. A state is responsible for direct violations of international law—e.g., the breach of a treaty or the violation of another state’s territory. A state also is liable for breaches committed by its internal institutions, however they are defined by its domestic law; by entities and persons exercising governmental authority; and by persons acting under the direction or control of the state. These responsibilities exist even if the organ or entity exceeded its authority. Further, the state is internationally responsible for the private activities of persons to the extent that they are subsequently adopted by the state”*<sup>14</sup>.

De acuerdo a lo señalado con antelación, se reitera que la CIDH es el órgano encargado del amparo de los derechos fundamentales, de las personas que integran los países que hacen parte del SIDH; derechos, que han sido vulnerados por el Estado a través de sus funcionarios o por los particulares. El SIDH es creado en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Santiago de Chile en 1959. Por su parte, la función inicial de la CIDH se orientó a la promoción del cumplimiento de los derechos humanos indicados en la Declaración Americana<sup>15</sup>. En suma, la función de la CIDH es la promoción de la defensa de los derechos humanos de las víctimas del daño, producido por un funcionario del Estado o por un ente estatal, con la generación de esta manera de la denominada responsabilidad internacional, donde la Comisión valora en principio los hechos que ocasionan un daño a la persona en su intimidad, igualdad, libre determinación, entre otros<sup>16</sup>.

---

enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997. Cfr. Organización de los Estados Americanos (OEA). Acerca de la OEA. Extraído 10/03/2014 desde [http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)

<sup>12</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Incidencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno. Chile: Red Estudios Constitucionales, 2009.

<sup>13</sup> ROSEMBERG, Leo. La carga de la prueba. Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa – América (EJEA), 1956. p. 11

<sup>14</sup> SHAW, Malcolm. The responsibility of States. Chicago: Encyclopedia Britannica. 3-6-2014. Extraído 21/09/2014 desde <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233508/The-responsibility-of-states>

<sup>15</sup> MONTERISI, Ricardo Domingo. Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010. su Estatuto original fue aprobado por el Consejo de la OEA el día 25 de mayo de 1960, y sus actividades empezaron el 3 de octubre del citado año.

<sup>16</sup> Es el caso de la “[...] prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres”. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Asimismo y en otro contexto, el Tribunal

## 2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos CoIDH, al contrario de las funciones atribuidas a la CIDH, profiere sentencias condenatorias o absolutorias por la responsabilidad internacional en que han incurrido los Estados sometidos al SIDH, de acuerdo las pruebas presentadas, practicadas y valoradas por los jueces interamericanos. Fallos relacionados con la vulneración al derecho a la igualdad, a la vida e integridad física de las personas, o la vulneración de los derechos de las personas en estado de

---

Europeo de derechos humanos, protege a los embriones humanos: "La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TUE) promulgó una sentencia por la que prohíbe patentar tecnologías para obtener células madre basadas en la destrucción de embriones humanos. Algunos elogian la decisión como un paso jurídico gradual, aunque importante, hacia la protección internacional de toda vida por nacer. [...] «Por primera vez, el TUE aclara, de una forma que es vinculante para 27 Estados Miembros, que la vida humana comienza en la concepción, y que merece protección jurídica», comentó Jakob Cornides, abogado de derechos humanos residente en Bruselas y especialista en asuntos jurídicos europeos. «Esto pone fin a todos los intentos de afirmar que el blastocisto, el embrión o el feto "todavía no" son humanos». [...] El caso tiene una historia un tanto intrincada. La agrupación medioambiental izquierdista Greenpeace presentó el primer recurso legal en Alemania contra una patente del científico Oliver Brüstle, titular de una patente para producir células progenitoras neuronales a partir de líneas de células madre embrionarias. Greenpeace se basó en una directiva de la Unión Europea que establece que se excluyen de la patentabilidad las técnicas con células madre si requieren la destrucción de embriones humanos. [...] A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, los asuntos de bioética no están divididos políticamente entre izquierda y derecha. El interés de Greenpeace refleja la amplia oposición de la sociedad alemana (que se apoya en una aversión común por la mentalidad eugenésica promovida por el régimen nazi en el país durante las décadas del treinta y del cuarenta) a cualquier clase de comercialización de técnicas destructoras de la vida, como es la investigación con células madre embrionarias. [...] Tras el fallo del Tribunal Federal de Patentes de Alemania favorable a Greenpeace, Brüstle apeló ante el Tribunal Federal de Justicia de ese país. Antes de pronunciar sentencia, la Corte refirió el asunto al TUE para determinar si la directiva de la UE se aplica universalmente a toda investigación con embriones. [...] En su resolución, el TUE afirmó rotundamente que sí. «Así, el contexto y la finalidad de la Directiva revelan que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana», señaló el Tribunal el pasado 18 de octubre. «De ello resulta que el concepto de "embrión humano" debe entenderse en un sentido amplio. De este modo, el Tribunal de Justicia considera que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, debe considerarse un "embrión humano", habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano». [...] Aunque la decisión del TUE sólo protege a los embriones en circunstancias que suponen patentes comerciales y no los preserva de la muerte para ser utilizados en investigaciones de índole no comercial, los especialistas en derecho que están a favor de la vida dicen que sienta un precedente judicial clave. «Esta decisión protege la vida y la dignidad humana en su desarrollo temprano», sostuvo el Centro Europeo para el Derecho y la Justicia, con sede en Estrasburgo (Francia). [...] Organizaciones europeas están presionando para que se aplique de manera más amplia este precedente legal que ratifica la vida. «Esperamos que la Comisión Europea evalúe el próximo Programa Marco de Investigación a la luz de esta sentencia y que realice ajustes donde sea necesario», dijo Sophia Kuby, Directora del European Dignity Watch. «La UE no puede continuar financiando investigaciones que implicaron la destrucción de embriones humanos, como lo ha hecho hasta ahora». [...] Cornides coincide en que la decisión del TUE tendrá mayores consecuencias. «El fallo concierne directamente sólo al problema de la patentabilidad», observó. «Pero ciertamente tiene amplias repercusiones en temas como el aborto, la FIV, la investigación con células madres en general, la donación de óvulos, etcétera. Deberíamos analizar la sentencia y aprovecharla al máximo». Cfr. TOM MCFEELY. Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege a los embriones humanos, traducido por Luciana María Palazzo de Castellano. Extraído 20/09/2014 desde <http://www.fluvium.org/textos/vidahumana/vid373.htm>.

discapacidad<sup>17</sup>. La CoIDH está conformada por siete jueces<sup>18</sup> de países miembros del SIDH, expertos en el amparo de los derechos humanos, en derecho procesal constitucional y en derecho sustancial<sup>19</sup>; jueces interamericanos que tienen la responsabilidad junto con las partes involucradas en el proceso por responsabilidad internacional, de desplegar una actividad encauzada a la colaboración de la investigación del conflicto, con el objetivo de lograr la protección del interés superior: la recta aplicación del derecho objetivo<sup>20</sup> en la jurisdicción interamericana. Fallos como el siguiente son proferidos por la CoIDH, en este caso en contra del Estado mexicano:

*“El 15 de diciembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) notificó a las partes su resolución dictada el 23 de noviembre del mismo año en el caso Radilla Pacheco. Ésta es la tercera sentencia de condena en contra del Estado mexicano en los últimos dos años y la cuarta sentencia que emite respecto a México ese órgano a diez años de haber sido reconocida su competencia contenciosa. Los temas de que se ocupa la sentencia y la forma en que son desarrollados bien ameritan un análisis minucioso, ya que por ejemplo, conoce de hechos ocurridos en 1974 pese a que México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que es la base normativa del funcionamiento del sistema interamericano— en 1981 y reconoció la competencia de la CoIDH el 16 de diciembre de 1998, por tratarse el caso de una violación continua o permanente como lo es la desaparición forzada de personas y las consecuencias de ésta, con lo cual, esa Corte cambia en parte sus criterios anteriores en casos similares a éste.”*<sup>2</sup> También destaca que, en la parte considerativa

---

<sup>17</sup> Es relevante señalar lo siguiente: “[...] la ley tiene predominancia total frente a la costumbre y la jurisprudencia. En Francia, al menos, la jurisprudencia y la costumbre eran formas de creación del derecho propias del detestado *ancien régime*. Los códigos post-revolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que solo se puede expresar por medio de la ley. En especial, la costumbre y la jurisprudencia tan solo representaban voluntades políticas particulares y tendían a conceder y preservar derechos particulares provenientes del status de las personas, violando con ello las máximas de generalidad, impersonalidad e igualdad propias del derecho post-revolucionario y propias de la concepción ilustrada del derecho que se expandía por occidente”. LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Legis Editores S.A. Bogotá. 2006.

<sup>18</sup> Convención Americana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José). art. 52. Asimismo, es importante señalar que “[...] Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente”. Convención Americana sobre derechos humanos. Op. cit., art. 54.

<sup>19</sup> “[...] al incorporar los contenidos propios del derecho procesal, sus elementos constitutivos, sus instituciones y mecánicas, introduce aspectos funcionales a la definición estática de las nociones constitucionales, especialmente en relación con la ejecución de los derechos fundamentales y los modos de resolver las frecuentes violaciones. A su vez, el derecho procesal cobra una nueva perspectiva como estructura viabilizadora de la eficacia de las instituciones constitucionales, superando la caracterización más común como medio para resolver los conflictos intersubjetivos. El balance muestra una potenciación de ambas disciplinas que se concreta en otra distinta y particular, caracterizada por problemáticas específicas más relacionadas con la funcionalidad de las instituciones democráticas y su misión realizadora del Estado de Derecho. La proyección es superadora tanto para el derecho procesal como para el constitucional y permite especular sobre la evolución desde los aspectos formales del derecho hacia la elaboración de nuevos y originales mecanismos jurídicos para la efectiva protección y promoción de los derechos humanos”. LORIANO, Adelina. *La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Experiencias y perspectivas*. Buenos Aires: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 7, número 13, 2009, ISSN 1667-4154. p 183

<sup>20</sup> MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, Bogotá. Editorial Temis, 1989, p. 177.

NEOPROCESALISMO

*determina que es inválida la reserva formulada por México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, porque no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la misma, pero no ordena que sea retirada ni señala nada a ese respecto en las medidas de reparación ni en los resolutivos de la sentencia. O bien, que teniendo elementos suficientes para pronunciarse respecto al artículo 13 de la Convención Americana en cuanto al acceso a la información bajo control del Estado<sup>3</sup> se limitó a reconocer el derecho de acceso al expediente por las víctimas como parte de las garantías del debido proceso sin avanzar en el sentido que ya lo había hecho en el caso Claude Reyes<sup>4</sup><sup>21</sup>.*

En este sentido, para dirimir las controversias por responsabilidad internacional, la CoIDH utiliza la doctrina de la carga formal y la carga material de la prueba. De un lado, la carga formal de la prueba está relacionada con la necesidad que tienen las partes, de aportar las pruebas pertinentes con el objetivo de probar la responsabilidad del Estado o la ausencia de ésta. La obligación es inexistente en las cuestiones de fallecimiento por ejemplo, que requiere de una prueba cualificada (*adsolemnitatem*), a la cual puede acceder el juez para acudir a la fuente de verdad<sup>22</sup>. De otro lado, en relación con la carga material de la prueba en responsabilidad internacional, quien demanda hacer valer un derecho debe demostrar los hechos constitutivos del mismo, el daño y el nexo de causalidad; asimismo, debe probar la existencia, inexistencia o la extinción de un derecho u obligación y además probar los hechos que impiden presentar la prueba para que el juez interamericano adopte las acciones pertinentes.

Sin embargo, “[...] asignarle la prueba de los hechos constitutivos al actor y los impeditivos o extintivos al demandado no corresponde al carácter dinámico de la prueba; hay casos en los que la distinción entre los diferentes tipos de hechos se dificulta”<sup>23</sup>. Se considera que en el SIDH sea trasladada la carga de probar la diligencia, prudencia y observancia de los protocolos de la Convención americana de Derechos Humanos, al Estado investigado por la Comisión y la Corte interamericanas, con el objetivo de proteger a las víctimas quienes en la mayoría de los casos están imposibilitados de probar el hecho dañoso y la causa del mismo<sup>24</sup>. En el caso colombiano, se evidencia la gran cantidad de eventos generadores de un

<sup>21</sup> CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. v. 11, enero 2011.

<sup>22</sup> CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Práctica de la prueba judicial. Colombia: Ecoe Ediciones, 2009.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Entre las resoluciones más significativas para la protección de los derechos humanos de las víctimas de la masacre de Ituango en Colombia, se encuentra la siguiente: “Visto: 1. La Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida el 1 de julio de 2006 (en adelante “la Sentencia”) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”), mediante la cual el Tribunal dispuso que el Estado de Colombia (en adelante “el Estado”, “el Estado colombiano” o “Colombia”) debe: [...] 15. [...] llevar adelante las diligencias necesarias para proveer justicia en el [...] caso [;] 16. [...] brindar gratuitamente, y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran los familiares de las víctimas ejecutadas en el [...] caso [;] 17. [...] realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los ex habitantes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hayan visto desplazados puedan regresar a El Aro o La Granja, según sea el caso y si así lo desearan, en los términos del párrafo 404 [del] Fallo[;] 18. [...] realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del [...] caso, con presencia de altas autoridades, en los términos de los párrafos 405 y 406 [del] Fallo [;] 19. [...] implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requieran, en los términos del párrafo 407 de [la] Sentencia[;] 20. [...] fijar una placa en un lugar público apropiado en cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro, con el propósito de que las nuevas generaciones conozcan acerca de los hechos que dieron lugar al [...] caso. Lo anterior en los términos del párrafo 408 [del] Fallo [;] 21. [...] implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos



### **3. La carga de la prueba en la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado**

Existe una diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado<sup>27</sup>, que si bien es cierto comparten unos presupuestos necesarios para su configuración, se diferencian en cuanto a la exigencia probatoria de los citados presupuestos. Por regla general, en la responsabilidad extracontractual del Estado le corresponde a la víctima del daño, es decir al demandante, demostrar la existencia del mismo, la falla en el servicio y el nexo de causalidad existente entre el hecho generador de perjuicios, y la pérdida de las facultades del sujeto pasivo del daño. En este orden de ideas, cuando en el contrato celebrado entre el particular y el Estado se establecen obligaciones de medio, al momento de probar la responsabilidad la carga de probar se radica en la víctima del daño que genera perjuicios, al igual que en la responsabilidad extracontractual<sup>28</sup>.

Los elementos de la responsabilidad contractual son tres: el contrato celebrado entre el Estado y un particular, el incumplimiento del mismo y por último la causa del incumplimiento contractual. Por su parte, los elementos que integran la responsabilidad extracontractual del Estado son: el hecho doloso o culposo, el daño generador de perjuicios a la víctima y el nexo de causalidad entre el hecho y el nombrado daño estatal. No obstante, cuando el Estado genere un daño por responsabilidad extracontractual, es indispensable que despliegue su actividad de colaboración con los jueces interamericanos, en la investigación del hecho generador del daño, porque este en principio es desconocido para el juez; el Estado investigado por responsabilidad internacional, es el titular del poder de colaboración “[...] que encuentra su razón de ser en el interés de la parte misma en ver acogida en la propia demanda y que, de otro lado, coopera a actuar el interés superior en la recta aplicación del derecho objetivo”<sup>29</sup>.

#### **3.1. La carga de la prueba en responsabilidad contractual del Estado**

El Estado que hace parte del sistema interamericano puede causar un daño al ciudadano miembro del país que se acoge a la Convención Americana de Derechos Humanos, por el incumplimiento de un negocio jurídico celebrado entre las partes. En este caso, el régimen de responsabilidad aplicable en la jurisdicción contencioso administrativa es el de la responsabilidad contractual, donde se debe probar, de acuerdo a lo indicado anteriormente, la existencia de un vínculo jurídico convencional, la inobservancia de las disposiciones del mismo y la causa del incumplimiento que genera perjuicios a la víctima. En este

---

<sup>27</sup> “The subject of State responsibility was already regarded as a major area of interest in the development of international law in the first half of the twentieth century. It had been selected for codification under the League of Nations, and was one of the principal subjects of the unsuccessful conference in The Hague in 1930. In 1948, the United Nations General Assembly established the International Law Commission (“ILC”), and State responsibility was selected amongst the first 14 topics to be dealt with by the new body. [...] The first Special Rapporteur on the matter, F.V. García Amador (Cuba), began his work in 1956, submitting six reports between that year and 1961, focusing the work of the ILC on State responsibility for injuries to aliens and their property, while also dealing with general aspects of responsibility. Due to other commitments, the ILC did not discuss his reports in any detail. [...] By 1962, the idea that the ILC should shift its focus towards the “definition of the general rules governing the international responsibility of the State” (R. Ago) gained support. Professor Ago (Italy), as the second Special Rapporteur on the subject, submitted eight reports as well as a substantial addendum between the years 1969 and 1980. During that time, the ILC adopted 35 articles, which constitute the foundation of the articles on the origin and fundamental features of State responsibility (the current Part One of the Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, hereinafter “Articles”). CRAWFORD, James. *Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*. United Nations Audiovisual Library of International Law. 2012. p. 1.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 20001 -3103-005-2005-00025-01MP. Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D.C. 5/11/2013).

<sup>29</sup> MICHELI, Gian Antonio. Op. cit.

## NEOPROCESALISMO

caso, le correspondería probar al Estado la ausencia de la responsabilidad generadora de perjuicios, argumentando que el hecho dañoso se generó por una causa extraña; causa extraña que incorpora la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de la víctima o de un tercero, o en su defecto probar que su actuar en la relación contractual fue diligente<sup>30</sup>.

Por ende, las normas relativas a la carga de la prueba en responsabilidad internacional del Estado, no únicamente “[...] ponen al juez en condiciones de evitar el “*non liquet*” en la cuestión de derecho, siendo dudosa la cuestión de hecho, sino que también le prescriben, en tal caso, en forma clara y categórica, el contenido de su decisión, al imputar a una parte la incertidumbre de una circunstancia de hecho y al hacer que esta incertidumbre redunde en provecho de otra”<sup>31</sup>. Al presumirse la falla del Estado en la responsabilidad contractual, se protegen los derechos de las víctimas del mismo, porque es al ente gubernamental a quien le corresponde desvirtuar la responsabilidad administrativa; sin embargo, en la responsabilidad extracontractual del Estado, es la víctima quien está obligada a probar la negligencia del Estado, situación que representa una clara vulneración de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el daño estatal<sup>32</sup>.

### **3.2. La carga de la prueba en la responsabilidad internacional extracontractual del Estado**

De acuerdo con lo anterior, se reafirma que los elementos que integran la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado miembro del sistema interamericano son: en primer lugar, el hecho, que puede ser causado con intensión positiva de hacer daño, o por falla en el servicio por negligencia grave e injustificada de un agente del Estado; en segundo lugar, para que concurra responsabilidad internacional del Estado se requiere la existencia de un daño que genere perjuicios materiales e inmateriales, y por último se exige la comprobación de la causa del daño producido por el Estado a través de un agente suyo, o por el hecho de un tercero o de la víctima que demanda la indemnización integral de los perjuicios generados.

Por su parte, el Consejo de Estado de Colombia ha dispuesto que la víctima, en el caso concreto el paciente, quien pretende la reparación de los daños que causen perjuicios sufridos en un acto obstétrico, debe probar el daño, la falla en el servicio derivado del acto obstétrico y el nexo causal entre la falla y el daño; lo anterior, con el objetivo de establecer la responsabilidad de la entidad promotora o prestadora del servicio en salud demandada. En estos eventos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad del Estado, el indicio<sup>33</sup> puede ser el medio de prueba por excelencia “[...] para los

---

<sup>30</sup> La responsabilidad internacional del Estado integra un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros de los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Normas jurídicas que consagran derechos y obligaciones que deben ser acatadas. Cfr. REMIRO, A.; RIQUELME, R.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; ORIHUELA E. y PÉREZ-PRAT L., Derecho Internacional, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 1. Por su parte, “Para Couture, De Pina, Eisner, la carga de la prueba es deber e interés del proceso y de la justicia; el juez puede y debe decretar y recaudar pruebas de oficio a fin de lograr el conocimiento, la convicción y la certeza de los hechos constitutivos o integrantes del tema probatorio, sin que tal actuación desequilibre la igualdad probatoria entre las partes”. CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Práctica de la prueba judicial. Colombia: Ecoe Ediciones, 2009.

<sup>31</sup> ROSEMBERG, Leo. Op. cit. p. 58

<sup>32</sup> De acuerdo a lo indicado, “Probar los hechos jurídicos -según Coviellono constituye propiamente un deber, porque falta el derecho correlativo, y el que no prueba no puede ser constreñido a ello por nadie, perjudicándose solo así mismo, en cuanto su pretensión no será acogida por el magistrado. Por eso, la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice, una carga”. Cfr. CAÑÓN RAMÍREZ, Op. cit. p. 169.

<sup>33</sup> Los indicios hecho indicador a un hecho indicado útil para establecer la responsabilidad del Estado. En este sentido, “[...] para calificar a las fuentes y a los medios como datos empíricos en los que se apoya la prueba procesal, nos hemos inspirado en la llamada concepción racionalista o cognoscitivista del fenómeno probatorio, que presupone ciertas ideas matrices en torno al tema del

intereses del demandado, debido a las especiales condiciones en que se encuentra el paciente, frente a quienes realizan los actos médicos<sup>34</sup>. En general, en la responsabilidad médica extracontractual aplicable en el sistema interamericano de derechos humanos, le corresponde a la víctima probar la culpa o negligencia, definida como el error de conducta en el cual no habría incurrido el victimario prudente en las mismas circunstancias<sup>35</sup>.

Para proteger los derechos de las víctimas del daño causado por el Estado, la alta corporación que dirime los conflictos entre los particulares y el ente estatal, señalan que la presencia de un daño generador de perjuicios al momento del parto, cuando el embarazo se desarrolle en condiciones normales de acuerdo a los protocolos médicos, se constituye en un indicio grave de falla en el servicio en el acto obstétrico y de la relación causal entre el acto médico y el daño producido a la paciente<sup>36</sup>. En suma, en los procesos por responsabilidad extracontractual internacional producida por el Estado miembro del SIDH, “[...] son los sujetos de derecho los que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de

---

establecimiento judicial de los hechos. Básicamente, estas ideas se refieren al juicio, la verdad procesal y las pruebas. [...] La primera, en efecto, atañe al concepto de juicio jurisdiccional como "saber-poder", vale decir, una visión donde la tarea del órgano jurisdiccional es una combinación entre conocimiento del conflicto (*ventas*) y decisión del mismo (*auctoritas*)<sup>124</sup>. En nuestro Derecho, esta noción fundamental se encuentra recogida en el art. 76 inc. 1º de Constitución, cuando se hace mención a la facultad que tienen los tribunales para "conocer" las causas y "resolverlas".<sup>125</sup> [...] La segunda idea fuerza se refiere a la noción semántica de verdad procesal fáctica, entendida ésta como "correspondencia" entre lo afirmado en el proceso y lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sensible.<sup>126</sup> Éste es un enfoque que reconoce las limitaciones del saber humano, pero que no por ello renuncia a la posibilidad de aproximarse a la realidad a partir de los antecedentes que se tienen en determinado momento y lugar. En otras palabras, se trata de una perspectiva de verdad "aproximada" o "probable" en el contexto de un juicio: una verdad de los hechos que nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida en mayores elementos de confirmación, consistentes precisamente en lo que hemos llamado medios de prueba<sup>127</sup>. En cuanto a la legislación chilena, pensamos que en esta línea es posible ubicar el art. 428 CPC, según el cual en caso de existir dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva dicho conflicto, los tribunales deben preferir "la que crean más conforme con la verdad".<sup>128</sup> [...] La tercera atinge a la prueba, la que en este cuadro se presenta como una actividad tendiente a aprehender y, en la mayoría de los casos, reconstruir hechos efectivamente acaecidos, a partir de una valoración judicial de la suficiencia de la información que proporciona cada uno de los medios acompañados a la causa<sup>129</sup>. Por ello, la finalidad central de la prueba es cognoscitiva, como quiera que está encaminada a obtener un conocimiento probable de los hechos que componen la contienda judicial<sup>130</sup>. Como lo ha indicado nuestra jurisprudencia, la prueba está encaminada a proporcionar al juez un "conocimiento sobre los hechos" de los cuales depende el Derecho que debe ser declarado en la sentencia".<sup>131</sup>. Cfr. MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Chile: *Ius et Praxis*, Talca, v. 14, n. 2, 2008.

<sup>34</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 25000232600019961307501 (29596), agosto 13 de 2014. C. P. Hernán Andrade Rincón. Cfr. Periódico *Ámbito jurídico*. Daño al momento del parto cuando embarazo se desarrolló normalmente es indicio de falla del servicio. Bogotá. 2014.

<sup>35</sup> La autora señala que “[...] En responsabilidad médica son tantas las posibles formas de culpa como la imaginación logre diseñar. Puede ocurrir desde la tardanza en la atención, hasta la falta de cuidados postoperatorios, pasando por diagnósticos errados, impericia en el acto médico, el olvido de elementos quirúrgicos dentro del paciente y, en general, cualquier incumplimiento de los deberes principales y secundarios que van implícitos en el juramento hipocrático”. DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de derecho privado*, 43. Junio de 2010, pp. 5 y ss.

<sup>36</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 25000232600019961307501 (29596), agosto 13 de 2014. C. P. Hernán Andrade Rincón. Cfr. Periódico *Ámbito jurídico*. Op. cit.

procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso por lo que a su iniciativa queda el solicitarlas e interés para llevarlas a efecto y se atiende de manera primordial”<sup>37</sup>.

#### **4. Las obligaciones de medio y de resultado a cargo del Estado**

Las obligaciones a cargo del Estado quien es potencial victimario, se clasifican en obligaciones de medio y de resultado. Estas obligaciones no se encuentran indicadas en las codificaciones planteadas por el derecho francés a través del *Code Civil* en 1804. Las obligaciones de medios y de resultado, fueron impulsadas por los juristas a principios del siglo veinte con el objetivo de solucionar las dificultades encontradas al catalogar los diferentes tipos contenidos en la obligación. Lo anterior, tenía dos propósitos aplicados hasta ahora: en primer lugar, dar cumplimiento al compromiso asumido por el deudor, en este caso el Estado; en segundo lugar, comprender de forma adecuada los requisitos exigidos en el campo de la responsabilidad contractual del ente estatal.

Lo precedente, concretamente en relación con la prueba de la culpa del deudor, como un factor de atribución de la responsabilidad a cargo del Estado, “[...] así como la posibilidad de acreditar o no la diligencia empleada como medio al alcance del deudor para exonerarse de la obligación indemnizatoria”<sup>38</sup>. Conforme lo indica la historia o la naturaleza del sistema procesal empleado en la responsabilidad internacional: dispositivo, inquisitivo, acusatorio o mixto, se obtiene la noción o la naturaleza jurídica “[...] de la carga probatoria o sea el señalamiento de quién soporta el peso *onus probandi*, obligación o deber jurídico, necesidad o interés de probar”<sup>39</sup>.

##### **4.1. La carga de la prueba en obligaciones de medio y de resultado a cargo del ente estatal**

El Estado de un país miembro del sistema interamericano de derechos humanos, puede contraer a través de actos jurídicos bilaterales, obligaciones de medio o de resultado. En las obligaciones de medio, el Estado tiene el deber de disponer a través de sus funcionarios todos los recursos necesarios para llegar a un resultado, sin garantizarlo. Al contrario, existen obligaciones a cargo del país miembro del sistema, donde se le exige al ente estatal un resultado que al no cumplirse se genera una responsabilidad, utilizando la categoría de falla presunta del servicio. En este caso, se está en presencia del incumplimiento de una obligación de resultado a cargo del Estado, donde la víctima que demanda justicia, verdad y reparación se encuentra relevada de la prueba de la falla estatal. En este orden de ideas, “Todas las reglas de carga de la prueba se refieren a la posición de las partes, *Onus probando ei incumbit qui dicit, non qui negat; onus probando incumbit actori; reus in excipiendo fit actor*”<sup>40</sup>.

Este hecho, genera que la estructura de la inversión de la carga de la prueba recaída sobre el Estado en obligaciones de resultado, pretenda fundar en el juez interamericano mayores criterios de la realidad del hecho dañoso; se pretende con la presunción de falla del Estado el *factor victimae* que protege los derechos de la víctimas del daño causado por el Estado, respecto de situaciones que hace difícil la consecución y práctica de las pruebas<sup>41</sup>. No obstante, existen tratadistas que disienten de la aplicación de la responsabilidad por falla presunta, concretamente en responsabilidad médica, porque este hecho podría “[...] llevar a consecuencias desastrosas en cuanto que, si de un lado, se libera a la víctima de una difícil prueba, de otro se endosa al médico una prueba muchas veces imposible de destruir: Por mucho que valga un médico no puede trabajar con la seguridad de una máquina y muchas veces aun

<sup>37</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil – pruebas. Bogotá D.C. Dupré editores, 2001.p.26

<sup>38</sup> “En Francia, particularmente, la adopción de esta clasificación, allí atribuida a los planteamientos del jurista René Demogue, tuvo como propósito armonizar las disposiciones contenidas en los artículos 1137 y 1147 del Código Civil, en cuanto a la admisibilidad de la prueba de la diligencia o cuidado como mecanismo para obtener la exoneración del deudor en diversos supuestos de responsabilidad contractual”. Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit.

<sup>39</sup> CAÑÓN RAMÍREZ, Op. cit.

<sup>40</sup> CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Tomo II. Editorial Uthea. Buenos Aires, 1944. p. 98

<sup>41</sup> PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la prueba en la responsabilidad médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C., 2004. p. 25

## NEOPROCESALISMO

estando seguro de haber actuado según los 60 dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin culpa”<sup>42</sup>.

### **4.2. La vulneración de los derechos de la víctima del Estado a través de la responsabilidad por falla probada**

La carga de la prueba por falla en el servicio del Estado por responsabilidad administrativa extracontractual, se impone a la víctima; legitimado por pasiva quien actúa en calidad de demandante, en un proceso contencioso administrativo de reparación directa en la jurisdicción contencioso administrativa. Situación que vulnera los derechos del dañado por parte de un ente estatal, porque es dispendioso para ella recopilar, requerir o presentar las pruebas que soportarán el hecho, el daño y el nexo causal, con el objetivo de conseguir un fallo condenatorio que garantice los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los perjuicios producidos. En situaciones concretas derivadas de la responsabilidad médico-sanitaria por ejemplo, el paciente “[...] por regla general es lego en estas materias, por tanto, desconoce el diagnóstico y el tratamiento para recibir, adopta una actitud pasiva en la relación médico-paciente, y si se trata de intervención quirúrgica, las más de las veces está anestesiado o inconsciente”<sup>43</sup>. Por lo anteriormente expuesto se propone que se aplique en este tipo de eventos, la responsabilidad del Estado por falla presunta.

### **4.3. El azar en las obligaciones de medio a cargo del Estado**

Para establecer si una obligación es de medio o de resultado, es importante en principio evaluar la voluntad de las partes involucradas en el acto jurídico bilateral o plurilateral. Seguidamente, es relevante identificar el grado de aleatoriedad del resultado esperado, porque el deudor de la obligación orienta todo su conocimiento, habilidad y pericia para obtener un resultado, sin garantizarlo. En este sentido, “[...] en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito”<sup>44</sup>.

## **5. Las obligaciones positivas de hacer a cargo del Estado**

En relación con las obligaciones de hacer, se ha indicado que en algunas ocasiones el compromiso del deudor de la obligación consiste en desplegar una conducta, comportamiento o actividad con la debida diligencia y cuidado; lo anterior, sin garantizar que el acreedor de la obligación obtenga un logro o resultado concreto o específico, configurándose de esta manera las denominadas obligaciones de medio o también designadas “de medios”. Sin embargo, existen situaciones o eventos en los que la satisfacción del acreedor, es decir, del titular del derecho de crédito, contiene un comportamiento donde el Estado deudor de la obligación positiva de hacer, se obliga a un resultado o efecto preciso y determinado, consagrándose de esta manera una obligación de resultado<sup>45</sup> con presunción de falla en el servicio, que puede ser demandada en el SIDH. Obligación en la que el ente estatal debe actuar con diligencia o

---

<sup>42</sup> VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Prueba de la culpa médica. Primera Edición colombiana. Biblioteca jurídica Diké. Medellín, Colombia. 1995. p. 109

<sup>43</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y ley Ltda. pp. 241 y 242

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit. A su vez, “[...]si el acto médico ha conducido a resultados que aparecen como desproporcionados, ajenos en absoluto a aquellos que aquejaban a la paciente y por lo que decidió la intervención, la carga probatoria ha de considerarse invertida, debiendo el cirujano demostrar su diligencia”. ALBANESE, Susana. Casos médicos-relaciones jurídicas emergentes del ejercicio de la medicina- algunos derechos fundamentales- Casos médicos según la jurisprudencia argentina. Buenos Aires: Ediciones La Roca. 1994. pp. 161-165

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit.

previsión, sin infringir las reglas del funcionamiento de la denominada *lex artis* o *lex artis a doc*<sup>46</sup>.

## **6. Eximentes de la responsabilidad internacional del Estado**

Para exonerarse de su responsabilidad, el Estado en las obligaciones de resultado y en la responsabilidad contractual en que incurra, debe demostrar que el daño se generó por una causa extraña. Eximente de responsabilidad que integra la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o de la víctima; es decir, la diligencia y el cuidado no son argumentos válidos en el ejercicio del derecho de acción en vía de contradicción<sup>47</sup>. Así, el mecanismo resolutivo denominado *dubio probático* es la regla de *onus probando*, porque no es posible en el proceso por responsabilidad internacional, una absolución por insuficiencia de prueba aportada por el Estado. Por lo anterior, “[...] el hecho no probado y el hecho insuficientemente probado son lo mismo. Por consiguiente, una vez surgido el *dubio* de perplejidad se resuelve definitivamente y para siempre a través de un mecanismo legal de atribución de sus consecuencias perjudiciales a uno de los litigantes”<sup>48</sup>.

Para establecer a quién le corresponde la carga de probar la diligencia o la negligencia generadora del daño, es relevante identificar qué tipo de obligaciones fueron adquiridas por parte del Estado con la víctima al momento de la celebración del acto jurídico, con expresa aplicación del régimen general de las obligaciones<sup>49</sup>. Es decir, si la obligación contraída por el Estado es de medios le corresponderá la carga de probar la falla en el servicio o el daño especial del ente estatal, a la víctima de los perjuicios generados por el hecho dañoso. Se reitera, que al estar ausente la prueba de haberse contraído en el negocio jurídico una obligación de resultado, le corresponde a la víctima probar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad: el hecho, el daño y la causa del mismo, donde el demandado se exonera de toda responsabilidad siempre que demuestre su diligencia y cuidado<sup>50</sup>.

## **7. Algunas consideraciones en actividades realizadas por el Estado que pueden generar daño**

En procedimientos médicos de cirugías plásticas estéticas, la obligación del deudor está catalogada como de resultado es decir, situación que deriva en el compromiso a cargo del prestador en salud estatal, de probar la diligencia, prudencia y observancia de los protocolos médicos, exigidos en la prestación del servicio a su cargo. Cirugía plástica estética que es realizada con el objetivo de conseguir un cambio, el mejoramiento y armonía del cuerpo, el embellecimiento del rostro, entre otros<sup>51</sup>. Situación contraria, se

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. España, Granada: Editorial Comares. 1998. p. 106

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit.

<sup>48</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000. José María Bosch Editor. Barcelona. 2001.p. 168

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil Op. cit.

<sup>50</sup> La crítica que se realiza a la aplicación de responsabilidad por falla probada del Estado, es que se pueden vulnerar con este hecho los principios que salvaguardan los derechos de las víctimas, generando un daño por parte del Estado. Principios que “[...] son definidos como normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible bajo consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas que están determinadas no sólo por reglas, sino también por los principios opuestos”. CLÉRIGO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Argentina: Eudeba, 2009. p 23

<sup>51</sup> En este aparte de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se indica lo siguiente: “[...] el médico no le mencionó a la paciente "los riesgos generales ni los previstos para cada una de las [respectivas] cirugías", ni le comentó "otras alternativas de tratamiento" o la "existencia de otros procedimientos, tanto quirúrgicos como no quirúrgicos"; que el accionado, al responder el hecho quinto del libelo introductorio, aceptó que la operación verificada en el rostro de la demandante tenía múltiples riesgos, entre ellos la lesión de los nervios faciales; que el demandado incurrió en "culpa médica" al practicarle a la actora "el procedimiento de rejuvenecimiento facial", por cuanto infringió "los lineamientos de la *lex artis ad hoc*, por no advertirle los riesgos en la cirugía estética que le practicaría, omitiendo el [consentimiento] informado, por haberle lesionado la rama frontal del VII par craneal (nervio facial) y el nervio auricular mayor y porque la abandonó a su suerte durante el postoperatorio para que fuera otro, el

## NEOPROCESALISMO

presenta cuando

*"[...] la demandante no acudió ante el [m]édico demandado en busca de curación o alivio de alguna enfermedad existente, sino que su intención fue el cambio o mejoramiento de su rostro y en otra parte de su cuerpo (el abdomen) y ese cambio que ella buscaba era específico y determinado, era prueba más que suficiente de que la obligación era de resultado y no de medios", a lo que se comprometió verbalmente el médico al asegurarle a la actora "que le devolvería a su rostro un aspecto jovial y fresco tal como lo afirmó en su interrogatorio de parte: 'y con relación al rejuvenecimiento facial como su nombre lo dice es lograr una apariencia más juvenil en la cara'"<sup>52</sup>.*

Desde el punto de vista teleológico concreto de la responsabilidad por falla presunta del Estado, se debe tener en cuenta que la finalidad del proceso por responsabilidad internacional, se evidencia en que el criterio de presunción tiene el propósito de buscar la verdad objetiva. Lo anterior, "[...] ha de escogerse, no ya con referencia a su idoneidad para distinguir las partes del hecho, sino también con referencia a la conveniencia de estimular a la prueba a aquella de ellas que más probablemente esté en condiciones de aportarla y, por tanto, a base de una regla de experiencia que establezca cuál de las partes esté en mejores condiciones a ese efecto"<sup>53</sup>.

En suma, la cirugía plástica con fines reconstructivos o reparadores efectuados por un ente médico estatal, busca el alivio o curación de una lesión o enfermedad del paciente, y no el mejoramiento de la armonía del cuerpo del usuario en salud. Esta situación debe ser informada al paciente y debidamente incorporada en la historia clínica. Ésta, definida como un documento privado, obligatorio y sometido a una estricta reserva, en el que se registran de forma cronológica las condiciones de salud del usuario del servicio médico, los actos y procedimientos médicos realizados por el equipo de salud que interviene en la atención en salud. El citado documento solamente puede ser conocido por terceros, siempre que medie autorización del paciente, o en su defecto, en los casos establecidos por la ley<sup>54</sup>. En el tema expuesto, "[...] el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación"<sup>55</sup>.

### **Conclusiones**

En la investigación realizada, se estableció que existe un Sistema Interamericano de Derechos Humanos, integrado por la CIDH y la CoIDH. Al realizar los análisis de algunas sentencias proferidas por la CoIDH, se identifica que los jueces que hacen parte de la jurisdicción interamericana aplican la denominada responsabilidad del Estado de tipo extracontractual, exigiendo a la víctima la prueba de la falla del servicio causado por el ente estatal demandado. Además, se requiere que el demandante pruebe el hecho doloso o culposo, el daño generador de perjuicios y determinar que la causa del daño se debió a la negligencia por acción y omisión del Estado que es objeto de investigación.

Además, se efectuó un estudio exploratorio relacionado con la aplicación de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual y en las obligaciones de medio y de resultado. Al estudiar este tema, se identificó que en la responsabilidad contractual y en las obligaciones de resultado a cargo del ente estatal, se aplica la responsabilidad por falla presunta del Estado, aspecto que releva a la víctima de probar el nexo de causalidad; esta situación garantiza la salvaguarda de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral de los perjuicios generados. Con lo anterior, se concluye que

---

ginecólogo Dr. CUENCA URBINA, quien se encargara de su atención"; y que el demandado "incumplió su obligación de resultado", habida cuenta que la actora continuó "con flacidez facial moderada y con las mismas características en su rostro". Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Op. cit.

<sup>53</sup> CARNELUTTI, Op. cit. p. 95

<sup>54</sup> Ministerio de Salud de Colombia. Resolución 1995 de julio 8 de 1999, por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica. El MS expide la citada resolución de acuerdo a las facultades legales y en especial las conferidas por los artículos 1, 3, 4 y los numerales 1 y 3 del artículo 7 del Decreto 1292 de 1994.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia. Relatoría Sala de Casación Civil y Agraria. Gaceta judicial de 1985.

Tomo CLXXX, No. 2419.p. 407-426

## NEOPROCESALISMO

para garantizar los nombrados derechos, en la responsabilidad internacional del Estado de naturaleza extracontractual, se debe aplicar la responsabilidad por falla presunta del causante del daño.

### Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. Sur, Rev. int. direitos human. 2009, vol.6, n.11.
- ALBANESE, Susana. Casos médicos-relaciones jurídicas emergentes del ejercicio de la medicina- algunos derechos fundamentales- Casos médicos según la jurisprudencia argentina. Buenos Aires: Ediciones La Roca. 1994.
- ARIAS GARCÍA, Yarina; Espaliat, Astrid (Contribution by). Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: su contribución al derecho internacional de los derechos humanos. Chile: B - Universidad de Santiago de Chile, 2011.
- CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Doctrina General del Derecho Civil. Colombia: Ecoe Ediciones. 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Tomo II. Editorial Uthea. Buenos Aires, 1944.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001
- CASTILLA, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. v. 11, enero 2011.
- CLÉRIGO, Laura. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Argentina: Eudeba, 2009.
- CRAWFORD, James. Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. United Nations Audiovisual Library of International Law. 2012.
- DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de derecho privado, 43. Junio de 2010.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. Editorial Comares. Granada (España). 1998.
- GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Santiago de Chile: Revista chilena de derecho, v. 34, n. 3, dic. 2007.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara. La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional, en: Revista Derecho PUCP N° 54 (diciembre del 2004), Dr. Aníbal Quiroga León (Editor General)
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. “Las Medidas Provisionales en el Derecho Internacional ante las Corte y Tribunales Internacionales”. Editorial la ley, Buenos Aires, 2004.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Incidencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno. Chile: Red Estudios Constitucionales, 2009.
- HITTERS, Juan Carlos. La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que ‘rompe’ (aunque sea el estado) ‘paga’. Chile: Red Estudios Constitucionales, 2009.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil – pruebas. Bogotá D.C. Dupré editores, 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. Legis Editores S.A. Bogotá. 2006.

- LOPEZ OLIVA, José. El precedente vinculante y el derecho de daños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derecho Procesal Constitucional: garantías fundamentales, Constitución y proceso. Paraguay, Encarnación: Editorial Hesaka SRL. 2014. pp. 461- 477.
- LORIANO, Adelina. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Experiencias y perspectivas. Buenos Aires: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 7, número 13, 2009, ISSN 1667-4154. p 183
- MENESES PACHECO, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Chile: Ius et Praxis, Talca, v. 14, n. 2, 2008.
- MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba, Bogotá. Editorial Temis, 1989.
- Ministerio de Salud de Colombia. Resolución 1995 de julio 8 de 1999, por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.
- MONTERISI, Ricardo Domingo. Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. Fundamentos de prueba judicial civil. L.E.C. 1/2000. José María Bosch Editor. Barcelona. 2001.
- PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Carga de la prueba en la responsabilidad médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C., 2004.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme”, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, 2005.
- Periódico Ámbito jurídico. Daño al momento del parto cuando embarazo se desarrolló normalmente es indicio de falla del servicio. Bogotá. 2014.
- REMIRO, A.; RIQUELME, R.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; ORIHUELA E. y PÉREZ-PRAT L., Derecho Internacional, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 1.
- ROSEMBERG, Leo. La carga de la prueba. Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa – América (EJEA), 1956.
- SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y ley Ltda. pp. 241 y 242
- TOM MCFEELY. Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege a los embriones humanos, traducido por Luciana María Palazzo de Castellano. Extraído 20/09/2014 desde <http://www.fluvium.org/textos/vidahumana/vid373.htm>.
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. Prueba de la culpa médica. Primera Edición colombiana. Biblioteca jurídica Diké. Medellín, Colombia. 1995.
- YAGUEZ, Ricardo de Ángel. Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba. Editorial Civitas. Madrid, 1999.

### **Referencias jurisprudenciales**

- Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 25000232600019961307501 (29596), agosto 13 de 2014. C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Convención Americana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 292/06. Referencia: expediente T-1222275. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 6 de abril de 2006.
- Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C N° 162. Voto Juez García Ramírez, párr. 173. Conf. Caso Almonacid Arrellano y otros, nota 6
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. 7 de julio de 2009

NEOPROCESALISMO

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 20001 -3103-005-2005-00025-01MP. Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D.C. 5/11/2013).
- Corte Suprema de Justicia. Relatoría Sala de Casación Civil y Agraria. Gaceta judicial de 1985. Tomo CLXXX, No. 2419.

**Referencias webgrafía**

- Organización de Estados Americanos OEA. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, CIDH, del 13 de abril de 2011). Extraído 20/09/2014 desde <http://derhuma27.blogspot.com/2012/03/lo-primero-la-idea-general-hablar-de.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). Acerca de la OEA. Extraído 10/03/2014 desde [http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de>
- SHAW, Malcolm. The responsibility of States. Chicago: Encyclopedia Britannica. 3-6-2014. Extraído 21/09/2014 desde <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233508/The-responsibility-of-states>

IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
EN LAS JURISDICCIONES NACIONALES<sup>1</sup>

Alfonso Jaime Martínez Lazcano<sup>2</sup>

**RESUMEN:**

Tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>3</sup> (Convención ADH) como en la doctrina se afirma que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) actúa de forma complementaria y subsidiaria de los regímenes nacionales, pero en contexto actual prácticamente, en lo que se refiere al derecho sustantivo supranacional, se ha transformado en una fuente invasiva, terapéutica e integradora al pretender ajustar de derecho nacional a los estándares universales, mediante la obligación de todos los jueces de los Estados parte a ejercer de oficio el control difuso de convencionalidad en el ámbito de sus competencias.

**INTRODUCCIÓN**

Recientemente hay un boom de artículos, libros y cursos que se refieren al SIDH, no es que sea un tema totalmente nuevo, pero recientemente ha llegado a la cúspide de su fuerza

---

<sup>1</sup> Artículo producto del proyecto de investigación derecho internacional adjetivo y sustantivo con enfoque a derechos humanos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho Público, Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Diplomados en Juicio de Amparo, derecho procesal civil y mercantil. profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad del Sur y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Panameña Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. @Abogadoscolegio.

<sup>3</sup> Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (Preámbulo).

jurídico-moral y ha logrado llamar la atención ante la necesidad de su conocimiento de todo operador jurídico.

La creación SIDH es producto del desarrollo de muchas ideas de todo el mundo para afrontar los excesos del poder e inducir a los gobiernos a establecer políticas que incluyan a todos los seres humanos sin distinción.

Los derechos humanos representan la lucha permanente de la mayor parte de la sociedad que exige a sus representantes trato con dignidad e inclusión en los beneficios del desarrollo humano, el contar con lo mínimo indispensable para la sobrevivencia y acceso a los beneficios de los avances de la ciencia y tecnología.

Este despertar e impulso mundial fue consecuencia principalmente de las atrocidades ocasionadas por las grandes guerras europeas del siglo XX que animaron el debate sobre la necesidad de establecer mecanismos jurídicos internacionales que impidan la repetición y promuevan la paz entre los hombres.

“Los horrores y barbaries del fascismo, y especialmente del nazismo, provocaron una reacción e indignación mundial. Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa: vivir civilizadamente en regímenes democráticos y representativos donde se respete la dignidad humana o en regímenes salvajes donde impere la ley del más fuerte y del gorila” (Fix-Zamudio, 2010, p. 25).

En América la creación de instituciones supranacionales comenzó con la conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz realizada en la ciudad de México a principios de 1945.

Latinoamérica es una parte del planeta donde sus habitantes fueron saqueados, asesinados y sacrificado 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 e 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.

Hoy latinoamérica es un campo de violencia, de gobiernos formalmente democráticos y realmente regidos por señores y señoras caciques a merced de los intereses de grandes potencias o grupos económicos transnacionales, de desigualdades abismales, donde los derechos humanos tienen su mejor refugio en el paraíso de los conceptos más que en el infierno de la realidad.

A pesar que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos cuentan con constituciones donde se pregonan el respeto a los derechos fundamentales, a los derechos humanos el establecimiento de sistemas democráticos, lo cierto es que no ha pasado del marco normativo, por lo que se requiere es una eficacia o vigencia cultural.

“El orden normativo los tiene normalmente declarados –tanto en sede interna, como en sede internacional-, pero falta aún un trecho, a veces bastante largo, para que se hagan efectivos y exigibles” (Bidart Campos, 1993, p. 191).

Como el sistema democrático es la justificación de todo gobierno y el respeto de los derechos humanos implica por sí mismo la legitimidad del ejercicio del poder, los grupos poderosos sólo son formalmente populares.

“Es indudable que históricamente “democracia” tiene dos significados preponderantes, por lo menos en su origen... que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos... o el ideal en el cual un gobierno democrático debería de inspirarse, que es la igualdad. (Bobbio, 2005)

El informe más reciente (2012) sobre violencia y homicidios de la Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Delito, dio a conocer que América Latina es la región continental más violenta del mundo; que México y Centroamérica son la segunda subregión con mayor violencia, sólo después de la sudafricana. Parte de esta problemática afecta en gran parte a las mujeres. Lo lamentable es que las instituciones no han podido frenar el fenómeno de la violencia, pero no sólo eso son un factor de su proliferación (Jornada, 2014).

Una razón por la 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” (Ferrajoli, 2000, p. 15).

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 latinoamérica.

La globalización ha provocado que los países más ricos se vuelvan más ricos; que las desigualdades sociales sean cada vez más abismales<sup>4</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 [254,630,367.00 USD] (Lavenant, 2014).

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.

---

<sup>4</sup> 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.

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*” (González Placencia y Morales Sánchez, 2012, p. 111).

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 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 propuesto e impuestos por expertos en derechos humanos, que por la regulación endémica de los parlamentos y las cortes nacionales.

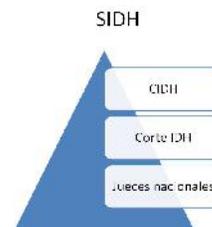
Ahora también hay una lucha “contra el viejo paradigma legista, que postulaba la supremacía de la ley, la vinculación del juez y la omnipotencia del legislador” (Ferrajoli, 2000, p. 13) que debe sujetarse a los principios esenciales de los derechos humanos.

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” (Correas, 2003, p. 9).

## 1. Sistema Americano de Derechos Humanos (SIDH)

Es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de derechos humanos para la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión IDH y la



Corte IDH y en el plano interno todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices.

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.

## 2. 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.

### 2.1 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 relacionen 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).

## **2.2 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. (Pág. 107)

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solenne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981. (Pág. 107)

### **2.2.1 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, República

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

### **2.2.2 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.

### **2.2.3. Competencia y funciones**

La Corte IDH tiene dos funciones esenciales, la consultiva y la contenciosa, así lo determina el artículo 2 del Estatuto de Corte IDH, de Competencia y Funciones: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

#### **2.2.3.1. Consultiva**

Es una importante atribución que permite a la Corte IDH decidir sobre aspectos que no han sido sometidos a su jurisdicción contenciosa y demuestra el interés de los solicitantes de ajustarse a los parámetros de del SIDH.

“La función consultiva “tiene por finalidad -ha dicho la Corte- coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tiene atribuidos los distintos órganos de la OEA”. Esta función no ingresa en cuestiones contenciosas, pero tampoco se contrae a temas académicos o doctrinales: su materia debe poseer relevancia práctica, acreditada en la realidad”. (García Ramírez, 2011, p.117)

El tema es si la función Consultiva tiene o no fuerza vinculante para los Estados Parte, el destacado jurista mexicano es Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez opina: “La Corte ha manifestado con cautela acerca del valor de sus opiniones consultivas: carecen de efectos vinculantes para los Estados. Sin embargo, cierta doctrina sostiene otra cosa, y algún Estado ha adoptado una posición que pudiera anunciar el rumbo del futuro: la opinión obliga al Estado que la requiere”. (García Ramírez, 2011, p. 119)

### **2.2.3.2. Contenciosa**

La Corte IDH es un órgano jurisdiccional supranacional que conoce del proceso de amparo transnacional. Recibe demandas de los Estados parte y de la Comisión IDH sobre peticiones de casos que previamente se sustanciaron ante esa instancia.

### **3. Jueces nacionales de los Estados parte**

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.

### 3.1. 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, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional” (Martínez Lazcano, 2013, p. 54).

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” (Velandia Canosa, 2012, p. 198).

### 3.2. 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>5</sup>, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

---

<sup>5</sup> 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).

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*. 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 *Corpus 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>6</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 mermados 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 internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación 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 correspondientes. 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 Americana”.

*En este mismo fallo la Corte IDH hace una distinción entre los países que son parte en un proceso internacional y los que no, respecto de la jurisprudencia que generó en cada caso, concluyendo que en ambas situaciones es vinculativa para los Estados parte del SIDH:*

---

<sup>6</sup> 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.

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, 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”.

### **3.3 Principio *pro homine***

“El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”. (Barajas Sánchez, 2012)

### **3.4 Jurisprudencia**

También es fuente vinculante para los Estados la jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia que emite la Corte IDH.

Cada sentencia de la Corte IDH es una jurisprudencia, no como por ejemplo en México que para que tenga ese estatus (obligatoria) un criterio judicial debe reiterarse en varios casos el mismo sentido, además de la existencia de otros medios de creación.

“El primer nivel jurisprudencial está constituido por las sentencias o fallos de las Cortes, Tribunales, Salas Constitucionales o Cortes Supremas que se encuentran en el mismo plano o posición horizontal y las decisiones de los Tribunales Internacionales jerárquicamente superiores constituye un sistema vertical frente a las primeras y son los encargados de integrar la interpretación de los instrumentos internacionales de protección los derechos humanos”. (Moreno Alfonso, 2012)

## **4. Conclusiones**

Desde 1948 con la Carta de la OEA y la DADDH a la contundencia de resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay el 20 de marzo de 2013 de la Corte IDH el SIDH se ha ido propagando para transformarse prácticamente de la forma complementaria y subsidiaria a un sistema invasivo, terapéutico e integrador a través del control difuso de convencionalidad.

He utilizado la metáfora del *Big Bang* para explicar la expansión 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 nutriendo 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.

También pudiera hacerse la analogía de que el SIDH es un *hoyo negro* que se ha “tragado” a los sistemas nacionales.

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...” (2012, p. 25).

Actualmente esta afirmación puede sufrir 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 de los casos dándole una 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 construidos 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.

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.

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.

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...” (2012, p. 27).

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.

## **EL PLAZO RAZONABLE COMO GARANTÍA JUDICIAL A PARTIR DE LOS CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

Abril Alejandra Priego Barahona

### *Sumario*

1. *Teoría del garantismo y derechos humanos.*
2. *La efectividad en la protección de las garantías judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos.*
3. *El derecho a un plazo razonable y la dilación en la impartición de justicia: un problema frecuente en los estados del sistema interamericano de derechos humanos.*

Resumen: El acceso a la justicia en un plazo razonable es una garantía judicial contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos que constituye una responsabilidad de parte de los Estados y un derecho para sus gobernados que establece la base del debido proceso. Se pretende analizar los elementos que influyen en este proceso y las consecuencias de sus violaciones, partiendo de un análisis que aspira a demostrar la aplicación del derecho internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la efectividad del cumplimiento de las garantías judiciales entre los paradigmas de la legalidad y la realidad jurídica a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras Clave: Plazo razonable, garantías judiciales, acceso a la justicia, sistema interamericano, derechos humanos.

Abstract: The access to justice in a reasonable period of time is a judicial guarantee contemplated in the American Convention on Human Rights which becomes into a responsibility within the States and a right for their governments that establishes the basis of the process. It is expected to analyze the elements that affect this process and the consequences of their infringements, basing this statement on the analysis that pretends to demonstrate the application of the international rights in the Inter-American System on Human Rights, and the effectiveness on the compliance of the judicial guarantees between the paradigms of legality and legal reality as of the criterias of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: Reasonable time, judicial guarantees, access to justice, Inter-American System, Human Rights.

## **Introducción.**

El aparato jurídico de la sociedad actual en la cultura occidental, cuenta con innumerables instrumentos que en teoría, deben garantizar el acceso a la justicia. En el presente trabajo se plantea el estudio de la efectividad de la impartición de justicia en un plazo razonable en los Estados que pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los elementos que en esto influyen. Para efectos de comprender mejor el desarrollo de este análisis, primero debemos entender qué es el acceso a la justicia. En palabras de Marabotto Lugaro: el acceso a la justicia es el derecho de toda persona de un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de éste<sup>1</sup>. Esta concepción sin embargo, es aceptada como algo que debería ser, y no como una realidad jurídica.

Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en México, define el acceso a la justicia como el derecho que tiene toda persona, independientemente de su condición económica, social, política, de género o de cualquier otra índole, de acudir ante las autoridades competentes (...) para obtener la protección de sus derechos<sup>2</sup>. Para que esta satisfacción sea concebida como tal es necesario que esto ocurra en un plazo razonable, este se establece de acuerdo a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), con elementos que puedan determinar la durabilidad del proceso de modo congruente. De manera que exista una continuidad cronológica entre la violación del derecho y la impartición de justicia.

Es al Estado a quien le corresponde llevar a cabo la protección y valía del acceso a la justicia en un plazo razonable, una vez que se ha prohibido hacerlo por mano propia y que existen elementos que jurídicamente amparan a las

---

<sup>1</sup> Marabotto Lugaro, Jorge, "Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia", México, BiblioJurídicas, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>

<sup>2</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal", México, <http://www.equipopueblo.org.mx/descargas/folletospdf/justiciaweb.pdf>

personas. El proceso se convierte en un mecanismo que garantiza el cumplimiento del derecho. Es decir, es el medio que utilizará el Estado para dar respuesta a los cuestionamientos de sus gobernados. No obstante lo anterior, este medio es constantemente obstaculizado por varios factores, como la dilación en la actuación judicial, la ineficacia de las sentencias, las malas prácticas de las autoridades judiciales, entre otros; teniendo como resultado un aparato burocrático que dilata la llegada del gobernado a la justicia pronta y expedita. Este problema permea en los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y serán materia de nuestro análisis.

Lo que se pretende es analizar las sentencias en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el tema del derecho a la impartición de justicia en un plazo razonable y diagnosticar los componentes que limitan su impartición así como los que fortalecerán la defensa de los Derechos Humanos de las víctimas.

## 1. TEORÍA DEL GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

### 1.1. Teoría del garantismo: conceptos generales

Luigi Ferrajoli es el precursor de la teoría del garantismo, surge como una ideología jurídica que trata de explicar el derecho y su aplicación en la realidad jurídica. Esta tiene como característica la desconfianza de los niveles de gobierno como máximos representantes de los ciudadanos al grado de decidir los alcances de su poder<sup>3</sup>. Sino por el contrario, trata siempre de ponerlos ante vínculos jurídicos que preserven los derechos de los ciudadanos *garantizando* éxito en su cumplimiento mediante herramientas contempladas en la ley.

Su interés principal radica en las garantías, pues es el mecanismo en el que se basa para subsistir. El autor de esta teoría afirma que por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, siendo el

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

Estado el responsable total de su cumplimiento<sup>4</sup>.

## 1.2. Los derechos humanos: conceptos y características.

En primer lugar, explicaremos la definición de derechos humanos como marco teórico del presente trabajo que nos servirá como base para comprender las garantías judiciales y su protección en el derecho internacional. Es preciso entonces indicar que los derechos que ahora nos ocupan, son tan básicos que sin ellos no es posible que las personas se desarrollen plenamente en sociedad. Cuando hablamos de derechos humanos, nos referimos a aquellos derechos que se tienen simplemente por poseer la condición de seres humanos. Esta acepción está estrechamente ligada a la concepción de dignidad humana que, según Kant es la humanidad misma; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad<sup>5</sup>.

La relación anteriormente descrita, circunscribe que no se puede concebir a una persona como herramienta para satisfacer las necesidades de otra, sino por el contrario, debe existir un respeto a los objetivos individuales de las mismas. Bajo esa perspectiva, hemos de señalar que amplia ha sido la discusión entre los defensores del *iusnaturalismo* que sostiene la existencia de estos derechos desde el origen de la humanidad. Mientras que el *iuspositivismo* defiende que se crean a partir de su inclusión en las leyes. Sin embargo, los defensores del derecho natural manifiestan su argumento bajo la premisa de que de no encadenar el origen de estos derechos al umbral del hombre mismo, cualquier legislador podría eliminarlos de la legislación que rija a su Estado, estando la sociedad sujeta al buen albedrío de los legisladores, sin embargo si entendemos estos derechos en el sentido positivista, nos encontramos bajo disposiciones permisivas que resultan ser anulables por el Estado para con las personas que habitan en su territorio.

---

<sup>4</sup> Ferrajoli Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, cit, p.29

<sup>5</sup> Kant, Immanuel, *Metafísica de las Costumbres*, 4ta ed, trad. de Adela Cortina Orts, España, 2005, p. 472.

Para concretar este concepto la definición de Carbonell expone que en términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas<sup>6</sup>. Sin embargo esto no ha sido siempre así. A lo largo de la historia el análisis de estos derechos ha postulado un cambio de paradigmas en la razón de la humanidad, puesto que lo que hoy tenemos obedece a la evolución social de la lucha constante por la adopción de herramientas que constituyan una base de la sociedad en la que ahora nos desenvolvemos.

En este sentido, se desprende que estos surgen en gran medida como respuesta a las inquietudes de libertad intrínsecas del ser humano, que podemos encontrar en su desarrollo continuo. Después de una batalla constante por el respeto y la igualdad en la sociedad, estos derechos han surgido como una defensa al autoritarismo de los Estados<sup>7</sup>, haciendo necesaria la creación de mecanismos que funjan como herramientas de protección. Es así que el Estado es el responsable de la defensa de los derechos humanos contemplándolos en su legislación interna. Entonces el respeto a estos derechos, además de una obligación de no hacer, supone para los Estados obligaciones de hacer que se expresan en el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a los mismos<sup>8</sup>. Estas obligaciones son las que van conformando la protección jurídica de las personas.

## 2. LA EFECTIVIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

---

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, 2004, p. 1067

<sup>7</sup> Así es como podemos encontrar entre sus antecedentes, la Declaración Inglesa denominada Bill Rights, (1689), la Declaración de los Derechos de Virginia de los Estados Unidos de América (1776), y La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789 y 1793).

<sup>8</sup> Galdámez Zelada, Liliana, "Protección de la Víctima, Cuatro Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación Evolutiva, Ampliación del Concepto de Víctima, Daño al Proyecto de Vida y Reparaciones", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, año 2007, núm. 3, septiembre-diciembre 2007, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014519005>.

Para comprender el funcionamiento de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, debemos comenzar por decir que el derecho internacional de derechos humanos establece las obligaciones que deben cumplir los Estados. La base jurídica internacional que protege a los derechos humanos, son los tratados internacionales. Al pasar a formar parte de estos, los Estados asumen deberes y obligaciones, y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos<sup>9</sup>, así como a modificar su derecho interno adaptándolo a los lineamientos que emanen del tratado. Si bien los tratados son los que sostienen universalmente toda la responsabilidad jurídica del amparo de los derechos sobre los que versa este párrafo, existen también otros instrumentos internacionales como las declaraciones y pactos que contribuyen a la orientación de los Estados en pro de los beneficios de la defensa de estos derechos teniendo como meta la garantía de protección de los mismos.

## 2.1. Instrumentos Internacionales de protección jurídica en el Sistema Interamericano De Derechos Humanos y su tarea orientativa

### *Convención Americana de Derechos Humanos*

De la Organización de Estados Americanos surge la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, en el año 1969, mismo que entró en vigor hasta el año 1978. Al ser un tratado solo es vinculatorio para los Estados que la han ratificado. Se enfoca en los derechos humanos de carácter civil y político. Esta convención contempla las razones que existirán para restringir los derechos, y durante una situación de emergencia incluso permite la suspensión de garantías. Nos encontramos ante un tratado regional de máxima preponderancia en América en materia de Derechos Humanos, se pronuncia ante los derechos humanos como el instrumento que

---

<sup>9</sup> Véase: Organización de las Naciones Unidas. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos, United Nations. Recuperada en Septiembre 04, 2014, del sitio Web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

proveerá los mecanismos esenciales para una vida digna en el continente americano.

Este instrumento internacional representa la protección en el Sistema Americano de Derechos Humanos, haciendo efectiva su aplicación puesto que a partir de este se crean mecanismos que garantizan su preponderancia. Su importancia se enfoca en su tarea orientativa, pues sirven como parteaguas para crear una protección interestatal de la cual gocen todas las personas. Esta Convención estableció dos órganos con la finalidad de salvaguardar los intereses de los ciudadanos, que son competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2.2. La Corte Interamericana De Derechos Humanos y su influencia interestatal en el continente americano

### *Antecedentes y funcionamiento.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960 hasta que el Consejo de la Organización de Estados Americanos aprobó su Estatuto y eligió a quienes fueron sus primeros miembros. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a los juristas que serían los primeros jueces que la compondrían de acuerdo a su capacidad personal. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.<sup>10</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dos funciones definidas, la primera es su función jurisdiccional. Aquí tiene la responsabilidad de

---

<sup>10</sup> Véase: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de>

valorar la culpabilidad del Estado por acciones u omisiones cometidas en contra de los ciudadanos que hayan violado sus derechos fundamentales. El alcance de sus sentencias es vinculatorio para el Estado para el que va dirigido y forma precedentes en los Estados que han aceptado su jurisdicción. En este caso es la Comisión quien tiene la facultad de remitir los asuntos de suma importancia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su resolución, siendo esbozadas como contravenciones a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Su segunda función es consultiva, pues los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos podrán consultar acerca de la interpretación de un derecho contenido en el Pacto de San José o un tratado del que formen parte. Asimismo, podrán consultarla, en los que les incumbe a los órganos referidos en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. De la misma manera, la norma señala que la Corte a petición de los Estados, podrá expresar la significación entre la compatibilidad de una ley interna y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### 2.3. Garantías judiciales como derecho humano al debido proceso y la incidencia en su inclusión al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia<sup>11</sup>. En otras palabras estas garantías surgen como herramientas de protección

---

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987): "Opinión Consultiva O.C. 8/87 del 30/01/1987 - El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párr. 25, [fecha de consulta: 01/10/2014]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf)

contempladas en la ley que aseveran que un derecho que ha sido transgredido será restablecido.

Estas garantías se encuentran consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de donde se desprenden obligaciones para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que aseguran la protección jurídica de sus gobernados. Consisten en las siguientes: Derecho a ser oído, derecho a la presunción de inocencia, derecho al proceso en un plazo razonable, derecho al juez natural, derecho a conocer previa, y detalladamente la acusación, derecho del inculpado a ser asistido por un defensor, derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, derecho de tiempo y forma para la preparación de la defensa, derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y derecho al recurso.

### 3. EL DERECHO A UN PLAZO RAZONABLE Y LA DILACIÓN EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA: UN PROBLEMA FRECUENTE EN LOS ESTADOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Un proceso de impartición de justicia en el cual su tramitación supera el plazo razonable no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado<sup>12</sup>. Si este plazo no se cumple conforme a lo establecido, el acceso a la justicia es impedido, por lo tanto el derecho resulta una violación a un derecho humano que debería de estar garantizado por los Estados.

---

<sup>12</sup> Zafaroni, Eugenio Raúl, Skolar Alejandro, et al. *Derecho Penal Parte General*, 2º edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 859.

3.1. La protección del derecho al acceso a la justicia en un plazo razonable en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El plazo razonable del acceso a la justicia, está contenido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con respecto a este tema diciendo que el plazo razonable no puede ser contabilizado por días, sino por el contrario, debe definirse de acuerdo a varios elementos que determinen la razonabilidad del plazo, estos son: La Complejidad del Caso, la actividad procesal del interesado, el comportamiento de las actividades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Cabe hacer mención que para que la Corte Interamericana se pronunciara en esta tesitura sobre este tema, estuvo influenciada por los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos que fue la que determinó los elementos para definir el plazo razonable como se menciona en el párrafo anterior, si bien dichos elementos nos arrojan la forma de determinar los plazos de los procesos de justicia de manera casi exacta, hay que someterlos a una revisión minuciosa para salir con éxito.

## **“DOS MODELOS DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS”**

**ALEJANDRA DÍAZ ALVARADO<sup>1</sup>**

SUMARIO: I. Introducción.- II. Instrumentos Internacionales que fundamentan al Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos.- III. Corte Europea de Derechos Humanos.- IV. Instrumentos de protección en el ámbito interamericano.- V. Corte Interamericana de Derechos Humanos.- VI. Análisis de los Sistemas Europeo e Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.- Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo analiza a los Sistemas de Protección de Derechos Humanos en el ámbito europeo e interamericano, incluyendo los instrumentos internacionales que le brindan sustento, así como a las instituciones que crean para la promoción y protección de los derechos humanos en sus respectivas competencias. Concluyendo con un análisis comparativo entre ambos sistemas.

Palabras Claves: Derechos Humanos, Sistemas de Protección de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Abstract: This paper analyzes the Systems of Human Rights Protection in the European and inter-American system, including international instruments that provide support and to create institutions for the promotion and protection of human rights in their respective jurisdictions. Concluding with a comparative analysis of both systems.

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, actualmente estudiante de la Maestría en Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, perteneciente al Padrón Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) impartida por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Correo electrónico: alejandradiaz\_10@hotmail.com.

Key Words: Human Rights, Protection Systems of Human Rights, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, international instruments of human rights protection.

## I. Introducción.

Los derechos humanos son aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacional, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todas las personas tienen los mismos derechos, sin discriminación alguna y son derechos interrelaciones, interdependientes e indivisibles entre sí.<sup>2</sup>

Estos derechos humanos son universales y se encuentran protegidos en leyes, tratados, convenciones, principios generales y el derecho internacional consuetudinario; dando origen así al derecho internacional de los derechos humanos, el cual establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar las medidas necesarias para la promoción y protección de las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Cabe señalar que existen tratados que son elaborados y suscritos por bloques regionales, con el fin de promover los derechos humanos dentro de sus territorios, lo que marca la pauta para la creación de los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos.

Este trabajo se centra en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el más antiguo en su tipo, creado en el seno del Consejo de Europa, a partir de la Segunda Guerra Mundial, de naciones completamente destruidas, de millones de personas fallecidas y de crímenes de lesa humanidad.

Así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo nacimiento también fue propiciado por la Segunda Guerra Mundial, lo que derivó en la preocupación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de instrumentar un Sistema de protección fundamentado en su Carta, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres de 1948 y de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus Protocolos.

---

<sup>2</sup>Definición de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, revisada el 27 de Septiembre de 2014. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

## II. Instrumentos Internacionales Que Fundamentan Al Sistema Europeo De Protección De Derechos Humanos.

El primer documento que fundamenta al Sistema Europeo de Derechos Humanos, es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual es un tratado internacional multilateral, abierto a firma en la ciudad de Roma el 4 de Noviembre de 1950, únicamente para Estados que conforman el Consejo de Europa. Entró en vigor el 3 de Septiembre del año 1953.<sup>3</sup>

Es estimado como el primer instrumento internacional que llevó a la práctica algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup>, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948. Dentro de los derechos y libertades que garantiza, se puede mencionar el derecho a la vida, el derecho a un juicio justo, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión y el derecho a la propiedad. Así mismo, señala prohibiciones a los Estados parte como son: la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, la esclavitud y el trabajo forzoso.

Después de la Aprobación de la CEDH en la década de los años 50's, ha sufrido modificaciones y adiciones importantes, a través de los Protocolos. En lo que respecta al procedimiento, el Protocolo No. 11 de 1994, hizo un cambio radical, al desaparecer a la Comisión Europea de Derechos Humanos y convertir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un órgano permanente, con funcionamiento de tiempo completo.

Gracias al Protocolo No.11 antes mencionado, es que se permite que el proceso judicial de protección de los derechos humanos en el ámbito europeo sea más expedito y eficaz; ya que la víctima tiene un acceso directo a la Corte Europea, sin necesidad de pasar por la instancia anterior que era la Comisión Europea de Derechos Humanos. Lo anterior es completamente opuesto al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Cabe señalar que actualmente existen quince protocolos al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los cuales plasman la

---

<sup>3</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, revisada el 1 de Septiembre de 2014, [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer).

<sup>4</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948. Revisada el 3 de Septiembre de 2014, <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>.

evolución y cambio constante de las sociedades en la protección de derechos humanos.

El segundo instrumento internacional importancia para el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, es la Carta Social Europea<sup>5</sup>, la cual fue adoptada el 18 de Octubre de 1961 como complemento socio-económico del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el seno del Consejo de Europa. Entró en vigor a partir del 26 de Febrero de 1965.

La Carta Social Europea es históricamente el primer Tratado Internacional específicamente destinado a regular derechos económicos y sociales. Justo después de ella se elaboró el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.<sup>6</sup> Por lo que puede decirse que la Carta Social fue la pionera en la protección de los derechos sociales.

Sin embargo en el año de 1966 se produjo una revisión a fondo de la Carta Social firmada en 1961, originando lo que hoy se conoce como Carta Social Europea Revisada.<sup>7</sup> La fecha de aprobación de este documento es el 3 de Mayo de 1996 en Estrasburgo, quedando abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Además de los documentos anteriormente mencionados, surgió la Carta de los Derechos Fundamentales, la cual reconoce el derecho personal, civil, político, económico y social de los ciudadanos y de las personas residentes de la Unión Europea, consagrándolos en una legislación comunitaria.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE EUROPA, Carta Social Europea, revisada el 1 de Septiembre de 2014, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf>.

<sup>6</sup> PEIRANO BASSO, Jorge, "La Carta Social Europea", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 6, 1987, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf>

<sup>7</sup> CONSEJO DE EUROPA, Carta Social Europea Revisada, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf>.

<sup>8</sup> GUERRERO MAYORGA, Orlando, El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr19.pdf>.

El derecho comunitario es el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones de las comunidades de Estados con otros sujetos de Derechos, entre los que se encuentran no sólo los Estados y las organizaciones internacionales, sino también los órganos, organismos e instituciones comunitarias y los particulares, sean estos personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros. Dando origen a un

Esta Carta se concibió en el año de 1999, con las aspiraciones de los Jefes de Estado y de Gobierno de recoger los principios generales enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y de las tradiciones constitucionales de los países que conforman la Unión. Fue elaborada por una Convención que incluía un representante de cada Estado miembro de la Unión y de la Comisión Europea y proclamada en el seno del Consejo de Europa, en Diciembre del año 2000, en Niza.<sup>9</sup>

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, esta Carta es aplicable a las instituciones europeas, en cumplimiento del principio de subsidiariedad<sup>10</sup> y no puede exceder las competencias que los Tratados y protocolos le confieren.

### III. Corte Europea de Derechos Humanos.

La Institución creada para la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, es el Tribunal o Corte Europea de Derechos Humanos,

---

sistema jurídico-institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo, con primacía y eficacia directa en el ordenamiento internos de los Estados.

Véase también VILLARINO PINTO, Eduardo, *La construcción de la Unión Europea*, Arco/Libros, Madrid, 1996, p.62. El cual señala que el derecho comunitario, como un ordenamiento integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, es una de las más relevantes manifestaciones del proceso de integración y construcción europea, pues los sujetos de este derecho no son sólo los Estados miembros y las propias instituciones comunitarias, sino también, las personas físicas y jurídicas, publicas y privadas capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros.

<sup>9</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Diciembre 2010, [http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta\\_DerechosFunUE.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta_DerechosFunUE.pdf).

<sup>10</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *El principio de subsidiaridad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf>.

El principio de subsidiaridad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone que no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos, es a los Estados a los que les corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y solo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia. En consecuencia el principio de subsidiaridad opera cuando una instancia primaria no puede alcanzar el resultado pretendido y la instancia secundaria, o bien sustituye o bien complementa las medidas adoptas por la primera con la finalidad de alcanzar tales resultados.

Véase también CHÍCHARO LÁZARO, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, España, Aranzadi, 2001, p.35.

En todo caso, al mecanismo de sustitución no tiene por qué implicar la exclusión o desaparición del poder de la instancia deficiente.

constituido en 1959 con fundamento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tiene competencia para conocer de demandas individuales y estatales que se encuentren fundamentadas en violaciones a derechos contenidos en el CEDH. Se encuentra situado en el Palacio de los Derechos Humanos en la ciudad de Estrasburgo, Francia.<sup>11</sup>

Con la entrada en vigor del Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control, desde 1998 el Tribunal opera de forma permanente y los particulares pueden dirigirse a él directamente.

A 55 años de su existencia, el Tribunal ha dictado más de 17,000 sentencias.<sup>12</sup> Las cuales son obligatorias, para los estados que han ratificado su competencia y han modificado su legislación interna para su adopción. Por lo tanto la jurisprudencia que emana del Tribunal es un instrumento dinámico y poderoso en aras de consolidar en Europa la democracia, el Estado de Derecho y sobre todo la protección y respeto de los Derechos Humanos de más de 800 millones de europeos de los 47 estados miembros del Consejo de Europa.

La Corte Europea se compone del mismo número de jueces que los Estados Parte del Convenio, por lo cual actualmente son 47 jueces y son elegidos por la Asamblea Parlamentario al interior del Consejo de Europa, a partir de una terna propuesta por cada Estado. Son elegidos por un mandato de nueve años no renovable.

El Tribunal dependiendo del asunto que se trate, puede componerse de cuatro maneras diferentes:

1. Un juez único decide sobre las demandas manifestantes inadmisibles;
2. Un comité de tres jueces puede pronunciarse por unanimidad sobre la admisibilidad y el fondo de un asunto sobre el que ya exista jurisprudencia consolidada;
3. Sala de siete jueces que se pronuncia por mayoría, la mayor parte de las veces sobre la admisibilidad y el fondo del asunto y;

---

<sup>11</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "El Tribunal en breve", Unidad de Relaciones Públicas, [http://www.echr.coe.int/Documents/Court\\_in\\_brief\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SPA.pdf).

<sup>12</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Overview 1959-2013 ECHR", Unidad de Relaciones Públicas, Febrero 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf).

4. La Gran Sala de diecisiete jueces puede ser convocada a pronunciarse sobre un asunto, esto solo sucede cuando una Sala se inhibe a su favor o cuando una solicitud de reenvío es aceptada.<sup>13</sup>

Para entender más a fondo el funcionamiento de la Corte, es necesario desglosar a las unidades que la conforman; iniciando por la sección la cual es una entidad administrativa que se compone por un Presidente, un Vicepresidente y varios jueces. En total el Tribunal se integra por cinco Secciones dentro de las cuales se constituyen las Salas.

La Gran Sala se forma con el Presidente del Tribunal, de los Vicepresidentes, de los Presidentes de las Secciones, del juez nacional y de jueces elegidos por sorteo. Los jueces que hayan formado parte de una Sala que haya dictado una sentencia no pueden formar parte de la Gran Sala que decida sobre el asunto reenviado.

Es importante remarcar el hecho que la Gran Sala solo puede decidir en dos supuestos: como consecuencia de un reenvío y consecuencia de la inhibición de una Sala. Lo primero se explica cuando una Sala dicta una sentencia y las partes en el caso pueden solicitar el reenvío del asunto ante la Gran Sala, dicha solicitud será admitida en algunas ocasiones solamente. Es el colegio de la Gran Sala quien decidirá si se aceptara o no el reenvío para un nuevo análisis.

Lo segundo se puede presentar en caso de que la Gran Sala deba decidir, ya que la Sala que llevaba el asunto tuvo que inhibirse de conocerlo por ser considerado una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o si pudiera existir el riesgo de contradicción con una sentencia previamente dictada por el Tribunal.

En lo que respecta al procedimiento de demanda ante la Corte Europea tiene ciertas características que son necesarias conocer a fin de llevar a cabo en forma correcta la presentación del caso; iniciando con las dos diferentes demandas que se pueden interponer, la individual<sup>14</sup> y la interestatal.<sup>15</sup>

La demanda puede interponerse de manera directa por el particular agraviado, sin necesidad de un abogado; tan solo llenando el formulario de demanda

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 11

<sup>14</sup> Demanda presentada por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental que estima que sus derechos han sido violados.

<sup>15</sup> Demanda interpuesta por un Estado parte contra otro Estado Parte del Consejo de Europa, por una presunta violación de derechos.

correctamente y anexando los documentos que se requieran. El Tribunal tiene la obligación de registrar la demanda, sin importar si al avanzar el procedimiento esta sea admitida o no. Es necesario señalar que al progresar el caso se vuelve necesaria la asistencia de un abogado, el cual presentara las observaciones pertinentes.

#### IV. Instrumentos De Protección En El Ámbito Interamericano.

El sistema interamericano de derechos humanos está integrado por un conjunto de instrumentos, órganos y mecanismos de protección y promoción, surgidos en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA).

A finales de la Segunda Guerra Mundial, de igual modo que con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; surge un tratado regional impulsado por las naciones de América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>16</sup>, redactada en México y aprobada en Bogotá, Colombia en mayo de 1948. Esta Declaración, se incorporó a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante la reforma de 1967, conocida como Protocolo de Buenos Aires.

Aunado a la Declaración, puede decirse que el documento fundamental en materia de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>17</sup>, la cual entró en vigor el 18 de Julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Fue redactada por delegados de los Estados Miembros, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en Noviembre de 1969.

En este contexto, el Dr. Sergio García Ramírez, señala lo siguiente referente a nuestro país:

“En mi concepto, 1981 ha sido el año clave, el año de referencia, el parteaguas, se puede hablar así, de la posición de México en la escena internacional a propósito de los derechos humanos. Fue el año en el que, todavía sin desarrollar el punto en

---

<sup>16</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, revisada el 28 de Septiembre de 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

<sup>17</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).

todas sus consecuencias, nuestro país acepto los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, así como la Convención Americana”:

Y con esto nuestro país comenzó la tarea de promover y proteger los derechos humanos, labor que si bien es cierto ha sido deficiente; ya que se han presentado casos como: González y otras (“Campo Algodonero”)<sup>18</sup>, Radilla Pacheco<sup>19</sup> y últimamente García Cruz y Sánchez Silvestre<sup>20</sup>, tan solo por mencionar algunos; el Estado Mexicano ha abierto las puertas al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y a la Convención Americana de Derechos Humanos.

A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención.<sup>21</sup> Sin embargo Trinidad y Tobago y Venezuela han denunciado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 26 de mayo de 1998 y 10 de septiembre de 2012 respectivamente.

El contenido de la Convención garantiza los derechos civiles y políticos contenidos en la Declaración Americana, y en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales los incluye de manera muy general; por lo que en 1988 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó el Protocolo

---

<sup>18</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso González Y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García Cruz Y Sánchez Silvestre Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 26 de Noviembre de 2013, (Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_273\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf).

<sup>21</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, revisada el 28 de septiembre de 2014, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>.

Los Estados son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, mayormente conocido como Protocolo de San Salvador<sup>22</sup>, el cual entra en vigor en 1999.

Con la única finalidad de proteger los derechos de las personas en el continente, la Convención Americana instrumento dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera fue creada en 1959 e inició sus funciones en 1960 justo cuando fue aprobado su Estatuto y se llevó a cabo la elección de sus miembros.<sup>23</sup>

#### V. Corte Interamericana De Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal regional internacional, creado mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege a los derechos que se encuentren en este instrumento, en el Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), así como en los documentos que integran al Sistema Interamericano de promoción y protección de Derechos Humanos.

Fue durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 22 de mayo de 1979, que se eligió a los juristas que formarían a la Corte Interamericana y su primera reunión se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en Washington D.C.

Posterior a esto, el mismo órgano recomendó aprobar el ofrecimiento del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en su país; decisión que fue ratificada en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó el 3 de septiembre de 1979, otorgándole así la sede de la Corte Interamericana a la ciudad de San José, Costa Rica, la cual únicamente puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes de la Convención.

Su Estatuto señala que la Corte es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y fue aprobado mediante la Resolución N° 448 adoptada por la

---

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", revisada el 28 de Septiembre de 2014, <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

<sup>23</sup> Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano", en FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en La Paz, Bolivia en octubre de 1979.<sup>24</sup>

En lo que respecta a su composición, la Corte se integra por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales son elegidos a título personal y como requisito indispensable es que cuenten con la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos.<sup>25</sup> Son electos por un periodo de seis años y pueden ser reelectos en una ocasión.

Al interior del documento anteriormente mencionado se estipulan las dos funciones con las que cuenta la Corte Interamericana:

1. La función jurisdiccional, en la cual la Corte tiene la capacidad de determinar si un Estado Miembro ha incurrido en responsabilidad internacional por haber cometido una violación a los derechos contenidos en la Convención Americana. (Art. 61, 61 y 63 de la Convención Americana).
2. La función consultiva, es aquella en la cual la Corte puede responder a las consultas que realizan los Estados Miembros, sobre la interpretación de la Convención Americana o sobre otros instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.<sup>26</sup> (Art. 64 de la Convención Americana).

Y estas funciones son precisamente las que establecen el tipo de procedimiento que se puede presentar ante la Corte: las demandas individuales por medio de casos contenciosos y los procedimientos consultivos. Para esto solo los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen derecho a presentar sus casos ante la Corte. Dentro de sus requisitos de admisibilidad se encuentra que la Corte solo puede aceptar un caso después de que haya sido llevado el procedimiento correspondiente ante la Comisión Interamericana.

Ahora bien, en lo que respecta al funcionamiento de la Corte, esta realiza sesiones anuales donde va ordenando las audiencias que llevará a cabo, ya sea sobre excepciones preliminares, sentencias de fondo o reparaciones. El Estado y la Comisión, la cual represente a la víctima; presentan sus argumentos y pruebas y

---

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, revisada el 28 de Septiembre de 2014, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>.

<sup>25</sup> Los jueces deben ser ciudadanos de un Estados Miembro de la OEA, aunque no necesariamente de un Estado Parte en la Convención. Otro aspecto relevante es que no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.

<sup>26</sup> VENTURA ROBLES, Manuel, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente", en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y VENTURA ROBLES, Manuel (eds.), *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. P. 113.

es facultad de la Corte decidir si se cometió una violación a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y cuál sería la reparación apropiada.

La Corte puede ordenar reparaciones en favor de la víctima o de sus familiares, ordenar la restitución del derecho violado, así como otro tipo de reparaciones incluyendo la económica, la creación de programas sociales e inclusive una disculpa pública por parte del Estado, por mencionar algunas.

## VI. Análisis De Los Sistemas Europeo E Interamericano De Promoción Y Protección De Los Derechos Humanos.

Los Sistemas de Promoción y Protección de Derechos Humanos que hemos abordado son un importante logro en el ámbito del derecho internacional. La Corte Europea e Interamericana son órganos jurisdiccionales que tienen una función prioritaria en la protección de los derechos humanos.

En lo que respecta a la composición de las Cortes, el número de miembros dista mucho la una de la otra; la Corte Europea tiene tantos jueces como Estados partes del Convenio Europeo, es decir 47 jueces actualmente, mientras la Corte Interamericana se compone solamente de 7 jueces. El periodo de duración en el cargo es de 6 años y posibilidad de una reelección para ambas.

En la estructura la diferencia radica en la actuación de la Corte Europea a través de Comités, Salas y la Gran Sala; mientras en la Corte Interamericana no se requieren sesiones, sino que exista un quórum de 5 jueces para las deliberaciones. Además la Corte Europea a través del Protocolo No. 11 se instauró como un tribunal permanente; mientras que la Corte Interamericana tiene periodos de sesiones ordinarias y extraordinarias durante todo el año, como lo señala el artículo 22 de su Estatuto.

En lo concerniente al acceso a las Cortes; el Protocolo anteriormente mencionado permitió que cualquier individuo, organización no gubernamental o todo grupo de personas pudieran acceder a la Corte directamente, por el contrario, a la Corte Interamericana solo es posible acceder cuando el individuo es presentado por un Estado parte o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con respecto a la posibilidad que las Cortes decreten medidas provisionales en caso de extrema gravedad con el fin de evitar daños irreparables por causa de violación de derechos humanos; por la naturaleza preventiva de ambas, las medidas cautelares constituyen una herramienta utilizada constantemente.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *Internacional Law-Revista Colombiana de Derecho*

En cuanto a la naturaleza de las sentencias de la Corte Interamericana y Europea, María Carolina Londoño Lázaro (2005) señala: “lo primero que habría que decir es que, en tanto tribunales judiciales, sus sentencias son obligatorias y, toda vez que esta instancia internacional no prevé recursos de revisión, sus sentencias además son definitivas” (p. 103).<sup>28</sup> En este sentido, los tribunales internacionales no realizan funciones de apelación o casación de las resoluciones judiciales.

El Dr. Sergio García Ramírez señala lo siguiente respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El Tribunal Regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de esta”.<sup>29</sup>

Por lo cual, la Corte Interamericana es un ente supranacional, que al agotar las instancias internas del Estado, podrá decidir sobre posibles violaciones a los derechos humanos comprendidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; mas no configuraría una cuarta instancia.

En materia de reparación del daño existe una diferencia sumamente marcada, ya que la Corte Europea únicamente busca la satisfacción equitativa que señala la Convención Europea; mientras la Corte Interamericana realmente tiene interés en la eficacia de las sentencias y no se ha limitado a indemnizaciones y reparaciones meramente económicas, sino ha buscado la restitución del derecho y demás formas de reparación

Como conclusión los Sistemas Europeo e Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, ha significado grandes avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el compromiso constante de los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Organización de los Estados Americanos (OEA) así como, de los Estados partes del Convenio Europeo y de la Convención Americana.

---

*Internacional*, Bogotá, núm. 5, junio de 2005,  
[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/international\\_law/revista\\_5/3.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_5/3.pdf).

<sup>28</sup> *Ibidem* p. 12

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del Caso Yatama vs. Nicaragua, del 23 de Junio de 2005, párrafo 4.

Las palabras de Jorge Agustín Nicolás Ruiz de Santayana son ciertas: "*Aquellos que no recuerdan el pasado, están condenados a repetirlo*". Y sin lugar a duda la historia del continente Europeo y Americano se ve reflejada en los instrumentos internacionales y las instituciones que han sido creadas para la protección de los derechos humanos.

### Bibliografía.

CHÍCHARO LÁZARO, Alicia, El principio de subsidiariedad en la Unión Europea, España, Aranzadi, 2001, p.35.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta", Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Diciembre 2010, [http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta\\_DerechosFunUE.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/Carta_DerechosFunUE.pdf).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "El Tribunal en breve", Unidad de Relaciones Públicas, [http://www.echr.coe.int/Documents/Court\\_in\\_brief\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SPA.pdf).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Overview 1959-2013 ECHR", Unidad de Relaciones Públicas, Febrero 2014, [http://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf).

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf>.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", *La justicia constitucional iberoamericana*, Madrid, Dykinson, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano", en FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

GUERRERO MAYORGA, Orlando, El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.2/pr/pr19.pdf>.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *Internacional Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 5, junio de 2005, [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/international\\_law/revista\\_5/3.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_5/3.pdf).

PEIRANO BASSO, Jorge, "La Carta Social Europea", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 6, 1987, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/6/dtr/dtr3.pdf>.

VENTURA ROBLES, Manuel, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente", en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y VENTURA ROBLES, Manuel (eds.), *El*

*futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

VILLARINO PINTO, Eduardo, *La construcción de la Unión Europea*, Arco/Libros, Madrid, 1996, p.62.

## Legisgrafía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948. Revisada el 3 de Septiembre de 2014, <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>

CONSEJO DE EUROPA, Carta Social Europea Revisada, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf>.

CONSEJO DE EUROPA, Carta Social Europea, revisada el 1 de Septiembre de 2014, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, revisada el 28 de Septiembre de 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", revisada el 28 de Septiembre de 2014, <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

## Casos Contenciosos y Votos Razonados

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García Cruz Y Sánchez Silvestre Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 26 de Noviembre de 2013, (Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_273\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso González Y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas), revisada el 28 de Septiembre de 2014, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del Caso Yatama vs. Nicaragua, del 23 de Junio de 2005, párrafo 4.

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

*Esperanza Rodríguez Custodio<sup>1</sup>*

**Universidad Juárez Autónoma de Tabasco**

*espe\_decabrera@hotmail.com*

### **SUMARIO:**

I. Introducción. II. Los derechos del niño como derecho humano. III. Evolución histórica. IV. Construcción doctrinal del concepto “*interés superior del niño*”. V. Marco normativo de interés superior del niño. VI. Análisis de la interpretación y aplicación del principio jurídico interés superior del niño en sentencias de la CIDH. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes de información.

### **Resumen:**

En esta ponencia se analiza la interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño, en la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se presenta un análisis jurídico sobre variado número de hechos concretos, que permite explorar en forma más profunda y obtener un conocimiento más amplio sobre la empleo de este principio.

Se aborda el tema desde muy variados puntos de derecho como son: la dignidad, la protección a la vida, libertad, igualdad, a la familia, cultura, entre otros; y se parte del concepto contenido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, para proceder a continuación a reseñar los elementos más importantes que guían la aplicación justa del derecho por parte de la Corte. Así mismo los criterios de interpretación auxiliares que no son normativos, como es el caso de la jurisprudencia y la doctrina que sirven para realizar la labor de subsunción del caso en la norma y ponderar con éxito las diversas circunstancias que convierten a un caso en único.

---

<sup>1</sup> Estudiante de la maestría en Métodos de solución de conflictos y derechos humanos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

**Voces:** Derechos humanos, derechos del niño, interés superior del niño, Convención sobre los derechos del niño, Corte interamericana de derechos humanos.

**Abstract:**

In this explanation the interpretation is analyzed and the application of the principle best interest of the child, in the sentence of the Inter-American Court of Human Rights. It presents a legal analysis on assortment number of concrete facts, which allows to explore in deeper way and to obtain a more wide knowledge of employment of this principle.

The topic is approached from varied points of right as: protection of life, freedom, dignity, equality, to the family, culture, among others; and there on the concept include in the article 3<sup>rd</sup> of the Convention of the Children's Rights, to proceed to describe the most important elements that guide the just application of the right from the Court. Likewise the interpretation criteria assistant that are not normative, as in the case of the precedent and the doctrine that they are used to realize the work of subsumption of the case in the norm and to weight successfully the diverse circumstances that transform into unique case.

**Voces:** Human rights, Child's rights, best interests of the child, Convention of the Children's Rights, Interamerican Court of Human Rights.

**I. Introducción.**

En el presente, se hace referencia a los derechos del niño como derecho humano, su evolución histórica, así como la conceptualización del principio de interés superior del niño. La cual tiene su origen en la Convención de los derechos del niño, y la repercusión que tiene en el ámbito jurídico, a partir de la interpretación y aplicación del término que hace la Corte

Interamericana de derechos humanos en sus sentencias.

## **II. Los derechos del niño como derecho humano.**

Los derechos humanos son los derechos esenciales que las personas deben gozar para poder vivir como seres humanos de pleno derecho. Todos los seres humanos merecen la oportunidad de lograr el crecimiento y desarrollo de sus capacidades, más allá de sus necesidades básicas y de su supervivencia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup> señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que no pueden ser objeto de discriminación por su nacionalidad, origen étnico, raza, sexo, religión, opinión política, riqueza o posición económica.

Los niños al igual que los adultos deben tener los mismos derechos. Sin embargo al no tener las condiciones físicas, psicológicas, económicas o sociológicas para poder ejercer plenamente sus derechos, se convierten en un grupo vulnerable. Haciéndolos blanco fácil de actos discriminatorios, que con frecuencia recaen en ataques a sus derechos humanos. Ante esto, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la "*Convención de los Derechos del Niño*"<sup>3</sup>, al advertir que los infantes necesitaban una protección especial.

Entre los derechos humanos de los niños se incluyen: el derecho a la vida; a poseer nombre y nacionalidad; el derecho a vivir con plenitud; libres de hambre; miseria; abandono y malos tratos; el derecho a un ambiente seguro; derecho a la educación, derecho a tiempo de ocio; el derecho a asistencia sanitaria; la posibilidad de participar, a su nivel, en la vida social, económica cultural y política de su país.

---

<sup>2</sup> <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado el 26 de septiembre de 2014).

<sup>3</sup> La *Convención sobre los Derechos del Niño* es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, <http://www.unicef.org/spanish/crc/> (consultado: 26 septiembre 2014).

### **III. Evolución histórica.**

En Francia a mediados del siglo XIX surge la idea de ofrecer protección especial a los niños. En 1841, se crearon leyes que comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo y en 1881, se establecieron garantías en materia de educación. Para inicios del siglo XX, se comenzó a implementar otros derechos que incluyeron las áreas social, jurídica y sanitaria.

En 1919 se crea la Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones<sup>4</sup>, la comunidad internacional externa su preocupación y elabora el Comité para la Protección de los Niños. En 1924, aprueba la Declaración de los Derechos del Niño conocida también como Declaración de Ginebra<sup>5</sup>, que se convierte en el primer tratado internacional sobre los Derechos de los Niños.

En 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, conocido por sus siglas en inglés como UNICEF<sup>6</sup>, que en 1953 se convertiría en una organización internacional permanente de las Naciones Unidas, para superar los obstáculos impuestos a la niñez por la pobreza, la violencia, la enfermedad y la discriminación.

En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de

---

<sup>4</sup> Se fundó inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial. Constaba originalmente de 42 países, 26 de los cuales no eran europeos. Alcanzó el número máximo cuando tuvo 57 países miembros. La Sociedad se creó porque algunas personas en Francia, Sudáfrica, el Reino Unido y los EE. UU. creían que una organización mundial de naciones podría conservar la paz y prevenir una repetición de los horrores de la guerra de 1914 a 1918 en Europa. Esta organización antecede a la ONU, <http://www.un.org/cyberschoolbus/bookstor/kits/spanish/unintro/unintro3.htm> (Consultado el 28 de septiembre de 2014).

<sup>5</sup>[http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf), (consultado: 26 septiembre 2014)

<sup>6</sup> [http://www.unicef.org/spanish/about/who/index\\_history.html](http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html), (consultado: 26 septiembre 2014).

los Derechos del Niño<sup>7</sup>, en el que describe los derechos de los niños en diez principios. Para 1966 se aprueban dos textos complementarios a la Declaración Universal de los Derechos Humanos: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho a la protección contra la explotación económica y el derecho a la educación y a la asistencia médica y; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a poseer un nombre y una nacionalidad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup>, que comprende 54 artículos en el que se establecen derechos económicos, sociales y culturales. 1990 la Organización para la Unidad Africana aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño<sup>9</sup>. Se adopta en 1999 el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil<sup>10</sup>

En 2002 entra en vigor dos Protocolos facultativos de la Convención sobre los derechos del Niño<sup>11</sup>, el primero sobre la venta de niños, la prostitución infantil, el turismo sexual infantil y la pornografía infantil. El segundo trata sobre la participación de los niños en conflictos armados.

#### **IV. Construcción doctrinal del concepto “*interés superior del niño*”.**

Para abordar el tema nos encontramos ante la necesidad de definir su significado. Lo anterior, se debe a que en la actualidad su interpretación ha sido causa de desacuerdos entre distintos autores que lo analizan. Sin embargo se unifica un

---

<sup>7</sup><http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>, (consultado:26 septiembre 2014).

<sup>8</sup>[http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv\\_DNiño.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNiño.pdf), (consultado: 27 septiembre 2014)

<sup>9</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8025.pdf?view=1>, (consultado 26 de septiembre 2014).

<sup>10</sup>[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327), (consultado 26 septiembre de 2014).

<sup>11</sup> [http://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_protocols.html](http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html), (consultado el 27 septiembre 2014).

concepto a partir de estas diversas acepciones.

Miguel Cillero<sup>12</sup>, afirma que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido principal son sus propios derechos. Así, el interés superior del niño indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

Por su parte, Nuria González y Sonia Rodríguez<sup>13</sup>, señalan que al concretar el interés superior del menor parte de la dignidad humana, que se adapta a las características y necesidades propias de la infancia; se parte de la protección al menor teniendo como referente sus necesidades y cuidados especiales derivados de su inmadurez, inexperiencia, ingenuidad y espontaneidad.

Así también F. Rivero Hernández, menciona que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado en el sistema jurídico, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con la que intenta definir o delimitar su supuesto concreto que permite que sea preciso luego en el momento de su aplicación.

De acuerdo con lo anterior, la indeterminación de interés superior del niño, como concepto jurídico, tiene que ser determinado en todas las situaciones específicas en que se encuentre inmerso el menor, que se hacen útiles al momento de la valoración del término en forma casuística. La determinación de interés superior, debe coincidir con lo que mayor o mejor beneficio traiga al menor. Por lo anterior,

---

<sup>12</sup> Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf), (consultado 27 septiembre 2014)

<sup>13</sup> González, Nuria y Rodríguez, Sonia, *Interés superior del menor*. Contexto conceptual, Pág. 33. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>

a mi criterio la doctrina deja pendiente un término uniforme de lo que significa o de lo que debería significar interés superior del niño.

#### **V. Marco normativo del interés superior del niño.**

- a) La declaración sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General en 1959.
- b) La Convención Americana de 1969, llamado también Pacto de San José.
- c) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, quien introduce por primera vez este principio.
- d) Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.

#### **VI. Análisis de la interpretación y aplicación del principio jurídico interés superior del niño en sentencias de la CIDH.**

**Caso Atala Riffo VS. Chile**<sup>14</sup>. En el año de 2012 la Corte resolvió un caso que no solamente causó gran impacto para el Estado de Chile, sino también para otros Estados por los criterios que sostuvo el máximo tribunal interamericano, entre los que se encontraba la interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño, en un hecho que se relaciona con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de tres niñas en contra de la señora Karen Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían daño a las menores.

En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que había sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro

---

<sup>14</sup>[http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoAtalaRiffoNinasVsChile\\_FondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoAtalaRiffoNinasVsChile_FondoReparacionesCostas.htm), (consultado 29 septiembre 2014)

del cuidado y custodia de sus hijas.

En la sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho de igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con otros diversos derechos que consagrados en el mismo ordenamiento, en perjuicio de la señor Atala. Esto porque la Corte Suprema del Justicia de Chile, concedió la tuición definitiva al padre, razonando el tribunal chileno que “en todas las medidas que le conciernan (a las niños y niñas), es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión entre otros argumentos que “...respecto del deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores (de edad), desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”.

Al respecto Corte Interamericana, dejó establecido que en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. Resalta que, además, la señora Atala no tenía que sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe

hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

**Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México**<sup>15</sup>. A mediados de 2010 la Corte Interamericana, declaró internacionalmente responsable al Estado de mexicano por la violación de derechos en perjuicio de la señora Valentina Rosendo Cantú. En el presente caso, estos hechos ocurrieron en un contexto de presencia militar en el estado de Guerrero. La víctima señora Rosendo Cantú mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena de me'paa, había sido golpeada y violada sexualmente por militares. Como consecuencia, esta realiza una denuncia penal ante el Ministerio Público del fueron común del distrito judicial de Allende, de Ayutla de los Libres, en el que se inició una averiguación previa poder el delito de violación sexual y las que resultaren.

En relación con la investigación de los hechos, la Corte consideró probado que en los hechos existieron fallas y omisiones, entre otras: la reticencia inicial a recibir la denuncia de la víctima; la falta de provisión de un interprete para la denunciante; la falta de condiciones de cuidado y privacidad al recibir la denuncia; la omisión de adoptar recaudos inmediatos sobre otros elementos probatorios; la falta de atención médica y psicológica adecuada durante las investigaciones del caso; la falta de medidas de protección especial por su condición de niña.

Que de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debió asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y

---

<sup>15</sup>[http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico\\_ExcpcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico_ExcpcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm), (consultado 30 septiembre 2014).

responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En tal sentido, el Estado debió prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado[265], y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.

Igualmente, los métodos de investigación utilizados por el fuero militar, como el enfrentar directamente a Valentina Rosendo Cantú con sus posibles agresores, contraviene los Lineamientos de las Naciones Unidas sobre Justicia en Tems que involucren niños víctimas y testigos del crimen. Estos lineamientos establecen la obligación de adoptar medidas para prevenir la afectación de las menores durante

la investigación de un caso para asegurar el respeto al interés superior, así como la dignidad de los niños víctima de un delito<sup>16</sup>.

## **VII. Conclusión.**

El reconocimiento de los derechos niño, ha sido de los más significativos de los derechos humanos. Así es necesario tener presente el sentido con que el principio de interés superior del niño se introdujo en la Convención sobre los Derechos del Niño y que márgenes de interpretación puede tener en cada caso. No pueden interpretarse adecuadamente los derechos del niño sin reflexionar sobre que significa en cada momento su interés superior.

Aunque el interés superior del niño es uno de los principios jurídicos más citados en las decisiones judiciales, no garantiza su total protección jurídica, a menos que ese interés superior como principio se vaya introduciendo de manera progresiva en la complejidad de las situaciones a los casos concretos.

## **VIII. Fuentes de información.**

- <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado el 26 de septiembre de 2014).
- La *Convención sobre los Derechos del Niño* es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, <http://www.unicef.org/spanish/crc/> (consultado: 26 septiembre 2014).
- [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf), (consultado: 26 septiembre 2014)

---

<sup>16</sup> Naciones Unidas, ECOSOC, Resolución 2005/20, Directrices de las Naciones Unidas sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

- [http://www.unicef.org/spanish/about/who/index\\_history.html](http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html), (consultado: 26 septiembre 2014).
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>, (consultado:26 septiembre 2014).
- [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv\\_DNiño.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNiño.pdf), (consultado: 27 septiembre 2014)
- <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8025.pdf?view=1>, (consultado 26 de septiembre 2014).
- [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327), (consultado 26 septiembre de 2014).
- [http://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_protocols.html](http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html), (consultado el 27 septiembre 2014).
- Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, [http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf), (consultado 27 septiembre 2014)
- González, Nuria y Rodríguez, Sonia, *Interés superior del menor*. Contexto conceptual, Pág. 33. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>
- [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoAtalaRiffoNinasVsChile\\_FondoRep](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoAtalaRiffoNinasVsChile_FondoRep)
- [aracionesCostas.htm](#), (consultado 29 septiembre 2014)

- [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoRosendoCantuOtravsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm), (consultado 30 septiembre 2014).
- Naciones Unidas, ECOSOC, Resolución 2005/20, Directrices de las Naciones Unidas sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

**EFFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS INELUDIBLES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

*Juana Sánchez Ramos<sup>1</sup>  
e-mail: Juany10\_2@hotmail.com*

*"No existe un solo modelo de democracia, o de los derechos humanos, o de la expresión cultural para todo el mundo. Pero para todo el mundo, tiene que haber democracia, derechos humanos, y una libre expresión cultural." Kofi Annan*

**SUMARIO**

- A) Los derechos humanos: nociones teóricas
- B) El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos
- C) Los derechos humanos que determinan una sociedad democrática
- D) Alcances de las sentencias emitidas por la corte interamericana de derechos humanos en materia de protección de los derechos políticos
- E) El concepto de derechos humanos

**ABSTRACT**

The Inter-American Court of Human Rights plays an important role in protecting human rights. The judges of this body have generated a jurisprudence of great value, from a legal point of view. Within this, the scope of the sentences has been so broad that have overcome the geographical barriers, that is, the arguments contained in them has not only been applicable to the States to which it is addressed, but has affected all countries that have accepted the jurisdiction of the Court in its territory. In our case, the arguments set out in the judgments have made it possible to determine the human rights that must be regulated and be respected in a society that is awarded democratic.

**KEYWORDS:** Human Rights, Jurisprudence, Protection, Rationale, Democratic Society.

**RESUMEN**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos juega un papel importante en la protección de los derechos humanos. Los jueces que integran este órgano, han logrado generar una jurisprudencia de sumo valor, desde el punto de vista jurídico. Dentro de esto, el alcance de las sentencias ha sido tan amplio, que han logrado superar las barreras geográficas, es decir, la argumentación en ellas contenida no solo ha sido aplicable a los Estados a los cuales va dirigida, sino que ha alcanzado a todos los países que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana en su territorio. Para nuestro caso, los argumentos recogidos en las sentencias, han

---

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Popular de la Chontalpa. Actualmente estudiante de la Maestría en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

hecho posible determinar los derechos humanos que deben estar regulados y ser respetados en una sociedad que se adjudique ser democrática.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos Humanos, Jurisprudencia, Protección, Fundamentación, Sociedad Democrática.

El estudio sobre el que versa mi trabajo de tesis se ha delimitado al tema anteriormente mencionado. Para realizar la investigación y cumplir con los objetivos propuestos, se aplicará el método del realismo jurídico, el cual consiste, en identificar al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales.

En este caso la parte medular del trabajo piensa sustentarse en las discusiones, criterios y decisiones que han surgido a partir de las decisiones vertidas a través de sentencias, por los jueces que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los derechos humanos elegidos para ser estudiados son, como bien lo delimita el tema, aquellos que deben de ser garantizados bajo cualquier condición en una sociedad democrática, esto a la luz de la jurisprudencia emitida por la CoIDH. Con este fin se ha realizado una consulta, y análisis de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto de manera detallada, lográndose ubicar como tema de análisis un total de ochenta y nueve sentencias, las cuales se describen al final del presente trabajo.

Ahora bien, dentro de estas sentencias, se ha realizado a la selección de párrafos de interés, obteniéndose con esta clasificación ciento ochenta y un párrafos de estudio. Derivado de lo anterior se han establecido las voces de los argumentos, así como su número de incidencias. Tabulados los resultados obtenidos, se logró la siguiente categorización:

VOCES	NÚMERO DE MENCIONES
Acceso a la información	3
Acceso a la justicia	3
Deber de investigar	1
Deber de motivación	5
Debido proceso	1
Derecho a conocer la verdad	2
Derecho a la consulta	1
Derecho a la identidad cultural	2
Derecho a la integridad personal	2
Derecho a la libertad de conciencia y de religión	2
Derecho a la propiedad privada	1
Derecho a la vida privada	2
Derecho de asociación	4

JUANA SÁNCHEZ RAMOS

Derechos políticos	2
Desigualdad de derechos	1
Ejercicio efectivo de derechos políticos	3
Garantías	5
Garantías judiciales	12
Independencia de jueces	1
Interés público	4
Ius puniendi	1
Libertad de controversia política	1
Libertad de expresión	27
Libertad de pensamiento y expresión	1
Libertad de prensa	1
Libertad personal	5
Oposición	1
Pluralismo	2
Pluralismo democrático	1
Pluralismo informativo	1
Poder punitivo	1
Principio de legalidad	3
Prisión preventiva	3
Privación de la libertad	1
Protección de derechos	1
Protección de los derechos humanos	2
Recurso efectivo	23
Recurso judicial efectivo	8
Requisito de necesidad	4
Requisito de proporcionalidad	2
Restricción de derechos	14
Restricción de derechos políticos	1
Restricciones a la libertad de expresión	7
Restricciones a la vida privada	2
Restricciones al derecho de asociación	2
Restricciones al derecho de propiedad	1
Restricciones al derecho de propiedad comunal	1
Restricciones al derecho de propiedad privada	1
Restricciones al derecho de reunión	1
Restricciones del acceso a la información	1
Suspensión de garantías judiciales	2
Violaciones de los derechos humanos	2

Realizada esta parte medular, se ha continuado con la integración temática, buscándose en todo momento registrar por la delimitación, objetivos e hipótesis planteados desde un inicio. De esta forma la estructura final del trabajo, se distribuye en cuatro partes, que buscan complementar de manera acertada, el interés de la investigación. Los capítulos que registrarán el contenido, se enuncian a continuación, acompañados de un breve resumen de lo que se abarca en ellos,

para al final desarrollar el tema del concepto de los derechos humanos, el cual es el tema con el que se inició nuestra investigación.

## **A) LOS DERECHOS HUMANOS: NOCIONES TEÓRICAS**

Se establece un preludeo teórico, en el cual se razona acerca de la difícil tarea de establecer un concepto generalizado de los derechos humanos, y con base en el análisis de varias definiciones, se extraen los elementos más destacados de ellas, realizándose al final una propuesta propia acerca de este concepto.

De igual manera, se investiga y estudia, la fundamentación de los derechos analizados, centrándonos en solo dos tipos de corrientes filosóficas, siendo estas el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Por otra parte, también se trabaja en las características, clasificación, breve reseña histórica, así como en los sistemas de protección de derechos humanos.

## **B) EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS**

Este segundo apartado, se centra en el surgimiento, evolución, integración y funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Describiéndose, de igual manera, los requisitos y el procedimiento para acudir ante los órganos que conforman el sistema en mención.

En este punto y considerando a Héctor Faúndez Ledesma, se tiene que:

“Al referirnos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tenemos en mente el complejo de mecanismos y procedimientos previstos tanto por la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos jurídicos conexos a ésta, como aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual -junto con sus protocolos adicionales y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos- es el producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema regional.”<sup>2</sup>

De igual manera Faúndez Ledesma, establece que para analizar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existen diferentes enfoques:

“Desde el punto de vista metodológico, cuando se intenta ofrecer un análisis global y coherente del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se puede seguir ya sea un esquema histórico, uno meramente normativo, o una combinación de ambos. Siguiendo un enfoque histórico, de acuerdo con Antonio Cançado Trindade, en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se pueden apreciar cuatro etapas fundamentales: a) la fase de los antecedentes de dicho sistema, que comprendería la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de otros instrumentos jurídicos que la precedieron o que la siguieron, b) el período de formación del sistema, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la gradual expansión de sus competencias, c) la fase de consolidación

---

<sup>2</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 27

del sistema, a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y d) la etapa del perfeccionamiento del sistema, producto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la adopción de protocolos adicionales a la Convención Americana, o de nuevos tratados que le sirven de complemento.

En esta última fase, la complejidad alcanzada como producto de numerosos instrumentos internacionales hace indispensable distinguir entre el mecanismo central del sistema -el Derecho propiamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- y aquellos elementos adicionales aportados por el Derecho derivado de los protocolos o de otras convenciones que, sin desconocer su importancia, tienen un carácter accesorio.”<sup>3</sup>

### **C) LOS DERECHOS HUMANOS QUE DETERMINAN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

Se busca profundizar en la definición y desarrollo de teorías acerca del concepto de sociedad democrática, determinar, conforme a la clasificación realizada originalmente, los derechos humanos que deben de salvaguardarse bajo cualquier circunstancia en este tipo de sociedad y dar a conocer el marco legal en que se sustentan dichos derechos.

Sobre la cuestión acerca de ¿qué es una sociedad democrática? la Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Olga Sánchez Cordero nos dice que

“[...] Una auténtica sociedad democrática, es aquella que supera la opacidad, [...] que se encuentra plenamente informada y cuenta con los canales idóneos y eficaces para su participación en la toma de decisiones; que cuenta además con los recursos y medios para conocer la gestión pública y cada sector, cada sujeto, es una voz autorizada para cuestionarla.”<sup>4</sup>

Con respecto a esto, se considera pertinente establecer que “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”<sup>5</sup>

En los derechos humanos que deben caracterizar una sociedad que presuma de ser democrática se deben priorizar el de: acceso a la información, acceso a la justicia, debido proceso, a conocer la verdad, a la consulta, a la identidad cultural, a la integridad personal, a la libertad de conciencia y de religión, a la propiedad privada, a la vida privada, de asociación, los derechos políticos, garantías judiciales, libertad de pensamiento y expresión, libertad de prensa, libertad personal, entre otros.

---

<sup>3</sup> Ibidem, pp. 27-28

<sup>4</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María, “Rendición de cuentas en los poderes de la unión”, *Seminario internacional de acceso a la información, protección de datos personales y rendición de cuentas del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN-CJF, 2012, Tópicos de transparencia II, pp. 93-100. P. 297

<sup>5</sup> Sentencia, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay de 24 de febrero del 2011.

## **D) ALCANCES DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE RIGEN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

Esta última sección aterriza la investigación al plano analítico y de debate. Partiendo de la presentación de casos resueltos, existentes dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, concretamente de las sentencias de este órgano, se detallará la forma en que la Corte Interamericana de derechos humanos ha emitido sus votos, los argumentos jurídicos a través de los cuales han justificado su decisión, además se determinará los alcances que han tenido las decisiones emitidas en las sentencias, tanto en el aspecto de determinar la responsabilidad y obligaciones de los Estados, como para ubicar, las repercusiones que han tenido en sus derechos internos y, como la suma de todo esto, logra o ha logrado una más amplia tutela de los derechos humanos en una sociedad democrática, materia de nuestro estudio.

Concretando nuestra colaboración a un tema específico, nos hemos decidido por el del concepto de derechos humanos, con el cual, como ya se mencionó anteriormente, iniciamos nuestra investigación.

## **E) EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS**

Los derechos humanos son uno de los temas más estudiados tanto a nivel nacional como internacional, muestra de ello son las numerosas obras publicadas, jurisprudencia producida y los diversos programas implementados para su difusión y protección.

Esto ha contribuido mucho a su análisis y estudio, pero de igual manera, ha generado que exista una infinidad de definiciones acerca de esta rama del derecho, algunas asumiendo la posición de que estos derivan de la naturaleza humana, otras estableciendo que son los que se encuentran reconocidos por los ordenamientos jurídicos y por tanto, son otorgadas por el Estado, unas más acentuando que son los que concretan las exigencias de la dignidad humana y no faltan las que inclusive añaden otros elementos en sus concepciones.

Lo anterior ocasiona que en el momento que se pretende llegar a un esclarecimiento sobre lo que son los derechos humanos se encuentren, tal como lo señalan Quintana Roldán y Sabido Peniche

[...] dificultades muchas veces insalvables, de orden sobre todo ideológico y doctrinario. El concepto depende en gran medida de la orientación que se asuma o de las ideas o tendencias que se profesen. Por ello, se suelen encontrar múltiples definiciones con matices distintos y en ocasiones hasta encontradas, dada la dificultad de la relatividad de sus contenidos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 19-20.

Ante esta situación, se presenta el interés de exponer de manera amplia la definición de derechos humanos, con el fin de construir una noción completa, que si bien contribuya al entendimiento de este término, también por su neutralidad pueda ser aceptada por las principales corrientes filosóficas<sup>7</sup> que pretenden determinar la naturaleza de estos derechos.

Considerando lo expresado por Nino<sup>8</sup> se han localizado algunas definiciones realizadas por la doctrina tradicional, para de allí partir hacia la construcción de un concepto que incluya los elementos más relevantes que estas aporten.

Una de las más aceptadas, es la de Pérez Luño, quién establece que los Derechos Humanos son “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.<sup>9</sup> Como se puede notar, en esta definición se tienen en cuenta el contexto histórico, la cuestión de la dignidad humana, así como el reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos, más no hace alusión alguna a la inherencia a la naturaleza humana.

Nikken, estableciendo que una característica del mundo moderno es el reconocimiento de que todo ser humano por el hecho de serlo es titular de derechos, sostiene que:

La sociedad contemporánea, y particularmente la comunidad internacional organizada, han reconocido que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.<sup>10</sup>

En este concepto se considera al igual que en el anterior la cuestión de la dignidad humana, pero también se hace alusión a la inherencia al ser humano y a la obligación del Estado de respetarlos y garantizarlos.

Al afirmarse que estos derechos son relativos al ser humano, solo por el hecho de serlo, es claro que se está haciendo referencia a la inherencia a la

---

<sup>7</sup> Nos referimos a las corrientes iusnaturalista y la positivista jurídica.

<sup>8</sup> En relación con un caso como el de la noción de derechos humanos, no se ve qué otra cosa podría hacerse que no fuera ofrecer una larguísima lista de definiciones más o menos precisas asociadas de algún modo con el empleo de la expresión en algún contexto. Sin embargo, sólo algunas definiciones serán de utilidad, y ellas son las que recogen distinciones que son relevantes en el esquema valorativo o justificatorio en cuyo marco opera la noción de derechos humanos. Véase Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, España, Ariel, 1989, colección Ariel derecho, pp. 12-13.

<sup>9</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 10ª ed., Madrid, España, Tecnos, 2010, p.48.

<sup>10</sup> Nikken, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza Rafael (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I, pp. 15-37.

naturaleza humana. Ahondando en este mismo sentido, nuevamente Nikken señala que

[...] todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra.<sup>11</sup>

En esta conceptualización se añade un nuevo elemento, la cuestión de la universalidad de estos derechos y se refiere a los derechos en estudio como fundamentales.<sup>12</sup>

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas, afirma que Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.<sup>13</sup>

Esta definición se basa en la inherencia a todos los seres humanos, lo que de forma automática dirige también hacia su universalidad y añade tres características a los derechos en cuestión: que se interrelacionan entre sí, así como que poseen interdependencia e indivisibilidad.

Analizando el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Faúndez Ledesma menciona que estos derechos

[...] pueden definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.<sup>14</sup>

Es de notarse, que el autor solo hace referencia a las prerrogativas que otorga el derecho internacional, más no a las proporcionadas por el derecho interno, no teniendo en cuenta las constituciones y leyes de los países, las cuales es de reconocer, juegan un papel importante en la garantía y protección de los derechos humanos.

<sup>11</sup> Nikken, Pedro, op.cit., nota 5, p. 24.

<sup>12</sup> Lo que hoy denominamos derechos humanos, a través del tiempo han sido nombrado de diversas maneras, tales como, derechos del hombre, garantías individuales, garantías sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales.

<sup>13</sup> Organización de las Naciones Unidas, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consulta 17 de marzo de 2014.

<sup>14</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 5-6.

De igual manera, es interesante la manera en que establece las formas en que los Estados pueden no cumplir con la garantía y protección de los derechos humanos: por acción, al interferir en áreas de nuestra vida legalmente no permitidas, o bien, por omisión, por no generar los medios, garantías o recursos que nos permitan acceder a determinados servicios, esenciales para satisfacer necesidades básicas.

Haciendo referencia al contexto de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, establece que:

Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.<sup>15</sup>

Este concepto, en cuanto a la inherencia a la naturaleza humana, su necesario establecimiento en los ordenamientos jurídicos, el deber del Estado de reconocerlos y garantizarlos, coincide con algunas de las definiciones descritas anteriormente.<sup>16</sup> Además de agregar que su realización efectiva resulta indispensable para un desarrollo integral del individuo.

Esta conceptualización, reconoce que los derechos humanos deben estar establecidos en ordenamientos jurídicos, pero en este punto solo hace reconocimiento a la Constitución y leyes nacionales, dejando a un lado los instrumentos jurídicos de orden internacional.

En cuanto a definiciones, consideramos necesario incluir también la estructurada por Jorge Carpizo,<sup>17</sup> quien al momento de puntualizar los derechos humanos estableció que son:

[...] el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural.<sup>18</sup>

Carpizo a diferencia de Faúndez Ledesma, sí otorga reconocimiento a las constituciones de los Estados y aporta que los derechos humanos abarcan varias esferas, desde la individual o colectiva, hasta la económica, política y cultural. Coincidiendo con Pérez Luño, en cuanto a considerar la cuestión de la dignidad humana.

---

<sup>15</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos), consulta 17 de marzo de 2014.

<sup>16</sup> Con Pérez Luño, Faúndez Ledesma, y la Organización de las Naciones Unidas en cuanto a la cuestión del necesario establecimiento de estos derechos en ordenamientos jurídicos. Con Nikken, en relación a la inherencia a la naturaleza humana y la obligación de ser reconocidos o garantizados por el Estado, en este último aspecto también coincide Faúndez Ledesma.

<sup>17</sup> Quién fungió como Primer presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en nuestro país.

<sup>18</sup> Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, definición y características", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

Tratando de seguir las tendencias más recientes en la materia, surge otra definición, la cual concibe a los derechos humanos como el [...] conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales.<sup>19</sup>

Esta propuesta acepta la inherencia de estos derechos a la naturaleza humana, pero de igual manera reconoce que para evitar su vulneración deben estar reconocidos en instrumentos jurídicos, tanto nacionales como supranacionales. Con esto incluye tanto principios de la corriente iusnaturalista como de la positivista jurídica, como se analizará más adelante. De ella también se deriva que los derechos humanos pueden ser violentados no solo por el poder público, sino inclusive por la sociedad.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma México, define a los derechos humanos como “el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente.”<sup>20</sup> Aquí se considera que los ámbitos de acción de los derechos humanos pueden ser civil, el cual no había sido considerado, político, económico, social y cultural y que estos pueden ser reconocidos al ser humano de manera individual o colectiva, lo cual es un elemento que en las enunciaciones anteriores no había sido tomado en cuenta.

Analizando todas estas definiciones es posible encontrar elementos importantes, que permiten obtener una concepción amplia y clara del concepto, pudiéndose así establecer, según nuestra propuesta, que los derechos humanos:

- a) Son el conjunto de facultades, prerrogativas, atributos, libertades, pretensiones, atribuciones o derechos, que permiten a las personas poder acceder a una mejor condición de vida.
- b) Son inherentes a la naturaleza humana, lo cual significa que las personas los poseen desde el momento de nacer y son inseparables de ellas durante el resto de sus vidas.
- c) Su finalidad es preservar la existencia, dignidad, libertad e igualdad humanas.
- d) Gracias a ellos es posible excluir de ciertas áreas específicas de nuestra vida privada la interferencia del Estado o bien, asegurar la prestación de determinados servicios para satisfacer nuestras necesidades básicas.

<sup>19</sup> Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., op.cit., nota 1, p. 19.

<sup>20</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “Derechos Humanos”, *Diccionario jurídico mexicano*, 7ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. II, p. 1063.

- e) Su realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo.
- f) Para poder ser reclamados deben estar establecidos en ordenamientos jurídicos, tanto de orden nacional como internacional.
- g) El deber de garantizarlos y respetarlos corresponde al Estado.
- h) Más no son concesiones del Estado.
- i) Su protección abarca los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.
- j) No son ajenos a los momentos históricos por lo que pueden ser influidos por ellos.
- k) Para ser reconocidos, se puede considerar al ser humano tanto individual como colectivamente.
- l) Su transgresión puede ser efectuada tanto por el poder público como por la sociedad.
- m) Son universales, es decir, que pertenecen a todos los habitantes de la tierra, sin depender de nacionalidad, cultura, residencia, sexo, origen étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.
- n) Se considera que son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Independientemente de los esfuerzos por brindar un concepto amplio, claro y único acerca de los derechos humanos la realidad es, como afirma Manili, que [...] una definición de qué son los derechos humanos, jamás puede ser exhaustiva en el sentido geográfico (es decir para cualquier lugar del mundo), ni en el sentido histórico (es decir, para toda época), ni en el filosófico y ni siquiera en el jurídico, la elaboración del concepto en sí siempre va a estar influida por el entorno en que se desempeña el autor de la definición.<sup>21</sup>

Siendo así, es posible concluir que los derechos humanos no deben concebirse de una manera cerrada, y por tanto acabada, en la que ya nada más hay que decir o agregar, sino que por el contrario esta rama del derecho, es capaz de absorber nuevos elementos que surgen en torno a ella, sin perder por esto la esencia de su razón de ser.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 600 p.

NIKKEN, Pedro, "El concepto de Derechos Humanos", en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza Rafael (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I, 335 p.

---

<sup>21</sup>Manili, Pablo L., "La difícil tarea de elaborar un concepto de los derechos humanos", *Manual digital de Derechos Humanos*, 1999, [http://derprivado.awardsp ace.com/files/trabajo\\_manilli.pdf](http://derprivado.awardsp ace.com/files/trabajo_manilli.pdf), consulta 03 de septiembre de 2014

NEOPROCESALISMO

NINO SANTIAGO, Carlos, *Ética y Derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, España, Ariel, 1989, 494 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 10ª ed., Madrid, España, Tecnos, 2010, 680 p.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. y SABIDO PENICHE, Norma D., *Derechos Humanos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2006, 506 p.

SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga María, "Rendición de cuentas en los poderes de la unión", Seminario internacional de acceso a la información, protección de datos personales y rendición de cuentas del Poder Judicial de la Federación, México, SCJN-CJF, 2012, Tópicos de transparencia II, 297 p.

CARPIZO, JORGE, "Los derechos humanos: naturaleza, definición y características", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, "Derechos Humanos", *Diccionario jurídico mexicano*, 7ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. II.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 17 de marzo de 2014, [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos).

MANILI, Pablo L., "La difícil tarea de elaborar un concepto de los derechos humanos", *Manual digital de Derechos Humanos*, 1999, [http://derprivado.awardspace.com/files/trabajo\\_manilli.pdf](http://derprivado.awardspace.com/files/trabajo_manilli.pdf).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 17 de marzo de 2014, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del caso Gelman vs Uruguay de 24 de febrero del 2011.

**SENTENCIAS ANALIZADAS PARA LA INTEGRACIÓN DEL PROYECTO**

1. Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
2. Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
3. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
4. Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

5. Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
6. Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
7. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
8. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
9. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
10. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
11. Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
12. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
13. Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.
14. Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
15. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
16. Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
17. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
18. Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
19. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
20. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
21. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
22. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
23. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
24. Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
25. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
26. Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
27. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
28. Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.

- Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
29. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
  30. Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.
  31. Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafo 149.
  32. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
  33. Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.
  34. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
  35. Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
  36. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
  37. Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
  38. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
  39. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
  40. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.
  41. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
  42. Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
  43. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
  44. Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
  45. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
  46. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
  47. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 116.
  48. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.
  49. Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
  50. Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C

No. 211.

51. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185.
52. Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
53. Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
54. Corte IDH. Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
55. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
56. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
57. Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.
58. Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
59. Corte IDH. Caso Baldeón García vs PERÚ. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. serie C No. 147.
60. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
61. Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
62. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
63. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
64. Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
65. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.
66. Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
67. Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.
68. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
69. Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
70. Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
71. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
72. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.
73. Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

74. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
75. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
76. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
77. Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
78. Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78.
79. Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
80. Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161.
81. Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
82. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
83. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
84. Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
85. Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.
86. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
87. Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
88. Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
89. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

## **Naturaleza del Control de Convencionalidad en México.**

*Silvia María Morales Gómez\**

**RESUMEN:** Este texto tiene como propósito determinar la naturaleza del control de convencionalidad en México y las diversas concepciones jurídicas que sobre derechos humanos se originan a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de manera particular el artículo 1º, en ese sentido, destaca que se eleve a nivel constitucional las normas internacionales que establecen derechos humanos de fuente internacional, mismas que constituyen parte relevante del sistema jurídico mexicano y por tal debe ser aplicado, desde el momento en que se incorpora a nuestro orden jurídico.

**ABSTRACT:** This text is intended to determine the nature of conventionality control in Mexico and various legal concepts that human rights arise from the reform of June 10, 2011, the Political Constitution of the United States of Mexico particularly the Article 1 in this context stresses to rise to the constitutional level international standards that establish international human rights source, these constitute important part of the Mexican legal system and as such should be applied from the time he joined our legal order.

**PALABRAS CLAVE:** Control Constitucional, Control de convencionalidad, Bloque de constitucionalidad.

---

\* Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Doctorante en el Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la UJAT y PNPC del CONACYT.

**KEY WORDS.** Constitucional Control, Convencionalidad control, Constitutional bloc,

## SUMARIO

- I. *Naturaleza del Control Convencional*
- II. *Control de la convencionalidad Ex officio*
- III. *Control de convencionalidad concentrado*
- IV. *Control de convencionalidad difuso*
- V. *Bloque de constitucionalidad*

### I. Naturaleza del Control Convencional

La reforma constitucional sobre derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, ha sido recibida por la comunidad jurídica, como la más importante en el ámbito de los derechos humanos, su importancia deriva de diversos aspectos, uno de ellos, por los cambios que introduce al sistema de control de constitucionalidad en relación con el orden jurídico.

En el sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Control de la Convencionalidad nace a partir de que entró en vigor la Convención Americana sobre derechos humanos y determina la competencia de la Corte Interamericana en lo relativo a la interpretación y aplicación de la Convención en el artículo 62.1 y 3.<sup>1</sup>

En el ámbito nacional, la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la corte IDH, parte de la idea, que los Estados deben respetar los derechos esenciales de los individuos: ese respeto es inherente a la democracia y característico del Estado de derecho.<sup>2</sup> García Ramírez señala que existe también una premisa internacional, que ganó mucho campo en el siglo XX y llegó fortalecida al XXI: el

---

<sup>1</sup> “**Artículo 62.-** 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención....” “3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

<sup>2</sup> Opinión Consultiva OC-9/87, cit. Párrafo 35 del 06 de octubre de 1987

individuo es un sujeto de derecho internacional público, que anteriormente sólo se ocupó de los Estados, sin perjuicio de los alcances más generosos que le imprimió el derecho de gentes clásico.<sup>3</sup>

La Corte ha señalado, también en su opinión consultiva OC-2/82<sup>4</sup> denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* que: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

El control de la convencionalidad es un mecanismo procesal del derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que deben ejercer, incluso de oficio los Tribunales y Salas constitucionales de Latinoamérica, y constituye un paradigma en el ejercicio de sus funciones, al respecto la Corte ha expresado<sup>5</sup>. El

---

<sup>3</sup> García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio I. , *México y la Corte Interamericana de derechos Humanos*. Veinticinco años de jurisprudencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., México, Porrúa, 2003, Pp. 491-535

<sup>4</sup> Opinión Consultiva OC-2/82, cit. Párrafo 35 del 24 de septiembre de 1982.

<sup>5</sup> “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

caso Radilla Pacheco se distingue por ser la primera resolución dictada en contra de México y en la cual se hace mención del Control de Convencionalidad que deben ejercer los jueces y tribunales nacionales.

Se considera también, un mecanismo de protección o garantía que pertenece tanto al derecho procesal constitucional como al derecho procesal convencional, ejercido de manera *a priori* por los órganos competentes nacionales de cada Estado y el segundo, de forma *a posteriori* por los organismos internacionales supranacionales.<sup>6</sup>

El control convencional es una figura creada por la Corte IDH, órgano internacional de protección a los derechos humanos en el marco de la Convención ADH, para constatar o confrontar los derechos establecido en la Convención con el derecho Interno de los Estados adheridos a la Convención y así lograr su efectiva aplicación. Este control convencional lo ejercen los Jueces nacionales de los Estados Parte (control convencional difuso), así como los Jueces que integran la Corte Interamericana (control convencional concentrado)<sup>7</sup>

## II. Control de la convencionalidad Ex officio

Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo. En esa inteligencia, la obligación de los jueces es el de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional, sin estar condicionada a las manifestaciones o actos de los accionantes.<sup>8</sup>

En la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad, rige el principio dispositivo; lo que significa que quien promueve la acción de

---

<sup>6</sup> *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial; trabajo desarrollado por Fernando de Jesús Navarro Aldape, México, 2012, p. 58*

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 57

<sup>8</sup> Bevante Chorres, Hesbert, *El Juez de Control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano*, Estudios Constitucionales, Año 10, n. 1, 2012. Pp. 145-200.

inconstitucionalidad debe exponer en el escrito inicial, los agravios, fundamentos y la cita concreta de los componentes del parámetro de constitucionalidad que se consideran vulnerados, so pena de prevenir al accionante por la omisiones para que sean subsanadas, sin embargo en el Derecho Procesal Constitucional se presenta un gran avance, de un sistema dispositivo a un sistema parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, en el cual los Tribunales y Salas al ser omisos, podrían provocar que el Estado incurra en responsabilidad por omisión, lo que significa que deben actuar oficiosamente dentro del marco de sus respectivas competencias y normas procesales domésticas.

### **III. Control de convencionalidad concentrado**

Hay dos maneras en las que se puede rerealizar el control de convencionalidad, tanto el concentrado como el difuso: la primera es el control “concreto de convencionalidad; la segunda es el control “Abstracto” de convencionalidad.<sup>9</sup>

El primero de los mencionados, constituye una encomienda a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede internacional, cuya función esencialmente garantiza el goce de un derecho o libertad violado, así como la reparación e indemnización por la vulneración de un derecho a la parte lesionada. Benavente Chorres<sup>10</sup> menciona que obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contencioso sometidos a su consideración, en cuanto guardían e intérprete final de la Convención Americana.

La Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas

---

<sup>9</sup> Bustillo Marín, Roselía, *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. [http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control\\_de\\_Convencionalidad.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf)

<sup>10</sup> *Ídem.*

y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido, de igual forma actualiza su función convencional concentrada cuando descarta normas locales e incluso constitucionales por ser opuestas a la convención.

#### **IV. Control de convencionalidad difuso**

Hemos advertido que el control de convencionalidad de carácter concentrado corresponde a la Corte Interamericana, por consiguiente la convencionalidad de carácter difuso se encomienda a los jueces nacionales, ya se trate de jueces ordinarios o constitucionales, de diversas materias, grado o cuantía en el ámbito de sus competencias, a revisar que los actos y normativa interna que se pretende aplicar en un caso concreto sea conforme con lo establecido en la Convención ADH, y de darse el caso que evite no dejarlo de aplicar.

Es importante mencionar que los Jueces no deben aplicar preferentemente la normativa y jurisprudencia convencional para dejar de aplicar la nacional, sino antes bien, deben tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, es decir, mediante una interpretación conforme con la Convención ADH y la Constitución debe tratar de salvar la normativa interna antes de inaplicarla.<sup>11</sup>

En ese mismo sentido, Navarre Aldape menciona:

*La aplicación del control convencional difuso significa, por un lado el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional constitucional, debido a que los Jueces aplicarán a la par un control convencional y constitucional; sin embargo, por el otro, la supremacía constitucional es cuestionada con el control concentrado, debido a que la revisión judicial que sobre la Ley Fundamental y los derechos humanos consagrados en tratados*

---

<sup>11</sup> Navarre Aldape, Fernando, *Op. Cit.*; p. 61.

*internacionales realice el Tribunal Constitucional no es definitiva, ya que existe la posibilidad de la revisión judicial internacional supletoria, aunque se haya llevado a cabo por las instancias nacionales el control de la convencionalidad.*<sup>12</sup>

## V. Bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad debe entenderse como: “el estándar mínimo” creado por la Corte IDH, para que en todo caso sea aplicado el *corpus juris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; es un estándar que las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales. (Voto razonado Mac-Gregor)

De esta interpretación se advierte que las normas constitucionales no son solamente las que contempla la CPEM, sino también aquellos principios y normas internacionales que no se expresan en forma directa en la norma fundamental, sin embargo la propia Constitución remite, lo cual se advierte en lo dispuesto en el artículo 105 fracción II inciso g<sup>13</sup> en el cual la CPEM remite expresamente a las

---

<sup>12</sup> *idem*

<sup>13</sup> Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: ... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. El texto de esta transcripción fue

normas de derechos humanos de los tratados internacionales de los que México sea parte.

La categoría de bloque de constitucionalidad se propone ofrecer una explicación respecto de una realidad normativa en la que el texto constitucional hace remisión a otras normas, tales como los tratados internacionales, lo que implica que estas adquieren un valor constitucional, derivado de la cláusula de remisión que la propia constitución establece.

El bloque de convencionalidad constituye un parametro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”. En ese sentido el (voto razonado Mac-Gregor)<sup>14</sup> señala: Los jueces nacionales deben atender a este “bloque” lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.

### **Conclusiones**

En el sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Control de la Convencionalidad nace a partir de que entró en vigor la Convención Americana sobre derechos humanos. Con la reforma constitucional sobre derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se introduce un nuevo sistema de control de constitucionalidad en relación con el orden jurídico.

Los jueces nacionales, están obligados a realizar el control Convencional *ex officio*, en el caso que esten conociendo, lo cual garantiza su efectividad y

---

consultado en la página electrónica de:  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/105.pdf>

<sup>14</sup> *Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México., del 26 de noviembre de 2010.*

fortalece los medios de control constitucional, dando certeza y confiabilidad en la norma y las actuaciones de los gobernantes.

Hay dos maneras en las que se puede realizar el control de convencionalidad, la primera es el control concreto o concentrado de convencionalidad, ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al comparar el acto de violación con el contenido de la Convención. En tanto que el control Abstracto o difuso de convencionalidad, lo ejecutan los Jueces de cada Estado Parte, al comparar la norma y los actos de autoridad internos con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos o cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos, firmado y formalizado por México.

El bloque de constitucionalidad debe entenderse como: “el estándar mínimo” creado por la Corte IDH, para que en todo caso sea aplicado el *corpus juris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

La necesidad de armonizar las normas, interpretaciones y actuaciones de las autoridades nacionales con lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos es una de los objetivos primordiales de la jurisdicción de la Corte Interamericana lo cual constituye un reto para las autoridades en el ámbito de su competencia.

**FUENTES DE INFORMACIÓN**

1. García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio I. , México y la Corte Interamericana de derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia, Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM., México, Porrúa, 2003.
2. El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial; trabajo desarrollado por Fernando de Jesús Navarro Aldape, México, 2012.
3. Bevante Chorres, Hesbert, El Juez de Control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano, Estudios Constitucionales, Año 10, n. 1, 2012.
4. Bustillo Marín, Roselía, El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. [http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control\\_de\\_Convencionalidad.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf)
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/105.pdf>
6. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.*, del 26 de noviembre de 2010.
7. Opinión Consultiva OC-2/82, cit. Párrafo 35 del 24 de septiembre de 1982.
8. Opinión Consultiva OC-9/87, cit. Párrafo 35 del 06 de octubre de 1987

**CASOS ESPEJO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS CON LA  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Alfredo Islas Colín <sup>(1)</sup>

*Sumario*

*Introducción*

*I.- Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. A.- Corte Europea. B.- Corte Interamericana.*

*II. Derechos humanos. A. Derecho a la vida. B. Crímenes de lesa Humanidad. C. Agotamiento previo de recursos internos*

*Conclusiones*

*Fuentes*

**Resumen.** *Éste artículo analiza las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos que son citadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que este tribunal interamericano a su vez cita en sus sentencias para utilizar sus argumentos y aplicarlos en los casos que se le presentan del derecho a la vida, los crímenes de lesa humanidad y agotamiento previo de recursos.*

**Palabras clave.** *Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho a la vida, crímenes de lesa humanidad, agotamiento de recursos.*

**Abstract.** *This article analyzes the judgments of the European Court of Human Rights that are cited in the Inter-American Court of Human Rights that this inter turn tribunal arrived at its decisions to use their arguments and apply in cases that present the right to life, crimes against humanity and the exhaustion of domestic remedies.*

**Descriptors.** *European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, the right to life, crimes against humanity, resource depletion.*

**Introducción.** El presente trabajo se aplica el método de realismo jurídico para conocer la realidad jurídica de los derechos humanos. Asimismo, el método contrastante para estudiar los criterios jurisprudenciales del diálogo entre tribunales regionales de Europa e interamericano de derechos humanos. La hipótesis consiste en demostrar que el prestigio de la Corte Europea de Derechos Humanos es de tal magnitud en el sistema de protección de derechos humanos, que influyen sus criterios en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Iniciaremos la

---

<sup>1</sup> ) Profesor investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT) y de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (UNAM). Investigador Nacional, Nivel III (SNI-CONACYT)

exposición de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos respecto su origen, estructura y funciones; después exponemos la influencia de Corte Europea de Derechos Humanos (COEDH) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) a partir de las sentencias emitidas por éstos tribunales protectores de los derechos humanos en tres derechos humanos: el derecho a la vida; los *crímenes de lesa Humanidad* y el agotamiento previo de recursos internos. Para ello usamos como metodología el método de realismo jurídico al estudiar las sentencias de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cita ésta Corte en sus resoluciones con el objetivo de conocer en que casos utiliza el argumento aplicado en casos similares. Todo ello para conocer el nivel de influencia de dicho Corte Europea: temas, argumentos y casos. (2)

## I. Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos

### A. Corte Europea De Los Derechos Humanos <sup>3</sup>.

**Origen.** La Corte Europea de Derechos Humanos, COEDH tiene sus orígenes en la implementación de la *Convención Europea de Derechos del Hombre*, CEDH, firmada el 4 de noviembre de 1950, CEDH. La Corte Europea de Derechos Humanos tiene sesenta y cuatro años de creación y ha emitido ya más de 10000 decisiones. (4)

**Composición.** Se compone de 47 jueces, electos por seis años renovables por Asamblea. Cada juez es escogido de una terna presentados por cada Estado miembro.

---

<sup>2</sup>) El dialogo entre tribunales es un tema que varios autores han desarrollado, como los siguientes: *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de Miguel Revenga Sánchez, Andrée Viana Garcés y Laurence Burgorgue-Larsen. 2010, Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Derecho comparado, 1ª Edición / 341 págs.; *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Alfonso Herrera García Diego García-Sayán. 2013, Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Alternativa, 1ª Edición / 1142 págs.; *Jurisprudencia Regional comparada de Derechos Humanos*, de Fabio Salvioli Claudio Zanghi Diana Di Pietro. 2013, Editorial: Tirant lo Blanch, Colección: Derecho comparado, 1ª Edición / 662 págs. Entre otros.

<sup>3</sup>) *La Cour Européenne des Droits de L'Homme*. De Jean-Pierre Marguénaud. 3a. Edición, editorial DALLOZ, 156 pp., París, 2005.

<sup>4</sup>) *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barja de Quiroga León García, Alonso Juan Delgado Cánovas y Raquel de Miguel Morante. Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Textos Legales, 2ª Edición / 1822 págs. 2012.

**Organización.** La COEDH funciona en pleno, comités, cámaras y grandes cámaras. Si funciona en pleno le compete no realizar funciones contenciosas, elige al presidente de la COEDH, vicepresidentes y los “*greffiers*”. El comité es de tres jueces los cuales realizan el filtro de las demandas. Las cámaras se componen de siete jueces, el cual se integra también por el Estado que forma una de las partes del litigio. Y la grandes cámaras se componen de diecisiete jueces, el cual es presidido por el presidente de la COEDH, los presidentes de las cámaras y los jueces de los estados partes del litigio.

**Acciones y demandas.** Puede ser convocado la COEDH por recurso individual o de un Estado de la Unión Europea. La demanda debe ser dirigida contra un Estado firmante de la CEDH; por una violación a una disposición de dicha CEDH; el actor debió haber agotado los recursos procesales internos antes de acudir en instancia a la COEDH; el actor debe demostrar su interés jurídico; y presentar su demanda ante la COEDH, cumpliendo el plazo de hasta seis meses a partir de la fecha de la decisión interna que se impugna; la demanda no debe ser anónima.

**Funciones.** Las funciones de la COEDH los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* y de sus *Protocolos* que le sean sometidos. La Convención Europea de Derechos Humanos. La importancia en el mundo de la protección de los derechos Humanos es muy grande, es un modelo para el mundo.

En éste sentido el Consejo de Europa jugo un papel pionero. La Convención europea de derechos humanos de 1950 es el modelo más revolucionario con respecto a las concepciones clásicas del derecho internacional en relación con los límites de los derecho definidos, especialmente en los derechos civiles y políticos. *La Convención* tiende a instaurar un control supranacional de actos y órganos que actúan generalmente a iniciativa de los individuos convirtiéndose en verdaderos sujetos de derecho internacional.

Después de la entrada en vigor del *Protocolo número 11*, que modifica con profundidad el sistema de control de la *Convención*, tienen los mismos recursos ante la Corte, por aplicación del *artículo 34 de la Convención*. Asimismo, el Consejo de Europa realiza una función

complementaria de protección de los derechos humanos. En el nivel de la protección de los derechos sociales, la Carta Social Europea prevé un sistema diferente al de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, pero que la complementa dicha Carta social.

En el nivel subregional es necesario interesarse del sistema de protección de los derechos humanos elaborado por la Corte de Justicia de las Comunidades europeas en el ámbito de ciertas funciones, el cual se inspira en la misma Convención de Europea de Derechos Humanos, como lo afirmo el *Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997*, que entro en vigor el primero de mayo de 1999, el cual contiene otras disposiciones explicas sobre la protección de los derechos fundamentales.

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, firmada en Nice el 8 de diciembre del 2000, desarrolla éste edificio normativo de determinación de derechos humanos en la región, el cual el contenido esta integrado en el en la Constitución para Europa.

Sobre el ámbito europeo, la acción en materia de derechos humanos en lo que corresponde a la competencia de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, OSDE, realiza un papel muy importante en la protección de los derechos humanos en la región.

*La Convención Europea de Derechos Humanos fue firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950*, la cual entro en vigor el 3 de septiembre de 1953. Ésta *Convención* tiene seis protocolos “normativos” la cual ha sido ratificada por cuarenta y seis miembros del Consejo de Europa. Corresponde al modelo más acabado en el mundo, de protección de los derechos humanos. Después de la entrada en vigor, en 1988, del *Protocolo 11*, recibe la Corte Europea de Derechos Humanos demandas de los individuos de manera obligatoria.

Es importante resaltar que con la adhesión de los países de Europa del Este se convirtió en una condición necesaria que aceptaran que sus ciudadanos pudieran acudir directamente la aplicación de la Convención, por violaciones de las autoridades nacionales, ante la Corte (a. 46) o la Comisión (a. 25) a instancia de los particulares, no obstante que antes de dichas adhesiones eran clausulas facultativas.

Las particulares legitimados para acudir ante la Corte y la Comisión Europea de Derechos Humanos, así como testigos, gozar de inmunidades y algunos privilegios durante el procedimiento internacional de control. Dicha *Convención* esta complementada por el *Reglamento interior de la Corte*, el cual entro en vigor el 1 de julio del año 2006 y las reglas adoptadas por el Comité de Ministros en relación el *artículo 46 de la Convención*. Asimismo es importante resaltar el *artículo 39 del Reglamento*, relativo las medidas provisionales que puede tomar la Corte en caso de urgencia, ya que en caso de no tomarlas, es posible impugnar su acto por medio de recuso individual, como lo señala el *caso Mamatkulov et Askarov c. Turquía, del 4 de noviembre de 2005*.

**Los Protocolos.** En relación con los protocolos es importante resaltar, que a partir de la expedición del Protocolo 11, este modifico varios de ellos que contenían disposiciones procesales que fueron suplidas por dicho *Protocolo 11*, por lo que después de su entrada en vigor, en 1988, se aplican solamente los *Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13*, los cuales son obligatorios para los Estados que los firmaron y que complementan la Convención. A continuación mencionaremos algunos de dichos Protocolos: 1) El *Protocolo 1*, garantiza la protección de los bienes, el derecho a recibir educación y el derecho a elecciones libres. 2) El *Protocolo 4* reconoce la prohibición de privar de la libertad de las personas por consideraciones de deuda, la libre circulación, la prohibición de expulsión de nacionales y de colectividades extranjeras. 3) El *Protocolo 6*, que establece la pena de muerte para por actos cometidos en la guerra o el peligro inminente de guerra; 4) El Protocolo 7, reconoce las garantías procesales en el caso de expulsión de extranjeros, la garantía al doble nivel de jurisdicción en materia penal, el derecho a la indemnización en el caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y el derecho a la igualdad entre esposos. 5) El *Protocolo 11*, que suprime la Comisión y la parte contenciosa del Comité de Ministro. Dicha modificación en realidad no cambio la practica, pues como se exigía que dos terceras partes aprobaran las resoluciones, exigidas por el artículo 32, de la Convención, y nunca se junto dicha mayoría, dio lugar al equivalente de una negación de justicia. (Asunto *Dores et Silviera c. Portugal*, rés. DH 11 de abril 1985. 6) El *protocolo 12* que trata de la no discriminación; 7) El *protocolo 13*, abolió la pena de muerte en todas las circunstancias. Y 8) El *Protocolo 14*, establece varias disposiciones para hacer efectiva la aplicación de las resoluciones de la Corte.

**Control.** La Corte Europea de Derechos Humanos realiza funciones consultivas mediante previa petición del Consejo de Ministros. En relación con su función contenciosa es el único órgano que realiza dicha función a dicho nivel y de manera permanente. El derecho al recurso interestatal es abierto a diferencia de otros sistemas, el universal y el interamericano, pues no se requiere el consentimiento de Estado acusado para el seguimiento del procedimiento ante dicha instancia procesal. La mayoría de las demandas son presentadas a título individual.

La Corte Europea de Derechos Humanos aplica la *Convención Europea de Derechos Humanos* de manera que garantiza dichos derechos mediante criterios emitidos por dicha institución, al dictar jurisprudencia. De manera que la *Convención* se considera un “instrumento viviente que se debe interpretar “a la luz de las sociedades democráticas”. Dichas resoluciones de la Corte Europea no solamente ordenan inhibirse de realizar determinados actos, sino también, “medidas positivas” de la parte de los Estados parte. Ésta doctrina está muy bien sistematizada en el *caso Marckx c. Bélgica*, con respecto a la vida familiar, en la decisión del 13 de junio de 1979. Asimismo, se ordenó dictar medidas preventivas y represivas para ser tomadas efectivamente y con celeridad por cada Estado para la protección de la vida, la prohibición de la tortura, la pena y tratamientos inhumanos o degradantes previstos todos estos derechos en la Convención, en el *caso Selmouni c. Francia del 28 de julio de 1999* y *Assenov c. Bulgaria, del 28 de octubre de 1998*.

La jurisprudencia de la Corte puede llegar a tener efectos con respecto de las obligaciones de los Estados de proteger a las personas por actos de terceros.

En relación con las resoluciones del Comité de Ministros con respecto a diversas resoluciones dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos que declaran en algunos casos, que el Estado sancionado ha cumplido con las obligaciones derivadas de dichas sentencias; o informan del reexaminar o reabrir de ciertos casos a nivel interno como consecuencia de la resolución de la Corte de Derecho Humanos emitida; o para asegurar la eficacia.

Las otras convenciones del Consejo de La Europa relativas al régimen de protección de diversos derechos humanos, son entre otras las siguientes: 1) En 1981, *Convención para la*

*protección frente al tratamiento informatizado de información en base de datos por datos personales; 2) En 1983, la Convención sobre la transferencia de personas condenadas. 3) En 1986, la Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONG. 4) 1989, la Convención sobre la televisión en trans-frontera; 5) 1997, la Convención sobre derechos humanos y la biomedicina; 6) 1996, la Convención europea sobre ejercicio de derechos del niño; 7) 2001, Convención sobre la ciber-criminalidad.*

La Carta social europea tiene sus orígenes en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 21 al 25*, la cual se completo con un protocolo adicional en 1988. Dicha Carta contiene los derechos de igualdad de oportunidades y tratamiento en materia de empleo y de profesión, derecho de los trabajadores a la información a la consulta en el seno de la empresa, derecho de los trabajadores de tomar parte en la determinación y el mejoramiento de condiciones de trabajo, el derecho de las personas anciana la protección social.

## **B. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5)**

**Origen.** Los Derechos Humanos en la región de América se determinaron en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la cual fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948. La *Convención Americana de Derechos Humanos*, regula la Comisión (aa. 34 a 51) y Corte (aa. 52 a 69) la cual fue redactada por los representantes de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, OEA, en noviembre de 1969 en la Ciudad de San José de Costa Rica. *La Convención* entro en vigor el 18 de julio de 1978. Se han adherido veinticinco países a *la Convención*: 1) Argentina, 2) Barbados, 3) Bolivia, 4) Brasil, 5) Colombia, 6) Costa Rica, 7) Chile, 8) Dominica, 9) Ecuador, 10) El Salvador, 11) Grenada, 12) Guatemala, 13) Haití, 14) Honduras, 15) Jamaica, 16) México, 17) Nicaragua, 18) Panamá, 19) Paraguay, 20) Perú, 21) República Dominicana, 22) Suriname, 23) Trinidad y Tobago, 24) Uruguay y 25) Venezuela. La Comisión entro en funciones en enero de 1960 y la Corte se instaló el 3 de septiembre de 1979.

---

<sup>5</sup>) Ver *Sistema interamericano de derechos humanos*, de Felipe González Morales. 2013, Editorial: Tirant lo Blanch 1ª Edición / 495 págs.

**Composición.** Se compone de siete jueces: un presidente, un vicepresidente (por dos años y podrán ser reelectos) y cinco jueces electos por un periodo de seis años, y podrán ser reelectos por un periodo mas, por una votación de mayoría absoluta de los votos de los Estados parte en la Convención, en la Asamblea General de la OEA. Cada juez es escogido de una lista presentados por cada Estado miembro. Los candidatos son elegidos por sus calidades personales y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

**Organización.** La Corte funciona en pleno en sesiones ordinarias y extraordinarias. La sede será determinada por la Asamblea General de la OEA y podrá realizarse sesiones en cualquier Estado de la OEA. El quórum de asistencia es de cinco jueces y el de votación es por mayoría de los jueces presentes. Las audiencias por regla general son públicas, salvo que resuelva lo contrario el pleno. Aunque las deliberaciones son secretas salvo que resuelva el pleno lo contrario.

**Funciones.** La Corte tiene por funciones conocer de los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación de la *Convención Americana de Derechos Humanos y de sus Protocolos* que le sean sometidos. Los casos que conoce la Corte son contenciosos o consultivos. En éste caso será sobre podrá ser la consulta sobre la interpretación de la Convención o de otro tratado relativo a derechos humanos en los estados americanos.

**Acciones y demandas.** La Corte puede ser convocada para conocer de un caso por la Comisión o por los Estados parte. Los Estados Parte podrán reconocer como obligatoria de pleno Derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos de interpretación o aplicación de la *Convención*. La Corte podrá declarar la violación de un derecho humano previsto en la *Convención* y podrá solicitar se reparen las consecuencias de la medida o situación que configuró la violación del derecho humano y el pago de una indemnización. Asimismo, la Corte podrá dar opiniones sobre la compatibilidad de la normativa interna de los Estados con los derechos humanos previstos en la Convención (“los mencionados instrumentos internacionales”).

**La Convención Americana de Derechos Humanos.** La Convención es un tratado de 81 artículos dividido en tres partes: la primera denominada de los “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”; la segunda parte, denominada de los “Medios de Protección”; y la tercera parte “Disposiciones generales y Transitorias.” La Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Entro en vigor el 24 de marzo de 1981

**II. DERECHOS HUMANOS.** En esta segunda parte analizamos la influencia de Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) a partir de las sentencias emitidas por éstos tribunales protectores de los derechos humanos en tres derechos humanos: el derecho a la vida; los *crímenes de lesa Humanidad* y el agotamiento previo de recursos internos.

**A.- Derecho a la vida.** El derecho a la vida es la base de los demás derechos humanos. Su protección requiere de la acción y omisión del Estado. La *Convención Americana* la protege en su *artículo 4*, en los términos siguientes:

*Artículo 4. Derecho a la Vida*

*1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

La norma transcrita protege la vida humana a toda persona, desde la concepción, la cual será protegida por la ley por lo que resalta que nadie será privado de la vida arbitrariamente. Es importante, antes de analizar los casos en los que influye la Corte Europea a la Corte Interamericana en las resoluciones que dicta éste tribunal, mostrar la correspondiente disposición de protección del derecho a la vida, en la *Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 2*, que a continuación transcribimos:

*Artículo 2. Derecho a la vida.*

*1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena.*

*2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*

- a) *En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*
- b) *Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.*
- c) *Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección.*

La *Convención Europea* como la *Convención Americana* protegen la vida a toda persona, asimismo, la protegen por la ley, pero en el caso de la *Convención Americana* señala que la protege desde la concepción. Asimismo, las dos *Convenciones* permiten la “pena de muerte” con varias restricciones. Aunque la “abolición de la pena de muerte” esta regulada en los *Protocolos adicionales números 6 y 13 de la Convención Europea*. La *Convención Europea* regula varios casos de “privaciones de la vida” o muertes que no son violatorias del derecho a la vida.

La protección del derecho a la vida es regulada de manera tan amplia en las *Convenciones* citadas, pero la Corte Europea influirá a la Corte Interamericana en solamente tres temas específicos de violación del derecho a la vida siguientes: 1) la “no protección del embrión humano”; 2) la violación del derecho a la vida por poner en grave riesgo la vida; y 3) la “acción positiva”. La acción positiva a su vez comprende: a) la “acción positiva” de manera específica; b) la “acción por prevención”; c) la “acción procesal”; d) la explicación satisfactoria y convincente; y e) la “acción positiva” para protección de grupos vulnerables.

- 1) *La no protección del embrión humano*. Es importante advertir, que el presente tema, deriva de un criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <sup>(6)</sup> que a diferencia de los criterios anteriores establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, el presente es del órgano jurisdiccional de la Unión Europea que tiene por función interpretar y aplicar el Derecho a la Unión Europea, con autoridad supranacional a los países miembros de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.

En el presente caso, es de “no protección del embrión humano” pues resolvió que: “*ni*

---

<sup>6)</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*.

la directiva <sup>(7)</sup>, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas "personas" o que tengan un derecho subjetivo a la vida." Ya que dichas Directivas, "no t[enía] por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas [y que s]u objeto se circunscrib[ía] a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas" <sup>(8)</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos cito el caso "Oliver Brüstle Vs. Greenpeace" en el caso Fertilización in vitro <sup>(9)</sup>. Y después, por si había alguna duda, ahora la misma Corte Europea de Derechos Humanos, resaltó <sup>(10)</sup>, en el Caso Vo. Vs. Francia, que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una "persona" con "derecho a la vida. No obstante los anteriores criterios del Tribunal Europeo y de la Corte Europea de Derechos Humanos, que influyeron en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste tribunal al estudiar la Fertilización in vitro, los embriones humanos, resolvió que después de realizar una interpretación sistemática de instrumentos Internacionales no deduce que el embrión sea persona, al interpretar el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, ya que "no obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión [humano] pueda ser considerado persona <sup>(11)</sup>.

---

<sup>7</sup>) La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

<sup>8</sup>) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV, párr. 40.

<sup>9</sup>) Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 250.

<sup>10</sup>) Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 247.

<sup>11</sup>) Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 244.

- 2) *Violación del derecho a la vida por poner en grave riesgo la vida.* El caso que la Corte Europea resuelve relativo a la violación del derecho a la vida, por “poner en grave riesgo la vida” de una persona, sin que se le prive de la vida (<sup>12</sup>) influye en la Corte Interamericana (<sup>13</sup>) ya que se puso en peligro la vida de las personas, pero no murieron como consecuencia de la violación de los hechos violatorios de derechos humanos. La Corte Europea resuelve en el caso *Acar and Others v. Turkey* (<sup>14</sup>), que guardias municipales armados pararon a dos vehículos, sacaron a sus 15 ocupantes, les ordenaron formarse en fila en la carretera, y les dispararon. Seis de ellos murieron y nueve fueron heridos. La Corte Europea resolvió que fueron víctimas de una conducta que, por su naturaleza, representó un grave riesgo para sus vidas a pesar de que sobrevivieron al ataque.
- 3) *La acción positiva.* La protección del derecho a la vida, requiere que el Estado garantice su protección, mediante “acciones positivas”, que podemos clasificarlas en cuatro tipos siguientes: a) la “acción positiva” de manera específica; b) la “acción por prevención”; c) la “acción procesal”, y d) la explicación satisfactoria y convincente.

a) *La acción positiva de manera específica.* De conformidad con la resolución de la Corte Europea, en el *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom* (<sup>15</sup>), el Estado esta

---

<sup>12</sup>) Cfr. Eur.C.H.R., *Acar and Others v. Turkey, Judgment of 24 May 2005, App. Nos. 36088/97 and 38417/97, para. 77.*

[“...]el grado y tipo de fuerza usado y la intención o el objetivo detrás del uso de la fuerza puede, entre otros factores, ser relevante para valorar si en el caso particular, las acciones de los agentes estatales de infringir heridas cercanas a la muerte son tales como para analizar los hechos dentro del alcance de la protección proporcionada por el artículo 2 del Convenio. A la luz de las circunstancias descritas y en particular por el grado y tipo de fuerza usados, la Corte concluye que, independientemente de si la policía realmente intentó matarlo, el demandante fue víctima de una conducta que por su propia naturaleza, puso su vida en peligro, aún cuando haya sobrevivido. Por lo tanto el artículo 2 es aplicable en el presente caso[110].

<sup>13</sup>) Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 126

<sup>14</sup>) Cfr. Eur.C.H.R., *Acar and Others v. Turkey, Judgment of 24 May 2005, App. Nos. 36088/97 and 38417/97, para. 77.*

<sup>15</sup>) Cfr. Eur. Court H.R. , *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom judgment of 4 May 2001, para.*

obligado a realizar la llamada “acción positiva” para proteger el derecho a la vida, lo que se traduce en una “investigación oficial efectiva” cuando las personas son privadas de sus vidas como consecuencia del uso de la fuerza realizada por los agentes del Estado, en los términos siguientes:

*[l]a prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo [...] sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2 respecto a la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la obligación general [...] del Estado [...] de 'asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en [la] Convención', requiere la realización de [...] una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza. (16).*

La Corte Interamericana, integro la obligación del Estado de realizar “acciones positivas” para realizar “investigaciones reales y efectivas” para hechos similares, en los *Casos Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras* <sup>(17)</sup> y *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* <sup>(18)</sup>.

La Corte Interamericana señaló en el *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, que si se le priva la vida a una persona como consecuencia del uso de la fuerza, el Estado deberá realizar la “investigación oficial efectiva.” En el presente caso, influyó la Corte Europea con el *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom*, en los términos siguientes:

*[l]a prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo [ . . . ] sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2 respecto a la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la*

---

105; Eur. Court H.R. , *Case of Çiçek v. Turkey* judgment of 27 February 2001, para. 148; Eur. Court HR , *Mc Cann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, para. 161; Eur. Court H.R. , *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, para. 105.

<sup>16</sup> ) Cfr. Eur. Court H.R. , *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom*, supra nota 131, para. 105; Eur. Court H.R. , *Case of Çiçek v. Turkey* , supra nota 131, para. 148; Eur. Court HR , *Mc Cann and Others v. the United Kingdom*, supra nota 131, para. 161; Eur. Court H.R. , *Kaya v. Turkey*, supra nota 131, párr. 105.

<sup>17</sup> ) Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, Párrafo 112 .*

<sup>18</sup> ) Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, Párrafo 157.*

*obligación general [. . . ] del Estado [. . . ] de 'asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en [la] Convención', requiere la realización de [. . . ] una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza (19).*

De la resolución transcrita podemos observar, como las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, tiene garantizado el derecho a la vida cuando por actos del tipo del uso de la fuerza murieron, deberá el Estado que realizar una “investigación oficial efectiva”

b) *La acción por prevención.* La Corte Europea resolvió sobre la “acción por prevención” para salvaguardar el derecho a la vida, de manera que influyó a la Corte Interamericana al resolver el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia* <sup>(20)</sup> que el Estado debe proteger de manera efectiva la vida humana, la cual incluye las “acciones positivas”, del tipo de “acciones preventivas” para que desanimen la comisión de violaciones del derecho a la vida, mediante la expedición disposiciones penales efectivas y medidas preventivas para proteger la vida de las personas que se encuentre en riesgo.

La Corte Europea al aplicar el *artículo 2 del Convenio Europeo* también impone a los Estados una obligación positiva de adoptar medidas de protección, en los siguientes términos <sup>(21)</sup>:

---

<sup>19</sup> ) Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom judgment of 4 May 2001*, para. 105; Eur. Court H.R., *Case of Çiçek v. Turkey judgment of 27 February 2001*, para. 148; y Eur. Court H.R., *McCann and Others v. the United Kingdom judgment of 27 September 1995*, Series A no. 324, para. 161..

<sup>20</sup> ) Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 124.

<sup>21</sup> ) Cfr. European Court of Human Rights, *Kiliç v. Turkey*, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, paras. 62 and 63; *Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998*, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, paras. 115 and 116. Texto original en inglés:

62. The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the *L.C.B. v. the United Kingdom judgment of 9 June 1998*, Reports 1998-III, p. 1403, § 36) . This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual (see the *Osman judgment [...]*, p. 3159, § 115) .

63. Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources,

62. *La Corte recuerda que la primera oración del artículo 2.1 obliga al Estado no sólo a abstenerse de privar intencional e ilegalmente de la vida, sino también a tomar pasos apropiados para salvaguardar las vidas de quienes se encuentren bajo su jurisdicción (Ver caso L.C.B. vs Reino Unido. Sentencia de 9 de junio de 1998, Reports 1998-III, pág. 1403, párr. 36) . Esto conlleva un deber primario del Estado de asegurar el derecho a la vida, a través del establecimiento de disposiciones de derecho penal efectivas para disuadir la comisión de delitos contra las personas, apoyadas por una maquinaria de implementación de la ley para la prevención, supresión y castigo del incumplimiento de esas disposiciones. También se extiende, en ciertas circunstancias, a una obligación positiva de las autoridades de tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos (ver la sentencia de Osman [...], pág. 3153, párr. 115) .*

63. *Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo (ver la sentencia de Osman [...], pág. 3159, párr. 116) . (Traducción de la Secretaría) [203]*

c) *La acción procesal.* La Corte Europea de Derechos Humanos influye<sup>(22)</sup> a la Corte Interamericana en la protección del derecho a la vida, al imponer la “obligación procesal” al Estado que privó de la vida a una persona, de realizar una “investigación oficial

---

*the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see the Osman judgment [...], pp. 3159-60, § 116).*

<sup>22</sup> ) ECHR, *Ergi v. Turkey*, Judgment of 28.07.1998, Reports of Judgments, n. 81, paras. 85-86, ECHR, *Akkoç v. Turkey*, Judgment of 10 October 2000, paras. 77 to 99, and ECHR, *Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, paras. 78 to 83.

efectiva” (23). Pues, señala la Corte Europea que sino “sería inefectiva, en la práctica, sino existiera un procedimiento que revisara la legalidad del *uso de la fuerza letal* por parte de las autoridades” (24).

d) *La explicación satisfactoria y convincente*. La Corte Europea influyó (25) en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (26), al exigir al Estado de cumplir con su obligación de ser el garante del derecho a la vida a toda persona bajo su jurisdicción y con modalidades específicas cuando se trata de protección de la vida de menores, ya sea mediante: la prevención de situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión a la afectación a la vida; al imponer al Estado la obligación de otorgar una “explicación satisfactoria y convincente” respecto de la muerte provocada; desvirtuar alegaciones contra su responsabilidad con elementos probatorios válidos (27); imponer

---

<sup>23</sup> ) Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 292; y previamente, en Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 112; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra nota 49, párr. 97, y Caso Garibaldi Vs. Brasil, supra nota 252, párr. 23.

<sup>24</sup> ) Cfr. Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 157; y Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 15, párr. 112.

“[l]a prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo [...] sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la **legalidad del uso de la fuerza letal** por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2 respecto a la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la obligación general [...] del Estado [...] de ‘asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en [la] Convención’, requiere la realización de [...] una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza”. Eur. Court H.R., Case of Nachova and others v. Bulgaria, Judgment of 26 February 2004, para. 116; Eur. Court H.R., Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom, Judgment of 4 May 2001, para. 105; Eur. Court H.R., Case of Çiçek v. Turkey Judgment of 27 February 2001, para. 148; y Eur. Court H.R., Case of McCann and Others v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, para. 161.

<sup>25</sup> ) Eur. Court HR, Salman v. Turkey, supra nota 83, para. 98; Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey, supra nota 83, para. 82; Eur. Court HR, Selmouni v. France, supra nota 83, para. 87; Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria, supra nota 78, para. 34; and Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France, supra nota 78, paras. 108-110.

<sup>26</sup> ) Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, Párrafo 138

<sup>27</sup> ) Eur. Court HR, Salman v. Turkey, supra nota 83, para. 98; Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey, supra nota 83, para. 82; Eur. Court HR, Selmouni v. France, supra nota 83, para. 87; Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria, supra nota 78, para. 34; and Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France, supra

la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido <sup>(28)</sup>; asimismo, en otro caso, la misma Corte Interamericana <sup>(29)</sup>, en el caso de que una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos <sup>(30)</sup>, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida <sup>(31)</sup>.

e) *La “acción positiva” para protección de grupos vulnerables.* El Consejo de la Unión Europea garantiza los derechos humanos como la vida, libertad e integridad personal a las personas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad, adoptando las “medidas necesarias y razonables” para proteger dichos derechos <sup>(32)</sup>. La Corte resuelve que los

---

nota 78, paras. 108-110.

<sup>28</sup>) *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 4, párr. 111; *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 30, párr. 65; y *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 30, párr. 55. En este mismo sentido la Corte Europea ha formulado una extensa jurisprudencia: *Eur. Court HR, Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*, para. 61; *Eur. Court HR, Salman v. Turkey*, supra nota 83, para. 98; *Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey*, supra nota 83, para. 82; *Eur. Court HR, Selmouni v. France*, supra nota 83, para. 87; *Eur. Court HR, Ribitsch v. Austria*, supranota 78, para. 34; y *and Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France*, supra nota 78, paras. 108-111.

<sup>29</sup>) Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, Párrafo 111 .

<sup>30</sup>) *Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey* judgment of 13 June 2000, *Reports of Judgments and Decisions 2000-VI*, párr. 82; *Eur. Court HR, Salman v. Turkey* judgment of 27 June 2000, *Reports of Judgments and Decisions 2000-VII*, párr. 99; *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 42.b); *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supranota 3, párr. 99; *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 103, párr. 55; *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 104, párr. 65; *Caso Gangaram Panday*, supra nota 104, párr. 49; *Caso Godínez Cruz*, supranota 33, párr. 141; y *Caso Velázquez Rodríguez*, supra nota 33, párr. 135.

<sup>31</sup>) *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 104, párr. 65; *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 103, párr. 55; y *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 25, párrs. 152-153. En este mismo sentido la Corte Europea ha formulado una extensa jurisprudencia: *Eur. Court HR, Aksoy v. Turkey*, supra nota 106, párr. 61; *Eur. Court H.R. , Ribitsch v. Austria*, supra nota 116, párr. 34 y *Eur. Court H.R. , Case of Tomasi v. France*, supra nota 116, párrs. 108-111.

<sup>32</sup>) *Consejo de la Unión Europea, Proyecto de conclusiones del Consejo sobre las directrices de la EU sobre defensores de los derechos humanos, 100056/1/04 REV 1, 9 de junio de 2004.*

defensores de derechos humanos pueden estar en una situación de vulnerabilidad por lo que el Estado debe protegerlos <sup>(33)</sup>, en los términos siguientes:

*124. Por otra parte la Corte ha establecido que, en determinados contextos, la labor que realizan los defensores de derechos humanos puede colocarlos en una situación especial de vulnerabilidad, frente a lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar su derecho a la vida, libertad personal e integridad personal[73]. En este sentido, ha enfatizado que los Estados tienen el deber de crear las condiciones necesarias para el efectivo goce y disfrute de los derechos establecidos en la Convención, siendo que el cumplimiento de dicho deber está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen las defensoras y defensores de derechos humanos, cuya labor es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho[74]. Asimismo, ha señalado[75] que este compromiso con la protección de los defensores de derechos humanos ha sido reconocido por la Organización de los Estados Americanos[76], así como en diversos instrumentos internacionales[77].*

*[73] Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra, párrs. 81 a 91, y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs 79 a 82.*

*[74] Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra, párr. 87, y Caso Fleury y otros Vs. Haití, supra, párr. 80.*

*[75] Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra, párr. 89 y nota a pie de página 48, y Caso Fleury y otros Vs. Haití, supra, párr. 80 y nota a pie de página 66.*

*[76] Cfr. Organización de Estados Americanos, Defensores de los Derechos Humanos en las Américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, AG/Res. 1671 (XXIX-0/99) de 7 de junio de 1999; AG/Res. 1711 (XXX-0/00) de 5 de junio de 2000, y AG/Res. 2412 (XXXVIII-0/08) de 3 de junio de 2008.*

*[77] Por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, establece que "[t]oda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional". Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999, artículo 1. Cfr., asimismo, Organización de las Naciones*

---

<sup>33</sup> ) Corte IDH. Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, Párrafo 124 y . Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra, párrs. 81 a 91, y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs 79 a 82.

*Unidas, Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, UN Doc. No. A/CONF.144/28/REV.1, 7 de septiembre de 1990, artículos 16 a 22, y Consejo de la Unión Europea, Proyecto de conclusiones del Consejo sobre las directrices de la EU sobre defensores de los derechos humanos, 100056/1/04 REV 1, 9 de junio de 2004.*

**B.- Crímenes de lesa humanidad.** Se ha reconocido que en el Siglo XX millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que conmueven la conciencia de la humanidad, que dichos crímenes son una amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, por lo que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (*Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*). La jurisprudencia de la Corte Europea va influir en el tema de *Crímenes de lesa humanidad* con el *Caso Kolk y Kislyiy Vs. Estonia* <sup>(34)</sup> a la Corte Interamericana en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* <sup>(35)</sup>.

La Corte Interamericana analiza si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un *crimen de lesa humanidad*. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un *crimen de lesa humanidad*, y en qué circunstancias. Se afirmó en el *Caso Almonacid Arellano*, siguiendo los razonamientos aplicables al caso, del *Caso Kolk y Kislyiy Vs Estonia*, que la noción de *crimen de lesa humanidad* se produjo en los inicios del siglo pasado. En el *preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV)* las potencias contratantes establecieron que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública” <sup>(36)</sup>. Asimismo, el

---

<sup>34</sup> ) CEDH, *Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia*, Decisión del 17 de enero del 2006. Expedientes Nos. 23052/04 y 24018/04.

<sup>35</sup> ) Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párrafo 100*

<sup>36</sup> ) Cfr. *Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio núm. IV)*.

término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía <sup>(37)</sup>.

La Corte, además, reconoció que el *Estatuto de Nuremberg* jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como *de lesa humanidad*. Este *Estatuto* proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa <sup>(38)</sup>, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra <sup>(39)</sup>.

Por lo anterior, basándose en los párrafos anteriores, la Corte Interamericana encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de *crímenes de lesa humanidad*, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era

---

<sup>37</sup> ) Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, *British Yearbook of International Law*. Vol 23, (1946), 178, pág. 181. “[L]os crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”.

<sup>38</sup> ) Artículo 6.- El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: [...]

(c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

<sup>39</sup> ) Cfr. *United States Nuremberg Military Tribunal, United States v. Ohlendorf*, 15 I.L.R. 656 (1948); *United States v. Alstotter (1948 Justice Case)*, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 Vol. III 956 (U.S. Gov. Printing Office 1951)*; *History of the U.N. War Crimes Commission and the Development of the Laws of War compiled by the U.N. War Crimes Commission (1948)*; Cfr. O.N.U., *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Sentencia del Tribunal. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1950, U.N. Doc. A/1316 (1950), part III, párr. 123; artículo I.b de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968.*

violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de *cometer crímenes de lesa humanidad* es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general. En el mismo sentido, la Corte Europea en el caso *Caso Kolk y Kislyiy Vs. Estonia* (<sup>40</sup>)

De igual forma, la Corte resalta que el *artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949*, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades.

**C. Agotamiento previo de recursos internos.** El objetivo de esta institución es que los Estados tengan la oportunidad de prevenir o corregir las violaciones de derechos humanos antes que instancias internacionales tengan conocimiento de violaciones de derechos humanos. La *Convención Americana de Derechos Humanos (Convención)* regula como condición de admisibilidad de las peticiones o comunicaciones, el “agotamiento previo de recursos internos” por parte de los quejosos o denunciadores de la violación de un derecho humano previsto en la *Convención* antes de que tenga conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (Comisión) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte). *La Convención en su artículo 46, numeral 1, inciso a)*, señala que: Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

---

<sup>40</sup>) CEDH, *Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia*, Decisión del 17 de enero del 2006. Expedientes Nos. 23052/04 y 24018/04. pp. 424 y siguientes:

“La Cour rappelle également que l'application et l'interprétation du droit interne relèvent en principe de la compétence des juridictions nationales (Papon, décision précitée, et Touvier, décision précitée, p. 149), y compris lorsque le droit interne renvoie à des dispositions du droit international général ou d'accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (voir, mutatis mutandis, Waite et Kennedy c. Allemagne [GC], no 26083/94, § 54, CEDH 1999-I).

-La Cour note que, quand bien même les actes commis par les requérants auraient pu être considérés comme licites en droit soviétique à l'époque des faits, les tribunaux estoniens ont estimé qu'ils constituaient

des crimes contre l'humanité au regard du droit international au moment de leur commission.”

-La Corte observa que aun cuando los actos cometidos por [los señores Kolk y Kislyiy] pudieron haber sido considerados lícitos bajo las leyes soviéticas en ese momento, las cortes de Estonia los consideraron bajo el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad, en el momento de su comisión.

De la disposición citada, se deduce que antes de acudir a la *Comisión (a. 44 de la Convención)* o a la *Corte (a. 45 de la Convención)* se requiere que los quejosos o denunciantes agoten los recursos internos previstos en el sistema jurídico de protección de derechos humanos de sus respectivos países, ya que el sistema interamericano de protección de derechos humanos es subsidiario. Esto es, protege los derechos humanos que los sistemas jurídicos internos nacionales no protegieron, los protegerá el sistema interamericano de derechos humanos. Además, la norma de referencia, señala que deberá de realizarse dicho “agotamiento de recursos de jurisdicción interna” conforme a los principios de Derecho Internacional. Es aquí, donde la Corte <sup>(41)</sup> señala que conforme a los principios de Derecho Internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH <sup>(42)</sup>), ya ha resuelto sobre el particular. De lo que podemos observar como influye en este tema a la Corte Interamericana, como lo exponemos adelante.

*En el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de la Unión Europea, en su Artículo 35, numeral 1, relativo a las Condiciones de admisibilidad, señala que: Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.*

Es importante señalar, que el tema de “agotamiento previo de recursos internos” es una condición de admisibilidad que plantea diversos aspectos como su naturaleza, alcance y efectos, eficacia de recursos, el tiempo de resolverse, determinar cuáles son los recursos que tienen los quejosos en cada caso que agotar y cuáles estaba el peticionario en obligación de agotar. De todos estos temas, la Corte Europea <sup>(43)</sup> influyó a la Corte Interamericana al

---

<sup>41</sup> ) En los casos siguientes: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, Párrafo 21;* y Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, Párrafo 21.*

<sup>42</sup> ) La Corte Europea de Derechos Humanos a resuelto en los casos siguientes: ECHR, *Cases of De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy") v. Belgium, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, para. 55;* ECHR, *Case of Foti and others v. Italy, Judgment of 10 December 1982, Series A no. 56 para. 46,* y ECHR, *Case of Bitiyeva and X v. Russia, Judgment of 21 June 2007, para. 90 and 91.*

resolver el *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela* (<sup>44</sup>), respecto la regla de agotamiento de los recursos internos debe interpretarse conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, entre los cuales se encuentra aquél que consagra que el uso de esta regla es una defensa disponible para el Estado y por tanto deberá verificarse el momento procesal en el que la excepción ha sido planteada. De no presentarse en su debido momento ante la Comisión, el Estado ha perdido la posibilidad de hacer uso de ese medio de defensa ante este Tribunal.

**Conclusiones.** Podemos observar como sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos se adoptan por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas tan importantes como el derecho a la vida, crímenes de *lesa humanidad* y agotamiento previo de recursos. La selección que hacemos de estos derechos corresponden a un derecho mas importante, base de los demás derechos humanos: la vida. Otro relacionado con el derecho humanitario como son los *crímenes de lesa Humanidad*. Y uno mas, sobre derechos adjetivos, necesario para hacer efectivos los derechos humanos: el agotamiento de recursos previos.

1.- La influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a la Corte Interamericana en el caso del Derecho a la vida es relativa: la “no protección del embrión humano”; la violación del derecho a la vida por poner en grave riesgo la vida; y la “acción positiva”. La

---

<sup>43</sup>) La Corte Europea de Derechos Humanos a resuelto en los casos siguientes:

a) ECHR, *Cases of De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy") v. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, para. 55;

**"B. Sur la forclusion...55.** *En outre, rien n'empêche les Etats de renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui a pour but essentiel de protéger leur ordre juridique national. Il existe à ce sujet une longue pratique internationale à laquelle la Convention n'a sûrement pas entendu déroger car elle se réfère, en son article 26 (art. 26), aux principes de droit international généralement reconnus. Si pareille renonciation intervient devant la Commission (cf. p. ex. Annuaire de la Convention, volume 7, pp. 259-261), on n'imagine guère que le gouvernement intéressé puisse la rétracter à sa guise après la saisine de la Cour."*

b) ECHR, *Case of Foti and others v. Italy*, Judgment of 10 December 1982, Series A no. 56 para. 46, y

c) ECHR, *Case of Bitiyeva and X v. Russia*, Judgment of 21 June 2007, para. 90 and 91.

<sup>44</sup>) Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 14, y Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 16.*

acción positiva a su vez comprende: la “acción positiva” de manera específica; la “acción por prevención”; la “acción procesal”; la explicación satisfactoria y convincente; y la “acción positiva” para protección de grupos vulnerables.

2.- La Corte Europea calificó de crímenes de *lesa Humanidad* al igual que la Corte Interamericana, al asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil y por lo tanto violatoria de una norma imperativa del derecho internacional y normas de *ius cogens*.

3.- En relación con el agotamiento previo de recursos internos, la Corte Europea influyó a la Corte Interamericana al resolver el *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, respecto la regla de agotamiento de los recursos internos debe interpretarse conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, entre los cuales se encuentra aquél que consagra que el uso de esta regla es una defensa disponible para el Estado y por tanto deberá verificarse el momento procesal en el que la excepción ha sido planteada. De no presentarse en su debido momento ante la Comisión, el Estado ha perdido la posibilidad de hacer uso de ese medio de defensa ante este Tribunal.

### Fuentes

#### Libros y revistas

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, HERRERA GARCÍA, Alfonso, GARCÍA-SAYÁN, Diego. *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, 2013, Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Alternativa, 1ª Edición / 1142 págs.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *Sistema interamericano de derechos humanos*, 2013, Editorial: Tirant lo Blanch 1ª Edición / 495 págs.

MARGUENAUD, Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de L'Homme*. 3a. Edición, editorial DALLOZ, 156 pp., París, 2005.

QUIROGA, Barja de, LEÓN GARCÍA, Alonso, DELGADO CÁNOVAS, Juan y MIGUEL MORANTE, Raquel de. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Textos Legales, 2ª Edición / 1822 págs. 2012.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, VIANA GARCÉS Andrée y BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2010, Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Derecho comparado, 1ª Edición / 341 págs.

SALVIOLI, Favio, ZANGHI, Claudio y DI PIETRO, Diana. *Jurisprudencia Regional comparada de Derechos Humanos*, 2013, Editorial: Tirant lo Blanch, Colección: Derecho comparado, 1ª Edición / 662 págs. Entre otros.

**Consejo y Parlamento de la Unión Europea**

*Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.*

*Consejo de la Unión Europea, Proyecto de conclusiones del Consejo sobre las directrices de la EU sobre defensores de los derechos humanos, 100056/1/04 REV 1, 9 de junio de 2004.*

**Tribunal Europeo de la Unión Europea**

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV.*

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV, párr. 40.*

**Corte Europea de Derechos Humanos, sentencias**

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court HR, Salman v. Turkey, supra nota 83, para. 98;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia, Decisión del 17 de enero del 2006. Expedientes Nos. 23052/04 y 24018/04. pp. 424 y siguientes.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Akkoç v. Turkey, Judgment of 10 October 2000, paras. 77 to 99,*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Case of Bitiyeva and X v. Russia, Judgment of 21 June 2007, para. 90 and 91.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Case of Foti and others v. Italy, Judgment of 10 December 1982, Series A no. 56 para. 46*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Cases of De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy") v. Belgium, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, para. 55;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Ergi v. Turkey, Judgment of 28.07.1998, Reports of Judgments, n. 81, paras. 85-86,*

*Corte Europea de Derechos Humanos. ECHR, Kiliç v. Turkey, Judgment of 28 March 2000, paras. 78 to 83.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H. R., Case of Tomasi v. France, supra nota 78, paras. 108-111.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R. , Case of Çiçek v. Turkey judgment of*

*27 February 2001, para. 148;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R. , Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom judgment of 4 May 2001, para. 105;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R. , Kaya v. Turkey judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, para. 105.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R., Case of Çiçek v. Turkey judgment of 27 February 2001, para. 148;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R., Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom judgment of 4 May 2001, para. 105;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R., Case of McCann and Others v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, para. 161.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R., Case of Nachova and others v. Bulgaria, Judgment of 26 February 2004, para. 116;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court H.R., McCann and Others v. the United Kingdom judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, para. 161..*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court HR, Aksoy v. Turkey. judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, para. 61;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court HR, Salman v. Turkey judgment of 27 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, párr. 99;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur. Court HR, Timurtas v. Turkey judgment of 13 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI, párr. 82;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Eur.C.H.R., Acar and Others v. Turkey, Judgment of 24 May 2005, App. Nos. 36088/97 and 38417/97, para. 77.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. European Court of Human Rights, Kiliç v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, paras. 62 and 63;*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, paras. 115 and 116.*

*Corte Europea de Derechos Humanos. Versyp Cases ("Vagrancy") v. Belgium, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, para. 55;*

**Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias**

*Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo,*

*Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párrafo 100*

*Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafos 244, 247 y 250*

*Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 16.*

*Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, Párrafo 138.*

*Corte IDH. Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, Párrafo 124*

*Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, Párrafo 21.*

*Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supranota 3, párr. 99;*

*Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 126*

*Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párrafo 124*

*Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párrs 79 a 82.*

*Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Párrafo 292;*

*Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 14,*

*Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrs. 111, 112;*

*Corte IDH. Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 42.b);*

*Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, Párrafo 157.*

*Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, Párrafo 21;*

*Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88 y 135.*

# Justicia Penal

## Preámbulo

Todos los derechos humanos encuentran respaldo y efectividad en uno muy específico: el derecho de acceso a la justicia. En el sistema interamericano, su sustento se encuentra en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe lo siguiente:

### Artículo 25. Protección Judicial

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, aun 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 de recurso judicial, y

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

En México, el artículo 17 constitucional reconoce este derecho en los términos siguientes:

**Artículo 17.** Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

De ambos preceptos se ha desprendido con claridad que el derecho de acceso a la justicia tiene varias características, pero el punto de partida es que debe existir forzosamente un medio para tutelar los derechos humanos, y que dicho mecanismo sea sencillo, rápido, efectivo y que resuelva de manera completa el problema planteado. Bajo esta premisa descansan las reformas que se han visto en los años recientes en la mayoría de los países latinoamericanos, unos ya con más historia que otros pero, a final de cuentas, todos marchan más o menos en la misma dirección.

En el caso mexicano, el punto de partida de una serie de transformaciones al sistema de justicia, se dio en el año 2008 con la reforma constitucional que busca instaurar el sistema de justicia penal de corte acusatorio adversarial, con la presunción de inocencia como algo que pase de ser un mero ideal de justicia a una realidad visible y palpable. Y ya con las bases para un cambio radical, se fueron dando reformas a otras áreas del derecho, incorporando los juicios orales en la justicia civil, mercantil y familiar; en áreas como la justicia administrativa el cambio se dio hacia el uso de las tecnologías con la incorporación del juicio en línea, es decir, totalmente por medios electrónicos y, finalmente, como corolario pero a su vez como base de la pirámide, la reforma en materia de derechos humanos y amparo.

Si el punto de partida lo fue la reforma penal de 2008, resulta que la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, permitirá que se establezca un modelo realizable, en el que veamos verdaderamente un cambio de paradigma, no solamente en las leyes, sino en el actuar de los tribunales y los demás operadores del sistema, que necesariamente pasa por la sociedad, de tal manera que el reto está no solamente en cambiar las instituciones sino en el estilo de vida de la comunidad misma, que deberá tender hacia una cultura de la legalidad, porque de nada servirán modelos procesales transparentes en el diseño y opacos en la práctica; de nada servirán los millones de pesos invertidos en nuevos juzgados y salas de audiencias, ni siquiera en la capacitación de nuestros jueces, defensores, fiscales, las policías, si la sociedad no es consciente de que nos toca vivir una revolución del sistema de justicia que se basa en sí misma, en que ella sea el motor del verdadero cambio que busque la justicia plena y efectiva.

Y si en el año 2008 se veía lejano el día en que se vería aterrizar lo planeado, hoy, con los tiempos ya encima para dar cumplimiento al mandato del Órgano Reformador de la Constitución, en el sentido de que en el año 2016, cuando se cumplan los 8 años previstos para ir propiciando y sentando las bases de la transformación, vemos que efectivamente tanto los poderes locales como federales están en la misma lógica y, más allá de las críticas y alabanzas que se puedan lanzar al Código Nacional de Procedimientos Penales, lo cierto es que es una legislación que ya está ahí, esperando ser aplicada y, desde luego que se irá ajustando sobre la marcha porque ninguna ley es perfecta, al contrario, todo es perfectible, de ahí que el sistema de justicia penal como uno de los más visibles que es, deberá poner la nota de lo que sí y lo que no funciona.

La justicia penal es una las más sensibles para toda sociedad, de tal manera que eso nos debe alertar para que se hagan las reformas que aún sean necesarias; que se asuma el compromiso serio de que funcione el nuevo modelo, porque de otra manera lo que tendremos será desánimo y una sensación de mayor impunidad. Si empezamos a ver en la justicia penal los mismos vicios de siempre, la misma corrupción e ineficiencia del sistema en su conjunto, la decepción se apoderará de todos y se vendrá abajo un proyecto de nación que sí quiere cambiar y cambiar para bien; un proyecto de un México en donde la ley se respete y se haga efectiva.

El Código Nacional de Procedimientos Penales es una muestra de cómo en los tiempos recientes México regresa a un centralismo (quizás nunca se fue del todo), en donde los poderes federales cobran auge en detrimento de los poderes locales o estatales y, no se diga, municipales. Pero más allá de si estamos en presencia de una recomposición o derrumbe del federalismo, la situación que impera en el país es apremiante no solo por la inseguridad y los

altos niveles de violencia, sino por el alimento de ello: la corrupción. Y en un modelo en donde la premisa es que quien tiene los recursos económicos o políticos –o ambos- es quien puede delinquir sin responsabilidad alguna, es prácticamente imposible que se hable de un derecho humano de acceso a la justicia.

Por eso, la apuesta es que en la justicia penal tengamos un sistema en donde la transparencia sea la piedra de toque para acabar o, por lo menos, aminorar la corrupción. Y efectivamente los juicios orales tienen eso, transparencia, pero no son tampoco la panacea, puesto que por sí solos no conducen a nada. Necesitamos de un diseño procesal que sea no solo ágil sino efectivo; un modelo que no sea excesivamente complejo y cargado de tecnicismos que dificulten su operación. Y parece ser que el Código Nacional de Procedimientos Penales tiene mucho de eso, es decir, de excesiva formalidad y puertas falsas; de un entramado complejo que puede llegar a hacer que la maquinaria procesal se trabe a cada momento.

Como ya hemos dicho, seguramente no tardarán en llegar las reformas y adecuaciones que requiera el CNPP pero, lo más importante, es que se diseñe un sistema de justicia alternativa que permita que los juicios orales funcionen realmente; si todas las causas o la mayoría de ellas, se llevan al límite, hasta la etapa de juicio, pronto tendremos un sistema de justicia penal saturado, avejentado prematuramente y, con ello, la sensación de un mero cambio de fachada pero que en esencia sigue siendo disfuncional y corrupto. Si no se trabaja desde ahora en los medios alternos, el veredicto de la sociedad será de culpabilidad para todos y de un cambio de nombre pero que el denominador común sigue siendo el de la impunidad.

Por eso es de especial interés que los distintos actores estén trabajando ya en el análisis, la crítica y la propuesta de reconstrucción de la justicia penal, pasando irremediamente por el CNPP y, ejemplo de ello, es esta obra en la que varios autores de destacada trayectoria abordan distintos tópicos que giran en torno a los juicios orales y, de manera muy destacada, sobre algunos retos que se están enfrentando en el día a día y en los que se avecinan con la aplicación ya inminente de la nueva legislación. Es importante que no solamente haya preocupación por lo que se esté haciendo en los tribunales, sino que esto se enriquezca con el trabajo académico que permite nutrir de ideas, propuestas y hasta reclamos, todos teniendo el mismo objetivo: alcanzar la efectividad del derecho humano de acceso a la justicia.

Dr. Vicente Fernández Fernández

México, Distrito Federal, noviembre 2014.

## EL JUEZ DE CONTROL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Oscar Luis Barajas Sánchez<sup>1</sup>

**Sumario: Introducción, El Juez de Control, Origen y desarrollo del Juez de Control, El Control de Convencionalidad, Origen del Control de Convencionalidad, Reflexión final, Bibliografía.**

### INTRODUCCIÓN

Con la reforma Constitucional en materia de justicia penal, surge, en nuestro sistema jurídico, un nuevo personaje dentro del que hacer jurisdiccional, y con ello, me refiero precisamente al Juez de Control o Garantías, al cual se le asigna una serie de funciones, de tal trascendencia, como no tiene comparativo con otro caso en nuestro país, muy a pesar de aquellos que han dicho que esto no es un avance sino un retroceso, afirmando que, con ello se regresó a la figura de antaño, del juez instructor.

Pero como decía, este nuevo personaje del sistema de justicia, tiene ya un lugar dentro del proceso penal, y cabe aclarar que no nació de la noche a la mañana, sino que se ha venido conformando, asta adoptar la forma que tiene hoy día y como bien señala, Hidalgo Murillo, el Juez de Control mexicano debe ser una figura abierta, libre de estereotipos. Es decir debe tener la posibilidad de evolucionar.

El presente ensayo se desarrollara de la siguiente manera, primero proporcionare una serie de definiciones variadas, de cómo se visualiza al Juez de Control por los distintos juristas que han tratado el tema en nuestro país. Para

---

<sup>1</sup> Oscar Luis Barajas Sánchez, es Licenciado en Derecho, Maestro en Ciencias Penales, Perito en Criminalística, Especialista en Grafoscopia, documentoscopia y dactiloscopia, Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Coautor del Libro Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

## NEOPROCESALISMO

luego pasar al análisis del desarrollo de la figura del Juez de control a partir del Código Tipo del 28 de septiembre de 2004, por ser este el primer proyecto que contempla la situación, de que, el juez que interviene en la etapa preliminar e intermedia, no puede formar parte del tribunal del debate en el juicio oral, llegando hasta el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales y la forma en que conceptualiza al Juez de Control, asiendo también un poco de derecho comparado, al analizar la figura del Juez de Garantías desde el punto de vista del proceso penal acusatorio colombiano. Para finalmente hablar del Control de Convencionalidad y su forma de aplicación por parte del Juez de Control y así presentar una reflexión final, que espero nos permita comprender la visión que se debe tener del Juez de Control dentro del sistema de justicia penal mexicano.

## **EL JUEZ DE CONTROL**

El fundamento constitucional del Juez de Control lo encontramos en el artículo 16, pero esto no significa, que dentro del texto constitucional no se haga mención de él y sus funciones en otros artículos, que aun cuando no mencionan directamente su nombre, podemos inferir, que son atributos, que forman parte de la labor del Juez de Control. El artículo 16 de la Constitución plantea la creación del Juez de Control de la siguiente manera, los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, de forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Por lo cual podemos decir, que es aquí donde tenemos el génesis del Juez de Control.

Para poder entrar en materia, proporcionare una serie de definiciones sobre lo que se debe entender, por Juez de Control, siendo así que, María Horvitz citada por Benavente Chorres, nos dice que el Juez de Control es el órgano jurisdiccional unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley reconoce desde el inicio de la etapa preliminar hasta el dictado del auto de apertura a juicio oral que da termino al procedimiento intermedio (Benavente Chorres, 2012). Es decir este nuevo administrador de justicia cuenta con funciones

NEOPROCESALISMO

bien determinadas, puesto que con él se da inicio a la serie de actos procedimentales en las dos etapas anteriores al juicio oral. Por ello podemos afirmar que el Juez de Control es el órgano jurisdiccional encargado de las etapas previas al juicio, diferente que aquel que tiene la atribución de sentenciar (Arteaga Sandoval, 2013).

Por su parte Hidalgo Murillo, nos menciona que quizás podamos encontrar menos problemas a la hora de entender al Juez de Control que se crea en el artículo 16, párrafo décimo cuarto de la Constitución Política y el Juez de Garantías del Sistema Procesal Penal Acusatorio, esto es, afirmando que son el mismo juez, solo que, en lugar de ser concebido por la legislación secundaria encuentra ahora fundamento constitucional. Así también nos dice, que el Juez de Control es, por tanto, juez y como tal, su adjetivo de “control” es de derechos. *Y nos indica que no se le debe confundir con un juez de medidas cautelares porque si fuera un juez de medidas cautelares, ese adjetivo lo hace juez de restricción de garantías y limitación de derechos. El Juez de Control es, por el contrario, un juez protector de las garantías de los sujetos del proceso (Hidalgo Murillo, 2013).*

Afirma Benavente, que se debe entender al control jurisdiccional, como más que un cargo, porque en sí, es una función o rol, que es ejercida por cualquier órgano del Poder Judicial; en ese sentido, el respeto a los derechos constitucionales de los intervinientes en el proceso penal no es atribución exclusiva del juez que participa en la investigación, sino una obligación de todos aquellos que componen al órgano de impartición de justicia, al constituir una garantía para los justiciables (Benavente Chorres, 2012).

Aun cuando el dictamen de la cámara de diputados, consultable en la gaceta parlamentaria del 11 de diciembre de 2007; al respecto expresa que una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental, es el de establecer jueces federales y locales, denominados “de control” que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolver de forma inmediata, para minimizar los

NEOPROCESALISMO

riesgos de la demora en la ejecución de las diligencias (Arteaga Sandoval, 2013). Y pareciera, que aquí, el Juez de Control, no es más que un juez de medidas cautelares y providencias precautorias, sin tener los alcances de un verdadero Juez de Control.

Benavente opina, que, los jueces se erigen como garantes de que las partes actúen de buena fe, así como, a velar por la regularidad del proceso y el ejercicio correcto de las facultades procesales (Benavente Chorres, 2012).

El juez de control es aquel operador jurídico que ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad, etc.) de los sujetos procesales, durante las fases de investigación e intermedia; garantizándoles una respuesta pronto e inmediata, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia penal que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales (Benavente Chorres, 2012). Así podemos observar una visión de Juez de Control, que no solo otorga medidas cautelares y providencias precautorias, sino que es además un juez de control de la constitucionalidad y legalidad durante el proceso.

Al juez de control se le confiere la responsabilidad de la resolución rápida de las soluciones ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, ordenes de aprehensión, y las demás medidas cautelares y técnicas de investigación que requieran control judicial. Además, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público que afecten el ejercicio de la acción penal (reserva, desistimiento o no ejercicio). El juez de control deberá presidir las audiencias preliminares al juicio, conforme los principios del sistema acusatorio, resguardando los derechos de las partes (Arteaga Sandoval, 2013).

Sergio García Ramírez distingue dos funciones esenciales del Juez de Control:

NEOPROCESALISMO

- Control propiamente dicho, por cuanto hace a los actos ministeriales o policiales que requieran control judicial, esto es, cualquier acto o medida durante la investigación que implique afectación de derechos de los particulares;
- Garantía en estricto sentido, en tanto que es responsabilidad de este órgano garantizar los derechos de los ofendidos o víctimas (Arteaga Sandoval, 2013).

Alejandro Aponte, señala que en el nuevo contexto del sistema de justicia penal de Colombia,...el Juez de Control debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopia de material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionales previstos para la persona procesada (Benavente Chorres, 2012).

Por su parte German Martínez, indica las razones de la existencia del Juez de Control, siendo las siguientes:

- A. Poner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales (con especial apego a los principios constitucionales del debido proceso y a las garantías del acusado y de la víctima) se dice que, en este aspecto, su función es una suerte de control difuso de la constitucionalidad permitida expresamente por la ley.
- B. Impedir la formación de prejuicios o influencias perniciosas en el ánimo del juez que en su momento va a decidir lo que se considera el núcleo representativo del procedimiento penal: el juicio oral.
- C. Llevar acabo los preparativos para que en su oportunidad se lleve a cabo el juicio oral.
- D. O bien, llevar a cabo los actos o avalar las decisiones de las partes para que, en ciertos casos, aplicando el criterio o principio de oportunidad, no haya necesidad de llegar hasta el juicio oral, para lograr los objetivos restaurativos del modelo acusatorio y los fines de

esta nueva manera de ver e impartir justicia (Benavente Chorres, 2012).

## **ORIGEN Y DESARROLLO DEL JUEZ DE CONTROL**

### **A) Código Tipo (2004)**

Siguiendo a Hidalgo Murillo, el Juez de Control mexicano tiene su origen en el Código Tipo de fecha 28 de septiembre de 2004. En él se encuentra la primera referencia a los jueces de las audiencias preliminares, al sostenerse que “este código tipo requiere que los jueces que intervienen en la etapa preliminar e intermedia, en ningún caso pueden integrar el tribunal del debate en el juicio oral. [...] El tribunal no debe tener conocimiento de información fuera de lo que, en la etapa intermedia haya sido determinado admisible por el juez contralor en esa etapa, para así garantizar el debido proceso (Hidalgo Murillo, 2013).

En el artículo 14 del código tipo se vuelve a hacer mención del juez de control al considerarlo como contralor del proceso. Este mismo Código Tipo señala una serie de actividades que puede desempeñar el juez de control durante su actuación:

- Ordenar la inspección ocular de una persona.
- Requisa personal.
- Registrar un vehículo.
- Disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba.

NEOPROCESALISMO

El Código Tipo en ningún momento menciona al Juez de Control, juez de garantías, juez de la etapa preparatoria y /o juez de la etapa intermedia. El código tipo solo acuña el concepto de juez o tribunal, al modo como se utiliza en Costa Rica. A la vez, no discrimino entre un juez en la etapa de investigación preparatoria y otro, distinto, en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral (Hidalgo Murillo, 2013).

Por su parte Arteaga Sandoval, señala que, las funciones del Juez de Control otorgadas por la Carta Magna son:

1. Resolver sobre medidas cautelares y providencias precautorias. Son prevenciones del juez instadas por el Ministerio Público, la víctima u ofendido, para asegurar la presencia del imputado durante el proceso, el desarrollo de la investigación, para proteger a la víctima u ofendido, los testigos o la comunidad, o bien, para garantizar la reparación del daño.
2. Resolver sobre actos de investigación que requieran control judicial. Como las órdenes de cateo, la exhumación de cadáveres, la intervención de comunicaciones o la toma de muestras o fluidos.
3. Resolver las impugnaciones sobre determinaciones del Ministerio Público de reserva, archivo, no ejercicio de acción penal o aplicación de algún criterio de oportunidad.
4. Conocer sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos y aceleración procesal. Como los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso a prueba y los procedimientos abreviado y simplificado.
5. Recibir la prueba anticipada. Por regla general la prueba se desahoga en la etapa de juicio, ante el juez o tribunal oral, sin embargo, por excepción y para evitar que la prueba desaparezca o no sea posible desahogarla hasta esa etapa, se admite su recepción anticipada ante el Juez de Control. Tal es el caso de la testimonial o el dictamen pericial.

## NEOPROCESALISMO

6. Conocer del control de detención.
7. Conocer de la formulación de imputación.
8. Resolver sobre la vinculación a proceso.
9. Dirigir la etapa intermedia (admisión de pruebas, resolución de excepciones, incidencias, y determinaciones para depurar el proceso) (Arteaga Sandoval, 2013).

### **B) Juez de Control en la Constitución**

Volviendo a la Constitución, en ella, se considera una forma de Juez de Control que merece la pena analizar, puesto que es la base de todo lo que se vaya a desarrollar, sobre este personaje. Esto lo encontramos en el párrafo 14 del artículo 16 constitucional ya citado al principio de este trabajo. Para su estudio seguiremos a Hidalgo Murillo en su análisis del Juez de Control desde el punto de vista constitucional.

**1.- Juez de Control como juez de medidas cautelares:** Puede ser el que aparece en el párrafo 14 del artículo 16, esto es “que resolverá, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieren control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

**2.- Juez de Control como juez de actos de molestia:** Puede ser el que ha sido identificado como “autoridad judicial” en el artículo 16 de la Constitución Política, referido a los actos de molestia, mismos que igualmente pueden ser considerados como “medidas cautelares y/o precautorias”. Teniendo como asignación resolver sobre control de detención en flagrancia o caso urgente y, ordenar arraigo en materia federal, cateo, además del dictado del auto de vinculación a proceso señalado en el artículo 19 constitucional.

NEOPROCESALISMO

**3.- Juez de Control para el desahogo de la prueba anticipada:** Puede ser aquel que ha sido convocado al desahogo de la prueba anticipada, a la que se refiere el artículo 20, apartado A, fracción III de la Constitución Política.

**4.- Juez de Control para los mecanismos alternativos de terminación procesal:** Puede ser aquella autoridad judicial a la que se refiere el artículo 20, apartado A, fracción VII, ante la cual el imputado debe reconocer su participación en el delito, para los procedimientos de suspensión condicional del proceso y/o para procedimiento abreviado.

- a) Suspensión condicional del proceso: El artículo 20, apartado A, fracción VII de la Constitución dispone que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Regulado en el artículo 191 del C.N.
- b) Procedimiento abreviado: Contenido en el mismo artículo ya antes mencionado, contempla la situación de que en México, el mismo Juez de Control de la etapa de investigación, que sigue, en unidad competencial en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral recibe, en audiencia, al Ministerio Público, quien, en presencia de los demás sujetos procesales, podrá formular acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado desde la audiencia en la que se resuelva la vinculación del imputado a proceso, hasta antes de que se dicte auto de apertura de juicio oral. Regulado por el artículo 201 del C.N.

**5.- Juez de Control para las audiencias preliminares al juicio:** Puede ser aquel al que se refiere el artículo 20, apartado A, fracción X, convocado a realizar las audiencias preliminares al juicio. La etapa de investigación y la intermedia.

**6.- Juez de Control en audiencia de protección de derechos del imputado:** Puede ser aquel ante el cual comparece el imputado, conforme al artículo 20, apartado B, fracción III, para conocer los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, siendo el mismo juez que aparece en la fracción VI, que permite consultar al imputado y a su abogado los registros de la investigación, así como el

## NEOPROCESALISMO

que se menciona en la fracción VIII, que garantiza la presencia del abogado del imputado.

**7.- Juez de Control para impugnar las decisiones ministeriales:** Puede ser la autoridad judicial a que se refiere el artículo 20, apartado C, fracción VII, ante la cual la víctima u ofendido puede impugnar las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no este satisfecha la reparación del daño.

### **C) Juez de Control en el Código Modelo (2008)**

El Código Modelo surge como consecuencia de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008. Desde el artículo 38, afirma Murillo, es posible entender, que se está haciendo referencia al tipo de juzgador que venimos desarrollando. El Juez de Garantías de la etapa de investigación, es el competente para la etapa intermedia y, por ende, que “el juez o magistrado deberá excusarse de conocer: a) De la audiencia de juicio oral o de la alzada, cuando en el mismo proceso hubiera actuado como Juez de Control o pronunciando o concurrido a pronunciar la sentencia”. Este juez resolverá sobre la reparación del daño; sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos; sobre los derechos del imputado y su defensa; el respeto y protección de los derechos de las víctimas del delito; control sobre las facultades del Ministerio Público y la policía; otorgar autorizaciones y exigir el cumplimiento de los principios y garantías procesales y constitucionales; A solicitud de las partes deberá conocer las solicitudes de medidas cautelares; providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial; formas anticipadas de terminación del proceso; control y ejecución de medidas cautelares.

### **D) Juez de Control en el C.N.**

El Código Nacional de Procedimientos Penales indica en su artículo 211: El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

NEOPROCESALISMO

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e

b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

Siendo en las dos primeras, donde veremos la actuación, del Juez de Control, pero además, este juez de garantía es el contrapeso natural, para el director de la investigación como es el Ministerio Público (Benavente Chorres, 2012).

El C.N. define al Juez de control: el Órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común que interviene desde el principio del procedimiento y hasta el dictado del auto de apertura a juicio, ya sea local o federal;

De igual forma el C.N. en su artículo 24 indica que la autorización judicial para diligencias urgentes corresponden al Juez de Control que resulte competente para conocer de los actos o cualquier otra medida que requiera de control judicial previo, se pronunciará al respecto durante el procedimiento correspondiente; sin embargo, cuando estas actuaciones debieran efectuarse fuera de su jurisdicción y se tratase de diligencias que requieran atención urgente, el Ministerio Público podrá pedir la autorización directamente al Juez de control competente en aquel lugar; en este caso, una vez realizada la diligencia, el Ministerio Público lo informará al Juez de control competente en el procedimiento correspondiente.

Por su parte el artículo 133, nos dice que, para los efectos de este Código, la competencia jurisdiccional comprende a los siguientes órganos:

NEOPROCESALISMO

I. Juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio;

II. Tribunal de enjuiciamiento, que preside la audiencia de juicio y dictará la sentencia, y

III. Tribunal de alzada, que conocerá de los medios de impugnación y demás asuntos que prevé este Código.

Por lo tanto podemos encontrar en el C.N. la figura del Juez de Control cumpliendo las siguientes funciones:

1. Juez de medidas cautelares.
2. Juez de actos de molestia.
3. Juez para el desahogo de prueba anticipada.
4. Juez para mecanismos alternativos de terminación procesal y de solución de conflictos.
5. Juez para audiencias preliminares al juicio.
  - a. Audiencia de control de detención.
  - b. Audiencia de vinculación a proceso.
  - c. Audiencia de sobreseimiento.
  - d. Audiencia intermedia.
  - e. Audiencia de control de la acción.

**E) Juez de control en derecho comparado (Colombia)**

El programa de formación judicial especializada sobre el sistema acusatorio penal de Colombia considera que, existe un consenso general en relación con el modelo de procedimiento penal del cual hace parte el colombiano y afirma, en la etapa de investigación se trata de esclarecer una sospecha; en la etapa de juicio oral, se trata de obtener una convicción (Consejo Superior de la Judicatura, 2008).

Por lo tanto el Juez de Control de garantías debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de la verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y el acopio del material probatorio, con la

## NEOPROCESALISMO

preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada (Consejo Superior de la Judicatura, 2008).

Para ello se deberá apoyar de una serie de principios generales, que limitan el desarrollo y los efectos de la investigación penal, como son:

1. Presunción de inocencia: Es decir toda persona se presume inocente, mientras no se le haya declarado culpable.
2. Principio Nemo Tenetur Se Ispum Accusare: Entendido, como la no autoincriminación, o la prohibición de declarar en contra sí.
3. Principio de Celeridad: Sin dilaciones injustificadas o plazo razonable.
4. Principio de Proporcionalidad: Quien tiene a su cargo la tarea de interpretar y aplicar un principio sobre otro [...] debe preferir, también, un estado de cosas sobre otro. Esto determina un juicio valorativo para determinar cuál es la alternativa correcta para el caso concreto (González Maldonado, 2011).
  - a. Subprincipio de idoneidad: Pretende determinar que una medida que perjudique o impida la realización de un principio también esté en condiciones de favorecer otro. Este Subprincipio tiene las siguientes características:
    - i. Constitucionalidad.
    - ii. Carácter preponderantemente empírico.
    - iii. Flexibilidad.
    - iv. Control de la desviación posible de los parámetros legales.
  - b. Subprincipio de necesidad: Valoración del costo-beneficio de la medida adoptada.
  - c. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: Es un examen para determinar si la solución sobrevenida justifica la restricción de otro bien jurídico (González Maldonado, 2011).

## **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

La Convención Americana establece en su Artículo 1 la obligación de Respetar los Derechos contenidos en la misma Convención y por ello señala lo

NEOPROCESALISMO

siguiente: 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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Y en su artículo dos establece disposiciones de carácter interno que deben adoptar los países para que estos derechos sean una realidad y cuente completa eficacia. 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 esto afirma Carbonell, que cuando la Convención señala, medidas legislativas o de otro carácter; en este último supuesto, se encuentra la actuación de los jueces, los cuales juegan un papel fundamental en el cumplimiento de los mandatos de la Convención (Carbonell, 2013).

Y si, además, agregamos lo que Hidalgo Murillo opina, de, que quizá convenga decir que el Juez de Control mexicano viene a cambiar, casi totalmente, la concepción que se tiene en la doctrina y el derecho comparado respecto al juez de garantía del Sistema Procesal Penal Acusatorio. [...], y *además* no se ha dicho todo y, conviene seguir profundizando en el tema, porque, es preciso que el Juez de Control se convierta, para las entidades federativas, en un Juez de Control de derechos humanos, protector eficaz de las garantías constitucionales de los ciudadanos relacionados con la persecución de los delitos, porque ya es Juez de Control difuso de Convencionalidad (Hidalgo Murillo, 2013).

Solo entonces podemos ver la verdadera naturaleza del Juez de Control dentro del sistema de justicia penal mexicano.

## ORIGEN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de Convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala y Carbonell lo ubica precisamente en el párrafo 27: Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Como vemos el señalamiento es que, el Estado es un todo y la responsabilidad alcanza a todos los poderes, incluido el judicial, dentro de este a los Jueces de Control en su quehacer jurisdiccional.

Siguiendo a Carbonell, podemos indicar que, el desarrollo del Control de Convencionalidad se vino dando de la siguiente manera:

- 1.-Caso Myrna Chang vs Guatemala. “5 de Noviembre de 2003.
- 2.-Caso Tibi vs Ecuador. 7 de septiembre de 2004.
- 3.-Caso Almonacid Arellano vs Chile. 26 de septiembre de 2006.
- 4.-Caso “trabajadores cesados del congreso” (Aguado Alfaro y otros vs Perú).24 de noviembre de 2006.
- 5.-Caso Heliodoro Portugal vs Panamá. 12 de agosto de 2008.
- 6.-Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México. 23 de noviembre de 2009.

NEOPROCESALISMO

El pasado 10 de junio de 2011, el Estado Mexicano público en el Diario Oficial de la Federación la reforma a los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, y 105. De la Constitución, así también realizó un cambio en la denominación del primer capítulo del título primero de este documento, nombrándolo “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Con ello se unifica la terminología utilizada a nivel internacional con la usada en nuestro país que tradicionalmente ha denominado a los derechos fundamentales que aparecen en los primeros 29 artículos de la Constitución con el nombre de Garantías Individuales y que indicaba que estos eran otorgados por la ley suprema.

Lo más importante de esta reforma es que el Estado mexicano ha sentado la base para el desarrollo del mecanismo procesal denominado control convencional –o de convencionalidad-, difuso que permitirá lograr una mayor efectividad en la protección de los derechos humanos tras confrontar las leyes y actos de las autoridades con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tratados afines, de ahí que los jueces como parte integrante de los órganos del Estado, tienen la obligación ex officio de interpretar las normas internas conforme a las internacionales en materia de derechos humanos, con la finalidad de lograr la efectiva protección de los mismos, así como la subsistencia de la normativa interna que sea compatible con el derecho internacional de los derechos humanos de la internacionalización del derecho constitucional.

Hablar de control convencional implica confrontar la normativa interna de un Estado con la norma internacional (tratado o convención) de derechos humanos a la cual éstos se han vinculado de manera voluntaria, con la intención de darle prioridad y garantizar el efecto útil a ésta última, no obstante lo anterior la aplicación del control convencional debe primero permitir que la norma interna se trate de adecuar a lo establecido en la internacional, es decir debe utilizarse una interpretación conforme al tratado internacional que permite a la normativa interna encontrarse en sincronía con la internacional antes de expulsarla del orden jurídico nacional por ir en contra de esta última, de la misma forma que el control constitucional significa revisar el contenido de la Constitución frente a lo

NEOPROCESALISMO

establecido en las normas de rango inferior para darle prioridad a la Carta Magna, previa interpretación conforme.

La interpretación conforme admite grados dentro de su aplicación.

- a) Interpretación conforme en sentido amplio: Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto: Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente validas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicación de la ley: cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte (Rojas Caballero, 2013).

Como ya vimos el Control Convencional es una figura creada por la Corte IDH, órgano internacional de protección de los derechos humanos en el marco de la Convención ADH para contrastar o confrontar los derechos establecidos en la Convención con el derecho interno de los Estados adheridos a la Convención y así lograr su efectiva aplicación (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012). Este control puede ser realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por los tribunales de los Estados partes de la Convención, y por ende nuestros jueces de control del sistema de justicia penal, de esa manera es como en México,

NEOPROCESALISMO

empieza a figurar dentro del Estado Convencional de Derecho, en el momento en que el Estado mexicano acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana y reconoce como obligatoria su jurisprudencia.

Precisamente, en sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 14 de julio de 2011, se determinó que todas las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano sea parte son vinculatorias para el Poder Judicial de la Federación. Derivado de esta nueva fusión entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se ha creado una especie de “constitucionalismo mundial”... (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).

Exp: varios 912/2010 Versión estenográfica del pleno de SCJN del día 14 de julio de 2011 que a continuación se transcribe:

“POR MAYORIA DE SIETE VOTOS DE LOS SEÑORES MINISTROS COSSÍO DÍAZ, FRANCO GONZÁLEZ SALAS, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNÁNDEZ, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILEGAS, ORTÍZ MAYAGOITIA Y PRESIDENTE SILVIA MEZA, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511, Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos y en los artículos 1º., 103, 105 y 133, de la Constitución Federal, propuesto por el señor ministro Cossío Díaz, el sentido de que:

1) los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los Tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o Tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos de caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y

## NEOPROCESALISMO

3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

El mismo García Ramírez nos explica, que, el control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional,[...], ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[...], cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales,[...] -para verificar disposiciones domesticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera- con las disposiciones del Derecho Internacional (Garcia Ramirez, 2012).

## **REFLEXIÓN FINAL**

Y a forma de conclusión, presento el caso Cabrera y Montiel donde la CoIDH declaró que existió violación al artículo 7, en sus puntos 3 y 5, de la CADH. Esto fue así, porque los militares presentaron a los detenidos ante el Ministerio Publico, casi 48 horas después de su detención y, a su vez, el Ministerio Publico los presento ante el juez, 54 horas después de que aquellos quedaron a su disposición (Cruz Parceró, 2013).

En este caso el Estado mexicano, alego que existió una imposibilidad, de trasladar a los detenidos ante la autoridad ministerial por las condiciones geográficas, la inseguridad en la zona y la hora en que se efectuó la detención.

Taissia Cruz opina que este criterio es obligatorio para los jueces mexicanos. A partir de él, los jueces estamos obligados a analizar cada caso, si en los supuestos de flagrancia, la presentación del detenido ante el Ministerio Publico y la consignación ante el juez, cumple con la condición de haber sido realizada sin demora, es decir, lo más pronto posible (Cruz Parceró, 2013). Aunque este criterio este sustentado en el anterior sistema, tiene igual aplicación para el proceso

NEOPROCESALISMO

acusatorio, donde el Juez de Control determinara la legalidad de la detención ya sea en flagrancia o caso urgente, además si el detenido fue enterado de sus derechos al momento de la detención, si fue presentado sin demora ante el Ministerio Público y este a su vez lo condujo ante el Juez de Control es decir si existió un tiempo razonable entre la detención y el momento en que se presenta ante él.

Eso sin tomar en cuenta lo que el artículo 49 del C.N. dice: En los casos de flagrancia, el Ministerio Público deberá examinar las condiciones en las que se realizó la detención inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición. Si la detención no fue realizada conforme a lo previsto en la Constitución y en este Código, dispondrá la libertad inmediata de la persona y, en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan. Es decir ya el Ministerio Público tiene una obligación primaria de verificar que lo sucedido en el Caso Cabrera y Montiel no se repita y mucho menos ser el generador de la violación al derecho fundamental dilatando la presentación del detenido ante el Juez de Control.

Así también la responsabilidad del Juez la encontramos en el artículo 308 del C.N. el cual dice: El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Por este caso el Estado Mexicano fue condenado y la CoIDH declaro que existió violación al derecho de la integridad personal (tortura), Violación al debido proceso (invalidez de pruebas obtenidas mediante coacción). Pero qué necesidad de que esta situación llegara a ese nivel internacional, cuando pudo ser resuelto, por la autoridad judicial, quien al percatarse de lo acontecido, debió ordenar la inmediata libertad, y no con la mala actuación de militares, Ministerio Público y Juez, comprometer al Estado Mexicano.

La oportunidad de cambiar y no repetir lo ya acontecido, recae en el quehacer del Juez de Control, quien deberá ser un Juez que controle legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, un Juez interamericano.

## Trabajos citados

- Arteaga Sandoval, M. A. (2013). *Los sujetos procesales en el sistema penal acusatorio, la cultura de la legalidad en Mexico*. México: Flores.
- Benavente Chorres, H. (2012). *El juez de control en el proceso penal acusatorio y oral*. México: Flores.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción al control de convencionalidad*. México: Porrúa.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2008). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Cruz Parceró, T. (2013). Control de convencionalidad. A qué obliga a los jueces penales mexicanos la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Cabrera y Montiel. En P. M. García Villegas, *El Control de Convencionalidad y las Cortes Nacionales, La perspectiva de los jueces mexicanos* (págs. 327-338). México: Porrúa.
- García Ramírez, S. (2012). El Control Judicial interno de Convencionalidad. En E. Ferrer Mac-gregor, *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Dialogo Jurisprudencial* (págs. 269-305). México: Porrúa.
- González Maldonado, M. A. (2011). *La Proporcionalidad, como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Novum.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2013). *Juez de Control y Control de Derechos Humanos*. México: Flores Editor.

NEOPROCESALISMO

EL JUEZ DE CONTROL Y CONTROL DE  
CONVENCIONALIDAD  
OSCAR LUIS BARAJAS SÁNCHEZ

Rojas Caballero, A. A. (2013). *Los Derechos Humanos en Mexico*. México: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *El Control de Convencionalidad y el Poder Judicial en Mexico, mecanismo de protección nacional e internacional de los derechos humanos*. México: Poder Judicial de la Federación.

## GARANTISMO EN MATERIA PENAL

Cynthia Abarca Hernández<sup>1</sup>

**Sumario: Introducción, Damiens le Regicide, Antecedentes Históricos, Época Actual, El Garantismo, Derechos Constitucionales del Imputado, Derechos Reales del Imputado, Axiomas del Garantismo Penal, Reflexiones Finales, Bibliografía.**

### INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo describir y argumentar los principios que rigen el nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y adversarial, así como señalar y precisar los derechos fundamentales de todo procesado, contenidos en el Artículo 20 apartado B de la Constitución.

Para lo cual he organizado el trabajo de la siguiente manera: en el Capítulo I presento un caso de Robert Francois *Damiens* acusado de regicidio y me baso en él para poder hacer un desarrollo histórico de cómo han cambiado los criterios acerca de los derechos fundamentales del hombre desde la antigua India hasta la actualidad, contenido todo esto en el Capítulo II llamado Antecedentes Históricos. En el Capítulo III incluyo una breve opinión de lo que es el Garantismo apoyado en Carbonell y Ferrajoli, además de concentrarme en cada uno de los nuevos principios que rigen el proceso penal de corte acusatorio adversarial.

Es a partir del capítulo IV donde hago mención de los derechos fundamentales del detenido tomando como base el artículo 20 apartado B de la Constitución y el artículo 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En la parte final además de concluir el tema presento diez axiomas del garantismo penal.

### DAMIENS LE REGICIDE

La historia que leeremos a continuación es fuerte, violenta y cruda, pero representa un momento dentro de la historia de los sistemas de justicia, que

---

<sup>1</sup> Cynthia Abarca Hernández, es Licenciado en Derecho, Maestro en Ciencias Penales, Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Miembro de la Sociedad Mexicana de Criminología.

han influenciado a nuestro país. Lo más probable será que al terminar de leerla afirmemos, que injusticia la llevada a cabo con este hombre, que inhumanidad, pero ahora pensemos como verán las futuras generaciones cuando volteen y vean el sistema de justicia que hemos estado aplicando, y si me refiero al sistema inquisitivo, no dirán ellos lo mismo que nosotros al emitir nuestra opinión sobre el pasado. Demos paso pues a nuestra historia.

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, a donde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, en dicha carreta a la plaza de Gréve y sobre un caldoso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrilla, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio\*, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.<sup>2</sup>

Finalmente, se le descuartizó, refiere la *Gazette de Amsterdam*<sup>3</sup>. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas (.....).

Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no deje escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: “Dios mío, tened piedad de mí: Jesús Socorredme”. Todos los espectadores quedaron edificadas por la solicitud del párroco de Saint –Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente.

---

<sup>2</sup> *Pièces originales et procédures du procès fait a á Robert-Francois Damiens, 1757, t.m, pp.372-374*

<sup>3</sup> *Gazette d'Amsterdam, 1 de abril de 1757.*

Y el exento (oficial de ciertos cuerpos, inferiores al alférez y superior al brigadier) se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y se le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos mallas del brazo derecho y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras (moneda de la época).

Después de estos atenaceamientos, Damiens que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si tenía algo que decir, dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: *“¡Perdón, Dios mío! Perdón, Señor”*.

A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas, tan apretadas por los hombres que tiraban de los cabos, le hacían sufrir dolores indecibles. El señor Le Breton volvió a acercársele y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron un buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: *“Perdón, Señor”*

Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial, un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las

coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados por los muslos, lo cual hacia seis caballos, sin resultado.

En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que le preguntara a los señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dio orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó al suelo. Los confesores volvieron y le hablaron de nuevo. Él les decía (yo lo oí): *“Bésenme, señores”*. Y como el señor cura de Saint –Paul no se decidiera, el señor de Marsilly pasó por debajo de la soga del brazo izquierdo y fue a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no les recriminaba nada; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint – Paul que rezara por él en la primera misa.

Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el de lado derecho, el otro después, luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y las axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero y el otro después.

Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso, poco después, que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera estaba aún vivo. Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron en seguida cubiertos de leños y de fajina, y prendido el fuego a la paja mezclada con esta madera (.....)

En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media y más de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron cuatro horas en quemarse. Los oficiales, en cuyo número me contaba yo, así como mi hijo, con unos arqueros a modo de destacamento, permanecemos en la plaza hasta cerca de las once.<sup>4</sup>

Esta narración aparece citada en la obra de A.L. Zevaes, *Damiens le regicide* publicada en 1937, de un hecho acontecido en 1757, y hechos como este, fue lo que motivo que surgieran personajes dispuestos a cambiar la situación del imputado por la comisión de un delito.

Dentro de los primeros defensores del garantismo penal podemos encontrar a personajes como Beccaria que con su obra Tratado de los Delitos y de las Penas trató de cambiar la forma de la justicia penal, afirmaba que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, así mismo que ningún magistrado puede bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente<sup>5</sup>. Y que es lo que encontramos aquí, pues un antecedente del principio de legalidad de la pena, entendido esto que solo el Estado es quien podrá imponer un castigo siempre y cuando esta conducta este sancionada por la legislación. De igual manera en nuestro país podemos citar a otro iniciador de este garantismo en la persona de Manuel de Lardizábal y Uribe quien publica una obra llamada Discurso sobre la Pena donde encontramos ideas como, por ejemplo, la de que no puede existir prisión perpetua, además agrega que una persona que ha estado dos años en la cárcel, y no se le probase delito, que sea sacado y dado en libertad<sup>6</sup>. Todos estos pensadores fueron impulsados por su deseo de ver un sistema de justicia penal que trate al hombre de mejor manera de cómo era tratado en antaño.

### **ANTECEDENTES HISTORICOS.**

Para que aquel encargado de la aplicación de la justicia no abuse de su condición han surgido distintas ideas a través del devenir histórico. En la

---

<sup>4</sup> Foucault Michael, Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, segunda edición revisada, México 2009, Siglo XXI Editores, pp. 12-14

<sup>5</sup> Beccaria, Cesar "Tratado de los delitos y de las penas", Editorial Porrúa, 18ª. Edición, México, 2010, Pág. 10.

<sup>6</sup> De Lardizábal y Uribe, Manuel, Discurso sobre las penas, Porrúa, México, 2005, Pag.25.

## NEOPROCESALISMO

antigüedad no existía la menor concepción de los derechos del hombre. Primero tuvo que pasar por un periodo de salvajismo y otro de barbarie hasta que empezaron a surgir algunas prohibiciones fácticas y jurídicas que reconocían los derechos del hombre.

## **INDIA**

Por ejemplo el Código de Manú creado en la antigua India en su libro séptimo decía textualmente: “El rey nunca debe separarse de las reglas que le sirven para determinar lo lícito y lo ilícito.”<sup>7</sup>

## **ROMA**

El estado Romano presenta su punto de vista a través de uno de sus principales representantes.

Ulpiano dentro del “*Corpus Iuris Civiles*” afirmaba:

“Nadie puede ser condenado por sospecha porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”<sup>8</sup>

## **EDAD MEDIA**

Esta época no fue de lo más agraciada para el desarrollo de estas ideas, pero aun así es factible encontrar algunas opiniones valiosas, que permitieron el transitar a un nuevo punto de vista del sistema de justicia penal. Sobre todo surgen al final de la edad media, con sujetos como Tomas de Aquino y con la influencia de la doctrina cristiana.

Terminada la edad media y gracias al pensamiento ilustrado de la época aparecen pensadores como Cesar Beccaria que en su obra (*Dei delitti e delle pene*) creaba conciencia en las personas con respecto al respeto de los derechos de aquellos que están siendo sometidos a un proceso penal o tienen que compurgar una pena señalando que:

“Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el

---

<sup>7</sup> Las garantías individuales, parte general. Colección Garantías Individuales, Tomo I, editada por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>8</sup> Citado por Juan Colombo Campbell en su monografía “Garantías Constitucionales del debido proceso penal, presunción de inocencia” publicado por el instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados.

Y además añade que es querer confundir que un hombre sea el mismo tiempo acusador y acusado, que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver a los robustos malvados, y condenas a los flacos inocentes. Veis aquí a los fatales inconvenientes de este pretendido juicio de verdad; pero juicio digno de un caníbal que aún los barbaros romanos por más de un titulo reservaban solo a los esclavos, víctimas de una feroz demasiado loada virtud”<sup>9</sup>

Y es así que, hasta en 1789 se realiza la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” en Francia. Siendo en 1857 cuando México en su Constitución se funda principalmente en esta declaración de derechos.

## **EPOCA ACTUAL**

Con las reformas realizadas por el Ejecutivo Federal a la Constitución acontecidas en nuestro país en el 2008, convirtieron al sistema penal existente en un nuevo modelo de acuerdo al artículo 20 Constitucional que a la letra dice: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

El principio acusatorio: significa la división entre órganos de acusación, de instrucción y decisión; así como la distinción de que quien acusa tiene la carga de la prueba.

El principio de contradicción: consiste en la posibilidad de contrastar las hipótesis de la acusación, con las de la defensa, a través del ofrecimiento, desahogo y valoración de las pruebas y contrapruebas.

---

<sup>9</sup> Beccaria, Cesar “Tratado de los delitos y de las penas”, Óp. Cit. Pag.40.

Forma de oralidad: Representa básicamente el medio de comunicación procesal entre "...las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba...".

Principio de publicidad: Significa, en palabras de Beccaria, que "sean públicos los juicios y publicas la pruebas del delito,...".<sup>10</sup>

Principio de contradicción: este principio tiene tres características:

- a) Constituye un derecho fundamental previsto en la Constitución y en las leyes inferiores; en tal sentido se reconoce la **prohibición de la indefensión** y se resalta el ejercicio amplio del **derecho de defensa** que no es sino la consecuencia del principio contradictorio.
- b) Este principio se **reconoce a todas las partes**; no solo al **acusador, también al acusado**. En el proceso penal significa la posibilidad que tienen las partes de acceder a los tribunales en cada instante.
- c) El contenido fundamental de este principio radica en la necesidad de que **el procesado deba ser oído**.

El principio de concentración: debe entenderse como la concentración de los actos en el juicio oral imponen la necesidad impone la necesidad de que lo que se haga **sea en presencia de los que en el intervienen en forma sucesiva y sin perder la debida continuidad**.

El principio de continuidad: se refiere a la exigencia de que el debate **no sea interrumpido**, es decir, que la audiencia se desarrolla en **forma continua**, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

El principio de inmediación: consiste en que, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar sentencia.

- ▶ Se trata de dos exigencias: la inmediación debe imperar en las **relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal** y, además en el ámbito de la **recepción de la prueba**.
- ▶ De allí que se exige no solo que el **imputado se encuentre presente durante el desarrollo de todo el juicio oral** sino también **la presencia**

---

<sup>10</sup> Rivas Acuña, Israel, Los fundamentos del sistema de justicia penal acusatorio y oral, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Revista ISOTIMIA # 6, Porrúa, México, Pag.59-82.

*ininterrumpida de las autoridades judiciales*, máxime si deben de apreciar la prueba que se actúa en juicio.<sup>11</sup>

Surgiendo así en nuestro sistema de justicia penal, una nueva corriente de pensamiento llamada “garantismo”.

## EL GARANTISMO

Para Miguel Carbonell “El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos” que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales”.<sup>12</sup>

Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”<sup>13</sup>. Formulando así tres conceptos básicos de la teoría del garantismo:

1. “Garantismo: modelo de derechos orientado a garantizar derechos subjetivos.
2. Garantías: Técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción.
3. Garantismo Penal: técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad personal, frente a intervenciones policiales judiciales arbitrarias.

Concluyendo que Garantismo es igual a Derecho Penal Mínimo<sup>14</sup>.  
”Entendido esto como el estado democrático de derecho que busca participar de la manera menos agresiva a la hora de regular las conductas de sus gobernados.

---

<sup>11</sup> Benavente Chorres, Hesbert, Guía para el Estudiante del proceso penal acusatorio y oral, Flores Editor, 2 edición, México, 2012, Pag.30-33.

<sup>12</sup> Carbonell Miguel, ¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve, Editorial UNAM, México, 2009.  
[www.miguelcarbonell.com](http://www.miguelcarbonell.com)

<sup>13</sup> Carbonell Miguel, Óp cit.

<sup>14</sup> Ferrajoli Luigi, Garantías y Derecho Penal.

Por eso sabiamente el maestro Carnelutti decía en aquel discurso que dio a través de la radio italiana que: “El proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra. Es, en otras palabras, un modo para domesticarla. Pensad, por ejemplo, para ayudaros a comprender esta verdad fundamental, acerca de aquella forma de guerra legalizada que era el duelo...”

...el derecho nace para que muera la guerra. A este fin no puede hacer más que ponerle una mordaza. El duelo es una guerra aprisionada. En lugar de *bellum omniuni contra onines* [la guerra de todos contra todos], es la guerra solo entre dos, entre los adalides. A tal punto es un combate el proceso, que en ciertos tiempos y entre ciertos pueblos se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios. Más adelante los medios del combate se transforman y la relación entre vencer y tener razón se invierte: no ya quien vence es el que tiene razón, sino que quien tiene razón resulta vencedor; sin embargo, el vencer y el perder, que continúan significando las suertes del proceso, expresan todavía su contenido bélico: si el proceso se asemeja por su estructura al juego, en la función hace las veces de la guerra; *ne cives ad arma veniant* [para que los ciudadanos no lleguen a las armas] decían los romanos: se acude al juez para no tener que acudir a las armas.

Detengámonos un poco. Unos disparos de pistola llaman la atención de la gente; la gente acude a la policía; la policía inicia sus investigaciones. Pero la policía no basta; ella es un instrumento necesario, pero insuficiente a los fines tanto de la prevención de los delitos como de su castigo; y no se debe ocultar que no pocas veces es peligrosa.

El sargento de los carabineros o el comisario de seguridad pública, después de las indagaciones más urgentes, debe dejar paso al juez. Y el juez, ya se sabe, tiene que proceder con cautela: examen de las relaciones, inspección del cadáver, de las cosas, de los lugares, interrogatorio a los testigos, audición del imputado, solo sirven, por lo menos en los casos más graves, para darle una primera orientación, en virtud de la cual le será posible, no ya saber sin más si debe o no castigar, sino si debe abrir a este fin una investigación pública.

Más adelante veremos cuáles son las razones que aconsejan la publicidad del juicio penal; aunque esta, precisamente por agravar el

sufrimiento y el daño del imputado, no se la debe encarar sino cuando se ofrecen serias probabilidades de culpabilidad en él. He aquí por qué, como diremos mejor a continuación, el proceso penal se desdobra normalmente de lo que resultan dos fases distintas, una de las cuales toma el nombre de instrucción y la otra el de debate; las cuales sirven, no tanto para castigar, cuanto para saber si se debe castigar; de no hacerlo así, se correría el riesgo de castigar a inocentes.<sup>15</sup>

Ahora acontece que para que el proceso penal realmente tenga un contenido ético y no solo sea castigo por castigo es necesario que se realice con el respeto a los derechos fundamentales contenidos del imputado contenidos en el artículo 20 apartado B y 113 del C.N.

### **DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUTADO**

- 1.- A la presunción de inocencia.
- 2.- Aprestar declaración o guardar silencio.
- 3.- A ser informado de los hechos que se le imputan.
- 4.- A probar.
- 5.- A ser juzgado en audiencia pública.
- 6.- A acceder a todos los datos del proceso.
- 7.- A ser juzgado en un plazo razonable.
- 8.- Al derecho a la defensa.
- 9.- A la no prolongación indebida de la prisión preventiva.

### **DERECHOS LEGALES DEL IMPUTADO (ARTÍCULO 113 C.N.)**

- I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad;
- II. A comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo;
- III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio;

---

<sup>15</sup> Carnelutti Francesco, ¿Cómo se hace un Proceso?, Clásicos Jurídicos 1, Editorial Juris. Pag. 7, 10.

- IV. A estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él;
- V. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra;
- VI. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;
- VII. A solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por este Código;
- VIII. A tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos, en términos del artículo 214 de este Código;
- IX. A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código;
- X. A ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad;
- XII. A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá

tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate;

XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;

XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación;

XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;

XVI. A solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo;

XVII. A obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad;

XVIII. A que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera, y

XIX. Los demás que establezca este Código y otras disposiciones aplicables. Los plazos a que se refiere la fracción X de este artículo, se contarán a partir de la audiencia inicial hasta el momento en que sea dictada la sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional competente.

Por su parte Ferrajoli nos proporciona una lista de axiomas garantistas, que nos sirven de base para el desarrollo de los derechos de toda persona sometida a un proceso penal.

Los axiomas garantistas no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir, no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa.

<b>A. AXIOMAS DEL GARANTISMO PENAL</b>	
<i>A1 Nulla Poena sine crimine</i>	1) Principio de retribuidad o de la sucesividad de la pena

	respecto del delito.
<i>A2 Nullum crimen sine lege</i>	2) Principio de legalidad
<i>A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	3) Principio de necesidad o de economía del derecho penal
<i>A4 Nulla necessitas sine injuria</i>	4) Principio de lesividad o de la ofensividad del acto.
<i>A5 Nulla injuria sine actione</i>	5) Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción
<i>A6 Nulla actio sine culpa</i>	6) Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal.
<i>A7 Nulla culpa sine indicio</i>	7) Principio de jurisdiccionalidad.
<i>A8 Nullum indicium sine accusatione.</i>	8) Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación.
<i>A9 Nulla accusation sine probatione</i>	9) Principio de la carga de la prueba o de verificación.
<i>A10 Nulla probation sine defensione</i>	10) Principio del contradictorio, o de la defensa o de refutación.

## REFLEXIONES FINALES

Estamos en una época en que el hombre tiene la oportunidad de convertirse en un gran humanista al ver cuál era la condición de los seres humanos y tratar de mejorarla principalmente de aquellos que se ven implicados en el drama penal como lo llamaría Carnelutti. Recordando además que la pena debe venir al final, después que se ha dictado la sentencia y no prejuzgar desde que se inicia la etapa de investigación.

El garantismo como corriente ideológica busca evitar esto tomando en cuenta que todo poder, tarde o temprano tiende a corromperse o que la

naturaleza humana, es la del abuso de unos sobre otros, por eso la Constitución debe de prever esos límites a los poderes. Y con la reforma en materia de justicia penal, logra un avance de gran trascendencia en la búsqueda del ideal de justicia contemplado en el artículo 20 apartado A en su fracción I, el cual nos dice que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

También puede ocurrir que perdamos la oportunidad, creyendo que por incluir un mandato, un derecho o una obligación dentro de la Constitución adquieren el carácter de constitucionales, un ejemplo de esto es el arraigo, el cual sigue siendo inconstitucional aun cuando este contemplado dentro de la Constitución a manera de comparativo podríamos decir que entonces “el homicidio de tu hermano es correcto porque así lo contempla la biblia”.

Son muchos los derechos fundamentales, que un Estado, que espera ser considerado democrático, debe propugnar. Por ello considero un gran acierto las modificaciones al sistema de justicia penal, pero ahora también corresponde a las autoridades el desarrollo de estos derechos, bajo el principio de progresividad, y no que, a través de reformas secundarias limiten lo alcanzado en la Constitución, en su artículo primero párrafo 3, al decir que, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad.

También a forma de conclusión coloco la opinión de Francisco Muñoz Conde sobre aquellos sistemas jurídicos donde el estado ha hecho distinción entre los que se les debe respetar las garantías o derecho penal mínimo y aquellos sistemas que apoyan el “derecho penal del enemigo”.

“Hablar de “derecho penal autoritario” es de algún modo hablar de lo obvio, pues no hay un derecho penal que no sea “autoritario”. Cuando hablamos del “nuevo derecho penal autoritario” nos estamos refiriendo a un derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos

fundamentales, unas garantías que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado.

El problema no consiste, pues, en reconocer el derecho a la libertad; el problema que toda cultura, sociedad o estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuales el ser humano puede ejercer esa libertad. Y a esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se le llama “seguridad”. La guerra sin duda la amenaza más grave a la seguridad de cuantas pueda imaginar la mente humana. La tarea fundamental del Estado de Derecho ha sido y es navegar entre ambos polos, delimitándolos lo mejor posible y procurando que estén en equilibrio y armonía, creando para ello unas normas y principios que se han convertido en los derechos fundamentales de cualquier Carta Magna o Constitución de un Estado social y democrático de Derecho.”<sup>16</sup>

## **BIBLIOGRAFIA**

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- FOUCAULT MICHAEL, VIGILAR Y CASTIGAR: NACIMIENTO DE LA PRISIÓN, SEGUNDA EDICIÓN REVISADA, MÉXICO 2009, SIGLO XXI EDITORES, S.A. DE C.V.
- LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, PARTE GENERAL. COLECCIÓN GARANTÍAS INDIVIDUALES, TOMO I, EDITADO POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
- JUAN COLOMBO CAMPBELL EN SU MONOGRAFÍA “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO PENAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA” PUBLICADO POR EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM.
- BECCARIA, CESAR “TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”, EDITORIAL PORRÚA, 18ª. EDICIÓN, MÉXICO, 2010,

---

<sup>16</sup> Muñoz Conde Francisco, “El derecho penal del enemigo”, editorial del INACIPE, p.9,10,15,16.

- CARBONELL MIGUEL, ¿QUÉ ES EL GARANTISMO? UNA NOTA MUY BREVE, EDITORIAL UNAM, MÉXICO, 2009. WWW.MIGUEL CARBONELL.COM.
- FERRAJOLI LUIGI, GARANTÍAS Y DERECHO PENAL.
- CARNELUTTI FRANCESCO, ¿CÓMO SE HACE UN PROCESO?, CLÁSICOS JURÍDICOS 1, EDITORIAL JURIS.
- LARA ESPINOZA SAÚL, LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL, TERCERA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 2005.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”, EDITORIAL DEL INACIPE.

**PROCESO PENAL ACUSATORIO: DESAFÍOS Y LÍMITES DEL JUEZ\***

Luis-Andrés Cucarella Galiana

Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la Universidad de Valencia (España)

Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Facultad de Derecho. Universidad de Valencia

Luis.a.cucarella@uv.es

**Sumario:** I.- Proceso acusatorio y límites que afectan al acusador y al juez.- A) En relación con el acusador.- B) En relación con el juez: garantías y principios del proceso penal.- a) Coordinadas generales del proceso penal y los límites judiciales.- b) En la iniciación del proceso.- c) En la concreción del objeto del proceso.- a') Cuestiones generales.- b') Desde un punto de vista constitucional.- d) Garantías del contradictorio.- II.- Desarrollo de los límites del juzgador.- III.- Límites en relación con la persona acusada: problemas prácticos.- A) El acusado como elemento identificador del objeto del proceso y como límite absoluto para el juez.- B) Desafíos del Estado de Derecho en relación con la persona acusada.- a) La acusación como presupuesto para ser juzgado, y en su caso, condenado.- b) No puede imponerse condena a persona distinta de la acusada.- c) Cuestiones prácticas en los casos en que no haya petición condenatoria o se produzca una petición absolutoria.- a') En los casos de ausencia de petición condenatoria.- b') En los casos de petición absolutoria.- d) Modificación del grado de vinculación de la persona acusada a los hechos.- IV.- Límites desde un punto de vista objetivo y de contradicción.-

**I. Proceso acusatorio y límites que afectan al acusador y al juez***A) En relación con el acusador*

El proceso penal, como todo proceso, es una institución heterocompositiva en la que un tercero, denominado acusador, insta a la Jurisdicción la aplicación del Derecho penal en el caso concreto. Ese proceso debe desarrollarse con todas las garantías, pero lo importante ahora, es destacar que el acusador tiene una serie de límites que no puede sobrepasar. Nos referimos a los límites que vienen condicionados por la formulación inicial del acto acusatorio, y la necesidad de que el acto acusatorio definitivo, guarde correlación con el que formuló inicialmente<sup>1</sup>. Si el acusador tiene como función la de delimitar el objeto del proceso, esa concreción se hace desde el mismo inicio del juicio oral. No obstante, se trata de una delimitación provisional<sup>2</sup>. Sin embargo, hay aspectos o

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2008-03240, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>1</sup> Este deber de correlación, tiene su paralelismo con el que luego estudiaremos relativo al juez, pues sobre él también pesa un deber de correlación de la sentencia, pero en este caso, con la acusación y la defensa. Este último tema debe tratarse con mucho cuidado. Un estudio exhaustivo de la cuestión puede verse en CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*. Thomson Aranzadi. España 2003.

También puede verse, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La correlación entre acusación y sentencia*, en *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona, 1974; ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*. Comares 1997.

<sup>2</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 77-79.

cuestiones que no son susceptibles de ser modificadas posteriormente, pues ello implicaría una alteración sustancial del objeto procesal<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, no puede solicitarse la condena del acusado por hechos heterogéneos a los que inicialmente se introdujeron en el proceso<sup>4</sup>. Cuestión distinta, por ejemplo, es que se incluyan aspectos accesorios en el relato fáctico<sup>5</sup>, o que se introduzcan modificaciones en los supuestos de homogeneidad fáctica<sup>6</sup>. Hay una correlación necesaria desde un punto de vista subjetivo entre la persona a la que se acusó inicialmente y frente a la que se dirige la acusación definitiva<sup>7</sup>.

Siendo importante la cuestión que acabamos de plantear en relación con los límites que tiene el acusador en un proceso penal, en el presente trabajo queremos adentrarnos en el estudio de los aspectos relativos al deber de correlación, prestando atención a los límites que tiene el juez, sobre todo, en relación con la persona del acusado. Con ocasión del análisis de estos límites, haremos referencia a los desafíos que presenta un sistema penal acusatorio en un Estado de Derecho.

*B) En relación con el juez: garantías y principios del proceso penal*

*a) Coordinadas generales del proceso penal y los límites judiciales*

En el análisis de los límites y desafíos de un juez penal en un sistema acusatorio, interesa fijar cuáles son las facultades del juez en el proceso penal, y en definitiva, cuáles son las exigencias derivadas de la vigencia de los diferentes principios sobre la base de los cuales se debe estructurar el proceso penal<sup>8</sup>. Y aquí es donde entran en juego las consideraciones desde un punto de vista constitucional: la configuración del proceso

---

<sup>3</sup> Téngase en cuenta lo que afirmamos en CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 78-79: “estos escritos (los de acusación provisional) permiten identificar el objeto procesal. Ahora bien, no debe pasarse por alto que los mismos se presentan al inicio del proceso, cuando todavía no se ha practicado prueba. Por esta razón se consideran como escritos de calificación o acusación con carácter provisional. Tras la práctica de la prueba, los acusadores pueden introducir modificaciones (...). No obstante, éstas no podrán ser <sustanciales>, es decir, no pueden alterar los aspectos básicos del objeto procesal”.

<sup>4</sup> Estas cuestiones se analizan de manera más amplia en CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 90-93.

<sup>5</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. pág. 90.

<sup>6</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 90-91.

El estudio de lo que consideramos como supuestos de homogeneidad fáctica lo llevamos a cabo en CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 150-167.

<sup>7</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. pág. 90 afirmamos que “desde un punto de vista subjetivo, la calificación definitiva no puede dirigirse frente a persona contra la que no se haya abierto el juicio oral. Este límite es infranqueable”.

<sup>8</sup> Sobre estos principios puede verse, ASENCIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Trivium. España 1991.

viene claramente determinada por exigencias constitucionales que no podemos desconocer.

Así, es esencial prestar atención a las exigencias derivadas del principio acusatorio, y por otro lado, el deber de correlación de la sentencia se encuentra también íntimamente vinculado a la fijación del alcance del derecho de defensa y a la concreción de las garantías propias de un proceso penal contradictorio. Principio acusatorio por un lado, y de contradicción, por el otro, marcan las coordenadas dentro de las cuales debe estructurarse el proceso penal en un Estado en el que primen las garantías en el ejercicio del *ius puniendi*<sup>9</sup>. Esas coordenadas fijan los límites que tiene el juez a la hora de dictar sentencia<sup>10</sup>.

*b) En la iniciación del proceso*

El principio de legalidad se contrapone al de oportunidad<sup>11</sup>. Como se indica, “el principio de legalidad significa que la incoación del proceso penal es un deber de ciertos órganos públicos a la vista de todo hecho que revista caracteres de delito o falta<sup>12</sup>”. Por este motivo, en el caso del ordenamiento jurídico español, se entiende que el artículo 124 de la Constitución de 6 de diciembre de 1978<sup>13</sup>, establezca que corresponde al Ministerio fiscal<sup>14</sup> promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad<sup>15</sup>. En España, el MF está llamado a sostener la acción penal y procurar la persecución de las infracciones penales. No obstante, debemos añadir que el MF no tiene en España el monopolio en el ejercicio de la acción penal.

---

<sup>9</sup> Para un análisis de estas cuestiones prestando atención a los aspectos constitucionales, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 44-72.

<sup>10</sup> En definitiva, solamente la fijación correcta de cuál es el grado de vinculación del tribunal a las tesis sostenidas por la acusación y la defensa, permite identificar con nitidez el papel que el ordenamiento jurídico encomienda al juez en el proceso penal. Este juez está llamado a aplicar el Derecho penal al caso concreto, pero no puede hacerse de cualquier manera. Esa aplicación debe hacerse de manera contradictoria y sin que el juez llegue a asumir un rol acusador que no le es propio.

<sup>11</sup> En relación con este principio, MORENO CATENA, V., *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coords. CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGEUR, E.; CUERDA ARNAU, M. L.), Vol. 2, 2009, págs. 1423-1448.

<sup>12</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. pág. 333.

<sup>13</sup> A partir de ahora CE.

<sup>14</sup> A partir de ahora MF.

<sup>15</sup> Sobre el papel del MF en España, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. págs. 203-209.

En España, el ordenamiento jurídico legitima para la acusación además de al MF, a la persona ofendida por el delito. Esta persona puede sostener la acusación, aun cuando no lo haga el MF, convirtiéndose en acusador particular. Pero incluso, el ordenamiento jurídico español va más allá ya que legitima a cualquier ciudadano para que pueda sostener la acusación. En este caso, hablamos de acusación popular<sup>16</sup>.

Si atendemos a la regulación positiva, el artículo 101 párr. 1 Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>17</sup>, dispone que “la acción penal es pública”. El párr. 2 añade que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley<sup>18</sup>”.

Volviendo al análisis del ejercicio de la acción por el MF, en el caso del Derecho penal de adultos, tan solo hay un supuesto en el que la actuación del MF se hace sobre la base del principio de oportunidad y no el de legalidad. Nos referimos al supuesto contemplado en el artículo 171.3 del Código penal<sup>19</sup>. Si prestamos atención a la intervención del MF en el Derecho penal de menores, la oportunidad sí que tiene mayor ámbito, en la medida en que se permite que no ejercite la acción penal en el caso en que se haya desarrollado una mediación penal entre el menor y la víctima y el menor hay pedido perdón a aquélla, las disculpas hayan sido aceptadas y el menor lleve a cabo algún tipo de actividad en beneficio de la víctima o de la comunidad<sup>20</sup>.

*c) En la concreción del objeto del proceso*

*a') Cuestiones generales*

El otro principio estructural del proceso penal es el acusatorio. Este principio se contrapone al inquisitivo. En este último caso, es el órgano jurisdiccional el que impulsa

---

<sup>16</sup> En relación con la acción penal en el ordenamiento jurídico español, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal*. Poder Judicial núm. 8, 1987, págs. 27-34; CASTILLEJO MANZANARES, R., *La acción popular. Restricción en su ejercicio*, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 5, 2009, págs. 179-194; GIMENO SENDRA, V., *Qué hacer con la acción penal popular. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 14, 2010, págs. 60-64.

<sup>17</sup> A partir de ahora Lecrim.

<sup>18</sup> En esta línea, el artículo 270 Lecrim dispone que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley”.

<sup>19</sup> Un análisis de la oportunidad en el ámbito penal, BERZOSA FRANCO, M. V., *Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal*, en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas* (coord. PICÓ I JUNOY, J.), 2001, págs. 13-24.

<sup>20</sup> Al respecto, puede verse, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Justicia restaurativa y menores infractores de la Ley penal*, en *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en entorno de reforma del proceso penal español)*, (dirs. GARCIANDÍOA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOS, H., coord. OUBIÑA BARBOLLA, S.). Aranzadi 2012, págs. 547-570.

el procedimiento desde que comienza hasta que termina con la emisión de la sentencia, delimitándose judicialmente el objeto del proceso<sup>21</sup>. Esa delimitación judicial del objeto procesal convierte al juez en acusador, por lo que asume un rol que no le es propio en materia procesal. La razón es evidente. La labor de juzgar es una labor que requiere que alguien ajeno a la Jurisdicción pida el proceso y le dote de objeto. Juzgar es aplicar el Derecho al caso concreto por vía de heterotutela<sup>22</sup>. Si el juez es el que concreta la persona acusada y los hechos por lo que es juzgada, el juez se convierte en acusador.

Sin embargo, el correcto desempeño de la labor jurisdiccional exige que alguien ajeno al juez que debe dictar sentencia, concrete los elementos subjetivos y objetivos del proceso penal. Desde nuestro punto de vista, este principio no prohíbe que pueda encomendarse la labor de instrucción o investigación preparatoria a un juez. Lo que prohíbe este principio es que ese juez sea el que acabe juzgando al acusado y a su vez, impide que sea el juez que juzga el concreto el objeto del proceso<sup>23</sup>.

Hacemos esta precisión porque en España existe la figura del juez instructor. Pero ello no debe inducir a error al lector. El juez instructor es un juez que dirige la fase preliminar del proceso, la que no estrictamente procesal. Terminada la instrucción, los sujetos con legitimación activa para sostener la acusación son los que deben solicitar la apertura del juicio oral y deben dotar de objeto a ese proceso que piden<sup>24</sup>.

*b') Desde un punto de vista constitucional*

Son numerosas las sentencias y autos del Tribunal Constitucional español<sup>25</sup> que se han pronunciado sobre el alcance del principio acusatorio en el proceso penal, y de entrada, queremos subrayar que la jurisprudencia que se ha ido generando es bastante uniforme. Es verdad que hay puntos de divergencia, y siempre hay matices que hacer, pero en general, esta jurisprudencia muestra una misma línea que se ha ido fraguando a lo largo de los años. En este sentido, si quiere apreciarse esa línea, basta con acudir a alguno de esos pronunciamientos en torno al deber de correlación de la sentencia. En

---

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. pág. 330.

<sup>22</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. págs. 133-139.

<sup>23</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 47-51.

<sup>24</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 51-58.

<sup>25</sup> A partir de ahora TC.

estos pronunciamientos, y antes de resolver el problema que se somete a la consideración del TC, éste recoge en un fundamento jurídico<sup>26</sup> su jurisprudencia consolidada sobre la materia. A título de ejemplo, con una finalidad meramente introductoria, hemos querido recoger a continuación el contenido de esta jurisprudencia.

En concreto, y al fijar el alcance de la vigencia del principio acusatorio, en su manifestación relativa al deber de correlación de la sentencia, puede verse el auto del TC<sup>27</sup> 86/2004, 22 marzo, en cuyo FJ 6º se afirma:

“(…) nuestra doctrina en relación con el principio acusatorio, en su vertiente de congruencia entre la acusación y el fallo y, por tanto, de la vinculación del órgano judicial a los términos de la acusación, se concreta en la exigencia de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por "cosa" en este contexto tanto un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, cuanto "la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos", ya que el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre la calificación jurídica"» [...]. En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación [...], no pudiendo el Tribunal «apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse» [...].

Ahora bien, también hemos destacado que la congruencia sólo requiere la identidad del hecho punible y la homogeneidad de las calificaciones jurídicas [...] y que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional «no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir, el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación» [...].”

La lectura de las anteriores palabras pone de manifiesto cuál es la postura del TC en relación con la vinculación del juez penal a los hechos sostenidos por la acusación, así como a la calificación jurídica invocada. Sin embargo, creemos que estas palabras encierran una confusión que suele ser bastante generalizada en la jurisprudencia española. Desde nuestro punto de vista, se incluyen en el ámbito del principio acusatorio, exigencias que se derivan de otro principio relacionado pero diferente: el de contradicción al que vamos a referirnos en breve. Y la cuestión sobre la que estamos reflexionando no es baladí. El principio acusatorio impide que el juez pueda condenar o absolver a persona distinta de la acusada, y que pueda condenar o absolver al acusado por hechos distintos de los imputados. La persona del acusado y los hechos que se le atribuyen son los que delimitan el objeto del proceso y en relación con los cuales existe

---

<sup>26</sup> A partir de ahora FJ.

<sup>27</sup> A partir de ahora ATC.

una vinculación absoluta del tribunal<sup>28</sup>. Sin embargo, la calificación jurídica que se haga de esos hechos y la pena que se solicite, ya no forman parte del objeto del proceso. No obstante, esos dos elementos deben ser objeto de contradicción en el proceso, de manera que el juez debe dictar sentencia dentro de los límites de lo que se haya debatido en el proceso. Existe una vinculación relativa a la calificación jurídica y a la pena, por lo que estos dos elementos, respetando las exigencias del contradictorio, pueden ser modificados por el tribunal en su sentencia<sup>29</sup>.

Pues bien, la jurisprudencia del TC si bien la compartimos, creemos que adolece de un poco más de precisión a los efectos de no inducir a error en lo que se refiere al grado de vinculación del tribunal a la hora de dictar sentencia. Nuestro objetivo es poder delimitar bien las exigencias que se derivan de cada uno de los principios.

#### *d) Garantías del contradictorio*

El artículo 24.1 CE recoge el derecho que tienen todas las personas a un juicio con todas las garantías<sup>30</sup>. Entre las garantías a que se refiere este artículo, se encuentra la de que las partes en un proceso penal deben conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la decisión judicial<sup>31</sup>.

Así, quien intervenga como parte en un proceso penal, ya sea como acusador o acusado, debe conocer todas las alegaciones de hecho y de derecho que formule la parte contraria. Por este motivo, se entiende, por ejemplo, que el acusador, cuando pide el proceso, no se debe limitar sin más a solicitarlo. El principio acusatorio le exige que dote de objeto al proceso. Es decir, que concrete la persona a la que acusa y los hechos que le imputa. Pero a su vez, por otro lado, el principio de contradicción o audiencia le exige que proceda a desvelar cuál es la perspectiva que adopta desde un punto de vista de estrategia procesal y penal. Es decir, debe proceder a calificar jurídicamente los hechos imputados y a concretar la pena que solicita. Nótese que estos dos elementos, calificación jurídica y pena, no conforman el objeto del proceso, pero debe concretarlos

---

<sup>28</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 119-181.

<sup>29</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 183-271.

<sup>30</sup> Sobre este principio, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. págs. 312-318.

<sup>31</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.), cit. pág. 315.

para que el acusado pueda planificar mejor su defensa. En definitiva, que el acusador concrete la calificación jurídica y la pena, se hace con el objeto de que queden garantizadas las exigencias derivadas de la vigencia del principio de contradicción o audiencia.

Como ya hemos señalado, la calificación jurídica y la pena no conforman el objeto del proceso penal, por lo tanto, no puede sostenerse que el tribunal esté absolutamente vinculado a dichos elementos. Es decir, el juez en su sentencia puede condenar por calificación jurídica distinta o imponer pena diferente o cantidad de pena distinta a la solicitada por el acusador. La modificación de la calificación jurídica o de la pena no convierte al juez en acusador, cosa que sí que se produciría si modificara los hechos imputados o la persona acusada. Sin embargo, respetando esos dos elementos, el juez puede aplicar el Derecho al caso concreto como considere oportuno o correcto. Ahora bien, que sostengamos que el juez puede modificar la calificación jurídica y la pena no que decir que pueda hacerse sin más en la sentencia<sup>32</sup>. Para que el juez penal pueda operar en ese sentido, consideramos que previamente a dictar sentencia debe someter a debate de las partes la nueva perspectiva jurídica o penológica que puede adoptarse. Se trata de que las partes hayan tenido una oportunidad real y efectiva de contradecir el cambio en la calificación jurídica o en la pena. En concreto, creemos que lo que el juez debe hacer es formular lo que en el ordenamiento jurídico español se conoce como tesis de desvinculación, que no es otra cosa, como ya hemos apuntado, que someter a debate de las partes el posible cambio en la calificación jurídica o en la pena a imponer<sup>33</sup>.

Suele ser bastante debatido el tema de si la tesis de desvinculación debe asumirse o no por la parte acusadora para que el juez, por ejemplo, pueda imponer pena mayor a la inicialmente solicitada. Desde nuestro punto de vista, si la formulación de tesis no está implicando un enriquecimiento objetivo, las exigencias derivadas del principio de contradicción se ven respetadas por el mero hecho de formular la tesis. No consideramos preciso que el acusador asuma dicha tesis. Otra cosa sería que el incremento en la pena pudiera venir determinado por un enriquecimiento fáctico, es decir, por un hecho que tuviera trascendencia penal.

---

<sup>32</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 185-186.

<sup>33</sup> Sobre las relaciones entre los principios acusatorios, *iura novit curia* y derecho defensa, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 183-191.

Así ocurre en los casos de homogeneidad ascendente entre tipos penales<sup>34</sup>. Para que el juez pudiera condenar por la unidad jurídica superior, creemos que sería precisa que la tesis de desvinculación fuera asumida por el acusador. Así creemos que debe actuarse, por ejemplo, si la acusación inicial solicitaba la condena como homicidio simple, y se pretendiera condenar por asesinato. O poniendo otro ejemplo, en el mismo sentido debería actuarse si la acusación inicial fuera por hurto y el juez pretendiera condenar por robo. En estos casos, la eventual formulación de tesis de desvinculación, exigiría su asunción por el acusador<sup>35</sup>.

## II.- Desarrollo de los límites del juzgador

Si llevamos a cabo una sistematización de los supuestos de infracción del deber de correlación, estaremos fijando los límites dentro de los cuales puede dictarse sentencia. Y por esta vía, estaremos señalando los desafíos a los que hay que atender en un Estado de Derecho. En este sentido, podemos hablar de la existencia de dos casos en que los límites no se respetan<sup>36</sup>.

En primer lugar, podemos encontrarnos con supuestos de infracción del deber de correlación por defecto. Así ocurre cuando una sentencia penal no es exhaustiva, es decir, cuando no lleva a cabo todos los pronunciamientos que debería haber realizado. Se puede decir en este caso, que la potestad jurisdiccional no se ejercita en toda la extensión requerida en el ordenamiento jurídico<sup>37</sup>.

La otra modalidad de infracción del deber de correlación es por exceso. En este caso, a su vez, podemos hablar de dos casos en que se sobrepasan los límites. Por un lado, cuando la sentencia sobrepasa los límites del “objeto del proceso”; en segundo lugar, cuando la sentencia sobrepasa los límites de lo que lo que ha sido “objeto de contradicción<sup>38</sup>”.

Nótese que son supuestos distintos. En el primer caso, si el juez sobrepasa los límites del objeto del proceso, se convierte en acusador al asumir un rol que no le es propio. Así ocurre en los supuestos en que el juez condena a o absuelve a persona

---

<sup>34</sup> Sobre estos supuestos, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 162-167.

<sup>35</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. pág. 166.

<sup>36</sup> Puede verse la sistemática seguida, en CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 33-34.

<sup>37</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. pág. 34.

<sup>38</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. pág. 34.

distinta de la acusada, o cuando condena o absuelve a la persona acusada, pero por hechos distintos a los imputados.

En el segundo de los casos, es decir, cuando el juez dicta sentencia sobrepasando los límites del objeto del debate, el juez respeta la persona acusada y los hechos que se le imputaban, pero sin embargo, dicta sentencia apreciando una calificación jurídica o una pena sobre la que no se ha discutido en el proceso. Si bien en este caso se respetan las exigencias derivadas del principio acusatorio, no son respetadas las que nacen del principio de contradicción o audiencia.

### **III.- Límites en relación con la persona acusada: problemas prácticos**

Una vez que hemos delimitado los principios sobre la base de los cuales debe asentarse el proceso penal, y después de haber concretado los casos en que creemos que se infringe el deber de correlación de la sentencia, estamos en condiciones de adentrarnos en el análisis de un supuesto concreto de infracción de dicho deber. Nuestro objetivo es prestar atención a los fundamentos constitucionales relativos al deber de correlación en lo que se refiere a la persona acusada<sup>39</sup>, y poder fijar así, los límites que el juez no puede sobrepasar. De entrada podría pensarse que esta cuestión puede ser la que menos problemas teóricos suscita cuando se estudia el deber de correlación, pues como ya hemos apuntado, el principio acusatorio impide que el juez penal pueda condenar o absolver a persona distinta de la acusada. Sin embargo, el análisis de esta cuestión suscita una serie de interesantes problemas prácticos en cuyo estudio queremos detenernos. En este análisis vamos a prestar especial atención a la jurisprudencia generada por el TC.

*A) El acusado como elemento identificador del objeto del proceso y como límite absoluto para el juez*

Si atendemos a la jurisprudencia del TC, con carácter general, podemos encontrar pronunciamientos del TC en los que expresamente se indica que la persona acusada es elemento identificador del objeto del proceso penal<sup>40</sup>. En este sentido, se afirma que la acusación debe referirse no sólo a un determinado hecho punible, sino que tal hecho debe ser imputable a una determinada persona. En este punto, resulta interesante la sentencia del TC<sup>41</sup> 53/1987, 7 mayo, en cuyo FJ 2º se afirma:

---

<sup>39</sup> Véase al respecto, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 119-123.

<sup>40</sup> En doctrina, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 119-120.

<sup>41</sup> A partir de ahora STC.

“Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia constitucional, el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la Constitución, y que es aplicable también en la fase de apelación de la Sentencia. En su esencia el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas --acusador y acusado-- resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez, la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso.

La acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no solo en el juicio de primera instancia sino también en la fase de recurso, y, por ello, en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada, contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación (STC 104/1986, de 17 Jul.). Esta acusación debe referirse no solo a un determinado hecho punible, sino que tal hecho debe ser también imputable a una determinada persona, derivándose de la calidad de imputado, la condición de parte acusada en la apelación”.

De estas palabras merece la pena destacar aquellas en las que sostiene que no es posible la condena de una persona si previamente no se ha formulado contra ella acusación. Sin embargo, no compartimos la parte del razonamiento seguido en el que se indica que forma parte del principio acusatorio la exigencia de contradicción en favor del acusado. Como hemos señalado, una cosa son las exigencias derivadas del principio acusatorio y otra distinta, las derivadas del principio de contradicción. Mientras que a los hechos imputados y a la persona acusada existe una vinculación absoluta del tribunal penal, a la calificación jurídica y a la pena solicitada existe una vinculación relativa, pues formulando tesis de desvinculación, el tribunal puede modificar la calificación o la pena solicitada.

También resulta interesante el ATC 36/1996, 12 febrero, en cuyo FJ 2º se pone claramente de manifiesto que “el objeto del proceso viene determinado [...] por la identidad del acusado (art. 659.3 LECrim)”. Así, podemos destacar las siguientes palabras:

“Desde sus primeras Sentencias (STC 12/1981) este Tribunal ha venido subrayando la estrecha relación existente entre principio acusatorio y derecho de defensa, afirmando que solamente cuando el primero está garantizado, se permite y garantiza la posibilidad de defenderse mediante la contestación o rechazo de la acusación. Sobre esta base, ha sido necesario delimitar cuál es el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a ser informado de la acusación, derecho que supone, de un lado, que el acusado conozca la acusación y, de otro, que el pronunciamiento del órgano sentenciador se corresponda con los términos en que, a la vista de ésta, se produjo el debate pues, de otro modo, de nada serviría ese conocimiento previo de la acusación. A la hora de determinar hasta dónde se extiende esa información, este Tribunal ha señalado que la misma recae, primeramente, sobre los hechos constitutivos de delito que son el objeto del proceso penal. Esta relevancia del elemento fáctico ha sido destacada en diversas ocasiones. Así, en la STC 134/1986 se afirma que “la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la

indefensión (...), en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que existe identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la Sentencia" (fundamento jurídico 2.º) y en el ATC 327/1993 hemos afirmado que "el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un factum. En consecuencia, el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica, como con un hecho individualizado como delito. El objeto del proceso penal viene determinado exclusivamente por la identidad del acusado (art. 659.3 L.E.Crim.), la identidad del hecho punible (art. 650.1 y 4 L.E.Crim.) y la homogeneidad del bien jurídico. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente constitucional, la calificación penal a la que se alude en el art. 650.2 L.E.Crim. no integra el objeto del proceso" (fundamento jurídico 4.º).

Esta relevancia primordial de los hechos en el proceso penal no excluye, sin embargo, del ámbito del derecho a ser informado de la acusación la calificación jurídica, pues ésta no es en modo alguno ajena al debate contradictorio. Por ello, si bien este Tribunal ha reconocido que en el ámbito del derecho penal opera el principio iura novit curia, ha puesto especial énfasis en señalar que tal principio está sometido a importantes límites (SSTC 12/1981, 105/1983, 134/1986, 17/1988, 205/1989 y 95/1995, entre otras). La dificultad surge, precisamente, a la hora de determinar cuándo el cambio de calificación jurídica operado por el juzgador se mantiene dentro de esos márgenes de apreciación que le corresponden y cuándo se traduce en indefensión del acusado".

#### *B) Desafíos del Estado de Derecho en relación con la persona acusada*

La determinación de la persona acusada como elemento integrador del objeto procesal, lleva consigo una serie de implicaciones a las que vamos a referirnos a continuación. Para ello, y en la línea que estamos siguiendo en este trabajo, a los efectos de fijar los fundamentos constitucionales, vamos a prestar especial atención a la jurisprudencia del TC.

##### *a) La acusación como presupuesto para ser juzgado, y en su caso, condenado*

Como hemos señalado al inicio de este trabajo, el principio acusatorio exige que alguien ajeno a la Jurisdicción sea el que concrete la persona a la que se quiere juzgar. Ese es papel del acusador, sin que el tribunal pueda llevar a cabo esa concreción. Por este motivo, con carácter general, el TC sostiene que la condena de una persona que no ha sido acusada, es incompatible con las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Así puede apreciarse en la STC 104/1985, 4 octubre, en cuyo FJ 3º se afirma:

"Distinta es la situación del recurrente don Domingo Ocio Alonso. Respecto de éste, es del caso señalar que, si bien compareció como presunto culpable, no ha sido acusado ni por el Ministerio Fiscal, que solicitó su absolución, ni por los perjudicados, que solo dirigieron la acusación contra don Jesús Sáez de Buruaga Alberdi. En efecto, según consta en el acta «los herederos solicitan la condena sobre el representante de la Empresa y la indemnización solicitada». Por lo tanto, don Domingo Ocio Alonso ha resultado condenado en un proceso en el que no se le ha acusado ni por el Ministerio Público ni por los perjudicados que ejercieron la acción penal en los términos del art. 110 de la L.E.Cr. Bajo tales condiciones se debe admitir respecto al mismo una lesión del derecho de defensa constitucionalmente relevante, pues la condena de una persona que no ha sido acusada es

incompatible con un proceso con todas las garantías. En este sentido, la Sentencia núm. 54/1985, de 18 Abr. («Boletín Oficial del Estado» suple. al núm. 119 May. 1985), ha puesto de manifiesto que el juicio de faltas se rige fundamentalmente por el principio acusatorio y que las infracciones de este principio tienen relevancia constitucional, toda vez que un proceso con todas las garantías en el sentido del art. 24 de la C.E. requiere «que exista una acusación, dentro del peculiar sistema procesal penal». Sin tal acusación, por lo tanto, no es posible la condena, pues ello violaría tanto el derecho a la defensa del art. 24.1 de la C.E. como la exigencia de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E”.

En esta línea, el TC considera que el principio acusatorio es una de las garantías del proceso penal, por lo que está vedado que pueda imponerse una condena a una persona sin la existencia previa de acusación. Así se recoge en la STC 18/1989, 30 enero, en su FJ 1º. En concreto, se afirma:

“Constituye el objeto del presente recurso de amparo la queja deducida por el actor de haber sido condenado en apelación con infracción del principio acusatorio y habiendo sufrido indefensión. Esta invocación del principio acusatorio la anuda el recurrente en amparo a la condena en la apelación por hechos supuestamente nuevos sobre los que no habría sido informado ni acusado en primera instancia y de los que, por consiguiente, no habría podido defenderse. Además, añade también, que en la interposición de la apelación se habría vulnerado, con iguales consecuencias constitucionalmente vedadas, el principio acusatorio, ya que el Fiscal mantuvo en la vista un motivo (el error de Derecho), no anunciado previamente en la interposición del recurso.

Tal como ha dicho este Tribunal en anteriores Sentencias (por todas ellas, STC 53/1987, de 7 May., fundamentos jurídicos 1.º y 2.º), el principio acusatorio «forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la Constitución y que es aplicable también en la fase de apelación de la Sentencia» (STC cit. fundamento jurídico 1.º). Requiere, en esencia, dicho principio que en el proceso penal exista una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación. Su infracción significa, de forma ineluctable, una doble vulneración constitucional, la del derecho a conocer de la acusación (art. 24.2 C.E.), pues ésta sería inexistente, y la del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.)<sup>42</sup>”.

En relación con la condena sin la existencia de acusación, puede tenerse presente también la STC 104/1985, 4 octubre. La demanda de amparo la interponen los condenados como autores de una falta de negligencia simple con resultado de lesiones. El TC aprecia que uno de los condenados fue citado a juicio como denunciado, pero el MF solicitó expresamente su absolución, y los restantes acusadores no sostuvieron acusación respecto de esta persona. Por este motivo, concede el amparo pues se entiende que esta persona ha sido condenada: “en un proceso en el que no se le ha acusado ni por el Ministerio Público ni por los perjudicados que ejercieron la acción penal en los términos del art. 110 de la L.E.Cr. Bajo tales condiciones se debe admitir respecto al mismo una lesión del derecho de defensa constitucionalmente relevante, pues la condena de una persona que no ha sido acusada es incompatible con un proceso con todas las garantías” (FJ 3º).

---

<sup>42</sup> En el mismo sentido, STC 182/1991, 30 septiembre, FJ 2º; ATC 321/1992, 26 octubre, FJ 2º; STC 358/1993, 29 noviembre, FJ 2º; STC 95/1995, 19 junio, FJ 2º; ATC 307/1997, 17 septiembre, FJ 2º; STC 302/2000, 11 diciembre, FJ 2º; STC 228/2002, 9 diciembre, FJ 5º; STC 35/2004, 8 marzo, FJ 2º; ATC 86/2004, 22 marzo, FJ 6º.

*b) No puede imponerse condena a persona distinta de la acusada*

En la medida en que la persona acusada sirve para delimitar el objeto procesal, la sentencia no puede condenar o absolver a persona distinta. En el primero de los casos, es decir, cuando la sentencia sea condenatoria, la pena principal, las accesorias, y en su caso, las consecuencias accesorias de las penas, deberán imponerse a la persona que haya sido objeto de acusación. En caso contrario, se vulnera claramente el principio acusatorio. Al respecto, es interesante la STC 92/1997, 8 mayo, FJ 3º en la que se pronuncia sobre la demanda de amparo interpuesta contra una sentencia en la que se ordenaba el comiso de determinados bienes propiedad de la esposa del que se condenaba como autor de un delito de contrabando. Aquella persona presenta la demanda de amparo, y el TC lo concede afirmando

“de la configuración del comiso como una sanción penal accesoria [...] se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad. En modo alguno, como precisaban los preceptos transcritos, podrían ser decomisados los instrumentos del delito que, aun habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran a un tercero no responsable de la infracción penal.

Sin embargo, el proceso penal en cuestión -como hemos dicho- nunca se dirigió contra la esposa, frente a la cual no se ejerció acción penal alguna, no siendo siquiera llamada a declarar como testigo. De ahí la indefensión que alega haber padecido y que, a la vista de lo expuesto, debe reconocerse en esta sede como violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Al disponer la sentencia impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, *de facto*, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la sentencia su participación penal en los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito”.

*c) Cuestiones prácticas en los casos en que no haya petición condenatoria o se produzca una petición absolutoria*

*a') En los casos de ausencia de petición condenatoria*

El hecho de que sea necesaria la existencia de una acusación para que una persona pueda ser condenada, ha llevado al TC a sostener que en los casos en los que la parte acusadora no solicite la condena del acusado, el tribunal debe necesariamente absolver. Por este motivo, el TC concedió el amparo en la STC 168/1990, 5 noviembre. En concreto, uno de los dos condenados como autor de una falta de lesiones, solicita el amparo al entender que había sido condenado sin la existencia de acusación. En el juicio de faltas seguido a consecuencia de una pelea entre dos personas, el MF solicitó la condena de una de ellas, y respecto de la otra, indicó expresamente que no solicitaba su condena. Sin embargo, el juzgado finalmente condenó a ambas personas. Al respecto, el TC sostiene:

“es evidente, por tanto, que las Sentencias impugnadas, al condenar al hoy recurrente sin previa acusación ni posibilidades de defensa, han vulnerado los hechos (sic) fundamentales antes referidos, lo que conduce a la estimación del recurso por este concreto motivo”.

También es interesante la STC 83/1992, 28 mayo en la que se resuelve una demanda de amparo interpuesta contra las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en un juicio de faltas, en las que se condenaron a varias personas como autoras de una falta contra el orden público y otra de coacciones. El TC concede el amparo por violación del principio acusatorio, al constatar que el MF solicitó expresamente la absolución de los demandantes en amparo, y que la denunciante, no se opuso a dicha petición. Así, destacamos las siguientes palabras del FJ 1º:

“En la presente demanda de amparo, se invoca la vulneración del art. 24 de la Constitución, con base en dos hechos distintos: La emisión de un fallo condenatorio no obstante no haberse formulado en la instancia acusación alguna contra las recurrentes; y la incongruencia omisiva producida por el órgano jurisdiccional al no haber dado respuesta a la pretensión de deducción de testimonio y de solicitud de condena de la denunciante formulada por aquéllas.

Por lo que se refiere a la primera de dichas vulneraciones, debe recordarse que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la C.E.; implicando, en esencia, la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas --acusador y acusado-- que ha de resolver un órgano imparcial, con neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: Acusación propuesta y defendida por persona distinta del Juez, defensa con derechos y facultades iguales a las del acusador, y decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúe como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

El indicado principio presupone que la acusación sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y, consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. El proceso penal exige la necesidad de contradicción, ésto (sic) es, de enfrentamiento dialéctico entre las partes, de manera que la defensa pueda conocer el hecho punible cuya comisión se atribuye, lo que resultaría imposible de formularse la acusación en el momento de emisión del fallo condenatorio, confundiendo así acusación y condena, y originándose una situación de absoluta indefensión (SSTC 54/1985, 84/1985, 134/1986, 53/1987 y 168/1990, entre otras).

Según ha declarado este Tribunal con reiteración, las mencionadas exigencias del principio acusatorio se extienden al juicio de faltas. Deben, pues, interpretarse las normas legales que regulan este tipo de procedimiento de forma tal que se respete dicho principio, pues es evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva, «sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», requiere que todos los implicados en cualquier tipo de proceso penal --y, por consiguiente, también los que lo estén en un juicio de faltas-- sean informados de la acusación que contra ellos se formula para poder defenderse contra ella de manera contradictoria. Dicha exigencia debe mantenerse en cada una de las instancias, sin que la formulación de acusación en segunda instancia pueda subsanar la ausencia de la misma en la primera, pues ello supondría una violación del derecho a la doble instancia en materia penal (SSTC 84/1985, 17/1988 y 240/1988).

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, y una vez comprobado que, según consta en el acta del juicio oral, no se formuló en primera instancia acusación alguna contra las hoy demandantes de amparo, dado que el Ministerio Fiscal solicitó la absolución de todos los procesados y que la denunciante no se opuso a dicha petición, ha de concluirse que, efectivamente, las Sentencias impugnadas incurrieron en violación del principio acusatorio, originando una situación de indefensión constitucionalmente prohibida”.

En parecidos términos en relación con un supuesto de hecho semejante, podemos hacer referencia a la STC 225/1988, 28 noviembre. En el FJ 2º se afirma:

“En el presente caso, tanto el Juez de Distrito como el de Instrucción han considerado que no regía el principio acusatorio en el juicio de faltas. En ninguna de las dos instancias el Ministerio Fiscal formuló imputación alguna, dado que no consideraba suficientemente manifiestos los hechos. Pero es que, además, el perjudicado no compareció a la vista de la primera instancia y permaneció callado en la de la apelación, como ponen expresamente de manifiesto las respectivas actas. En definitiva, sea por unas razones o por otras, no se formuló en el juicio de faltas, del que la presente demanda trae causa, acusación alguna. De ello es plenamente consciente el juzgador de instancia cuando en el único considerando de su resolución literalmente afirma «que en el juicio de faltas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no rige el principio acusatorio, por lo que el Juez no está vinculado por la petición absolutoria del Fiscal.»

Dejando de lado que pierde peso específico obviamente, una afirmación que se remita a la jurisprudencia de un Tribunal sin incluir las correspondientes referencias, no es menos cierto que, como se puso de relieve en nuestras anteriores SSTC 54/1985 y 84/1985, ni esa es la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma de la entonces llamada Justicia Municipal operada desde 1944, ni cabe desconocer que desde esa fecha se opera en esa rama jurisdiccional con Jueces y Fiscales profesionales, que desde la entrada en vigor de la Constitución forman un único cuerpo con el resto de Jueces y Fiscales.

A este respecto es clara la doctrina de este Tribunal cuando en la reciente STC 202/1988, antes mencionada, se reitera una vez más que «no es dable dudar, ni mucho menos negar, que el juicio de faltas está gobernado por el principio acusatorio», el cual no ha sido observado en las resoluciones recurridas, lo que implica violación del derecho garantizado en el art. 24.1 de la Constitución”.

*b') En los casos de petición absolutoria*

Uno de los aspectos que presenta también mucho interés es el que suscita el análisis del grado de vinculación del tribunal a los casos en los que el acusador retira su petición de condena respecto del acusado. Es decir, cuando solicita expresamente su absolución. Nótese que no estamos diciendo que no pida ni la condena como en los casos que hemos analizado anteriormente. Ahora nos referimos al supuesto en que el acusador pide expresamente la absolución del acusado.

Respecto de la retirada de la acusación, hay un sector doctrinal que sostiene que la misma no debe impedir que el tribunal acabe condenando si lo considera oportuno a la vista de las pruebas practicadas en juicio<sup>43</sup>. Es decir, si se ha ejercitado la acción penal y el proceso ha comenzado, la retirada de la acusación no implica merma de la potestad jurisdiccional ni imposibilidad de dictar la correspondiente sentencia de condena cuando proceda, a pesar de que la misma no se solicite. Como argumento adicional se añade que si se admitiera que la retirada de la acusación vincula al tribunal, también debería concluirse que en los supuestos de conformidad, el tribunal no podría

---

<sup>43</sup> Véase, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El juicio oral*, EN *Estudios de Derecho procesal*. Barcelona 1969, págs. 776-777; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*. Revista Jurídica de Cataluña 1984, pág. 384. Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Sobre el pasado, presente y un posible futuro del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, II. Editorial Revista de Derecho Privado 1984. pág. 361, afirma que el hecho de que el tribunal deba absolver en el caso de retirada de la acusación “puede estimarse <como un exceso del principio acusatorio>, que obliga al Tribunal a absolver al acusado contra sus propias convicciones y su conciencia, a sabiendas de culpabilidad, abdicándose de la potestad de condenar”.

absolver al acusado, pues las partes le piden la condena, y sin embargo, hay unanimidad doctrinal en el sentido de que la absolucón es posible a pesar de la conformidad.

Desde nuestro punto de vista, el efecto que debe producir la retirada de la acusación debe ser una sentencia absolutoria<sup>44</sup>. Este argumento puede reforzarse si se tiene en cuenta el artículo 51 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado<sup>45</sup>. En él se dispone que “cuando el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la petición de condena del acusado, el Magistrado-Presidente disolverá el Jurado y dictará sentencia absolutoria”.

Por otro lado, también ésta ha sido la postura que tradicionalmente ha sostenido el TS, en el sentido de que sin petición de sentencia condenatoria no puede condenarse<sup>46</sup>. La vigencia del principio acusatorio lleva a encomendar a un tercero ajeno a la Jurisdicción la facultad de pedir el proceso penal, dotarle de objeto y pedir la condena del acusado. Si la acusación pide expresamente su absolucón, y el tribunal acaba condenando, habría asumido una función que no le es propia.

Cuestión distinta es si el tribunal puede desvincularse de esa petición absolutoria haciendo uso de la tesis de desvinculación<sup>47</sup>. Nosotros compartimos las posiciones doctrinales que sostienen esta posibilidad<sup>48</sup>, pero añadiendo que “únicamente podrá proceder efectivamente a condenar, si la acusación reconsidera su postura y asume la tesis judicial<sup>49</sup>”.

*b) Modificación del grado de vinculación de la persona acusada a los hechos*

---

<sup>44</sup> HERRERO MARTÍNEZ, M., *Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada*. Valladolid 1908, pág. 603; DEL MORAL GARCÍA, A., *El trámite de calificación definitiva en el procedimiento abreviado, en El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)* (con otros). Comares 1995, pág. 391.

<sup>45</sup> Véase TOMÉ GARCÍA, J.A., *El tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*. Edersa 1996, pág. 177.

<sup>46</sup> Estudia esta jurisprudencia, SOTO NIETO, F., *Correlación entre acusación y sentencia*. Montecorvo, 1979, págs. 213-222.

<sup>47</sup> La jurisprudencia del TS entiende que esta posibilidad de desvinculación no puede darse. Véase el estudio de la misma realizado por VERGÉR GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Bosch 1994, pág. 139.

<sup>48</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*. Revista de Derecho Procesal. España 1946, pág. 128.

<sup>49</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Sentencia 12 junio 1942...*, cit. pág. 128. Mantiene posición distinta, HERRERO MARTÍNEZ, M., *Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada*, cit. pág. 603; GARCÍA VALDÉS, R., *Derecho Procesal Criminal*, 2ª edición. Ed. Reus Madrid 1944, pág. 340.

Por su parte, se manifiestan críticos sobre la posibilidad de utilizar la tesis de desvinculación cuando se solicita la absolucón, PRIETO CASTRO, L.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*. Tecnos. Madrid 1976, pág. 327.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de modificación del grado de vinculación del acusado a los hechos, en alguna resolución. Así, ha considerado que: “cumple holgadamente los márgenes constitucionales”, la sentencia en la que se condena al acusado como autor por inducción de un homicidio, cuando la acusación imputaba ese mismo delito pero en concepto de autor directo por omisión. Así afirma que: “esa variación en la calificación jurídica de los hechos, o más exactamente del vínculo existente entre el acusado y los hechos constitutivos de infracción, cumple holgadamente los márgenes constitucionales” (ATC 195/1991, 26 junio, FJ 4º).

Y en parecidos términos, se sostiene que: “en nada se opone al principio acusatorio el que el órgano judicial, en aplicación del Derecho objetivo y a la vista de la prueba practicada, condenara a uno de los recurrentes no como autor sino como inductor del delito de usurpación de funciones” (STC 36/1996, 11 marzo, FJ 5º).

En cuanto a otras formas de participación, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>50</sup> se ha pronunciado de manera muy clara sosteniendo que la imputación de un delito en concepto de autor, no subsume ni abarca, necesariamente, la acusación en concepto de cómplice, por lo que, en principio, el tribunal sentenciador no puede dar el salto de una forma de participación a la otra. Así, se señala que “ciertamente, la complicidad remite, por naturaleza, a un delito principal, el cometido por el autor del delito. Los actos de los cómplices sólo adquieren carácter penal por referencia al delito cometido por este autor, lo que expresa la noción de «préstamo de criminalidad». Pero, además de este primer elemento constitutivo, la complicidad requiere igualmente la presencia de un elemento material, es decir, la comisión de un acto específico [...], y un elemento intencional, esto es la consciencia de la ayuda aportada a la comisión del delito)” (Sentencia del TEDH<sup>51</sup> 10/1999, 25 marzo 1999, Fundamento de Derecho<sup>52</sup> 58). De esta manera, se llega a sostener que: “el Tribunal considera [...] que la complicidad no constituía un elemento intrínseco de la acusación que los acusados hubieran conocido desde el inicio del procedimiento” (STEDH 10/1999, 25 marzo 1999, FD 61). Por este motivo, si se pasa sin más de la acusación como autor a la condena como cómplice, sin haber tenido la oportunidad de contradecir la nueva perspectiva jurídica, se vulnera el derecho del acusado a ser informado de manera

---

<sup>50</sup> A partir de ahora TEDH.

<sup>51</sup> A partir de ahora STEDH.

<sup>52</sup> A partir de ahora FD.

detallada de la naturaleza y motivo de la acusación presentada, así como del derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (STEDH 10/1999, 25 marzo 1999, FD 63, ap. 1).

#### **IV. Límites desde un punto de vista objetivo y de contradicción**

Excede del ámbito que nos hemos marcado en este trabajo, entrar a analizar cuáles son los límites que tiene el juez penal a la hora de dictar sentencia, si prestamos atención a los aspectos objetivos del proceso. Sin embargo, brevemente, a modo de cierre de nuestro trabajo, queremos hacer referencia brevemente a algunos de estos límites.

Hemos señalado más arriba que la persona del acusado y los hechos imputados son los elementos que identifican el objeto del proceso penal. Pues bien, sobre estos últimos, hay que señalar que existe una vinculación absoluta del juez, de manera que no puede condenar o absolver por hechos heterogéneos<sup>53</sup>. Ahora bien, el problema se traslada a concretar qué se entiende por hecho homogéneo y por tanto, a la hora de concretar las modificaciones que pueden realizarse en el relato fáctico, sin que ello convierta al juez en acusador<sup>54</sup>.

Los otros dos límites existentes a la hora de dictar sentencia, como hemos señalado, son la calificación jurídica y la pena<sup>55</sup>. No obstante, estos límites son relativos, es decir, el juez puede llevar a cabo modificaciones en las mismas siempre que lo haga respetando las exigencias derivadas de la vigencia del principio de contradicción<sup>56</sup>.

Por este motivo, por ejemplo, es posible aplicar cambios en la calificación jurídica como consecuencia de la aplicación de las normas reguladoras de los concursos normativos<sup>57</sup>. En cuanto a la pena, los principales problemas interpretativos se plantean en el caso en que el juez pretenda la imposición de una cantidad de pena mayor a la solicitada por el acusador. Sin embargo, como ya hemos indicado, si posibilita el debate

---

<sup>53</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 167-181.

<sup>54</sup> Sobre qué hechos se consideran idénticos u homogéneos, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 124-167.

<sup>55</sup> Sobre la vinculación a la calificación jurídica y a la pena, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 183-271.

<sup>56</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 183-187.

<sup>57</sup> En este sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 191-214.

previo entre las partes, no vemos ningún obstáculo para que el juez, en la sentencia incremente la pena solicitada<sup>58</sup>.

En definitiva, somos conscientes de que hemos tratado un tema muy complejo, pero también es un tema del que depende el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho. Atrás deben quedar los sistemas inquisitivos en el enjuiciamiento penal, y adelante debemos tener un sistema penal acusatorio que responda claramente a las garantías que deben ser propias de un Estado social y democrático de Derecho.

---

<sup>58</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, cit. págs. 241-262.

## **EL DEBIDO PROCESO EN LAS SALIDAS ALTERNAS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

SUMARIO: I.-Introducción. II.- El nuevo modelo de justicia penal garantista y restaurativa implementado en México. III.- Que se entiende por Salidas Alternas en el proceso penal. IV.- Disponibilidad del objeto en el proceso penal. V.- Observancia del debido proceso en las salidas alternas. VI.- Desafíos de las salidas alternas en el sistema penal acusatorio. VII. Fuentes de consulta.

Irina Cervantes Bravo<sup>1</sup>

### **I.-Introducción**

Hablar de un modelo penal acusatorio como el que se ha implementado en México con la reforma constitucional de junio del 2008, es hablar de un sistema penal garantista que maximiza los derechos fundamentales tanto de la víctima como del acusado, de igual forma, es entender un sistema penal que propicia las salidas alternas en el proceso respetando la capacidad de las partes que se ven enfrentadas como consecuencia de un hecho delictivo, estos mecanismo alternos de solución de conflictos permiten participación directa de las partes en el proceso, ello significa otra forma de entender los conflictos penales, lo cual impacta favorablemente en la cultura y en el sistema de relaciones sociales alentando conductas pacificadoras, terminando de forma definitiva con el conflicto y evitando sentimiento negativos de la víctima con el acusado.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Docente-Investigador de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1, Coordinadora del Doctorado Interinstitucional en Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit, Coordinadora de la Región Centro Occidente de la Red Nacional de Posgrados en Derecho. Especialista en Justicia Alternativa y Justicia Constitucional Electoral. Email: irinagraciela@hotmail.com

Si bien es cierto, que nuestra sociedad no se encuentra familiarizadas a resolver sus conflictos alejadas de los tribunales y la responsabilidad de un delito se judicializa, también lo es, que estos mecanismos de solución de conflictos están presentes en nuestra sociedad, surge en los albores de la civilización, es un buen parámetro para calificar el progreso de la humanidad, dado que funciona en una sociedad educada y consciente de depositar en manos de su semejante la solución del conflicto. De igual forma, el avance de la democracia y los derechos fundamentales, entre los distintos Estados propician la utilización y desarrollo de la justicia alternativa toda vez que un Estado que se consagre como democrático deberá garantizar los derechos fundamentales de sus gobernados, el respeto a la autonomía de voluntad de las partes para resolver sus conflictos es uno de estos derechos.

Es una realidad que ni en los sistemas de derecho escrito, ni en los sistemas de derecho consuetudinario, los órganos de justicia estatal son suficientes para atender las demandas de los ciudadanos. Valorándose que la “máquina de la justicia chirría angustiosamente, y que la aventura de pleitear es peligrosa osadía, pese a la necesidad de hacer valer los derechos ante los tribunales”<sup>2</sup>. Por tanto, es necesario explorar estas vías alternativas. Aunado a ello, fortaleciendo las salidas alternas se eficiente la administración de justicia estatal, porque no es concebible que un país evolucione cuando uno de sus fundamentos de paz interna como es la impartición de justicia sea insatisfactoria y constituya una fuente de desconfianza e incertidumbre, además la falta de medios personales y materiales, dilaciones injustificadas politización, burocracia entre otros factores negativos que afectan la administración de justicia, podría desembocar en la renuncia al reclamo de un derecho o peor aún ejercer autotutela para solución del conflicto, tal como se observa en alguna entidad federativa, entre ellas Michoacán, se alzan voces proclamándose como grupos de autodefensa, que intentan justificar su existencia como una forma de autoprotección a la seguridad que no se brinda por el Estado mexicano, tal situación no es nada deseable pues el conflicto no se puede resolver con conflicto, ni mediante el uso de la fuerza, sino a través

---

<sup>2</sup> ALMAGRO NOSETE, José, *Consideraciones de Derecho Procesal . “Garantías Constitucionales del Proceso Civil”*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988.p.264.

del diálogo, mediación y concertación de los sujetos implicados. Al efecto, un sistema de justicia penal que no brinde soluciones sencillas y prácticas a su justiciables, propicia un sistema de baja calidad de vida, al estar perturbada las relaciones sociales, por consiguiente, en el presente artículo consideramos pertinente reflexionar sobre las salidas alternas, como pieza clave en la buena marcha del sistema penal acusatorio.

## **II.- El nuevo modelo de justicia penal garantista y restaurativa implementado en Mexico**

Conforme a lineamientos internacionales se reformó el sistema penal mexicano, pasando de un sistema penal inquisitivo-mixto predominantemente escrito a un sistema penal acusatorio oral. Un modelo de enjuiciamiento penal acusatorio implica respetar los principios constitucionales inherentes al proceso como son entre otros; audiencia, contradicción, inmediación, igualdad de partes, presunción de inocencia, acceso a la tutela judicial efectiva, debido proceso, garantía de información<sup>3</sup>, confidencialidad, observancia de los principios rectores de la prueba y derecho al recurso. Además, debe ser diferentes e independientes la función de investigar, enjuiciar y punir, por tanto, corresponde dichas funciones a jueces distintos<sup>4</sup>, la regla es la libertad, por tanto, no son favorable las medidas cautelares que restrinjan la libertad, el procedimiento es oral, inmediato, concentrado y público, teniendo como limite la presunción de inocencia a favor del acusado<sup>5</sup>. Elemento clave de este

---

<sup>3</sup> La garantía de información consiste en que funcionarios de la policía informen al detenido del sus derechos constitucionales y del contenido esencial de la imputación, para que pueda preparar su defensa, es recomendable realizarlo de forma reservada a fin de no afectar la fama pública del detenido, informando claramente las razones de su detención, señalando los hechos que se le imputan, esto es, los hecho punible, de los que el fiscal deberá realizar una mínima calificación, teniendo en cuenta la norma vulnerada. Esta información que deberá garantizársele al detenido implica hacerle saber entre otros los siguientes derechos; de guardar silencio, no declarar si no le apetece, no contestar las preguntas que se le formulen, o manifestar que solo declarará ante el Juez; no declarar en su contra, y no confesarse culpable; derecho a designar un abogado, y que este le asista en todas las diligencias de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto; derecho de que se informe a su familia o quien desee del hecho por el que se encuentra detenido y el lugar de custodia que en cada momento se halle; derecho de ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando así se justifique y derecho al reconocimiento por el médico forense del centro de detención en el que se encuentre. *Vid.* Gimeno Sendra, Vicente, *El proceso de Habeas Corpus*, Ed. Tecno, Madrid, 1996, p.244.

<sup>4</sup> LEDESMA ESTER, Ángela, *La Reforma al Proceso Penal*, Ed. Nova Tesis, Argentina, 2000. p.41.

<sup>5</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España *Principios del* pp 26 y 28 .

cambio de paradigma es la relación de la víctima con el acusado tomando auge la justicia alternativa en la materia penal, terreno antes vedado en nuestro sistema jurídico.

El uso de métodos alternativos en materia penal, constituye un modelo de justicia denominado en la doctrina como **restaurativa**, cuyo principal vehículo es la mediación. Con este sistema se replantean en materia penal el principio de legalidad considerado intocable, por la visión retributiva que se tiene de la pena, para dar paso al principio de oportunidad especialmente en relación a derechos individuales anteriores al Estado. El objetivo central de los jueces penales ya no es encontrar la verdad, sin reparar en los medios para alcanzarla (inquisitivo), tiene como límite los derechos fundamentales del individuo que no pueden ser violados o desconocidos en aras de una búsqueda exacerbada de la verdad, el activismo fiscal y judicial se encuentra limitado por los derechos humanos del acusado. El nuevo modelo centra su atención en la reparación del mal causado a la víctima, respetando los derechos de los acusados, procurando su reinserción en la sociedad. La justicia restaurativa atiende las necesidades reales de las partes implicadas en la controversia como son; víctima, victimario y comunidad, lo que verdaderamente importa es restablecer la armonía social vulnerada con el conflicto penal<sup>6</sup>.

El primer elemento crítico que encontramos a la reforma constitucional implementada en México es que presenta una serie de inconsistencias, como falta de uniformidad temporal en las distintas entidades federativas para adaptar su legislación penal a dicho modelo, provocando en la práctica una deficiente colaboración entre entidades federativas que opera con el nuevo modelo de justicia penal garantista y aquellas otras donde todavía pervive el sistema penal anterior. Este nuevo sistema penal acusatorio tiene mayores ventajas que desventajas, al estar íntimamente ligado al respeto de los derechos fundamentales, especialmente con las garantías del acusado, su finalidad es la restauración a la víctima del daño causado y la observancia de

---

<sup>6</sup> GORDILLO SANTANA, Luis, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal* Ed. Iustel, Madrid, 2007. P 171.

los principios rectores del proceso penal. Además, modifica la concepción judicialista de que el derecho penal debe ser aplicado únicamente por los órganos jurisdiccionales por medio del proceso, pues el nuevo modelo permite el uso de mecanismos alternativos para solucionar el conflicto que se presente como consecuencia de un acto u omisión que transgreda la Ley Penal<sup>7</sup>. Esto, es el nuevo sistema penal acusatorio intenta lograr un equilibrio entre la infracción a la norma y el derecho fundamental de **Libertad**<sup>8</sup>, redefine el derecho punitivo del Estado al contraponerse el derecho de libertad del ciudadano. El nuevo sistema penal permite que la víctima y su victimario, lleguen a un acuerdo que evite la imposición de una pena privativa de libertad<sup>9</sup>. Un elemento clave para el funcionamiento del sistema penal acusatorio son las salidas alternas porque evitan que el conflicto se decida por una sentencia judicial que por lo general conlleva una pena privativa de libertad, por el contrario la salida alterna reequilibra las relaciones, propiciando la armonía entre las partes al sanar el daño causado.

### III.- Que se entiende por salidas alternas en el proceso penal

Por salidas alternas podemos entender aquellos mecanismos o instrumentos para solucionar conflictos sin echar andar la maquinaria judicial, porque es la voluntad de ambas partes la que decide erradicar el conflicto, es decir la

---

<sup>7</sup> Este modelo de justicia penal acusatorio a pesar de ser implementado recientemente, no es novedoso, dado que encontramos antecedentes en la sociedad griega y roma clásica, en tanto el sistema inquisitivo se remonta a la época del Imperio Romano Canónico teniendo su auge en el oscurantismo medieval e Inquisición. Vid. MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1997. p.25

<sup>8</sup> El término libertad es multivoco, polisémico, en consecuencia puede comprender todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, este valor es variable según el estadio de la civilización, y el modelo de la sociedad, actualmente se ha logrado libertad de pensamiento, de cátedra, de información, de expresión entre otras. Vid. MORENO CATENA, Víctor *et.al*, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Ed. Colex, Madrid. 1997. p.512.

<sup>9</sup> Téngase en cuenta, el artículo 16 de la Carta Magna Federal salvaguarda el valor supremo de la libertad, únicamente se permite su restricción cuando medie denuncia querrela de un hecho delictivo, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan la realización del hecho y la probable responsabilidad del indiciado en la comisión o su participación en el ilícito. Esta norma garantiza que exclusivamente se privara de su libertad a todo individuo, en los casos y conforme a los procedimientos establecidos por el ordenamiento legal aplicable, es decir, siempre que la persona se sitúe en una circunstancia predeterminada por la ley, que motive el hecho antijurídico, el estado tiene el deber de facilitar al presunto delincuente un procedimiento que le permita defenderse y comprobar su inocencia, y esto se le conoce en la doctrina como la garantía legal de la privación de libertad FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Ed. Dykinson, Madrid. 1992. p.237.

controversia se resuelve sin entrar en el ámbito del poder judicial, estos métodos caminan en paralelo al sistema judicial. Apreciándose el protagonismo de las partes al implicarse en la solución del conflicto, las partes con ayuda de un tercero neutral, encuentran una solución a medida de sus necesidades. La mención de “alternas” no debe entenderse como pretensión y búsqueda de una privatización de la justicia, se trata de acercar la justicia a los ciudadanos, pues son los propios ciudadanos legos los que intervienen solucionando el conflicto y fomentando la armonía en la sociedad. Estas salidas alternas en el proceso penal, establecen un sistema *“por el cual todas las partes que tienen interés en el conflicto se juntan para solventarlo colectivamente, previendo sus implicaciones futuras”*<sup>10</sup>.

Estos sistemas alternativos o *“equivalentes jurisdiccionales”* ponen en jaque el principio tradicional del monopolio exclusivo del Poder Judicial en la resolución del conflicto, al coexistir con otras formas más simples y más sencillas en las que impera la buena voluntad de las partes implicadas en el conflicto. La intervención del estado se reserva exclusivamente aquellas áreas donde es imposible solucionar extrajudicialmente el conflicto. Entendiendo el conflicto como producto de las relaciones en sociedad, si el individuo ocasiona el conflicto, el mismo debe actuar en consecuencia solucionándolo, acudir o no a la vía judicial ordinaria para resolver el conflicto penal, es un acto de voluntad que encierra es su mismo el ejercicio de una libertad pública. Con ello, de ningún modo se afecta el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, por el contrario esta tutela es perfectamente compatible con el derecho de las partes de dirimir sus problemas por cauces extrajudiciales.

De acuerdo con la autora MARTÍNEZ GARCIA,<sup>11</sup> los sistemas de solución de conflictos alternativos al proceso jurisdiccional obedece fundamentalmente a las siguientes razones:

a) La congestión producida ante los órganos jurisdiccionales civiles... ;

---

<sup>10</sup> Gordillo Santana, Luis, *La Justicia Restaurativa... Op. Cit., p 181.*

<sup>11</sup> MARTÍNEZ GARCIA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, De Enjuiciamiento Civil, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2002. p. 20.*

- b) El sentimiento creciente de falta de mecanismos privados para la resolución de controversias;
- c) La incapacidad del propio sistema de asegurar el acceso de los ciudadanos a la justicia.

Estas formas alternas para solucionar el conflicto penal pretenden, lograr la pacificación social no debe entenderse como pretensión y búsqueda de una privatización de la justicia, se trata de acercar la justicia a los ciudadanos, pues son los propios ciudadanos legos los que intervienen solucionando el conflicto y fomentando la armonía en la sociedad. Importa la víctima el daño que se le ha causado su soledad y desamparo, la práctica pone de manifiesto que en ocasiones la víctima de un delito sufre de una doble victimización, no sólo por el daño recibido sino por el propio sistema penal se torna burocrático, las condiciones de infraestructura para atender a la víctima, no ofrecen espacios adecuados, por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *campo algodonoero*, ha condenado a México por no garantizar la vida integridad y libertad de las víctimas, obligando a establecer protocolo de actuación de investigación estandarizados cuando se denuncian delitos relacionados con desapariciones, menores, violencia sexual y homicidios de mujeres con perspectiva de género<sup>12</sup>. Las salidas alternas más que detenerse en el daño causado a la sociedad, su objetivo se centra en la víctima que sufre el daño directo, por tanto debe ser compensada. Existen diversos métodos alternativos para dirimir un conflicto, un elemento que permite diferenciar los distintos métodos alternativos, es la forma en que el tercero incide en la solución de la controversia pues mientras que en la mediación la intervención del tercero es un canal que facilita la comunicación entre las partes, en tanto en la conciliación el tercero va más allá al proponer diferentes soluciones al conflicto, en cambio si las partes a través de un convenio, otorgan a la decisión del tercero un carácter vinculante y coercitivo se produce la figura del arbitraje

---

<sup>12</sup> Véase sentencia Campo Algodonero Vs México, en [http://www.campoalondonero.org.mx/sites/default/files/descargablesestatico/Sentencia\\_Campo\\_Algodonero.pdf](http://www.campoalondonero.org.mx/sites/default/files/descargablesestatico/Sentencia_Campo_Algodonero.pdf), consultado 19/09/2014

o bien existen otras formas como simple negociaciones entre los representantes de las partes a fin de restituir el daño causado. En México, la doctrina y la legislación se inclinan por el uso de la mediación o conciliación entre la víctima con su victimario, como salidas alternas recomendables en el proceso penal. Así tenemos que la mediación forma parte de los mecanismos de descongestión del sistema penal de tipo adversarial<sup>13</sup>, que incorporan el principio de oportunidad en la persecución penal, posibilitando que muchos casos se resuelvan por vías más informales sin necesidad de incurrir en los costos de tiempo y recursos que supone llevar un caso a juicio ordinario. Es un procedimiento voluntario en el cual un especialista imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común.

A diferencia de la conciliación, la mediación es una figura cercana a la transacción pero a diferencia de esta, en la que sólo hay voluntades de ambas partes, en la mediación, aparte de las dos voluntades existe un tercero neutral quien provoca la composición de las partes. Este tercero llamado mediador, con experiencia acreditada en la negociación se encarga de establecer la comunicación entre las partes, generando conversaciones de manera armónica, influye en un clima de diálogo, establece ciertas tácticas o estrategias orientadas a la obtención de un resultado consensuado. El mediador no tiene poder de autoridad para imponer coercitivamente las soluciones, sus funciones básicamente son procedimentales, de enlace en las comunicaciones de las partes. Es un tercero imparcial que mediante intervenciones creativas facilita el acercamiento entre las partes a fin de que lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades, La mediación se caracteriza por atribuir al mediador amplios poderes de propuesta e información para intentar la avenencia de las partes en litigio a cuyo efecto propone un proyecto de solución. Por lo general, la mediación se realiza previamente al procedimiento judicial como una forma excluyente del mismo. Quien actúe como mediador debe poseer ciertas cualidades como; vocación

---

<sup>13</sup> Gordillo Santana, Luis, *La Justicia Restaurativa... Op. Cit., p 50*

de servicio, rol facilitador, actitud psicológica para entender el conflicto, imparcialidad, confiabilidad, habilidad para motivar a las personas a revelar información confidencial, capacidad de escuchar, de entender las leyes y los hechos, competencia para resolver problemas, habilidad para negociar, paciencia, sentido del humor, prudencia, animo de cooperación, capacidad para escuchar, entre otras cualidades.

Si bien el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 184 únicamente hace alusión como salidas alternas al procedimiento judicial, el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso, ello no significa que otros mecanismos alternativos no puedan emplearse en el proceso penal tales como; negociación, arbitrio de un tercero, amigable composición, entre otros, lo importantes es que se garantice la reparación del daño al ofendido. Los acuerdos reparatorios *son aquellos que recogen un pacto entre la víctima y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto “a través de cualquier mecanismos idóneo”, que tenga el efecto de concluir el procedimiento anticipadamente*<sup>14</sup>. Tal acuerdo allegado por las partes permite extinguir el conflicto penal con efectos idénticos a la sentencia judicial<sup>15</sup>. Conforme al citado Código Nacional los acuerdos reparatorios requieren la supervisión judicial o en la etapa de investigación del ministerio público, no es una homologación al no revestirlo de un carácter coercitivo, dicha intervención jurisdiccional o ministerial no es nada deseable, porque atenta contra la finalidad de fortalecer los métodos alternativos de solución de controversias, además conforme al propio código nacional se indica que el acuerdo se logra de la mano de una autoridad competente especializada, no encontramos una justificación para que tenga que ser aprobados por el juez de control, pues si finalmente se depositan en manos del órgano jurisdiccional el control de la justicia alternativa, se convierte en otro proceso más, contaminándose con los problemas que aqueja a la justicia estatal. Por su parte, la salida alterna de suspensión condicional del proceso, consiste en la paralización del procedimiento penal a fin de que no siga su curso normal que desemboque en

---

<sup>14</sup> NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz, Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio, Ed. UBIJUS, México, 2008.p.37.

<sup>15</sup> MERINO MERCHÁN, José Fernando, El <equivalente jurisdiccional> en el Derecho Público Español, Ed. Universidad de Sevilla, España, 1981. p. 24.

una sentencia judicial, en razón de que imputado reconoce su participación en el hecho delictivo que se le imputa, a fin de resarcir a su víctima establece un plan detallado de reparación y ciertas condiciones a las que habrá de sujetarles tales como; participar en programas de rehabilitación. Esta salida alterna procede una vez que se dictó el auto de vinculación a proceso al imputado hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral, por un delito cuya media aritmética de la pena prisión no exceda cinco años, que no haya incumplido otro proceso de suspensión condicional y que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido (arts. 191 y 192 del CNPP).

#### **IV.- Disponibilidad del objeto del delito en el proceso penal.**

Como lo venimos comentando, en el modelo de justicia penal acusatorio la acción penal en algunos delitos (patrimoniales, privados etc) se deja al arbitrio de las partes, al otorgarles disposición sobre la consecuencia jurídico penal, por tanto, la imposición de la pena puede sustituirse mediante acuerdo entre las partes (víctima y victimario), lo que verdaderamente importa es la satisfacción del ofendido, no la pena que se infrinja al acusado, por consiguiente, asume un papel protagónico la voluntad del ofendido para extinguir la responsabilidad penal. Aun cuando, recientemente se promulgo el Código Nacional de Procedimientos Penal, dicho cuerpo normativo se olvida de uniformar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos en los diferentes delitos, únicamente de forma genérica señala el artículo 187 del citado Código que podrán someterse a salidas alternas, los delitos que se persiguen por querrela, delitos culposos o patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. Por consiguiente no es fácil delimitar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos en materia penal, en razón de que no existe un catálogo de delitos en los cuales pueda emplearse. Tampoco existe uniformidad de criterios en la legislación interna de los diversos países para determinar que delitos son susceptibles de solucionarse a través de instrumentos alternativo. La regla general es que el Estado permite el uso de medios alternativos en aquellas materias que son de libre disposición de los particulares conforme a derecho o en aquellos delitos conocido en la doctrina como delitos privados, en cambio cuando no exista disponibilidad del objeto del proceso penal para el sujeto afectado se deberá acudir necesariamente al

proceso judicial. Justamente la posibilidad de someter algunos delitos a métodos alternativos depende de su carácter disponible y que no se encuentre excluido por Ley, entregando su competencia exclusiva a la jurisdicción ordinaria. En algunas materias diferente a la materia penal, como es el caso de la civil, el orden público juega un papel importante en cuanto al límite intrínseco y extrínseco al uso de métodos alternativos, respecto de la materia penal el orden público adquiere un nuevo enfoque, teniendo en cuenta que desde el momento mismo en que se transgrede la norma penal se vulnera el orden público causando con ello un perjuicio a la armonía social. Con la justicia restaurativa más que detenerse en el daño causado a la sociedad su objetivo se centra en la víctima que sufre el daño directo, por tanto debe ser compensada. Así entendemos que en materia penal la procedencia de los mecanismos alternativos dependerá si en dicho ilícito se encuentra afectado un derecho disponible de la víctima, es decir por derechos disponibles se entienden; “aquellos sobre los cuales las partes tienen libertad de disponer o de transigir; aquellos que pueden libremente transmitir, modificar o renunciar, total o parcialmente”<sup>16</sup>. Por otro lado, la disponibilidad de los derechos se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, lo cual significa someter la libre disposición al criterio único y exclusivo del legislador, en consecuencia sustraer de la autonomía de la voluntad de las partes la determinación contractual de lo que sea la materia de libre disposición.

A nuestro juicio los medios alternativos en materia penal no puede ser utilizado si concurren las siguientes circunstancias; a) que las partes no hubieran fijado la relación jurídica de la que ha de traer causa dicho mecanismo extrajudicial; b) cuando faltara la voluntad inequívoca de las partes; b) cuando no existiera una cuestión litigiosa o fuese indeterminable y, c) cuando los derechos controvertidos no son disponibles para las partes por Ley. En razón de que los métodos alternativos en materia penal sólo llegan hasta donde alcanza la libertad de las partes, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan

---

<sup>16</sup> Abascal Zamora, José María, “Constitucionalidad del arbitraje”, *Propuestas de Reformas Constitucionales*, t.II, *Colección Foro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, Ed. Themis, México, 2001. p. 1081.

extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición<sup>17</sup>.

Con la falta de una Ley Nacional de Justicia Alternativa ( actualmente está en discusión en la Cámara de Diputado), no existe uniformidad en las Leyes de Justicia Alternativa de las distintas entidades federativas que delitos son susceptibles de sujetarse a las salidas alternas, pues mientras en Guanajuato todos los delitos pueden someterse a tales mecanismos , en Nayarit solo aquellos delitos que se persiguen por querellas, en cambio en el Estado de Jalisco su normativa establece una lista tasada de los delitos que no son disponibles para las partes tales como asociación delictuosa, violación, corrupción menores entre otros, pero fuera de esta excepciones en Jalisco los restantes delitos pueden solventarse en justicia alternativa. Consideramos que es importante que la nueva Ley de Justicia Alternativa uniforme el criterio respecto a la disponibilidad de los delitos que son susceptibles de mediar entre las partes, sobre todo basándose en el daño causado entre víctima y su victimario.

#### **V.- Observancia del debido proceso en las salidas alternas**

Ciertamente las salidas alternas deben respetar una serie de requisitos y principios constitucionales para evitar la infracción a otros derechos tales como; presunción de inocencia del inculpado, el debido proceso. Por otro lado, a fin de que dichas salidas no se convierta en un mecanismo forzoso, existe la posibilidad de suspender en cualquier momento el proceso de mediación o conciliación, el acuerdo reparatorio, o la suspensión condicional del proceso, adoptando nuevamente la vía jurisdiccional, sin que ello suponga consecuencias gravosas para las partes, pues debe garantizarse el derecho de defensa, sin ambigüedades. Ciertamente las salidas alternas son procedimientos paralelos a la jurisdicción, flexibles, confiables y ágiles, pero no por ellos deben apartarse del debido proceso, entendido este como el derecho a una defensa con la observancia de todos los principios inherentes al proceso

---

<sup>17</sup> CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2005. p. 34.

que permitan una tutela adecuada y efectiva, condiciones que deben ser cumplidas al permitir ambas partes el planteamiento de un acuerdo idóneos a sus intereses, pues su causa si bien, no se decide por el órgano jurisdiccional sino por las propias partes, ambas deben de gozar de las mismas garantías para defender sus pretensiones y resistencias, derecho a que la salida alternas se desenvuelva de forma rápido, sencillo y eficaz con todas las garantías de imparcialidad, sin dilaciones indebidas, teniendo derecho a aportar pruebas, al recurso y que se garantice la eficaz ejecución del acuerdo<sup>18</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece como sinónimos debido proceso y garantías judiciales, estableciendo que dichas garantías tienen como función primordial proteger o salvaguardar el ejercicio de un derecho, son garantías judiciales indispensables para la protección de derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos<sup>19</sup>, si extrapolamos tal definición a la justicia alternativa tendríamos que el debido proceso implica que la voluntad de las partes no puede dejar de observar tales derechos fundamentales, por consiguiente no debe existir imparcialidad en el acuerdo, las partes debe ser tratada de forma igual, no porque el imputado evada una pena privativa de libertad se le puede forzar aceptar la vía alterna, los mismo plazos para generar el dialogo deben ofrecerse ambas partes, entre otros elementos que garantiza el debido proceso alterno.

Ahora bien, es importantísimo tener en cuenta que este tipo de mecanismos alternativos, no vulnera el derecho del acusado a no declararse culpable, ni niega el acceso a la tutela justicia efectiva, pues al emplear el método alternativo no se obliga al acusado a declararse culpable, es éste quien voluntariamente reconoce su participación en el ilícito penal, asistido por un abogado, el acusado con plena capacidad, valorando ventajas y desventajas del proceso judicial y del sistema alternativo, decide entre una u otra vía. En consecuencia ni la víctima ni el victimario deben de ser inducidos bajo presión aceptar el proceso alternativo. Si bien al utilizar el mecanismo alternativo en el

---

<sup>18</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *problemas actuales del derecho procesal ( garantismo vs activismo judicial)*, Ed. FUNDAP, México, 2002. p. 24.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ ROMERO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2000.P 82.

ámbito penal es posible que el infractor reconozca prematuramente su responsabilidad, ello no contraviene el principio de presunción de inocencia que tiene a su favor el acusado, toda vez que el mecanismo alternativo se echa andar sin presión ni coacción alguna, previa información de sus derechos y las consecuencias que deriva elegir una u otra vía. Además, para instar estos procedimientos debe existir al menos una certeza probatoria de responsabilidad del acusado en los hechos imputados, pues la negación de la responsabilidad por parte del victimario genera la remisión del asunto a la jurisdicción penal ordinaria. Por consiguiente, los mecanismos alternativos deben respetar una serie de requisitos y principios constitucionales para evitar la infracción a derechos fundamentales tales como; presunción de inocencia del inculgado, debido proceso, tutela judicial efectiva entre otros.

Una cuestión que se critica en la doctrina respecto a las salidas alternas en materia penal, es la posición desventajosa de aquellos que no tienen recursos económicos para poder realizar prestaciones reparadoras a la víctima, creándose con un ello un trato desigual para las personas que carecen de solvencia económica al no poder reparar el daño, y beneficiarse de los efectos de la renuncia, sustitución o atenuación de la pena. A fin de que esta precariedad del acusado no influya en la eficacia del mecanismo alternativo algunos países prevén fondos de compensación para conceder a los infractores préstamos a bajo interés, destinados a resarcir los daños a la víctima, de lo contrario podría desencadenarse que el uso de los mecanismos alternativos se conviertan en un tipo de justicia elitista.

## **VI.- Desafíos de las salidas alternas en el sistema penal acusatorio**

Ciertamente las salidas alternas tienen enormes ventajas frente al proceso judicial en virtud de que se aleja de formas rígidas y tasadas que caracteriza al procedimiento jurisdiccional, las partes tienen el pleno control del proceso logrando la satisfacción de ambas partes y no la compra de voluntad de quien se encuentra en una situación desventajosa o de carencia económica.

Uno de los principales desafíos que enfrentan las salidas alternas es la falta de costumbre del ciudadano en el uso de estos mecanismos, lo que impide acercar la justicia alterna al ciudadano, acostumbrado ordinariamente a judicializar sus conflictos, por ello, es importante empezar a fomentar una cultura hacia la mediación y educar a la sociedad con el uso de estos mecanismos alternos que lo alejan de formas primitivas como la autotela para solucionar conflictos, dando paso a su solución pacífica, predomina ante todo la buena fe y el entendimiento entre las partes enfrentadas. Existe poco conocimiento por parte de los ciudadanos respecto a las salidas alternas, al ser sociedades acostumbradas a judicializar el conflicto. Los mecanismos alternativos funcionan eficazmente en sociedades civilizadas capaces de confiar la solución del conflicto en sí mismo, logrando concertar con la contraparte. Además, se requiere capacitar a los funcionarios implicados en los procesos penales. Es recomendable ser innovadores en la regulación de los diversos procedimientos alternativos de resolución de conflictos en la nueva ley de la materia, pues la normativa de las entidades federativas es omisa al momento de establecer los tipos penales que son disponibles para las partes, por consiguiente no existe claridad para saber que delitos pueden solucionarse empleado la justicia alternativa. En opinión nuestra, un primer criterio que deberá atender el legislador para determinar en que tipo de delitos puede emplearse los métodos alternativos, es tomar en cuenta el daño causado y no únicamente por la gravedad del ilícito tal como se ha establecido en el Código Nacional, por consiguiente las salidas alternas pueden emplearse en aquellos delitos leves y de criminalidad baja, esto es, hechos punibles con escasa lesión social, reservándose la competencia exclusiva al órgano jurisdiccional penal la punición de las infracciones más graves, no es recomendable el uso de instrumentos alternativos en delitos cuya gravedad impiden acercar la víctima con su victimario tales como; violación, secuestro, homicidio calificado, narcotráfico, terrorismo etc.

Asimismo, es menester implementar un fondo estatal de compensación para conceder a los infractores préstamos a bajo interés, destinados a resarcir los daños a la víctima, de lo contrario podría desencadenarse que el uso de los mecanismos alternativos se conviertan en una justicia monetaria, pues debe

cuidarse que no exista una posición desventajosa para aquellos que no tienen recursos económicos para poder realizar prestaciones reparadoras a la víctima, creándose con un ello un trato desigual para las personas que carecen de solvencia económica al no poder reparar el daño, y beneficiarse de los efectos de la renuncia, sustitución o atenuación de la pena. A fin de que esta precariedad del acusado no influya en la eficacia del mecanismo alternativo, ni vulnere el principio de igualdad de partes en el proceso.

Deben cuidarse que los procedimientos alternativos no se impregnen del formalismo, retraso, burocracia y otros vicios que afecta a la justicia ordinaria, por ello se recomienda que quienes impartan justicia alternativa, pueden gozar de autonomía funcional, de tal forma que la justicia alternativa y la judicial, son dos vías complementarias que caminen en paralelo. Resulta importantísimo, que los implicados voluntariamente sometan el conflicto al uso del mecanismo alternativo y no por la actuación negligente de un ministerio público que fuerza a las partes a llegar a un acuerdo. Pues no es disminuir la carga de trabajo a la jurisdicción ordinaria lo que motiva a las salidas alternas, sino la convivencia pacífica entre iguales, donde no hay conflictos ni choque de intereses, sino acuerdo o consenso.

## **VII. Fuentes de consulta**

### **Legislación**

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA; DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO, Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, COLEX, MADRID, 1993.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Roma 4 de Noviembre de 1950.

CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.- Promulgada por Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL y DEL MINISTERIO FISCAL 6/ de 1985, de 1 de Junio de 1985.

LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 3 de Octubre de 1979.

### **Bibliografía.**

ABASCAL ZAMORA, José María, "Constitucionalidad del arbitraje", Propuestas de Reformas Constitucionales, t.II, *Colección Foro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*, Ed. Themis, México, 2001.

ALMAGRO NOSETE, José, *Consideraciones de Derecho Procesal. "Garantías Constitucionales del Proceso Civil"*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988.

BANACLOCHE PALAO, Julio, *La acusación en el proceso penal italiano*, Ed. Colex, Madrid, 2006.

BLANCO ESCANDÒN, Celia, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Porrúa, México, 2007.

CASTELLANO MALO, Jesús, "Los medios alternativos para la solución de litigios", *Revista del Poder Judicial de Baja California*, Ed. PJBC, núm.2, Mexicali, México, Diciembre de 1998.p.16.

CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Libertad propuestas de renovación constitucional*, Ed. IJ-UNAM, México, 2007.

CAZORLA PRIETO, Luis María, *Temas de Derecho Constitucional*, Ed.

Aranzadi, Navarra, 2000.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2005. p. 34.

DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *Habeás Corpus frente a detenciones ilegales*, Ed. Tecno, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a edición, Ed. Trotta, España, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de Habeas Corpus*, Ed. Tecno, Madrid, 1996, p.244.

GONZÁLEZ ROMERO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Ed. Porrúa- UNAM, México, 2000.

GORDILLO SANTANA, Luis, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal* Ed. Iustel, Madrid, 2007.

GOZÁINI, Osvaldo Alfredo, *problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, Ed. FUNDAP, México, 2002.

LEDESMA ESTER, Ángela, *La Reforma al Proceso Penal*, Ed. Nova Tesis, Argentina, 2000.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El <equivalente jurisdiccional> en el Derecho Público Español*, Ed. Universidad de Sevilla, España, 1981.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España.

\_\_\_\_\_ *Derecho Jurisdiccional, Procesal Penal III*, Ed. Tirant lo blanch, 10ª edición. Valencia, 2001.

MORENO CATENA Víctor, *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 2ª edición, Madrid. 1997.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz, *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, Ed. UBIJUS, México, 2008. p.37.

OVALLE FAVELA, José, "Instituciones no jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje, Ombudsman", *Justicia y Sociedad*, Serie G, Estudios doctrinales, Núm. 167, IJ-UNAM, México, 1994.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Ed. Idemsa, Lima. 2009.

**POSIBLES VIOLACIONES AL DERECHO DE CONVENCIONALIDAD, A LOS PRINCIPIOS DE DEBIDO PROCESO E IGUALDAD DE PARTES DEL CNPP AL NO PERMITIR EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INIMPUTABLES**

*Miguel Ángel Pech Cen<sup>E</sup>*

**Sumario. I. Planteamiento del problema. II. Generalidades. III. El principio de Igualdad de partes. IV. Inimputabilidad y Representación por Mandatario Apoderado o Tutor. V.- Análisis del artículo 418 del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo la técnica de control difuso de constitucionalidad VI. Conclusiones.**

**Resumen**

Se analiza la inimputabilidad de los menores e incapaces sometidos a lo que establece la actual Ley Penal, y en particular el significado del principio de Igualdad de Partes y debido proceso, y las facultades en caso de intervención del tutor en las partes del proceso e imposición de medidas (o penas) de seguridad. También, que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, y que al no permitírseles su acceso en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales es violatorio del derecho de Convencionalidad y de los Principios de “Debido Proceso” y de “Igualdad de Partes”.

***I.- Planteamiento del problema***

El segundo párrafo del reformado artículo 1º. de la Constitución Mexicana impone la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades en ella reconocidos “de conformidad” con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; tratados y acuerdos sobre estas materias en los que México sea parte. Sin embargo, en tratándose de inimputables, y por el sistema que sigue aún el procedimiento penal, se restringen los derechos de dichos inimputables, impidiendo incluso la participación de los tutores, violándose los principios de igualdad de partes y de debido proceso.<sup>1</sup>

En efecto, nuestra Constitución Política en su reforma de Junio de 2008, al no prever diferencias de trato entre imputables e inimputables durante la etapa de formulación de la imputación, aceptación de cargos y audiencia pública de juzgamiento, en el proceso penal acusatorio y reformado está trayendo violaciones claras al debido proceso y al Principio de igualdad de partes.

<sup>°</sup> Candidato a Doctor en Derecho Penal Acusatorio; Maestro en Derecho Civil; Estudios de Maestría en Ciencias Jurídico-penales y Máster en Psicología Criminal; Licenciado en Ciencias Sociales y en Derecho. Ha sido Defensor de Oficio en Chetumal, Q. Roo; Juez Segundo Penal en Cancún, Q. Roo y Subprocurador de Justicia de Quintana Roo; desde el año 2007 es Coordinador de la Escuela de Derecho (hoy también de Criminología y Criminalística) de la Universidad La Salle Cancún. Abogado Postulante en Derecho Penal y Condominal en Cancún, Quintana Roo.

<sup>1</sup> El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución. (Vid. Voz: “*Debido proceso*” de Osvaldo A. Gozaíni en el Diccionario de *Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coordinadores). Primera edición: 24 de abril de 2014, DR © 2014. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. pp. 298-299.

Si el inimputable, tal como se concibe en el artículo 15 Fracción VII del Código Penal Federal<sup>2</sup> no está en capacidad de comprender la formulación de la imputación, aceptar cargos, hacer negociaciones o suscribir acuerdos con el Ministerio Público de la Federación (de la Adscripción), próxima fiscalía de la Nación, posibilidades establecidas en las disposiciones demandadas para los imputables, correlativas a beneficios en la dosificación de la pena, entonces se presenta una violación al derecho a la igualdad.

Por lo que la ausencia de una regulación especial para los inimputables evidencia un “*desdén del poder de configuración legislativa del Congreso de la Unión*” que afecta la seguridad jurídica, la estabilidad del sistema penal, y derivan en una omisión legislativa contraria a los artículos 103 Fracción I y 109 Fracción I de la Carta Política Fundamental, lo que hace al nuevo sistema de justicia penal acusatorio inequitativo, inoperante o ineficiente.

Es necesario que, como condición para adoptar la decisión por la cual se impone una medida de seguridad al inimputable, el Congreso de la Unión deberá expedir un Decreto especial en el cual se determine:

1.- cómo debe nacer el proceso penal contra las personas inimputables, y

2.- cómo debe adelantarse el juicio oral en esos casos, pues en la regulación del sistema penal acusatorio, resulta claro cuál es la fórmula para ejecutar las medidas de seguridad, pero no cómo debe efectuarse la formulación de imputación, la acusación y el juicio oral. Específicamente, en la primera actuación formal del proceso penal, la formulación de imputación, no existe distinción alguna en atención a si el infractor es imputable o inimputable, lo que se constata a partir de la lectura de algunas legislaciones que ya aplican al respecto está reforma penal acusatoria, adversarial y oral.

Además hay razones por las que esa identidad de trato se opone a la Constitución Federal, en cuanto a su recién reformado artículo 1º. Constitucional, sin embargo es necesario definir el concepto imputable, como “*la persona madura psicológicamente, sano mental, y quien no presenta incompatibilidades culturales especiales*”; en la aplicación del actual sistema se trata de dos “personalidades totalmente opuestas” frente al poder punitivo del Estado. Al existir una “verdadera” diferencia entre los sujetos, por lo que deben ser tratados de manera distinta.

La inimputabilidad se puede dar por tres condiciones: primero, por inmadurez psicológica, que se divide en los supuestos de (i) minoría de edad, (ii) ceguera o sordomudez (discapacidad visual o auditiva), y (iii) diversidad étnica o socio cultural. Segundo, por trastorno mental, que puede ser a su vez (i) permanente, o (ii) transitorio; y tercero, por diversidad sociocultural (la repetición de esta causa se presenta en la demanda).<sup>3</sup>

Para el caso que nos ocupa, pondremos como ejemplo aquellos “*inimputables inmaduros psicológicos mayores de 18 años*” y los “*trastornados mentales permanentes y transitorio (enfermo médicamente comprobado)*”, dejando de lado los otros supuestos, debido a la existencia de una legislación especial para los menores de edad (Ley Federal de Justicia para Adolescentes<sup>4</sup>) y en cuanto a las etnias “*cuentan con su propia normativa para el juzgamiento de las conductas criminales*”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Causas de exclusión del delito: Artículo 15.- El delito se excluye cuando: VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

<sup>3</sup> Al decir de Sergio García Ramírez: El afianzamiento de la noción de imputabilidad con base diversa de la responsabilidad social a ultranza, que quiso Ferri, no conduce a la indefensión social: multiplicadas y tecnicizadas, las medidas de seguridad curan, resocializan o inocuizan al inimputable peligroso. Vid. “La imputabilidad en el derecho Penal mexicano” 2ª. Ed. UNAM, 1981, p.15

<sup>4</sup> DIARIO OFICIAL Jueves 27 de diciembre de 2012 DECRETO que expidió: LA LEY FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES; Y SE ADICIONA LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SE REFORMA LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, SE ADICIONA LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SE REFORMA LA LEY FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA.

<sup>5</sup> Artículo 2o. apartado A, Fracción II de la Constitución Federal: A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la

Según lo expuesto, el inimputable está en desventaja en relación con el imputable, frente a ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Mientras al segundo la ley le ofrece beneficios de rebajas de penas y la “posibilidad de rituar un proceso expedito”, los inimputables son discriminados al verse sometidos a juicios prolongados, sin resolverse de fondo su situación.

Todo lo anterior representa un desconocimiento de las obligaciones estatales de proteger especialmente a las personas en situación de debilidad manifiesta; y promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, ambas contenidas en los artículos 4º y 13 de la Constitución Política Federal. Por lo que es necesario que el Congreso de la Unión regule la investigación y juicio de los inimputables por inmadurez psicológica o trastorno mental, de acuerdo con los principios rectores de la dogmática penal en la materia; de manera que existan beneficios para ellos en el procedimiento penal, sin que el juez deba crear figuras como la semiculpabilidad, eventualmente incompatibles con el principio de legalidad, o incurra en error al determinar el tiempo de duración de la medida de seguridad, sin consultar la rehabilitación o curación de la persona inimputable. Aunado a que es casi nula la intervención del mandatario o del tutor en su caso como sus representantes en el proceso penal.

Siguiendo algunos criterios emitidos por nuestros tribunales federales vemos que la calificación de una persona como inimputable “implica (...) un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista”, y plantea que esa protección no se presenta en el procedimiento penal seguido a inimputables. De otra parte, para hablar de igualdad o desigualdad deben responderse tres preguntas: “¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio”.

Por lo que es necesario que las normas rectoras actuales, además de ser inconstitucionales, ya que tratan de igual manera a “dos distintos”, imputables e inimputables,<sup>6</sup> al momento de formulación e imputación, formulación de la acusación y juicio oral, en relación con los requerimientos que se le hacen para el allanamiento a cargos, la declaratoria de culpabilidad o inocencia. El criterio es la forma de terminar el proceso penal, mediante penas en un caso y medidas de seguridad en el otro, pero en ambos casos, “bajo un mismo rito procesal”.

De lo expuesto, surge una infracción a los principios de igualdad de partes y al de debido proceso y una “imperfección” en el sistema procesal penal, que lleva al juez de conocimiento a crear fórmulas ajenas al ordenamiento jurídico, al juzgar a los inimputables y calcular la duración de la medida de seguridad donde siempre se favorece al IMPUTABLE y nada se dice del sujeto que verdaderamente está en condición de debilidad manifiesta por condición mental y estado de marginalidad”. Por lo que se viola la Constitución Federal, pues las formas propias del juicio al inimputable “en las condiciones hoy plasmadas en el Código Procesal Penal [son] discriminatorias, en el entendido de que no hay forma de alcanzar la terminación pronta del proceso”, a pesar de que la celeridad es una norma rectora del mismo, porque ello exige conciencia de los actos.

Ciertamente, el “inmaduro psicológico” o el “trastornado mental” no tienen capacidad de comprender la ilicitud del delito, ni determinarse con esa comprensión, escoger un abogado, controvertir las pruebas o impugnar la sentencia condenatoria, por lo que es indispensable que existan reglas claras, concretas y precisas sobre el procedimiento a seguir en estos casos, inclusión en la asignación de mandatarios y tutores que lleven a su favor toda esta etapa; “porque las normas sustanciales sin las procesales, resultan de cuestionable aplicación y es allí donde el operador jurídico entra en vacilaciones y se evidencia la omisión legislativa relativa”, inseguridad jurídica y desconfianza en el sistema penal; por lo que es necesario legislar en leyes que contenga ‘las formas propias del juicio al inimputable’, para que en su vinculación al proceso penal y posterior juzgamiento se pueda agotar el debido proceso

---

autonomía para: II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

<sup>6</sup> No hay que olvidar el contenido del Artículo 1o. párrafo quinto de la Constitución Federal que señala: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

establecido en nuestra Carta Política en concordancia con los tratados Internacionales que por convencionalidad ahora son parte de nuestro sistema legal.

Existen múltiples dudas al respecto: ya que si el inimputable no comprende y no entiende, la consecuencia es que no puede reconocer conductas punibles de manera libre y espontánea; pues no es consciente; en esa medida tampoco puede ser beneficiado y no puede aceptar los cargos determinados en la audiencia de imputación, ni al iniciar la audiencia preparatoria para los efectos de los beneficios de las rebajas de penas contenidas en esas normas procesales en el tiempo que eventualmente pueda durar la medida de seguridad imponible. Queda excluido de esos beneficios si la regla es aceptar cargos de manera consciente”.

Las actuales normas procesales, en uno y otro sistema atentan contra el principio de igualdad y como consecuencia deben ser inaplicadas, es decir declaradas condicionalmente exequibles frente a los imputables e inexecutable frente a los imputables, *por lo que es necesario legislar para imputar, acusar y juzgar a los inimputables.*

No hay que olvidar que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; y ésta, en el Derecho Penal, es una actitud, una determinada participación de la psiquis del sujeto imputable en una particular acción.

La doctrina mexicana, -y en especial García Ramírez<sup>7</sup>- señaló: “A nuestro modo de ver, el inimputable queda, en principio, excluido de la aplicación de la ley penal; por ciertas razones (biopsicosociales) no delinque, ni es, por tanto, susceptible de pena. Ahora bien, la entronización y el dominio de las ideas de defensa social frente al individuo peligroso, alteran la lógica de esta situación y exigen, no obstante la destrucción ideal del delito que proviene de la incapacidad formal, la aplicación de medidas (de seguridad, y a veces incluso penas, como en la hipótesis de la imputabilidad disminuida) previstas en el momento contemporáneo del derecho penal. Así, *el único caso de franca exclusión de la ley punitiva con respecto a inimputables, es el referente a los menores infractores*, cuando no viene a cuentas la exploración del discernimiento.

A otros inimputables, en cambio, se aplica la ley penal evolucionada, que reconoce, más allá del rigor formal del delito y el delincuente, la existencia y relevancia de la peligrosidad, y por ende la necesidad de la medida asegurativa.”

Con este trabajo se pretende encontrar las bases para el perfeccionamiento de la política criminal, sí se aportan los fundamentos teóricos-científicos para favorecer la superación de las limitaciones doctrinales y normativas existentes en torno a la capacidad sustancialmente disminuida en los inimputables de acuerdo a su madurez psíquica.

## II.- Generalidades

En este trabajo, queremos mostrar que el sistema de intervención de gran parte de las autoridades penales con los inimputables en conflicto con la ley penal, va dirigido fundamentalmente en las medidas de seguridad, que en la práctica es una reacción del Estado para proteger a la sociedad del ataque al bien jurídico que realizan dichos inimputables, exigiéndoles un sacrificio personal en aras del bienestar general de la comunidad.

El principio de legalidad formal exige la construcción del tipo normativo de ley penal acorde con los preceptos constitucionales, fuera del cual toda otra ley penal será ilícita. Entonces, sólo la comisión de una conducta definida como delito por la ley penal puede dar lugar a una reacción jurídico penal. Este principio está consagrado constitucionalmente en el artículo 14.

El reconocimiento de la culpabilidad es un supuesto específico implica el cumplimiento de determinados requisitos. Los mismos permiten afirmar que el autor de una acción típica y antijurídica, es culpable. Las exigencias que deben concurrir para apreciarse son: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuridicidad y la exigibilidad.

En relación al primer requisito, para que pueda estimarse que el autor de un hecho es imputable, Righi<sup>8</sup> considera que en el momento de su ejecución el sujeto debe haber sido capaz de obrar responsablemente. En ese caso, se refiere a la capacidad que debe tener el agente para comprender y

<sup>7</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La imputabilidad en el derecho Penal mexicano” 2ª. ed. UNAM, 1981, p.16

<sup>8</sup> Vid. RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*, 1RA. ED. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 111.

valorar la desaprobación jurídico-penal de los actos que se realizan y dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión. De acuerdo a lo anterior, el agente ha de ser capaz de comprender y valorar el deber de respetar a la ley penal, pues debe autodeterminarse espontáneamente. Lo antes analizado supone en el autor del hecho la existencia de inteligencia y voluntad.

Al decir de Zaffaroni "la imputabilidad es la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad", y que "equivale a la afirmación positiva de la posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad."<sup>9</sup>

La expresión imputable alude a un significado distinto al de atribuirle un comportamiento a un sujeto, se asocia a una persona con capacidad de culpabilidad; sin embargo, tratándose de inimputables prevalece la idea de *exclusión social*;<sup>10</sup> A los sujetos con capacidad de culpabilidad y a los de imputabilidad disminuida, no se les debe tratar de forma similar. Para García González,<sup>11</sup> se pone de manifiesto el principio de igualdad real ante la Ley, el cual establece el tratamiento desigual para los desiguales.

La afirmación plenamente aceptada de que "*la imputabilidad debe concurrir al momento de ejecutar el acto*"; por ello la presencia o ausencia de la imputabilidad antes o después del hecho delictivo, si bien puede tener implicaciones procesales o de otra naturaleza a los efectos de la causa penal que se ventila, la cual es hoy difícilmente sostenible dentro de las reformas constitucionales en aras de fortalecer el Estado de Derecho. Por ello se sigue buscando darle a la medida de seguridad en beneficio y curación del sujeto pasivo. Lo expuesto se explica porque bajo el discurso de resultar en propio beneficio del "inimputable", los principios de plena prueba de autoría, declaración de certeza de participación, y amplio debate contradictorio no parecen ser necesarios. Entonces, advertida esta irregularidad constitucional, para dictarse una sentencia que imponga una medida de seguridad, aunque la ley no lo diga expresamente, debe contarse con los mismos elementos de cargo, luego de un debido proceso legal, requeridos para el dictado de la sentencia condenatoria del sujeto responsable.

Por lo dicho, resulta inconstitucional por vulneración al principio de legalidad (art. 14 de nuestra Constitución Federal) la imposición definitiva de una medida de seguridad en la etapa instructora del proceso penal actual con el dictado de un sobreseimiento que, habiendo constatado por ejemplo, la enfermedad mental, cierra de este modo el proceso penal, sin propiciar que el inimputables obtenga por sí o por conducto de mandatario o tutor alguno, los beneficios que las leyes penales establecen.

Ciertamente, es necesario recordar que "los presupuestos procesales son aquellos requisitos previos e imprescindibles para la existencia del proceso, sin los cuales no puede iniciarse válidamente un juicio. En términos generales son las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito; cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva y el debido proceso."<sup>12</sup>

Se trata de los conceptos más complejos dentro del ámbito procesal, puesto que han sido analizados y definidos desde distintos puntos de vista, con lo que se han generado sendas apreciaciones. La doctrina ha señalado predominantemente que los presupuestos procesales son la presentación de la demanda en forma, la competencia del juez y la capacidad procesal de las partes.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Buenos Aires, EDIAR, 1973, p. 584.

<sup>10</sup> Doctrinalmente, se ha dicho que la imputabilidad es "la capacidad de conducirse socialmente", o bien, "la facultad de determinación normal", y que ella "supone... que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal.

<sup>11</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, Graciela. *La enfermedad mental como causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad*. Tesis presentada para optar por el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad de la Habana, Cuba, 2008.

<sup>12</sup> Vid. Voz: "*Presupuestos procesales de forma*" en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. TOMO II de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coordinadores). Primera edición: 24 de abril de 2014, DR © 2014. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. p. 1025

<sup>13</sup> La capacidad procesal o legitimación ad processum (al ser la aptitud para comparecer personalmente en el proceso, y que está vinculada con la capacidad de ejercicio y la capacidad de obligarse y que no se encuentren en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa.)

Por el contrario, en los hechos estaríamos frente a la imposición de medidas de seguridad predelictuales, prohibidas por la Ley Suprema. Así todo devendría en un derecho penal de autor, incompatible ahora con las reformas sufridas en nuestra constitución, en el cual la medida se seguiría naturalmente a un estado de enfermedad del que se supone la peligrosidad.

Tratándose de inimputables se ha dicho que no hay medida de seguridad penal que pueda imponerse si no se ha constatado la peligrosidad en su sujeto pasivo: “No evidenciando el prevenido, cuya inimputabilidad se declara, signos de peligrosidad para sí o para terceros, no corresponde disponer ninguna medida de internación curativa”. Debe revocarse la decisión que impone una medida de seguridad si el informe médico descarta que el imputado sea peligroso para sí o para terceros y sólo corresponde dar intervención a la Justicia Civil.

No hay ninguna razón de defensa social sostenible racionalmente más allá de ese límite. Ello sería incompatible con un derecho penal de acto, que evidentemente se halla muy debilitado en el ámbito de las medidas de seguridad penales del sistema mexicano. Por supuesto, en defensa de esta aseveración se alza el principio constitucional de culpabilidad.

Se ha dicho que el Derecho Penal es un mecanismo selectivo de control social. Es la herramienta de control social más importante con que cuenta el Estado, pues desde el punto de vista de la función punitiva, *es una técnica de control de los individuos*. Sin embargo, en cuanto derecho objetivo tiene una función de garantía del individuo y señala un límite al poder del Estado. En este sentido, el Estado posee el uso monopólico del Derecho Penal, pues resulta el único legitimado para seleccionar conductas humanas a las cuales se impondrá una sanción en forma coactiva, lo cual cumple a través de una actividad legislativa ajustada a la regulación constitucional. Asimismo, la selección de conductas a las cuales imponer una sanción se realiza por medio de una valoración negativa para la convivencia social que tiene por finalidad proteger de los ataques más graves los bienes más importantes del sistema de valores de la comunidad.

De esta forma, el Derecho Penal recoge un consenso social que busca el resguardo de esos bienes mediante la asignación de sanciones al autor que los ataca. Dichas sanciones consisten en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado al individuo. Estrictamente, estas sanciones son las consecuencias jurídicas del delito: la pena y la medida de seguridad. De allí la importancia de plantear constitucionalmente un programa para precisar el sentido, finalidad y condiciones que deban ser modeladas por ley, dándole contenido y limitaciones.<sup>14</sup>

### **III.- El principio de igualdad de partes**

Es que, en general, cualquier Estado parte en un tratado y ahora nuestro país, por el nivel constitucional de recepción de la normativa supranacional tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y garantías establecidos por aquel "plexo axiológico jurídico", entre las que ocupan un lugar principalísimo las sentencias y decisiones judiciales.

Al decir de Cafferata Nore<sup>15</sup> “la incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (...), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistente, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que

---

<sup>14</sup> Para ilustración, se cita un caso de la Cámara Nacional de Apelaciones de Seguridad Social de Argentina, Sala II, del 21 de febrero de 1995, (644; 38.993-S) en el que se observa cómo se admite tácitamente la imposición de medida de seguridad con el auto de sobreseimiento, sin haber llegado a la plena prueba de la participación del sujeto inimputable en la comisión del hecho típico. Se dijo: “Por ser el sobreseimiento definitivo el pronunciamiento jurisdiccional que cierra definitivamente el proceso en cuanto al imputado a favor de quien se dicta, si bien equivale a una sentencia absolutoria, se diferencia de ésta en que puede dictarse antes que termine el juicio en su plenitud.

Por lo tanto, la situación procesal del peticionante ha quedado debidamente configurada toda vez que ha sido sobreseído definitivamente -en orden al delito de homicidio calificado por el vínculo, por resultar inimputable al momento de la comisión del hecho (CP, art. 34 inc. 1 párr. 1º). No obsta a dicha afirmación el hecho de que el juez penal interviniente haya dispuesto la reclusión manicomial del enajenado como medida de seguridad (CP, art. 34 inc. 1 párr. 2º)”. Publicado en *El Derecho*, tomo 168, p. 129; y *LA LEY*, año 1996, tomo E.

<sup>15</sup> CAFFERATA NORES, José I., “Proceso penal y Derechos Humanos”. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000 p. 12

reconoce a la víctima del delito y *al sujeto penal mente perseguido*. Dicho en términos más vulgares, muchas "cosas" *no podrán ser más como eran*.

Porque "tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y emanan de su "dignidad inherente", estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen "como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre", y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aun mediante la invalidación o sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal. Estas garantías son de naturaleza jurídico-política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado y establecen límites a su poder.

Derivado de la dignidad personal y como corolario del principio de igualdad ante la ley (art. 1º. Constitución Federal), la legislación supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional establece que "*todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia*" (art. 14.1, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El *principio de igualdad* se halla expresamente contenido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Pacto San José de Costa Rica)<sup>16</sup> – Que tiene jerarquía constitucional en los términos del artículo 1º.y 133 de la Constitución Federal, -- el que en su artículo 24 establece "*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*".

Ella requiere- señala Cafferata Nores<sup>17</sup> – "que se acuerde tanto a la *víctima* que reclama investigación y juicio, como al *imputado*, durante el proceso penal, un trato que será igual, *cualquiera sea su condición personal*: no puede haber ni privilegios ("ley privada") ni discriminación de ninguna naturaleza, ni por ninguna razón, ni durante el proceso, ni en la decisión final. A la vez, cualquiera que sea el sentido que esta adopte, deberá ser equitativa e imparcial<sup>18</sup> y fundarse solamente en la prueba y en la ley. Esto exige que no se hagan (ni en la ley ni en la práctica excepciones personales respecto a la formación o a la prosecución de las causas penales, ni a la posibilidad de intervenir en ellas, ni a su radicación ante los tribunales; ni que se impulsen procesos por motivos exclusivamente personales... Tampoco podrá admitirse un tratamiento diferencial (ni mejor ni peor) de las víctimas que reclaman penalmente, ni de los imputados, por razones económicas, sociales, religiosas, políticas o culturales, etcétera."

Haciendo eco en los estándares internacionales, recientemente la doctrina mexicana también ha aportado su visión al respecto: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza."<sup>19</sup>

"El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

<sup>16</sup> Aprobado por el Senado el día 18 de Diciembre de 1980. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981. Adhesión. Publicación en el D.O.F: el día 9 de enero y 7 de mayo del año 1981 y 17 de enero del 2002. Entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981

<sup>17</sup> *Ob. Cit.* pp. 23 y 24.

<sup>18</sup> "La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa, siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la Ley." (Comisión IDH, informe no. 12/96, Caso 11.245).

<sup>19</sup> Estándares sobre Igualdad y No discriminación en "Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana". Vol. Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis., Caballero Ochoa, Christian Steiner I, 1ª. ed. UNAM, 2013, p. 264

Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

De igual modo, resulta más que interesante acudir a los conceptos vertidos sobre el tema por los Tribunales Internacionales. En tal sentido, y con relación al principio de igualdad de armas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que, *para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*. Recuerda la Corte que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) y para alcanzar sus objetivos- prosigue el Alto Tribunal- el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación.

Tras reconocer la entidad del principio, la Corte Interamericana postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan un adecuado y debido proceso.

En reciente Jurisprudencia aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se señala: “En el proceso penal, el equilibrio de los sujetos procesales es de suma importancia, pues deben concedérseles iguales condiciones, de manera que ninguno quede en estado de indefensión; y si bien es cierto que este principio no está previsto expresamente en algún numeral concreto del Código Federal de Procedimientos Penales, también lo es que se consigna implícitamente en su artículo 206, en cuanto prevé que todo aquello que se ofrezca como prueba -en términos del artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008- debe admitirse, siempre y cuando sea conducente y no vaya contra el derecho a juicio del juez o del tribunal, lo que significa que los medios probatorios ofrecidos por ambas partes procesales deben valorarse con el mismo estándar o idénticas exigencias de juicio para generar convicción. Así, cuando la información que brinda un medio probatorio es imprecisa, parcial o genera duda porque adolece de claridad y da lugar a que el juez le reste valor, no es válido que tal estándar sólo aplique para una de las partes, ya que el mérito o valor de convicción del medio probatorio está sujeto a la libre apreciación del juez, pero es inadmisibles que los medios de prueba de la misma índole -ofrecidos por ambas partes- tengan un estándar de valoración distinto, según se trate del actor o del demandado, del órgano ministerial o del acusado, pues ello atentaría contra las garantías de justicia imparcial, de equidad procesal y de correcta fundamentación y motivación.”<sup>20</sup>

También es necesaria aclarar que tratándose de inimputables, el *derecho de no discriminación* que consagra el tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proscribire cualquier distinción motivada,<sup>21</sup> entre otras, por razones de género y edad,

---

<sup>20</sup> Número de identificación: 160513, Tesis de jurisprudencia 141/2011 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de cuatro de noviembre de dos mil once. Décima Época, pág. 2103, Semanario judicial de la Federación Libro III, Diciembre de 2011 Tomo 3, bajo el rubro: **PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROCESO PENAL. SU ALCANCE**.

<sup>21</sup> En cuanto a la discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos. No toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. El término "cualquier otra condición social" debe interpretarse de manera amplia y elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Esto ya que es una "categoría sospechosa" que se debe definir considerando que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

MIGUEL ÁNGEL PECH CEN

condición social, religión o cualquiera otra análoga que atente contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Al respecto, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, reglamentaria del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Federal, en su artículo 4o. establece que para efectos de esa ley se entenderá por **discriminación** *toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas*. No puede, pues, existir discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, etc., que atente contra la dignidad, cuyo valor superior reconoce la Constitución, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, siendo entonces que hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho fundamental. Ahora bien, este principio de no discriminación rige no sólo para las autoridades sino también para los particulares, pues lo contrario sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares. Así, estos últimos tienen el deber de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, lo que no implica necesariamente que realicen conductas positivas, pero sí están obligados a respetar los derechos de no discriminación y de igualdad real de oportunidades.<sup>22</sup>

La igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano. Es inseparable de la dignidad de la persona e incompatible con toda situación que conduzca a tratar a un grupo determinado de manera privilegiada por considerarlo superior o lo trate con hostilidad o discrimine del goce de derechos por considerarlo inferior. No es admisible crear diferencias de trato entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Sin embargo no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

Por otra parte, el marco constitucional impone obligaciones directas a los órganos jurisdiccionales al disponer la forma en que debe hacerse la interpretación de los derechos fundamentales: conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas. Este principio hermenéutico ha sido definido como principio *pro personae*.

Estas obligaciones constituyen criterios de interpretación y aplicación de los derechos humanos que buscan maximizar el umbral de protección a las personas. A la luz del principio *pro personae* (también llamado *pro homine*) el derecho –y las determinaciones judiciales– deben interpretar y aplicar las normas de forma tal que resulten más favorables al justiciable o, menos lesivas en los casos de restricciones de derechos fundamentales.<sup>23</sup>

El *Principio Pro Homine* ha sido recogido en nuestra Suprema Corte al señalar que: “Conforme al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Número de identificación: 160554, Tesis: I.8o.C.41 K (9a.), Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011 Tomo 5. Décima Época, Pág. 3771 Tesis Aislada (Constitucional).

<sup>23</sup> Este principio es: “*el criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.*” Pinto, Monica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

<sup>24</sup> Al respecto el Dr. Edgar Carpio Morales recogiendo lo expuesto por la Dra Mónica Pinto señala que se trata de “un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. El Profesor Pablo Luis Manili comentando los alcances del Principio Pro Homine alude a un aspecto relevante

Este principio consiste en ponderar el peso de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites a su ejercicio. En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio "pro homine" tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: a.1.) Principio favor libertatis, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; a.2.) Principio de protección a víctimas o principio *Favor Debilis*<sup>25</sup>; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, b) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquélla.

Por lo que se refiere al ámbito de los tribunales colegiados de circuito, es pertinente citar las siguientes jurisprudencias y tesis aisladas:

**PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES.**

El principio pro homine y el control de convencionalidad se encuentran tutelados por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la entrada en vigor de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. El principio pro homine es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma y la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas. Por su parte, el "control de convencionalidad" dispone la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo la protección más amplia a las personas. Sin embargo, su aplicación no implica desconocer los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, pues para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, el Estado puede y debe establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los medios de defensa, los cuales no pueden ser superados, por regla general, con la mera invocación de estos principios rectores de aplicación e interpretación de normas.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo directo 381/2011. Mónica Sabrina Balderas Herrera. 29 de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Juan Carlos Carrillo Quintero.

Amparo directo 55/2012. Santiago Marín Domínguez. 26 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Adriana Carmona Carmona.

---

que conlleva la aplicación de este principio en cuanto con el se termina toda la discusión en torno a la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos, ya que deviene abstracta, "por cuanto el intérprete debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos". Cfr. MANILI, Pablo Luis, "El Bloque de Constitucionalidad La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino". Editorial La Ley S.A.E. e. I. Buenos Aires 2003, pág. 223

<sup>25</sup> El Principio Favor Debilis, "El principio de protección a las víctimas", como alude Bidart Campos, es decir, "que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra". CARPIO MARCOS, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales" Palestra Editores Lima – 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9 , pág.28.

Amparo en revisión 92/2012. Síndico Municipal del Ayuntamiento del Municipio de Puebla y otros. 24 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Adriana Carmona Carmona.

Amparo directo 62/2012. Santiago Marín Domínguez. 7 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretaria: Ana Laura Gutiérrez Sauza.

Amparo en revisión (improcedencia) 201/2012. 23 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Ramírez González. Secretaria: Margarita Márquez Méndez.<sup>26</sup>

### **PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.**

El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

#### **CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.<sup>27</sup>

### **PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.**

El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

#### **CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.<sup>28</sup>

Desde la perspectiva interamericana, es en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se considera consagrado el principio *pro homine* o *pro personae*, el cual es “un criterio hermenéutico [...], en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

Por esa razón, y en relación a los posibilidad de que los inimputables tengan las mismas garantías procesales de cualquier persona, es necesario que todos los Jueces mexicanos deben partir de los principios de constitucionalidad y convencionalidad y, por consiguiente, en un primer momento, realizar la interpretación conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, de acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluso de oficio. En función de ello, y conforme al principio *pro personae* (previsto en el artículo 29 de la Convención

<sup>26</sup> Número de identificación: 2002861. Tesis: VI.3o.A. J/2 (10a.), Colegiados de Circuito (Común). Jurisprudencia Tribunales Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XVII, Febrero de 2013 Décima Época. Tomo 2 Pág. 1241.

<sup>27</sup> Número de identificación: 180294. Tesis: I.4o.A.441 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada Administrativa. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Octubre de 2004 Novena Época Pág. 2385.

<sup>28</sup> Número de identificación: 179233, Tesis: I.4o.A.464 A. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito Tomo XXI, Febrero de 2005 Pag. 1744. Tesis Aislada (Administrativa).

**MIGUEL ÁNGEL PECH CEN**

Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, conforme a los artículos 17 constitucional; 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la citada convención, el derecho humano de acceso a la justicia no se encuentra mermado por la circunstancia de que las leyes ordinarias establezcan plazos o formas para ejercerlo, porque tales disposiciones refieren que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente.

Por tanto, en los procedimientos o juicios en los que, además de los entes estatales, estén involucradas personas (partes) con intereses contrarios, o con calidades distintas, como los inimputables; como por ejemplo, en los procesos penales, en el cual interviene además de la autoridad judicial, la fiscalía que acusa, el agraviado, el inculcado, que puede ser un inimputable, su defensor, el principio *pro personae* debe aplicarse velando por que todos los derechos humanos de los particulares sean respetados y no solamente los de quien solicita su aplicación y protección, como tener iguales condiciones, iguales medidas reparatorias o beneficios. Aceptar lo contrario, es decir, que con la finalidad de proteger los derechos únicamente de alguna de las partes en el juicio se vulneraran los inherentes a la otra, desnaturalizaría el fin perseguido por el señalado principio, que no es otro que la tutela y mayor extensión en la protección de los derechos humanos como criterio hermenéutico y garantía colectiva.

El artículo 13 de la Constitución Federal impone a las autoridades judiciales, cualquiera que sea la naturaleza del proceso que tramiten, el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer su posición en juicio, para probar los hechos en que descansa aquélla, así como para sostener, con la misma medida y alcance, sus alegatos y posibles inconformidades.

En el caso de juicios de naturaleza penal, este derecho de igualdad procesal (también conocido doctrinalmente como igualdad de armas) cobra especial relevancia y adquiere diversos matices, producto de una combinación con diversas garantías, pues debe observarse que el individuo inculcado no se encuentra frente a cualquier parte, quien ejerce la acusación es un ente del Estado, con toda la magnitud patrimonial e institucional que esto implica. Asimismo, debe añadirse el ingrediente de que dicha parte acusadora, en la fase de investigación (donde se encuentra el material probatorio que respalda la imputación), actuó con el carácter de autoridad frente a los particulares, es decir, desde una posición más favorable.

En ese sentido, el propio Texto Constitucional contiene un catálogo de derechos que buscan superar las diferencias sustanciales entre la posición del inculcado y el Ministerio Público, así como garantizar que tanto la sujeción a proceso como la eventual privación de ciertos derechos (esencialmente la libertad) se den en un marco amplio de protección del imputado.

Nótese pues que a la garantía de enfrentar un proceso en paridad de condiciones se suma el derecho de defensa adecuada, que en nuestro Texto Constitucional se encuentra previsto en el artículo 20, apartado A (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008). Diversas son las garantías que contiene este precepto (tanto en su aspecto literal como aquellas que han sido extraídas a partir de variadas interpretaciones)(3), dentro de ese elenco de derechos inherentes a la debida defensa, se encuentra que al procesado se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca (fracción V del citado apartado), vertiente que, desde el punto de vista de la igualdad procesal se traduce fundamentalmente en que, tal como el órgano acusador decidió libremente qué probanzas aportar, la defensa del imputado esté en posibilidad real de decidir que elementos son los conducentes para respaldar su posición. En ese marco, el inculcado debe contar con la posibilidad para controvertir los elementos de convicción que la citada representación social haya aportado, ofrecer la ampliación de los mismos (forma directa), o de llevar a juicio novedosas pruebas a fin de nulificar los efectos de las de cargo (forma indirecta); en ambos casos se está frente al principio de contradicción.

En el presente caso, el derecho de los acusados a ser representados por un tutor y tener las mismas condiciones y beneficios procedimentales (como forma frontal de combatir la acusación) encuentra apoyo no sólo a partir de la intelección de las aludidas garantías constitucionales, sino también a partir de la observancia de diversas disposiciones de orden internacional (vigentes plenamente en nuestro país) que de manera literal establecen tal prerrogativa.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numerales 1 y 3, dispone:

"Artículo 14 ...

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

"...

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

"...

"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;

Así mismo, conviene recordar que en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, se previó:

"Principio 1:

Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

(...)

"El hombre para gozar de una vida digna debe rodearse de ciertos elementos de orden cualitativo: debe gozar de igualdad, de libre desarrollo de su personalidad, de libertad y de salud, entre otros atributos todos ellos esenciales. Ahora bien, por fenómenos naturales o accidentales no todos los hombres se encuentran ubicados en situaciones semejantes para poder aspirar y disfrutar de tan altos bienes materiales y espirituales. Aquellas personas que el derecho penal ha denominado "inimputables", en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás. Tal es la implicación concreta que tiene el vocablo Estado social de derecho respecto de los disminuidos síquicos.

Los anteriores razonamientos encuentran su respaldo en el derecho internacional sobre derechos humanos ratificados por México, el cual hace parte del ordenamiento interno, según el artículo 1º. y 133 de la Carta. Entre tales instrumentos internacionales se destacan los siguientes:

a) *Pacto de Derechos civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966*,<sup>29</sup> en el Preámbulo establece: Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...);

b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969*<sup>30</sup>, en el Preámbulo establece: Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos (...);

c) El artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece: 1. Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...);

Para fundamentar estos derechos es necesario señalar los diversos criterios nacidos de la Jurisprudencia Federal:

**ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU**

<sup>29</sup> Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966. Adhesión de México: 24 de marzo de 1981. Decreto Promulgatorio DO 20 de mayo de 1981. Fe de Erratas DO 22 de junio de 1981.

<sup>30</sup> Clase de Instrumento: Tratado internacional. Adopción: 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981 (Adhesión), Fecha de entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981. DOF: 7 de mayo de 1981.

MIGUEL ÁNGEL PECH CEN

**PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental, en su texto reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, como lo ha sostenido jurisprudencialmente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 192/2007 de su índice, de rubro: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.". Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuyo decreto promulgatorio se publicó el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno en el Diario Oficial de la Federación. Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente: *1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.* Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido a virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, se estima que el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional citado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.**

AMPARO DIRECTO 31/2012. 11 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretario: Alejandro Andraca Carrera.

Amparo directo 68/2012. Jaime Carriles Medina. 18 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretaria: Angélica Torres Fuentes.

Amparo directo 75/2012. Unión Presforzadora, S.A. de C.V. 9 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Alejandro Lobato Rodríguez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Alejandro Andraca Carrera.

**MIGUEL ÁNGEL PECH CEN**

Amparo directo 101/2012. Grupo Industrial Santiago Peral, S.A. de C.V. 13 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Eduardo Téllez Espinoza. Secretario: David Alvarado Toxtle.

Amparo directo 120/2012. Miv Constructora, S.A. de C.V. 11 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretario: Alejandro Andraca Carrera.

Nota: La tesis de jurisprudencia 2a./J. 192/2007 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, octubre de 2007, página 209.<sup>31</sup>

### **PROTECCIÓN A PERSONAS EN EL PROCESO PENAL. DEBE OTORGARSE EN CONDICIONES QUE NO AFECTEN LOS DERECHOS DE IGUALDAD PROCESAL Y DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO.**

Los derechos de igualdad procesal y defensa adecuada deben observarse en favor del imputado en los procesos del orden penal, que reconocidos tanto constitucional como convencionalmente imponen a las autoridades judiciales, el primero, el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer su posición en juicio, para probar los hechos en que ésta descansa, así como para sostener, con la misma medida y alcance, sus alegatos y motivos de inconformidad, y el segundo, observar el catálogo de prerrogativas que busca superar las diferencias sustanciales entre la posición del inculcado y el Ministerio Público, y como garante de que tanto la sujeción a proceso como la eventual privación de ciertos derechos (esencialmente la libertad) se den en un marco amplio de protección. Dentro de ese elenco de derechos inherentes a la debida defensa, se encuentra que al procesado se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca (artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal), lo cual -desde el punto de vista de la referida igualdad procesal- obliga a observar el principio de contradicción, que implica que, tal como el órgano acusador decidió libremente qué probanzas aportar, la defensa del imputado decida también cuáles elementos son los conducentes para respaldar su posición, dentro de la cual puede estar la estrategia de controvertir los elementos de convicción que la citada representación social aportó, bien ofreciendo su ampliación (forma directa), o bien llevando a juicio novedosas pruebas a fin de nulificar los efectos de las de cargo (forma indirecta). En esas condiciones, si la defensa del procesado ofrece la ampliación de los testimonios de los agentes de seguridad que, según la versión de cargo efectuaron su detención en flagrancia, no puede omitirse su desahogo bajo el argumento de que su comparecencia en el proceso les representa un peligro. Lo anterior es así, pues de no lograrse su presencia se propiciaría un desequilibrio procesal entre las partes, ya que mientras la representación social generó a partir de ellos pruebas de cargo, la defensa se vería privada del derecho de contradecirlos, sobre todo cuando son estratégicos para la resolución del tema a debate. Por tanto, de ser el caso y de cumplirse ciertas condiciones, dichas ampliaciones deben llevarse a cabo bajo medidas de protección a la seguridad e integridad personal de los mencionados servidores públicos, que no afecten la preeminencia de los apuntados derechos fundamentales.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

**AMPARO EN REVISIÓN 226/2012.** 2 de mayo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Olvera López. Secretario: Roberto Negrete Romero.<sup>32</sup>

### **PROTECCIÓN A PERSONAS EN EL PROCESO PENAL. DEBE OTORGARSE EN CONDICIONES QUE GARANTICEN LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD Y SEGURIDAD PERSONAL DE QUIEN LA RECIBE.**

La protección a personas nace de una relación binómica, conformada, por la obligación que toda persona tiene de cooperar con la administración de justicia en los procesos penales cuando haya presenciado o conozca de un hecho delictuoso, y por el derecho que tiene de recibir del propio Estado amplia protección si cumplir con aquella obligación le supone una amenaza o riesgo. El apuntado derecho y el correspondiente deber de los entes del Estado de protegerlo derivan del artículo 3 de la

<sup>31</sup> Número de identificación: 2001213, Tesis: VI.1o.A. J/2 (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XI, Agosto de 2012 Tomo 2, Pág. 1096. Jurisprudencia(Constitucional)

<sup>32</sup> Número de Identificación: 2004965, Tesis: I.1o.P.11 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXVI, Noviembre 2013 Tomo 2, Pág. 1406. Tesis Aislada (Constitucional).

**MIGUEL ÁNGEL PECH CEN**

Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra el derecho a la seguridad de la persona en unión con el derecho a la vida y a la libertad; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo regula en su artículo 9; y en ese ámbito del sistema universal de protección de derechos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en interpretación directa de los referidos preceptos, destacó la garantía de protección de toda persona que recibe amenazas, en el sentido de que cuando exista la necesidad objetiva, de que por las circunstancias del caso un individuo se encuentre en alguna situación de riesgo, el Estado debe adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar tanto su vida como su integridad personal. En el caso del sistema regional de protección de derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha extendido los alcances de la aludida necesidad de protección (particularmente en la sentencia de fondo dictada en el caso Gómez López vs. Guatemala) para aquellos supuestos en que las amenazas de daño ponen en riesgo la integridad moral de las personas, y equipara la obligación de salvaguardar a una persona con el derecho de llevar adelante su proyecto de vida y de cumplir con los compromisos que haya asumido como propios. Consecuentemente, es un derecho fundamental de todo ser humano que se le garanticen tanto su seguridad como su integridad personal cuando con motivo de su participación en el proceso penal éstas puedan verse en peligro, es inconcuso que deben otorgarse medidas para protegerlo, tanto en términos de salud -físicos-, como para que esté en posibilidad de continuar desarrollando sus actividades personales y laborales de manera regular, es decir, sin limitaciones producidas por la amenaza de sufrir algún daño o consecuencia fatal, tanto en su dimensión personal como familiar.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

AMPARO EN REVISIÓN 226/2012. 2 de mayo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Olvera López. Secretario: Roberto Negrete Romero.<sup>33</sup>

**PROTECCIÓN DE PERSONAS EN EL PROCESO PENAL. SU OTORGAMIENTO NO DEPENDE DE QUE EL INTERESADO LA SOLICITE NI DE SU SOLA PETICIÓN; ES NECESARIO QUE EL JUZGADOR EFECTÚE UN ANÁLISIS DEL RIESGO Y LA AMENAZA QUE CONCURRAN EN EL CASO CONCRETO.**

Toda persona tiene derecho a la protección de su integridad y seguridad personal, sin embargo, en términos de la interpretación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (a partir de la interpretación del artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente, la obligación del Estado de salvaguardar a un individuo surge, en específico, por la amenaza y riesgo de que los apuntados derechos puedan verse trastocados. En esa tesitura, los elementos amenaza y riesgo fungen como presupuesto esencial para fijar la procedencia o no de alguna medida de seguridad; ya que para adoptar una decisión válida y motivada, la autoridad encargada de adoptarla y aplicarla debe partir de una evaluación detallada sobre la amplitud del riesgo, así como del nivel de amenaza de muerte o daño físico del que pudiere ser objeto el mencionado testigo. Consecuentemente, con la finalidad de reducir los límites de discrecionalidad y subjetividad, y por estar involucrados bienes y derechos de primer orden como son la vida y la integridad personal, al margen de que el interesado solicite o no la protección -pues no es necesaria su petición e incluso puede oponerse-, y no siendo suficiente para su otorgamiento el pedirla, el juzgador debe evaluar los elementos para concluir si sobre la persona que debe comparecer a juicio pesa sobre el mismo -o su familia- el riesgo de un mal grave, así como procurar identificar, de acuerdo con las constancias que obran en autos y las circunstancias materiales del proceso: el origen de la amenaza; el carácter de la violencia; el nivel de organización y cultura de aquel o aquellos que expresan la amenaza; así como la capacidad, los conocimientos y los medios de que disponen para materializar lo que advierten. Lo anterior abona elementos racionales de decisión, y sujeta la procedencia de otorgar medidas de protección únicamente para aquellos casos en que exista un peligro objetivizado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

AMPARO EN REVISIÓN 226/2012. 2 de mayo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Olvera López. Secretario: Roberto Negrete Romero.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Número de Identificación: 2004964Tesis: I.1o.P.12 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXVI, Noviembre 2013 Tomo 2. Pag. 1405 Tesis Aislada (Constitucional, Penal).

El segundo rasgo da cuenta de este derecho como una forma de igualdad, que hace posible la titularidad y el ejercicio efectivos de derechos de otra índole, pero también fundamentales: civiles, políticos y sociales.

Sin llegar a la exageración, es necesario sostener que, ya desde su formulación en la Declaración de 1948, *el derecho a la no discriminación debe ser leído como una forma de igualdad constitutiva que hace posible la garantía del resto de derechos.*

Recordemos que en la Declaración de 1948, el derecho a la no discriminación debe ser leído como una forma de igualdad constitutiva que hace posible la garantía del resto de derechos. En este ordenamiento fundamental de la comunidad internacional, la no discriminación es la llave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos.

#### **IV.- Inimputabilidad y representación por mandatario apoderado o tutor**

Entendemos como representación judicial aquella actuación de ciertas personas que lo hacen por otras, ya sea como representantes legales (padres, tutores o curadores que lo hacen por sus hijos menores o pupilos) o como mandatarios, invocando derechos de terceros, en virtud de un mandato voluntario concedido a su favor;<sup>35</sup> o ciertos profesionales del derecho que actúan por sus representados. El representante al igual que las partes, debe constituir domicilio legal.

También es necesario señalar que los representantes legales que actúan el juicio, deben justificar su personería, pudiendo darse de un plazo para hacerlo, si no se contara con la documentación en ese momento (salvo los padres que actúen en representación de sus hijos, que salvo petición de pates pueden ser exceptuados de entregar las actas de nacimiento). Una vez que el poderdante presenta el poder y se admite la personería, actúa el apoderado por su representado obligándolo como si él mismo hubiera actuado. Mientras no haya cesado legalmente en su cargo el apoderado debe proseguir el juicio.

La representación de los apoderados cesa por revocación expresa efectuada en el expediente, por renuncia, por cesación de la personalidad del poderdante y por muerte o inhabilidad del apoderado. Los abogados deben ejercer respecto de sus clientes el patrocinio letrado, en cuyo caso, no sustituyen a la parte actuante, sino que firman el escrito judicial conjuntamente con ella. Para sustituir a las partes o a sus representantes legales, los abogados deben actuar como apoderados, ejerciendo en este caso la representación por sí solos, obrando en nombre y por cuenta de sus clientes, quienes le habrán conferido mandato.<sup>36</sup>

Recordemos que toda acción humana para considerarse imputable se requiere que se produzca con conocimiento de lo que se hace: 1.- conciencia, por un aparte y por otra, 2.- decisión de hacerlo y

---

<sup>34</sup> Número de Identificación: 2004968. Tesis: I.1o.P.14 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXVI, Noviembre 2013 Tomo 2. Pag. 1409, Tesis Aislada(Penal).

<sup>35</sup> Según el artículo 2546 del Código (Civil) gente, el mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario sé obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encargue. Analizando esta definición encontramos los siguientes elementos:

1º. El mandato se caracteriza expresamente como un contrato.

2º. Recae exclusivamente sobre actos jurídicos, y en esto radica la especialidad de este contrato. La promesa o antecontrato también tiene por objeto celebrar actos jurídicos.

3º. Una tercera característica que nos da el Código vigente, consiste, en que el mandatario deberá ejecutar los actos jurídicos por cuenta del mandante. Tradicionalmente, el mandato se refería a los actos ejecutados por cuenta y en nombre del mandante, es decir, comprendía la forma llamada mandato representativo. Vid. ROJINAS VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil IV Contratos." 27ª. ed. Edit. Porrúa, México, p. 291

<sup>36</sup> De nuestras Clases de Derecho Romano evocamos que: En la antigua Roma, las partes debían actuar personalmente en el litigio, sobre todo al principio, en el sistema de "*las legis actiones*" o sistema de las acciones de la ley. Solo en casos excepcionales se admitía la representación como en el de la manumisión por vindicta, o cuando se accionaba por un interés general (pro populo) o en la tutela.

En la segunda etapa conocida como del sistema formulario comenzó a admitirse que las partes pudieran ser representadas en el litigio, ya sea para cada asunto en particular, designándose en este caso a un "*cognitor*" o para una serie de asuntos para lo cual se designaba un "*procurator*". También se permitió que se nombraran a algunas personas versadas en temas jurídicos para asesorar a las partes, que fueron los "*oratores*" y los "*advocatus*".

quererlo hacer: voluntad. Sin estos dos elementos no hay libertad de acción y, por lo tanto, no hay responsabilidad.<sup>37</sup>

Así, la imputabilidad, es la capacidad para responder; aptitud para serle atribuida a una persona una acción u omisión que constituye delito o falta. Esta capacidad debe ser entendida como la *aptitud, habilidad, destreza psicológica o talento de un sujeto para comprender un hecho, y depende de factores biológicos (edad, capacidad de escuchar y de hablar), psicológicos (madurez psicológica y libertad de acción), psiquiátricos (salud mental) y antropológicos (factores socioculturales)*.

La imputabilidad y sus formas se refieren al autor, pues constituye una condición psíquica que lo priva de comprender el carácter ilícito del hecho como consecuencia de una enfermedad mental o de una grave perturbación de la conciencia. En el caso de una enfermedad mental, la acción u omisión realiza una personalidad anormal, por lo que no se puede imputarle el hecho. La imputabilidad disminuida se refiere a los casos en que el autor no posea sino incompletamente su capacidad de comprensión de lo ilícito de sus actos..

En síntesis, por imputabilidad se entiende *aquella calidad personal o estado en que el sujeto activo de una conducta punible actúa con conciencia y voluntad, siendo capaz de comprender la ilicitud de su obrar y actúa conforme a ese conocimiento y que por ende, debe ser sancionado con una pena establecida en la legislación penal*. En otras palabras, el concepto de imputabilidad significa capacidad para delinquir. La regla general es la imputabilidad y la excepción es la inimputabilidad. Un imputable tiene la capacidad de valorar el comportamiento propio y de dirigir dicho actuar hacia el cumplimiento de los postulados de la ley.

Recordemos que para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de reconocimiento a la diversidad como presupuesto del modelo social de discapacidad, no solamente implica aceptar que existen personas con diversidades funcionales, sino también exige reconocer la gran cantidad de posibles diversidades, mismas que se traducen en una amplia gama de discapacidades. Por tanto, aquellas instituciones jurídicas que tengan como finalidad limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deberán tomar como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto, pues de lo contrario, pretender el establecimiento del mismo tipo de limitación a personas con discapacidades sumamente diversas, se traduciría en un incumplimiento del principio del modelo social de discapacidad. En consecuencia, el estado de interdicción previsto, por ejemplo, en la legislación del Distrito Federal no deberá ser interpretado como una institución jurídica cerrada, cuyos efectos se encuentren establecidos para todos los posibles escenarios, sino que debe considerarse como una limitación a la capacidad jurídica cuyo significado y alcance deben ser determinados prudencialmente en cada caso. Así, una vez que el juzgador constate que una persona tiene una discapacidad, misma que justifica la limitación de su capacidad de ejercicio, deberá establecer claramente cuál es la naturaleza de la diversidad funcional específica y, a partir de ello, delimitará cuál es el grado de la discapacidad y, por tanto, la extensión que tendrá la limitación a su capacidad. Es decir, el estado de interdicción, contrario a la forma tradicional en la que se le interpretaba, esto es, como una declaración genérica y aplicable por igual a toda discapacidad, debe entenderse como la aptitud del juzgador de fijar un grado de limitación a la capacidad de ejercicio, cuya magnitud será proporcional al nivel de discapacidad de la persona, reiterándose que tal decisión deberá realizarse en cada caso concreto, lo cual dará lugar a una gran variedad de posibles hipótesis, mismas que se encontrarán caracterizadas por el origen y graduación de la diversidad funcional en específico. Debido a lo anterior, *el juez deberá establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros deberá intervenir el tutor para otorgarle asistencia, velando porque en todo momento se adopte la decisión más favorable para el individuo en estado de*

---

<sup>37</sup> Imputabilidad no es ya la atribución de un hecho al autor en un sentido puramente físico; imputabilidad no es la condición de un sujeto que señala capacidad de ser autor, o de ser indicado como ejecutor de un acto; tampoco es reprochabilidad,.. Imputabilidad es, en definitiva, la condición del autor que lo hace capaz de ser culpable...Culpabilidad es el elemento en que se centra el reproche personal al autor, porque pudo y debió proceder de otra manera. Responsabilidad es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de una pena, y en lo civil —generalmente— en el pago de una indemnización. Vid. TERRAGNI, Marco Antonio. "Culpabilidad penal y responsabilidad civil" Edit. Hammurabi, Buenos Aires.

*interdicción, sin que deba confundirse tal protección con una mayor restricción de la capacidad de ejercicio, toda vez que se deberá propiciar que las restricciones sean las menos posibles, y aquellas que se implementen deberán ser las estrictamente indispensables para la integridad física y mental de la persona, fomentando así el mayor escenario posible de autotutela y, por ende, de autonomía.* Por tanto, cuando el artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la tutela no se puede conferir sin que antes se declare el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, debe interpretarse que tal disposición faculta al juez a delimitar qué actos puede realizar por sí sola dicha persona, atendiendo de forma mínima a los siguientes ámbitos: (i) patrimonial, esto es, a la posible independencia socioeconómica; (ii) adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria; y (iii) personal, en torno a la posibilidad de mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas -como alimentación, higiene y autocuidado.<sup>38</sup>

La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución.

En torno a la voluntad de una persona con discapacidad que se encuentre en estado de interdicción, la única mención con la que cuenta el Código Civil para el Distrito Federal, es la prevista en la fracción IV del artículo 537, en la cual se indica que el tutor administrará los bienes del pupilo, mismo que deberá ser consultado para actos importantes de administración cuando sea capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años. Sin embargo, a juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal disposición no resulta suficiente para concluir que las decisiones de la persona con discapacidad sean el punto de referencia en el estado de interdicción interpretado de forma tradicional, toda vez que tal voluntad se encuentra referida a actos que afecten de forma importante la administración de los bienes -la calificativa de qué actos resultan "importantes" recae en el tutor, mismo que realiza la consulta, y podría reducir los supuestos en los cuales lleva a cabo la misma-, y solamente se actualiza el supuesto cuando el pupilo es mayor de dieciséis años. Por tanto, a efecto de que dicha disposición sea acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a pesar de que se hubiese decretado la limitación a la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, ésta goza de su derecho inescindible de manifestar su voluntad, misma que deberá ser respetada y acatada, a pesar de que la misma no se estime "adecuada" de acuerdo con los estándares sociales. Al respecto, el tutor tendrá como función asistirle en la toma de las decisiones correspondientes, pero no podrá sustituir su voluntad. Por tanto, el estado de interdicción ya no puede ser interpretado como una institución en la cual el tutor sustituya la voluntad de la persona con discapacidad, sino que ahora deberá asistirle para que ésta tome sus propias decisiones y asuma las consecuencias de las mismas, ello en aras de incentivar la autonomía de la persona. En consecuencia, toda vez que una mayor protección de la persona con discapacidad no debe traducirse en una mayor restricción para que la misma exprese y se respete su voluntad, es que el estado de interdicción debe concebirse como una institución de asistencia para que la persona tome sus propias decisiones, mismas que deberán respetarse, incluso cuando pudiesen considerarse no acertadas, lo cual es acorde al modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Número de identificación: 2005122 Tesis: 1a. CCCXLIII/2013 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. Publicación: viernes 13 de diciembre de 2013 13:20h, Pág. 518. Tesis Aislada (Civil), bajo el rubro: "**ESTADO DE INTERDICCIÓN. EL JUEZ DEBERÁ ESTABLECER EN QUÉ TIPO DE ACTOS LA PERSONA CON DISCAPACIDAD GOZA DE PLENA AUTONOMÍA EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA Y EN QUÉ OTROS INTERVENDRÁ UN TUTOR PARA OTORGARLE ASISTENCIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 462 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).**"

<sup>39</sup> Número de identificación: 2005125. Tesis: 1a. CCCXLVIII/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. Publicación: viernes 13 de diciembre de 2013 13:20h, Pág. 521. Tesis Aislada (Civil), bajo el rubro: "**ESTADO DE INTERDICCIÓN. LA FUNCIÓN DEL TUTOR CONSISTE EN ASISTIR A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PARA QUE TOMA SUS DECISIONES, PERO NO PODRÁ**

Artículo 19. Derecho de igualdad ante la ley

1. Todas las personas son iguales ante la ley y deberán ser tratadas conforme a las mismas reglas.

2. Los jueces, el ministerio público y la policía deberán tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no deberán fundar sus decisiones sobre la base de la nacionalidad, género, origen étnico, credo o religión, ideas políticas, posición económica o social u otra condición con implicaciones discriminatorias.

3. Los jueces deberán preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

En algunos expedientes que se derivan para reparación-conciliación encontramos que en los hechos denunciados aparecen menores y mayores como imputados. En estos casos se trata, siempre que las circunstancias contribuyan a ello y estén conformes todas las partes (incluida la víctima), de realizar la intervención extrajudicial (resolviendo la pieza penal y la responsabilidad civil) de forma conjunta.

Lo mismo sucede cuando hay denuncias cruzadas entre menores y mayores. Si todos reconocen los hechos y aceptan la reparación-conciliación se puede intentar alcanzar un acuerdo que beneficie a las dos partes enfrentadas.

En ambos casos se solicita la colaboración de los letrados de las causas y se notifican al Agente del Ministerio Público especializado en Adolescentes las actuaciones realizadas. Se trata de que dicha fiscalía informe al Juzgado ordinario correspondiente de la resolución del conflicto de forma amistosa, solicitando el archivo de ambos procedimientos.

La intervención con un menor de 14 años no tiene el apoyo de un procedimiento penal, por lo que se requiere de la voluntad y aceptación de los padres o representantes legales del menor. Si la familia no quiere participar, el Juez especializado puede hacer un seguimiento de la situación del menor para valorar el caso, atendiendo a los indicadores de riesgo y desamparo, por si se hace necesaria su intervención. Los padres responderán civilmente de los daños que el menor cause.

“El poder punitivo del Estado queda sujeto a los principios de legalidad culpabilidad, readaptación social, proporcionalidad de las consecuencias jurídicas para inimputables, de atención a los usos y costumbres de los pueblos indígenas que les reconozca la ley, y de protección a los derechos del ofendido o víctima del delito.”<sup>40</sup>

“La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”<sup>41</sup>

Del mismo Código Civil del Distrito Federal, en su CAPITULO XVI denominado: Del estado de interdicción encontramos el *Artículo 635 que señala: Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537.*

A su vez, el Código penal para el Distrito Federal en su numeral 46 nos señala: (Obligados a reparar el daño). Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

Y en su CAPÍTULO XI nos refiere el TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES O DE IMPUTABLES DISMINUIDOS en los siguientes términos:

ARTÍCULO 62 (Medidas para inimputables). En el caso de que la inimputabilidad sea permanente, a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código.

---

**SUSTITUIR SU VOLUNTAD (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 537 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).”**

<sup>40</sup> Artículo 3º.- CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ.

<sup>41</sup> Artículo 23.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere, en caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad.

Para la imposición de la medida a que se refiere este Capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada.

En caso de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación.

Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o sus anexos.

ARTÍCULO 63 (Entrega de inimputables a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos). El juez o en su caso la autoridad competente, podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas.

Haciendo un análisis comparado tenemos que el *Código Procesal Penal de la Provincia de Corrientes, Argentina nos señala al respecto del tema:*

Artículo 73.- Presunta inimputabilidad- Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el Artículo 313 sus derechos de parte, serán ejercidos por el curador o si no lo hubiere, por el Asesor de Menores, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor.

Artículo 74.- Incapacidad sobreviniente- Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su incapacidad de entender o de querer el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá su declaración y el juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará semestralmente sobre el estado mental del enfermo; pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al cuidado de sus padres, tutor o guardador cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. En este caso, el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe.

Artículo 75.- Examen mental obligatorio- El imputado será sometido a examen mental siempre que el delito que se le atribuya fuere de carácter sexual, o estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión, o cuando fuere sordomudo, o menor de 18 años o mayor de 70, o si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el Artículo 52 del Código Penal.

Artículo 313.- Internación provisional - Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho alguna enfermedad mental que le hace inimputable, podrá ordenarse provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

Existen ciertas “premisas interpretativas” que autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de inimputables (sean menores o alienados), las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Dichas medidas son las siguientes:

- a. Los inimputables son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del inimputable”, deja en segundo plano esas garantías.
- c. En el caso de menores, las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d. La consideración de que el tanto el menor como el alienado están en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.

Las siguientes medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a menores, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana:

- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; [y]
- e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, los Estados del continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En ésta se contempla una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tienen amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio así la transición de un sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías y se adoptan medidas “orientadas al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana).

En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de *ius cogens*, con la *incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años* de ejercer determinados derechos por sí mismos.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana, se señalan las siguientes:

Separación de los menores de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación y sustento: la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia. Actuar de esa manera *infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas;*

Se establece, asimismo, que los niños son inimputables penalmente, aunque a los sujetos de 12 a 18 años que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial, que puede aplicar sanciones consistentes en medidas socio-educativas.

#### **V.- Análisis del artículo 418 del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo la técnica de control difuso de constitucionalidad**

Como ya se precisó, el artículo 1º de nuestra Carta Magna, obliga a las autoridades judiciales a interpretar las normas relativas a los derechos humanos contenidas en dicha Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, luego entonces, al momento de que un inimputable esté en situación de la aplicación del numeral 418 en análisis, y en razón de que todo órgano jurisdiccional debe ejercer el control difuso de convencionalidad, podrá determinar la inconvencionalidad de dicho numeral por lo siguiente:

**MIGUEL ÁNGEL PECH CEN**

El artículo 1º de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, precisa entre los discapacitados a aquellas personas con deficiencia mental (inimputables para el sistema jurídico mexicano); lo cual coincide con el precepto 1º de la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto el numeral 4, prevé el compromiso de los Estados Partes a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, incluso adoptando todas las medidas legislativas pertinentes para hacerlos efectivos, lo cual incluye modificar o derogar leyes que constituyan discriminación, y el Cardinal 12 de la Convención establece que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida, y en cuanto al acceso a la justicia, el diverso numeral 13 precisa que los Estados Partes se asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás. Cabe precisar, ambas convenciones son de carácter obligatorio para el Estado Mexicano.

Por su parte, el artículo 418 en comento, establece la prohibición expresa de aplicar el procedimiento abreviado a las personas inimputables, lo cual, estimo, transgrede de manera directa lo comprometido por el Estado Mexicano, porque lo cierto es que el procedimiento abreviado trae notorios beneficios para el imputable, como son en primer término, la obvia terminación anticipada del procedimiento, que redundando en el beneficio de no tener que sujetarse por más tiempo a las exigencias judiciales; en segundo lugar, en determinados casos condicionados, previstos en el artículo 202 del Código, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta la mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en los culposos, incluyendo que en cualquier caso podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en el caso de los delitos culposos, de la pena de prisión.

Luego entonces, resulta claro que el procedimiento abreviado prevé notorios beneficios para el imputable, destacados en el párrafo anterior, con los cuales no cuenta el inimputable, y que redundan indudablemente no sólo en aspectos subjetivos como lo sería la duración del procedimiento, sino en uno totalmente objetivo, como lo es la medida de seguridad impuesta, pues no debemos perder de vista que de conformidad con lo establecido en el artículo 419 *in fine* del Código, “La medida de seguridad en ningún caso podrá tener mayor duración a la pena correspondiente en caso de que sea imputable”, y tales beneficios no pueden ser aplicados a los inimputables, ello vulnera el principio claramente establecido en el artículo 13 de la Convención, pues el numeral analizado no respeta la obligación de que los Estados partes deberán asegurarse que las personas con discapacidad (en este caso inimputables), tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás (imputables).

No escapa a la atención el hecho de que el artículo 201, fracción III, inciso d, del Código, condicione la procedencia del procedimiento abreviado a la admisión de responsabilidad por el delito que se le imputa, esto es, se requiere un imputable para que se pueda dar tal requisito, sin embargo, tampoco puede soslayarse la obligación prevista en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para que el legislador establezca leyes que lleven a la igualdad ante la ley.

Tampoco puede soslayarse que en el punto V. del Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, denominado “Valoración jurídica de las propuestas y consideraciones que motivan el sentido del dictamen”, al pronunciarse sobre el procedimiento abreviado,<sup>42</sup> manifiesta que: “*Más que un derecho del imputado, es un derivado del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio.*”; sin embargo, no comparto tal criterio por los razonamientos expuestos en párrafos anteriores.

## **VI.- Conclusiones**

Siguiendo el mandato de la CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS es necesario el Reconocimiento de la capacidad jurídica de los inimputables, para lograr igualdad en la titularidad y ejercicio de sus derechos y libertades. Y así traer a los inimputables a una inserción y participación en la sociedad. Las actuales normas procesales, en uno y otro sistema atentan contra el principio de igualdad y como consecuencia deben ser inaplicadas, es decir declaradas

---

<sup>42</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado por Decreto de 3 de diciembre de 2013, p. 146.

condicionalmente exequibles frente a los imputables e inexecutable frente a los imputables, por lo que es necesario legislar para imputar, acusar y juzgar a los inimputables.

Para lo cual se recomienda realizar una adecuación de la norma interna, constitucional y secundaria, para cumplir con los estándares fijados en la Convención.

La adecuación de Códigos Civiles y Códigos Penales al mandato de la Convención, para el caso que nos ocupa:

En materia civil lo relativo a la capacidad de goce y ejercicio

En materia penal adecuación en materia de inimputabilidad

Así, el poder punitivo del Estado queda sujeto a los principios de legalidad, culpabilidad, reinserción social, proporcionalidad de las consecuencias jurídicas para inimputables, de atención a los usos y costumbres de los pueblos indígenas que les reconozca la ley, y de protección a los derechos del ofendido o víctima del delito.

También es necesario incluir en los nuevos códigos sustantivos (en la parte del principio de culpabilidad) procedimientos especiales para los derechos de los inimputables:

a.- Determinar inimputabilidad, asignación de un defensor particular, ministerio público debe probar que existió el hecho y que la persona que participo en su comisión, no existe ninguna causa excluyente;

b., Garantías del debido proceso, debe demostrar se con todas las garantías del debido proceso que el hecho ocurrió y que participo en su comisión;

c.- Incluir medidas de seguridad: sólo si ¿El Internamiento debe ser última ratio? ¿La aplicación de una medida de internamiento en contra de la voluntad se contradice con la Convención? ¿Cómo debe el Juez determinar la medida?

d.- Como protección a los Derechos de la víctima: Garantizar reparación integral del daño. Pago subsidiario por el Estado en términos de la Ley general de Víctimas. Y la posibilidad de intervención del tutor o mandatarios, en los casos de medios alternos de solución de conflictos.

e.- Si se decide por el Sistema de salud: ¿Qué tipo de intervención?

f.- ¿DEBE HABER REGULACIÓN EXHAUSTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES o ÚNICO?

g.- Jueces capacitados en la aplicación de la Convención Interamericana.

# MEDIACIÓN

## PREÁMBULO

Las organizaciones podemos decir que son entes vivientes en donde el Conflicto dentro del Comportamiento Organizacional y la Mediación como Instrumento para la Resolución de los mismos deben mostrar las consideraciones pertinentes para su tratamiento y no llegar a casos de estrés que sin duda alguna disminuyen la productividad de las mismas es lo que destaca Rosa Cornelio Landero en su trabajo.

El éxito de la Mediación Comunitaria desde las Narrativas del Mediador y del Mediado de Francisco Mejía López es una aproximación a las prácticas sobre la resolución del conflicto y las narrativas que se construyen en torno a los temas que van a resolver los justiciables.

Por otro lado la Importancia de los Derechos Humanos en la Mediación Familiar como Método de Solución de Conflictos en Casos de Divorcio de Carmen Zareth Castillo Negrín es algo pendiente dentro de las agendas de los Procesos de mediación en sede judicial y que sin duda es lo que vendrá para hacer de la justicia el verdadero sentido de oportunidad, rapidez y efectividad.

La Mediación un Mecanismo de Acceso a la Justicia de Eglá Cornelio Landero plantea la posibilidad de resolver los conflictos mediante tradiciones y prácticas en donde podamos encontrar un sentido real a esta, pero que dentro del plano judicial debe ser un mecanismo de oportunidad y de verdadera evolución hacia estadios de solución viable.

Negociación y Mediación Comunitaria como Mecanismos Alternativos en la Solución de Conflictos Indígenas de Francisca Silva Hernández es algo que se ha practicado ancestralmente y que sin duda ahora mismo dentro de los marcos de solución de conflictos en el medio debe reflejar su verdadera efectividad.

Mediación Familiar e Intergeneracional: Adultos Mayores de Vanessa Sigero Torres, nos permite comprender las formas en que la convivencia puede llegar a representar un verdadero caos dentro de las familias y no saber cómo plantear tales cosas nos lleva a romper un vínculo importante como lo es la familia. Por otro lado desde la mirada de Julio César Valdez Silva nos muestra que la Justicia Restaurativa como Mecanismo Alternativo Humanista de Solución de Controversias en el Sistema Penal Acusatorio en México debe ser una realidad. Y dentro de la Dinámica del Proceso de Mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos Paola Ontiveros Vázquez nos provee de un marco de acción para la práctica de dichos mecanismos.

**Alfredo Islas Colín**  
**Profesor Investigador de la UJAT, DACSyH, Miembro de SNI nivel III**

**EL CONFLICTO EN EL COMPORTAMIENTO ORGANIZACIONAL Y LA  
MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN.**

***Rosa Cornelio Landero***  
***rosecorlan@hotmail.com***

**RESUMEN**

Las organizaciones, sin importar el tipo de éstas, se encuentran formadas por grupos de individuos y las relaciones interpersonales, se dan con el fin de desempeñar acciones que ayuden al logro de los objetivos y las metas establecidos, tratan de entender el impacto que los individuos, los grupos y la estructura tienen sobre el comportamiento dentro de la organización, cuando se dan desacuerdo porque se siente afectada alguna de las partes que integran la organización se refleja y aparece el conflicto.

Un instrumento que puede resolver conflictos organizacionales es la mediación, que permitirá que haya un clima organizacional satisfactorio dentro de la organización, buscando el equilibrio entre el capital y la mano de obra.

**PALABRAS CLAVE:** Conflicto organizacional, organización, comportamiento organizacional, liderazgo, satisfacción laboral, coach.

**ABSTRACT:**

Organizations, regardless of their type, are formed by groups of individuals and relationships are given in order to carry out actions that help to achieve the objectives and targets set, try to understand the impact that individuals, groups and structure have on behavior within the organization, when disagreements occur because you feel affected any of the parts of the organization is reflected and conflict appears. An instrument that can resolve organizational conflicts is mediation, which will be a satisfactory organizational climate within the organization, seeking a balance between capital and labor.

## **DESCRIPTORS:**

Organizational conflict, organization, organizational behavior, leadership, job satisfaction, coach.

## **SUMARIO:**

*INTRODUCCIÓN. 1. Generalidades acerca del conflicto.. 2.- Definición de conflicto. 3.- Definición de organización. 4.- Presencia de los conflictos en las organizaciones. 5.- Comportamiento organizacional. 6.- Satisfacción y bienestar en el trabajo 7.- La figura del Coach en la mediación de conflictos. Conclusión. Referencias Bibliográficas.*

## **INTRODUCCIÓN**

Es una constante histórica que los cambios sociales implican profundas crisis que propician la aparición de conflictos sociales y personales que, no obstante, impulsan a la humanidad hacia nuevas y mejores formas de relacionarse y de organizarse, buscando paradigmas que ayuden al establecimiento de nuevas fórmulas de cohesión social, de mejoras en las condiciones de vida de las sociedades y de los individuos que las conforman. Las organizaciones saben que la comunicación organizacional es indispensable para generar un vínculo importante entre los directivos-empleados-clientes y así tener avances en sus relaciones laborales y en el funcionamiento de la organización. Se caracterizan por tener un nivel alto de intercambio de información entre los distintos niveles empresariales y por establecer patrones típicos de comportamiento, teniendo cada elemento un rol comunicativo, con la finalidad de tener mejores avances en la actividad productiva. Es otras palabras es un elemento clave para el desempeño idóneo de la organización.

La mediación se presenta como una nueva oportunidad, que se les otorga a las partes protagonistas de un conflicto, para intentar resolver los problemas

## NEOPROCESALISMO

que provocan la falta de acuerdo. Algunos autores manifiestan la conveniencia del asesoramiento y los servicios de los profesionales de la mediación incluso durante el proceso de negociación intentado optimizarlo y de esta manera poder evitar el conflicto. La incursión en el proceso de mediación implica el acceso a un cambio de cultura en el estilo marcado por la tradición negociadora de nuestro contexto socio-económico. Como en todos los cambios de cultura, impulsados sobre todo por los dirigentes organizacionales, se necesita un tiempo para que todas las estructuras que se encuentran implicadas en el proceso asimilen y acepten los nuevos valores que implica la perspectiva de la incorporación de la mediación en las disputas laborales.

### **1. Generalidades acerca del conflicto.**

El conflicto ha estado en la historia del hombre desde la creación, desde el interior del individuo nace el conflicto, desde que el hombre se niega hacer el bien que desea, sino hace el mal que quiere, entonces el libro más leído, es decir la Biblia señala en el antiguo testamento de algunos conflicto como es el de Adán y Eva al comer del fruto que no debían, en psicología se describen las relaciones no sanas en el triángulo dramático, donde se es perseguidor, víctima o victimario, en este pasaje del génesis podemos identificar este mismo esquema.

Entonces el conflicto ha existido desde la fundación del mundo, de acuerdo a la historia de la humanidad y de sus creencias, es el concepto tradicional al cual podemos denominar el concepto común. En este prototipo el conflicto se define como algo indeseable, como combate, como peligro, como violencia momentánea. Se lo percibe como algo negativo porque la cultura del litigio, que hasta hace poco fue absolutamente predominante, lo identifica con la guerra, la violencia, la muerte y con el dolor. Es decir, con una situación, de combate donde uno gana y el otro pierde.

### **2.- Definición de conflicto.**

Desde los inicios de la humanidad ha existido el interés conocer acerca del conflicto, todo lo que éste afecta y como lograr resolverlo, para lograr la tranquilidad y la paz, es de gran importancia estudiar el conflicto en sí mismo, tomando en consideración como Vinyamata (1999) define el concepto de conflicto como confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes. Esta confrontación no debería interpretarse de manera negativa, ya que los conflictos tienen aspectos positivos que permiten un desarrollo que beneficia a todas las partes implicadas. Cuando los conflictos comportan perjuicios para alguna o todas las diversas partes afectadas se puede concluir que el conflicto en cuestión se encuentra deficientemente gestionado y que eso podría conducir a un enfrentamiento pernicioso.

Existen muchas definiciones, además de la de *Vinyamata* como las que se mencionan en la tabla 1:

**Tabla 1.** Conceptos de conflicto.

AUTOR	AÑO	CONCEPTO
Galtung (1978)	1974	El conflicto como un reto; la incompatibilidad de metas es un desafío tremendo, tanto intelectual como emocionalmente, para las partes involucradas. Así el conflicto puede enfocarse básicamente como una de las fuerzas motivadoras de nuestra existencia, como una causa, una concomitante y una consecuencia del cambio, como un elemento tan necesario para la vida social como el aire para la vida humana.
Malaret (2005)	2005	Un proceso en el cual las actitudes y conductas de los profesionales cambian de forma negativa en respuesta a la tensión laboral.
Cabanella	1976	La palabra conflicto viene de la voz latina <i>conflictuis</i> , que deriva a su vez del verbo <i>confligere</i> , que significa combatir, luchar, pelear.
Marinés	2005	El conflicto es un proceso interaccional, que como tal nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer y/o disolverse, y otras veces permanecer estacionario; que se co-construye recíprocamente entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas, grupos grandes

AUTOR	AÑO	CONCEPTO
		o pequeños, en cualquier combinación.
Robbins	2013	Proceso que comienza cuando una de las partes percibe que la otra ha afectado negativamente, o está por afectar, algo a que a la primera le preocupa.
Miles	1980	Es un proceso de oposición y confrontación entre individuos o grupos de las organizaciones en el cual las partes ejercen su poder para perseguir objetivos que consideran valiosos y al mismo tiempo impedir que la parte opositora logre.
Chiavenato	2005	El conflicto se presenta cuando una de las partes (sea un individuo o un grupo) trate de alcanzar sus objetivos, que están ligados con los de otra parte, e interfiere con los esfuerzos de ésta. El conflicto es mucho más que un simple desacuerdo o desavenencia: constituye una interferencia deliberada, activa o pasiva, para bloquear los intentos de la otra parte por alcanzar sus objetivos.
Schmidt y Kochan	1972	Es el comportamiento evidente que surge de un proceso en el cual una unidad relacionada con otras trata de perseguir sus propios intereses en sus relaciones con otras... Para que exista conflicto entre las unidades al menos una de las partes debe ejercer una interferencia deliberada en busca de un objetivo.

Elaboración propia con base en Chiavenato(2009).

### 3.- Definición de organización.

Desde un punto de vista sistémico, las organizaciones (empresas, instituciones públicas o privadas, asociaciones, fundaciones, cooperativas, organizaciones no gubernamentales, etc., con o sin ánimo de lucro) son grupos de personas con intereses individuales y colectivos que acuerdan comportarse de un modo organizado por medio de procesos y estructuras relacionadas, para alcanzar un propósito (Singer 1996).

Son sistemas políticos en donde converge diversidad de actores, pluralidad de

## NEOPROCESALISMO

intereses y objetivos, junto al manejo y distribución de las relaciones de poder. (Ramió 2001).

Las organizaciones modernas no solo son lugares de trabajo, también constituyen espacios de interacción y de crecimiento personal (Vall, A. 2004).

Daft (2012), define a las organizaciones como entidades sociales que están dirigidas a las metas, están diseñadas como sistemas de actividades estructurales y coordinadas en forma deliberada y están vinculadas con el entorno.

Para Jones (2013) Una organización es una herramienta o un medio que las personas usan para coordinar sus acciones con la finalidad de obtener algo que desean o valoran. El factor humano que mueve a las organizaciones dependiendo de las toma de decisiones, que cuando son tomadas sin valoración alguna, crean conflictos organizacionales.

### **4.- Presencia de los conflictos en las organizaciones.**

Para crecer, y sobrevivir debe de existir la cooperación y la competencia de cada uno de los empleados y accionista, quienes también buscan sus objetivos personales, pero cuando los objetivos de la organización son distintos al objetivo de los individuos que la conforman, es ahí donde surge el conflicto organizacional dentro de los grupos que se llegan a formar peleando sus propios intereses. Dada tal situación dentro de las organizaciones y como lo señala Jones (2013), el Conflicto organizacional es el enfrentamiento que ocurre cuando la conducta dirigida a metas de un grupo bloquea o frustra las metas de otro.

Se ha comprobado que la preparación de un determinado grupo de profesionales no siempre es suficiente para afrontar situaciones habituales de su trabajo, dando lugar a la aparición de dificultades emocionales y conductuales y conllevan un sentimiento de fracaso personal o la incapacidad para el ejercicio de la profesión,

## NEOPROCESALISMO

debido a que las metas personales de uno son bloqueadas por otro, debido a que los metas, preferencias así como los intereses de un es distintos a los otros, es ahí que los conflictos dentro de la organización no se pueden evitar de manera pronta, tenemos que tomar en consideración lo que dicen muchas investigaciones acerca del conflicto, quienes sugieren que los conflictos son positivos en las organizaciones, ya que hace que las organizaciones mejoren, sean más eficientes, Robbins (2013), señala que el conflicto funcional, es aquel que sustenta las metas del grupo y mejora su desempeño. Pero también menciona que el conflicto que daña el desempeño del grupo es un conflicto disfuncional destructivo.

En la actualidad debido a los tiempos que enfrentamos en nuestro país, los cambios estructurales, sociales, políticos y económicos, hacen que cada empleado de las organizaciones busque más o se centre más en las relaciones interpersonales que en realizar sus tareas encomendadas, lleva a que no se realicen los procesos de acuerdo a los objetivos planeados por la organización, al momento en que chocan las personalidades y no se da la comprensión entre los empleados y jefes, lo que hace que las tareas organizaciones se vean afectadas, es decir se pierde el tiempo resolviendo el conflicto suscitado, es decir pérdida de tiempo, esfuerzo y capital, al grado que se ve reflejado en los resultado finales de las organizaciones.

### **5.- Comportamiento organizacional**

El comportamiento organizacional ayuda a las organizaciones estén al pendiente del comportamiento de los individuos en la organización y facilita la comprensión de la complejidad de las relaciones interpersonales en las que interactúan los empleados y directivos de la organización. Robbins (2013) define al comportamiento organizacional como el campo de estudio que investiga el efecto que tienen los individuos, los grupos y la estructura sobre el comportamiento dentro de las organizaciones, con la finalidad de aplicar tal conocimiento en mejorar la efectividad de las organizaciones.

## NEOPROCESALISMO

Es decir que el comportamiento de una organización es sumamente importante y está orientado a cumplir con las metas que la organización ha planeado para su subsistencia, el comportamiento de cada individuo es de vital importancia, aunque la suma de estos comportamientos individuales es lo que hace que una organización pueda alcanzar tanto sus objetivos como sus metas, ser productiva, obtener éxito o definitivamente fracasar.

### **6.- Satisfacción y bienestar en el trabajo.**

Es común que escuchemos o nos hagan la pregunta ¿ Qué tan satisfecho estas con tu puesto de trabajo?, la respuesta siempre va hacer de acuerdo a la actitud de cada persona, es decir según el sentimiento o el nivel de satisfacción laboral de la personas, nosotros los seres humanos consideramos, unos en mayor medida que otros, aspectos vitales de logro como el crecimiento personal, la consecución del bienestar y la felicidad para nosotros así como para nuestra área de influencia; aunque, no siempre se logre tener éxito. El bienestar laboral responde a la satisfacción de las necesidades tanto organizacionales, como individuales dentro del contexto laboral, asumiendo los nuevos retos de los cambios políticos y culturales, así como los que ocurren dentro de la propia organización.

Robbins (2013), define la satisfacción laboral; como el sentimiento positivo respecto del puesto trabajo propio, que resulta de una evaluación de las características de este. Pero no podemos dejar de relacionar el involucramiento en el trabajo, que es el grado en que un individuo se identifica con su puesto de trabajo, participa activamente en él y considera su desempeño como algo importante que lo benéfica. Pero también se han hecho muchas investigaciones en las que los niveles de satisfacción laboral varían significativamente, dependiendo en la faceta que se hace referencia, cuando les gusta la actividad que realizan es probable que los empleados se sientan satisfechos, pero cuando esto no ocurre suele pasar que en un caso específico cuando el trabajador hace

NEOPROCESALISMO

referencia a si el salario que percibe y el trabajo que realiza no es equitativo, se da un conflicto por la insatisfacción que siente el trabajador.

### **7.- La figura del Coach en la mediación de conflictos.**

El coaching es un proceso de exploración y trabajo intensos por parte de una persona o grupo con la intervención de un buen coach, gestionan ellas mismas el cambio que se quiere obtener, la transformación necesaria o el logro de sus objetivos. El coaching, era practicado del ámbito deportivo y tuvo una rápida expansión al mundo de las organizaciones durante la década de los 80, filtrándose a los negocios, a niveles corporativos y ahora a la resolución de conflictos. Promueve un estilo que ayuda a reforzar las habilidades del gerente. El aporte de este estilo está vinculado a la figura del líder, a través de la elección de un coach que ayuda a mejorar el rendimiento y a alcanzar metas.

Los gerentes y mandos intermedios de una organización, por situaciones que se dan entre el personal llega el momento en que enfrentan conflictos procedentes de las relaciones entre sus subalternos así como en el marco de sus relaciones con los clientes y proveedores, o solo con terceros ajenos a la organización. Además a los gestores se les plantean dilemas propios del liderazgo que asumen, tales como el mantenimiento de la cohesión de los grupos, la motivación de las personas de su equipo, la ejecución con éxito de cambios que mejoren la organización y su producto. Es en estos casos donde la figura del gerente como mediador informal, es decir como un gestor inteligente de conflictos y promotor de consenso grupal, asistido por un coacher, sería de gran valor para facilitar el management de la organización con acuerdos de paz y tranquilidad (Clare, 2004). En este sentido, un mediador actúa en igual modo como guía o como coach en un proceso en el que ayuda a las partes a generar opciones de acuerdo que respondan a sus intereses y necesidades (Dubler y Liebman, 2001). Los conflictos organizaciones en los que a menudo se suscitan dentro de

NEOPROCESALISMO

cualquier organización, el jefe inmediato a los individuos o grupos que participan en el conflicto llega el momento en que se vuelven coach.

**CONCLUSIÓN.**

El conflicto es inherente al ser humano, se hace presente durante toda su vida, conservando una propiedad, arraigada a cada persona mantiene condiciones y formas muy propias de la persona que lo vive, hace parte de su estructura de pensamiento de los modelos mentales o marcos referenciales, los que se manifiestan a través de actitudes y procedimientos que constituyen la individualidad manifiesta del ser humano y por ende del conflicto.

El comportamiento organizacional es de todos los miembros de la organización, si se encuentra suficientemente implantado, y proporciona esquemas para la resolución de problemas que cotidianamente éstos miembros tienen que superar. El afrontamiento de una situación de conflicto entre diversas partes de la misma organización arrastra, en su tratamiento y actividades para la resolución, gran cantidad de valores aprendidos con el tipo de cultura que la organización tiene para conseguir su adaptación permanente al medio.

Los acuerdos entre individuos, empresas o personas jurídicas, tienen como finalidad aprovechar lo mejor de cada humano, su experiencia, conocimiento, especialidad y fortaleza, para que conjuntamente con otros, puedan desarrollar o llevar a cabo una actividad compartida, conjugada, conjunta, que los beneficie, entendiendo por beneficio, el disfrute, goce, ganancia, excedente, utilidad o simplemente la satisfacción de un deseo. Es importante también contar con instrumentos como la mediación para resolver conflictos más allá de lo cotidiano, prestar la atención que se merecen como factor humano, como recurso fundamental dentro de la organización.

## Referencias Bibliográficas

CHIAVENATO, I. (2009). *Comportamiento Organizacional*. México, D.F.: Mc Graw Hill.

MORA, M. E. (2003). *Elementos Básicos de Administración*. México : Trillas.

ROBBINS, S. P. (2013). *Comportamiento Organizacional*. México, D.F.: Prentice Hall

JONES. G. (2013). *Teoría organizacional*. México, D.F.: Pearson.

ABREVAYA, S. F., *Mediación Prejudicial*, Buenos Aires, Histórica, 2008.

CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación Comercial*, Ojinaga comunicación, Hermosillo, 2008.

STONE, Douglas. Patton, Bruce, Heen, Sheila. "Negociación." Una orientación para enfrentar conversaciones difíciles. Grupo Editorial Norma. Bogotá, Colombia, 2006.

ANDER-EGG, Ezequiel. *Historia del trabajo social*. La habana: Editorial Félix Varela, 2003.

RAMIÓ C. Las debilidades y los retos de la gestión pública en red con orientación tecnocrática y empresarial. Sistema: Revista de Ciencias Sociales.

SINGER L. Resolución de Conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal. 2ª ed. Buenos Aires: Paidós

ALLES, M.A.: Dirección Estratégica de recursos humanos. Gestión por Competencias. Buenos Aires: Ed. Granica, 2000.

BELLO Dávila, Zoe; Casales Fernández, Julio C. *Psicología Social*. La Habana: Editorial Félix

VALL A. Los conflictos en las Organizaciones. En: Vinyamata, E. Guerra y paz en el trabajo: Conflictos y Conflictología en las organizaciones. Valencia: Tirant lo blanc, Universitat de Valencia; 2004.

CLARE MA. El gerente como mediador: Rompiendo paradigmas EN: Vinyamata, E. Guerra y paz en el trabajo: Conflictos y Conflictología en las organizaciones: Tirant lo Blanc, Universitat de Valencia; 2004.

DUBLER NN, Liebman CB. *Bioethics Mediation. A Guide to Shaping Shared Solution*. New York: United Hospital Fund New York, Publication DATA; 2001.

GORDILLO A. *Desarrollo y Aprendizaje organizacional*. México, D.F.: Trillas. 2008.

KOONTZ, H, *Administración una perspectiva global*. México, D.F.: Mc Graw Hill. 2007.

## Éxito de la mediación comunitaria desde las narrativas del mediador y del mediado.

Francisco MEJIA LOPEZ<sup>1</sup>

### Resumen.

A continuación se presentan algunas consideraciones del trabajo denominado *Éxito de la mediación desde las narrativas del mediador y del mediado*, este escrito pretende mostrar en primer lugar si la mediación comunitaria que se practica en Tabasco en los centros de mediación público son o no exitosos y adicionalmente si el éxito o no coincide en la narrativa de los involucrados y si este carácter se mantiene a través del tiempo. Este trabajo se desarrolla bajo una perspectiva cualitativa-narrativa.

### Abstract:

Some considerations of the work called *Success narrative mediation from the mediator and mediated* are presented, this paper aims to show, first, whether the community mediation practiced in Tabasco on centers of public mediation are or not successful and further if success or does not match the narrative of those involved and if this character is maintained over time. This work was conducted under a qualitative-narrative perspective..

### Palabras clave:

Mediación, mediación comunitaria, éxito, narrativa.

### Sumario:

- I. Aspectos generales
  1. Ejes Conceptuales claves
  2. Problemática
  3. Preguntas orientativas
  4. Antecedentes contextuales
  
- II. Aspectos específicos del proyecto
  5. Delimitación del tema proyecto
  6. Justificación del proyecto
  7. Hipótesis
  8. Marco teórico conceptual

---

<sup>1</sup> Profesor investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y estudiante del doctorado en Métodos de solución de conflictos y Derechos Humanos. Correo: mejiafrancisco@hotmail.com

A modo de Conclusión  
Bibliografía**1. Ejes conceptuales claves.**

En este trabajo se entiende primeramente por mediación “una forma de resolución de conflictos que consiste básicamente en la búsqueda de un acuerdo mediante el diálogo, con el auxilio de un tercero imparcial”<sup>2</sup>. En esta definición se rescatan los tres elementos clave que son la resolución de conflictos, la necesidad del acuerdo mediante el diálogo y la presencia del tercero imparcial denominado mediador. Estos ejes son articuladores del proceso de mediación, indispensables en su ejecución y claves para lograr resultados favorables. Vale la pena agregar que aunque los conflictos son inherentes a la condición humana, la mediación busca que éstos se resuelvan a partir del uso de los recursos clave que tenemos los seres humanos como son la cognición, el manejo de las emociones, las experiencias personales y búsqueda del restablecimiento de la homeostasis usando el diálogo cara a cara.

Por su parte, la mediación comunitaria se presenta como “una importante herramienta para la contención de los conflictos surgidos en el nivel microsocioal, con múltiples beneficios para la participación, el empoderamiento y el desarrollo social, que la convierten en una valiosa herramienta para evitar seguir congestionando las instancias judiciales”<sup>3</sup>.

Adicionalmente se entiende por éxito el resultado final y satisfactorio de una tarea emprendida, ya que se ha alcanzado un objetivo previamente fijado. Este concepto es importante ya que toda mediación tiene como propósito alcanzar un acuerdo entre los participantes que los deje a todos satisfechos acudiendo a su modo específico de entender y percibir sus problemas interpersonales.

Además, se considera que la narrativa es el camino a través de la cual se puede exponer los relatos que explican las percepciones que cada participante tiene del conflicto. Por lo mismo, sólo a través de las narraciones se puede generar el escenario para permitir la posibilidad de acuerdos entre los participantes. Todo proceso mediacional es conversacional y por lo tanto, generador de alternativas y posibilidades entre los comunicantes. Normalmente las historias que presentan los mediados en su fase pre-mediacional difieren entre sí, pues algunos acentúan ciertos aspectos y minimizan otros haciendo que su modo de ver el conflicto sea en esencia el conflicto mismo. El reto del mediador es lograr convertir esas historias

---

<sup>2</sup> Martínez de Murguía, B. *Mediación y resolución de conflictos una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.

<sup>3</sup> Macuer, T. y Arias, P. *La mediación comunitaria en Chile*, Serie Documentos Electrónicos no. 4, julio 2009 Programa Seguridad y Ciudadanía FLACSO Chile, 2009 en repositorio.upse.edu.ec:8080/bitstream/

saturadas de problema en una historia que abra posibilidades a nuevas percepciones del problema insertando nuevas informaciones que modifiquen las posiciones iniciales de los participantes.

En ese sentido, vale la pena recordar el señalamiento de Tejedor<sup>4</sup> en el sentido que “la investigación cualitativa requiere una metodología sensible a las diferencias, a los procesos singulares y anómalos, a los acontecimientos y a los significados latentes”. Es por ello, que se considera muy apropiado poder acercarse al hecho de la mediación considerando esa singularidad que cada participante aporta ante un evento que le conflictua y que siente necesidad de resolver. La metodología cualitativa será el elemento que nos aproxime a comprender esos significados que emergen cuando se exploran las experiencias en la mediación.

## **2. Problemática**

Es una situación ampliamente reconocida que el sistema judicial en México enfrenta diversas dificultades en su ejercicio y aplicación, lo que normalmente genera procesos judiciales muy largos, lentos, complejos y costosos. Vale la pena señalar que este problema no es exclusivo del estado de Tabasco ni de México, sino una constante probablemente mundial.

La condición de los juicios adversariales ha ido saturando cada vez más las instancias judiciales haciendo por ejemplo que muchos procesos que podrían ser relativamente fáciles de procesar, se lleven muchos años en resolver y dejen a los involucrados en el problema muchas veces ajenos a la comprensión del proceso que enfrentan y se convierten en personas periféricas a sus propios problemas legales ya que depositan en los abogados, ministerios públicos y jueces la iniciativa en la toma de decisiones.

Ante este panorama se ha ido consolidando un nuevo paradigma dentro de las instituciones públicas y privadas para la solución de estos conflictos, conocidos en la actualidad como Métodos Alternos de Solución de Controversias (abreviados usualmente MASC). En el caso específico de nuestro país, estos métodos se han reconocido a nivel constitucional con las reformas del artículo 17<sup>5</sup> en el año 2008 y a partir de esa fecha, se han ido generando distintas experiencias a partir de la creación de centros públicos que han puesto en práctica estos MASC.

Algunas entidades han tomado más la iniciativa para desarrollar éstas nuevas prácticas, generando sin duda una gran cantidad de experiencias de todo

---

<sup>4</sup> Tejedor, F. J. *La estadística y los diferentes paradigmas de la investigación educativa*, en Revista Educar, no. 10, pág. 79-101, 1986.

<sup>5</sup> Congreso de la unión, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, texto vigente 07-07-2014. En [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm) consultado 30 Septiembre 2014.

tipo (éxitos y fracasos) –como en todo proceso nuevo que se inicia- vale la pena por ejemplo reconocer los esfuerzos que algunos estados como Chihuahua, Estado de México y El Distrito Federal han hecho al respecto.

De todos los mecanismos comprendidos bajo el rubro de MASC, la presente investigación se enfoca en la mediación, cuya naturaleza y mecanismo se espera ayude a ser un catalizador de los procesos judiciales que haga efectiva la justicia pronta y expedita. Particularmente los casos a revisar serán de mediación comunitaria. Sobre este punto vale la pena argumentar que los centros públicos de mediación nacieron con una vocación penal, pero la práctica de la demanda real se ha concentrado en los problemas comunitarios de vecinos o conocidos que tienen desacuerdos o conflictos relativos a problemas interpersonales, malos entendidos o problemas económicos.

En México en el periodo del 2007 al 2011 en los tribunales superiores de justicia de todo el país se abrieron un total de 197,115 expedientes de mediación y conciliación de los cuales solamente concluyeron 31,416<sup>6</sup>. Al considerar que solamente un 16% logra llegar a un acuerdo, la pregunta que naturalmente se hace es que si efectivamente es eficaz como herramienta de prevención de litigios. Por otro lado también valdría la pena señalar que este porcentaje sin duda ha evitado que se sigan saturando las instancias judiciales y ha permitido que muchos procesos alcancen un acuerdo relativamente rápido y económico, que de otro modo hubiera sido desgastante para todos los involucrados. Adicionalmente, las experiencias y el aprendizaje que rescaten los centros harán en el futuro inmediato más eficiente y exitosa su labor.

La cuestión relevante a analizar en este trabajo es si las bondades que se dicen de la mediación comunitaria la hacen exitosa desde la percepción tanto del mediador como de los mediados. Se trata ante todo, de saber si lo que es considerado exitoso para uno de los participantes, lo es para los otros dos involucrados (considerando un mediador y dos mediados) para lo cual se explorarán las narraciones que cada uno de ellos hace acerca del proceso y del resultado del mismo, considerando si coinciden en sus apreciaciones de lo que es o no exitoso y adicionalmente si éste discurso lo mantienen en un segundo momento de seguimiento al proceso de mediación que experimentaron.

### **3. Preguntas orientativas.**

Ante la situación planteada en el punto anterior, se plantean los siguientes cuestionamientos, siendo la primera pregunta la central y más importante:

---

<sup>6</sup> Vázquez Lavista, Juan Francisco, Conferencia *Introducción a los medios alternativos*, dictada dentro del seminario Medios alternativos de solución de controversias en la casa de la cultura jurídica de Villahermosa, Tabasco el día 30 de Septiembre de 2014.

Con frecuencia se encuentra en la literatura diversas referencias al señalamiento de que si ¿es realmente exitosa la mediación como mecanismo de solución de conflictos? Sin duda que al revisar las referencias bibliográficas especializadas en el tema, los autores normalmente nos presentan los casos donde todo resulta bastante ad hoc a su planteamiento teórico o metodológico. En ese sentido Serrano et al.<sup>7</sup> reconocen que “cuando se ha utilizado la mediación para resolver conflictos, los resultados han sido con frecuencia sorprendentemente positivos”. En la práctica, al hablar con los mediadores locales, se reconoce que en diversos casos no resultan tan favorables los acuerdos sea porque las partes no se mueven de sus posiciones o porque alguno de los dos mediados hace un desistimiento del proceso, entre otras posibles razones. Es curioso que algunos mediadores comenten que un buen número de casos sólo llega a la entrevista de pre-mediación pues el quejoso sólo quería ser escuchado respecto de su problema y decide no continuar con el procedimiento. En otros casos, por supuesto, si se alcanzan los acuerdos satisfactorios de un modo razonablemente rápido y fácil.

Una segunda posibilidad la plantea la interrogante respecto de la coincidencia de las narraciones de los involucrados respecto de qué hace exitoso o no el proceso de la mediación. Al respecto, podríamos encontrar varias posibilidades que se plantean un poco más adelante pero que implican si al entrevistar a los involucrados van a coincidir en explicar el éxito o no del proceso en función de las mismas categorías. O quizás aunque coincidan en que fue exitoso, las categorías a las que le atribuyen lo exitoso del proceso podrían ser diferentes. Además, en ese mismo sentido vale la pena explorar quiénes de los involucrados coinciden, pues podrían ser todos (3 participantes), la mayoría (dos participantes) o en el peor escenario ninguno de los participantes.

Finalmente otra posibilidad a explorar parte del hecho de considerar si la mediación comunitaria es evaluada exitosa una vez que ha pasado algún tiempo desde el momento en que ésta terminó, pues puede ser afectada por algunas condiciones o por el mismo incumplimiento del acuerdo que se tomó. Este cuestionamiento es relevante pues como se sabe, las personas asumen un compromiso voluntario y adicionalmente su percepción del acuerdo logrado puede variar con el paso de los días, afectando el logro alcanzado.

#### **4. Antecedentes contextuales**

Desde siempre ha existido el conflicto en las sociedades humanas, se podría decir que el conflicto es inherente a las relaciones humanas. Desde la Grecia de Sócrates y quizás la China antigua ya se pueden encontrar distintos escritos o

---

<sup>7</sup> Serrano, G., Lopes, C., Rodriguez, D., Mirón, L. Características de los mediadores y éxito de la mediación, *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 16, año 16. 2006, p. 75.

referencias al respecto<sup>8</sup>, pero es probablemente desde la década de los setentas en los Estados Unidos que se puede encontrar de manera más estructurada la creación como propuesta de la mediación como método alternativo de solución de conflictos en ámbitos judiciales tan diversos como el familiar, comunitario o laboral y que están ayudando a hacer de la justicia un procedimiento más ágil, accesible y hasta democrático.

Es probable que en América Latina desde los años 1990 se esté escuchando cada vez más acerca de estos métodos de solución de conflictos. A partir de entonces, éstas nuevas prácticas han perfilado la aparición de una nueva profesión, la de mediador, misma que continuamente se está redefiniendo según diversos autores como Vecchi y Greco<sup>9</sup>. Al revisar la literatura se encuentra que México en particular, junto con Argentina y Chile han ido teniendo más producción científica en la temática en América Latina, pero quizás no tanto en español como lo ha hecho España.

Ejercer esta nueva actividad profesional requiere desarrollar toda una serie de habilidades, conocimientos y prácticas, mismas que se empiezan a considerar como parte de la currícula profesional a nivel licenciatura en muchas escuelas de Derecho y que sin duda se están convirtiendo en una alternativa significativa de desarrollo profesional, pues todo apunta a que en el futuro inmediato se requerirán más mediadores, árbitros y conciliadores bien calificados. Este campo es una excelente área de oportunidad.

En lo que se refiere específicamente a la mediación, la formación de éstos implica conocer y desarrollar un estilo de trabajo que se acomode a algunas de las escuelas representativas más consolidadas (Harvard, Circular narrativa y transformadora, estratégica, entre otras) ya que cada una de ellas nos explica de modo distinto cómo se puede trabajar el proceso de la mediación, que características deben tener los mediadores y cuáles son las herramientas que se deben emplear, por lo mismo, cada escuela tiene una forma específica de alcanzar sus objetivos y por lo tanto de explicarse a qué le atribuye el carácter exitoso de la intervención.

En México, la práctica de la mediación está mayoritariamente concentrada en los centros públicos de justicia alternativa que existen en las entidades federativas, existiendo ya en muchos estados una ley estatal que regula los mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

---

<sup>8</sup> S.a. Breve historia de la mediación, *Manual de formación básica de mediadores*, México: CAIPSE. 2012.

<sup>9</sup> Vecchi, S. y Greco, S. Evaluación y monitoreo de programas RAD y mediación en el área de justicia. Experiencia en la Argentina y en otros países de América Latina en Brandoni, F. (compiladora) *Hacia una mediación de calidad*, Buenos Aires, Paidós mediación, 2011.

Finalmente, se puede decir que la dinámica en que se encuentran inmersas las MASC en nuestro país y en el mundo, nos indican que han llegado para quedarse y además que cada vez se les usa y reconoce como herramientas útiles en la solución de distintos conflictos humanos, con las características y contradicciones que muchas prácticas humanas tienen.

## **5. Delimitación del tema-problema.**

La presente investigación se propone revisar el carácter exitoso de la mediación en los centros donde es practicado en el Estado de Tabasco. Para ello, se elegirá mediante un procedimiento metodológico apropiado una muestra de mediadores públicos que ejerzan en la actualidad ésta labor, así como a un grupo de usuarios de estos servicios para que expliquen desde su perspectiva personal a qué variables o situaciones le atribuyen el carácter exitoso o no de la mediación. El propósito central del trabajo consiste en valorar la narrativa que emplea el mediador y el mediado como elemento de análisis y evaluar el éxito de la intervención.

Este trabajo se limita a las experiencias llevada a cabo por mediadores en Tabasco en el periodo que abarca de 2014 a 2016 en una muestra intencional voluntaria de mediadores y mediados que acuden a los centros públicos donde se ejerce la mediación.

Para el caso de Tabasco, es importante señalar que existe desde 2012 la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el estado de Tabasco y ésta ha permitido que se hayan implementado distintos Centros de Justicia Alternativa Penal (CEJAP) de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Tabasco, los cuales en la actualidad funcionan en los municipios de Macuspana y Centro y en meses próximos podrían abrirse otros, ya que en términos de las reformas legales, tienen como plazo para iniciar sus funciones a partir del 2016. Adicionalmente, se cuenta con el Centro Integral de Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Tribunal superior de justicia del Estado de Tabasco, que podría pensarse como otra alternativa para este proyecto de investigación.

## **6. Justificación del proyecto.**

México vive un momento en materia de Reformas penales muy significativo. Estas reformas pretenden trabajar desde un nuevo paradigma en el que se pretende que el proceso sea un diálogo abierto entre los involucrados en el sistema. Esto debe permitir que se redefinan las formas en que se llevan a cabo muchos de los procedimientos y por lo mismo, se capaciten los operadores para que se adecúen a estos cambios trascendentales a nivel nacional y estatal.

La mediación como mecanismo alternativo para solucionar controversias está siendo ampliamente usada para coadyuvar a lograr algunas de las metas que la reforma pretende. Este trabajo doctoral pretende explicar cómo los profesionales que trabajan solucionando conflictos en los centros de mediación, así como los usuarios –mediados- explican a partir de su experiencia vivida qué hace que sea exitoso o no el trabajo mediacional. En mucha de la bibliografía existente se habla a veces de la mediación como una panacea, sin embargo, por tratarse más que nada de un proceso relacional y conversacional, está expuesto a condiciones variables que pueden hacer exitoso o no el proceso. Serrano<sup>10</sup> dice que el proceso se considera eficaz cuando es susceptible de conseguir una serie de objetivos, tanto a corto plazo como a largo plazo”. Además este mismo autor agrega que

En los textos que se consultan para revisar los casos, continuamente se muestran ejemplos que siempre explican todo lo que coincide con la teoría, pero sin duda que habrá muchas variables que puedan incidir sobre el proceso y el resultado final de la mediación.

Se pretende escuchar y organizar estos discursos con una metodología cualitativa acerca de la labor de mediación ya que de éste modo se puede comprender cómo el mediador o se explica a sí mismo o a los otros que un proceso fue o no exitoso. Adicionalmente se va a incluir el discurso de los usuarios, ya que ellos desde su óptica de usuarios agregan datos que hacen más completo el análisis de la intervención en la que participaron, atribuyéndole a una intervención otros datos y explicaciones que pueden o no coincidir con la percepción del mediador. Es en el análisis, coincidencias y diferencias de esas narrativas, que se pretende insertar la presente propuesta.

Las diversas conclusiones a las que se pueda llegar serán de gran utilidad para entender los procesos tal como lo viven los involucrados, así también esto mismo puede ayudar en la formación de nuevos mediadores, así como de profesionales interesados en comprender este tipo de conflictos.

## **7. Hipótesis.**

Desde la metodología cualitativa no es condición obligatoria el incluir las hipótesis, sin embargo es importante reconocer que cada investigador tiene supuestos acerca de los hechos que investiga y que son una guía que orienta su investigación en la procuración de alcanzar un objetivo que explique el fenómeno abordado.

---

<sup>10</sup> Serrano, G. ¿Qué dice la investigación científica sobre la mediación? *Publicación del colegio oficial de Psicólogos de Madrid*, 1996 en [www.cop.es/publicaciones/trabajo/](http://www.cop.es/publicaciones/trabajo/) consultado el 21 de Septiembre de 2014.

Para el presente trabajo los supuestos a los que se les pretende comprender consideran las siguientes posibilidades:

Respecto al éxito del mecanismo se consideran 4 situaciones:

Situación 1. Que sea exitosa para todos los involucrados. (coincidencia total)

Situación 2. Que sea exitosa para 2 de los 3 involucrados (coincidencia mayoritaria)

Situación 3. Que sea exitosa para 1 de los 3 involucrados (No coincidencia)

Situación 4. Que no sea exitosa para ninguno de los involucrados (No exitosa)

Respecto del mantenimiento de la calificación en los 2 momentos:

Situación A. Que todos se mantengan calificando igual el proceso en los dos momentos.

Situación B. Que dos personas se mantengan calificando igual el proceso en los dos momentos.

Situación C. Que sólo uno se mantenga calificando igual el proceso en los dos momentos.

Situación D. Que todos modifiquen su calificación original del proceso.

Se espera poder encontrar casos que se ubiquen en las distintas situaciones mencionadas y se reconoce que la situación 1 y A sería la mejor alternativa posible a encontrar, mientras que situación 4 y A la peor opción posible.

## **8. Marco teórico-conceptual.**

Este proyecto se sustenta en las metodologías cualitativas. De este modo, tal como nos lo señalan Hornillo Araujo y Sánchez Serrano<sup>11</sup> las narraciones de los sujetos proveen el acceso a las perspectivas y experiencias de grupos faltos de poder de hacer que sus voces sean escuchadas en los discursos académicos. Gran parte de la investigación por lo mismo dará voz a los mediados para que sean ellos junto con los mediadores los autores protagónicos de sus procesos.

Como referencias claves se tienen la propuesta de Bruner<sup>12</sup> que dice que las narrativas están de modo natural en todos lados, por ejemplo un relato judicial es una historia contada ante un tribunal. Hejl<sup>13</sup> por otro lado, ubica que en la justicia y en la jurisprudencia se entienden supuestos sobre cosas o procesos ya que no se puede separar la realidad de la ficción, esto es, que cualquier procedimiento jurídico gira alrededor de hechos no como sucedieron, sino como

---

<sup>11</sup> Hornillo Araujo y Sánchez Serrano, El interés emergente por la narrativa como método en el ámbito socioeducativo. El caso de las historias de vida Revista Portuaria 3, pp. 373-382, Universidad de Huelva. 2003

<sup>12</sup> Bruner, Jerome, La fábrica de historias, México: FCE, 2009.

<sup>13</sup> Hejl, Peter M. (2000) Ficción y construcción de la realidad. La diferencia entre ficciones en el derecho y en la literatura, en Watzlawick y Krieg, P. (2000) **El ojo del observador contribuciones al constructivismo**, Barcelona: Gedisa Editorial, p. 97.

los participantes son capaces de traducirlos con sus recursos narrativos para explicarlos.

Igualmente significativo será el plantear este trabajo desde la perspectiva del construccionismo social y algunas ideas que ha propuesto Kenneth Gergen<sup>14</sup> de cómo a través del diálogo se construyen y reconstruyen los problemas y soluciones a los problemas interpersonales. Se trata de reconocer que no existe un modo único de explicar los hechos y que el consenso entre los hablantes le da sentido a la experiencia y al discurso de cada uno de ellos.

Se considera particularmente importante incluir algunas de las ideas de Michael White y David Epston<sup>15</sup> quienes partiendo de la terapia narrativa han creado una forma de entender los problemas humanos a partir de las historias que las personas llevan consigo y cómo los sujetos a partir de sus propias narraciones transitan de una historia dominante a otra más liberadora

Adicionalmente, al ser parte importante el conflicto de las relaciones humanas, se buscará que distintos elementos que provienen de la conflictología ayuden a justificar y considerar como éstos evolucionan cuando se tratan asuntos relacionados con los problemas interpersonales. Aquí entran múltiples voces de autores importantes como Remo Entelman, Josep Redorta, Johan Galtung, W.L. Ury, Hugo Lascala, Edward Vinyamata, principalmente. Lo interesante de la conflictología es que puede ser revisada desde distintas disciplinas ya que al tratarse de un tema con muchas aristas y perspectivas es frecuentemente multidisciplinaria.

Adicionalmente se hará referencia a las ideas derivadas de los principales modelos de mediación, esto es, el modelo de Harvard de Fisher, Hury y Haynes, el modelo transformativo de Bush y Folger, pero de manera especialmente relevante se abordará el Circular narrativo de Sara Cobb y Marines Suárez, éste último modelo como su nombre lo indica muy interesado en un trabajo centrado en las transformar las narraciones de los sujetos para que pasen de historias dominantes a historias alternativas. Adicionalmente, los escritos de autores mexicanos que han abonado en el conocimiento de la mediación como Eric Garcia López y Gorjón y Steele serán también considerados pues se relacionan más directamente con nuestra realidad social e histórica.

Finalmente vale la pena destacar que el investigador español Gustavo Serrano ha sido uno de los más importantes autores que ha publicado acerca de la eficacia y el éxito en la mediación por lo que sus escritos son particularmente significativos para contrastarlos con este trabajo de investigación.

---

<sup>14</sup>Gergen, Kenneth *El yo saturado*, Barcelona, Paidós1992.

<sup>15</sup> White, Michael y Epston, David, *Medios Narrativos para fines terapéuticos*. Barcelona, Paidós, 1993.

### **A modo de Conclusión**

La mediación es un mecanismo alternativo de solución de controversias que se encuentra en un momento de gran desarrollo tanto en la producción bibliográfica como en su ejercicio profesional.

La evaluación de la mediación es un tema relevante que desde la peculiaridad de este trabajo busca que los involucrados asuman un papel protagónico siendo ellos mismos quienes logren el proceso de estimar los resultados de la mediación. Si bien este mecanismo no es una panacea, se perfila como una alternativa valiosa de ponderar y evaluar su impacto en la vida judicial y social de nuestro país.

Se propone que la metodología cualitativa sea el medio a través del cual se capten las sutilezas de las subjetividades que participan en el proceso mediador. En lo particular se considera la narrativa como una herramienta específica para aproximarse al fenómeno de la mediación.

### **Bibliografía y fuentes de información.**

BRUNER, JEROME, *La fábrica de historias*, México: FCE, 2009.

CONGRESO DE LA UNION, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, texto vigente 07-07-2014. En [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm) consultado 30 Septiembre 2014

GARCIA LOPEZ, E. (2010) *Fundamentos de psicología jurídica y forense*, México: Oxford University Press.

GERGEN, KENNET, *El yo saturado*, Barcelona, Paidós1992.

HEJL, PETER M., Ficción y construcción de la realidad. La diferencia entre ficciones en el derecho y en la literatura, en Watzlawick y Krieg, P. (2000) *El ojo del observador contribuciones al constructivismo*, Barcelona: Gedisa Editorial, p. 97, 2000.

HORNILLO ARAUJO Y SANCHEZ SERRANO, El interés emergente por la narrativa como método en el ámbito socioeducativo. El caso de las historias de vida *Revista Portuaria* 3, pp. 373-382, Universidad de Huelva. 2003

MACUER, T. y ARIAS, P. *La mediación comunitaria en Chile*, Serie Documentos Electrónicos no. 4, julio 2009 Programa Seguridad y Ciudadanía FLACSO Chile, 2009 en repositorio.upse.edu.ec:8080/bitstream/

MARTINEZ DE MURGUIA, B. *Mediación y resolución de conflictos una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.

TEJEDOR, F. J. *La estadística y los diferentes paradigmas de la investigación educativa*, en *Revista Educar*, no. 10, pág. 79-101, 1986.

REDORTA, J., *Cómo analizar los conflictos*, Barcelona, Paidós, 2004

S.A. Breve historia de la mediación, *Manual de formación básica de mediadores*, México: CAIPSE. 2012.

SERRANO, G. ¿Qué dice la investigación científica sobre la mediación? *Publicación del colegio oficial de Psicólogos de Madrid*, 1996 en [www.cop.es/publicaciones/trabajo/](http://www.cop.es/publicaciones/trabajo/) consultado el 21 de Septiembre de 2014.

SERRANO, G., LOPES, C., RODRIGUEZ, D., MIRON, L. Características de los mediadores y éxito de la mediación, *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 16, año 16. 2006, p. 75.

VAZQUEZ LAVISTA, J. F., Conferencia *Introducción a los medios alternativos*, dictada dentro del seminario Medios alternativos de solución de controversias en la casa de la cultura jurídica de Villahermosa, Tabasco el día 30 de Septiembre de 2014.

VECCHI, S. y GRECO, S. Evaluación y monitoreo de programas RAD y mediación en el área de justicia. Experiencia en la Argentina y en otros países de América Latina en Brandoni, F. (compiladora) *Hacia una mediación de calidad*, Buenos Aires, Paidós mediación, 2011.

WHITE, M. y EPSTON, D., *Medios Narrativos para fines terapéuticos*. Barcelona, Paidós, 1993.

**LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR  
COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CASOS DE DIVORCIO**

Carmen Zareth Castillo Negrin<sup>1</sup>  
cazare@hotmail.com

**RESUMEN:** La familia para los derechos humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad, en el que se encuentra fundamentado por una serie de individuos que tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se busca que el derecho sea igual tanto para el hombre como para la mujer, en sus procesos de conflicto se pueda integrar algún Método de Solución de Conflictos que participe como generador para respetar la dignidad de sus derechos como individuo, en cuyo caso la *mediación familiar*, siendo así un medio para la gestión de conflictos en casos de divorcio, que se da a la tarea de proteger la organización y el desarrollo de la familia, a través de la comunicación efectiva entre las partes.

**ABSTRACT:** The family for human rights, is the natural and fundamental group unit of society, which is informed by a number of individuals who are entitled to protection by society and the State. It is intended that the law is equal for both men and women, in their processes of conflict can integrate some method Conflict Resolution participating as a generator to respect the dignity of their rights as an individual, in which case the family mediation and being a means for conflict management in cases of divorce, which is given to the task of protecting the organization and development of the family, you dare effective communication between the parties.

**PALABRAS CLAVE:**

Familia, Derechos Humanos,  
Mediación Familiar,  
Métodos de Solución de Conflictos,  
Divorcio

**DESCRIPTORS:**

Family, Civil Rights, Family Mediation  
Methods of Conflict Resolution  
Divorce

**SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. La familia y sus derechos humanos
- III. La mediación familiar como MASC
- IV. La mediación familia como medio para la gestión de conflictos en casos de divorcio
- V. Conclusión

---

<sup>1</sup> Doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, UJAT con programa de PNPC del CONACYT.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la familia para los derechos humanos es la célula básica de la sociedad, por lo que tratan de fomentar la unidad a través del respeto, esto sin decir que muchas ocasiones los conflictos familiares, llevan a derivar un alto índice de violencia, por lo que se denota una pérdida por el respeto a ellos mismos y sobre todo en la pérdida de la igualdad.

Por lo que partiendo desde la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* quien subraya que tanto el hombre como la mujer << disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio >> deberán respetar los procedimientos legales que se deben realizar, pero sobre todo ser generadores de una identidad personal como individuo.

Para la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que hacen un especial hincapié en que <<el varón y la mujer son iguales ante la ley >> y quienes por libertad deciden formar una familia, deberán entonces entender que como parte de sus derechos al momento de generarse un conflicto, estos acceder al derecho de igualdad.

Mientras que en la de *la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, la familia <<es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado >>, para crear vínculos saludables desde sus estados afectivos, emocionales y físicos.

Estas tres fuentes abren la posibilidad entonces de hacer un planteamiento profundo sobre las problemáticas que se generan en los conflictos familiares que sin una buena orientación pudieran terminar violando sus derechos de igualdad ante un proceso de divorcio.

Por lo que desde una visión universal, la familia es donde el individuo aprende a manifestar sus emociones y se vuelve generador de valores de las cuales muchas veces tienden a tener una gran variedad de conflictos familiares que nos dan un bagaje de la posición de uno o ambos, ante ciertas circunstancias en las que se ve envuelto y se desarrolla la disolución matrimonial.

Tomando en consideración factores que ayuden a evolucionar una perspectiva sobre los métodos de justicia y de derecho que se nos ha otorgado a los largo de la historia, llegamos al hecho de tener la oportunidad de generar, no solo de los métodos tradicionales jurídicos, sino también dar un paso en la historia en la renovación y en el encuentro de intervenciones como lo son los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

Dentro de estos MASC encontramos una gran variabilidad conforme al desarrollo de la sociedad, donde surgen diferentes conflictos que en este caso llevan a la disolución matrimonial, siendo así la mediación familiar un medio para la gestión de conflictos en los diferentes casos de divorcio, su funcionalidad como método, el papel que debe

## NEOPROCESALISMO

desempeñar un mediador y la postura de la mediación en los acuerdos entre las partes.

## II. LA FAMILIA Y SUS DERECHOS HUMANOS

La familia, se forma integralmente, mediante las relaciones interpersonales y jurídicas que entre ellos se establece, sin distinción de sexo, edad, origen, color o cualquier otra condición. Es en esta donde se desarrolla parte de los derechos individuales como parte fundamental en la formación y en la personalidad de sus miembros.

Por lo que entonces para comprender los derechos humanos, debe existir una formación dentro de la libertad y lucha con una visión contra el autoritarismo. Y cada persona debe tener en claro que el Derecho y el Estado están para servir y atender las necesidades de cada individuo que se constituye dentro de la calidez humana a la que denominamos familia.

Para la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en el Artículo 16 la familia son <<Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia>> haciendo mayor puntación en que <<disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio>>, >> deberán respetar los procedimientos legales que se deben realizar, pero sobre todo ser generadores de una identidad personal como individuo.

Así como definir a la familia como el <<el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado>> así como derecho a la igualdad entre los miembros de la misma.

El artículo 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se reafirma y reconoce a la familia <<como elemento natural y fundamental de la sociedad>>, y por último se crea <<la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo y de proteger a los hijos, en caso de disolución del mismo>> Siendo lo hijos los más vulnerables de los procesos de disolución matrimonial.

En el presente las estructuras familiares no son solo las tradicionales, sino se han ido modificando bajo las nuevas premisas en cuanto a los roles, funciones, composición, ciclos de vida, roles de padres y su vínculo como pareja, principalmente por el manejo de los roles, aunque en muy poca profundidad, se observa una nueva visión, donde el hombre toma responsabilidades compartidas en cooperativa con la mujer, así como todo lo contrario y que se llega a la complejidad de sus relaciones interpersonales desde sus necesidades económicas, religiosas, tradicionales y morales.

Así que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en el Artículo 4o. se puntualiza que tanto << el varón y la mujer son iguales ante la ley >>, donde se <<protegerá la organización y el desarrollo de la familia>>, es decir donde << Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos>>, logrando así constituir un vínculo que

NEOPROCESALISMO

formará a la familia, y que el Estado deberá velar por los derechos de los niños, ante los conflictos que puedan llevar a una separación matrimonial.

Partiendo de la premisa de los derechos humanos que asignan derechos y obligaciones iguales tanto para el hombre como para la mujer ya sea en el matrimonio, durante el matrimonio y en tal caso en la disolución del matrimonio. Existe que dentro de muchos países del mundo, sin excluir el nuestro, la mujer no tiene una posición igual a la del hombre, ni en el matrimonio, ni en la vida familiar.

Dentro de la vida cotidiana en las relaciones humanas y sus interacciones, cuyo núcleo es la familia, se van generando una gran variedad de conflictos de los cuales hacen partícipes a todos aquellos que están a su alrededor, por lo que al mismo tiempo se ven envueltos en encontrar formas de resolver sus diferencias.

Muchas veces pueden derivarse dentro de un proceso de divorcio las leyes y las costumbres que gobiernan el estatus o la postura en el que la mujer dentro de la familia, se ve limitado su rol como su capacidad jurídica.

Por consiguiente, se debe tener en cuenta que al proteger las políticas públicas que den garantías para un bien común, para formular un mejor vínculo con la formación humana y no un simple instrumento con cierta de intereses social. Se podrá generar esos nuevos medios para crear una dimensión propia de las necesidades específicas de las problemáticas de la familia.

Por lo que en el Artículo 17 en la protección a la Familia de *la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, se hace hincapié en que la familia <<es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado>>, para crear vínculos saludables desde sus estados afectivos, emocionales y físicos. Que conlleven a ser generadora de instancias, recursos, métodos que hagan la función de equilibrar los procesos de conflictos en el sistema familiar.

Dentro de la misma Convención se menciona que <<los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo>>, en especial cuando llega el desequilibrio en las vidas familiares que tienen por consecuencia al divorcio.

En estos casos, la mediación familiar trabaja con las <<relaciones desequilibradas como aquellas en las que se atribuye más poder a una parte en detrimento de otra. Así que las relaciones equilibradas se refieren a situaciones donde la igualdad está mucho más presente>> J. Redorta (2005), en cuyo caso es parte de los derechos humanos de Igualdad.

Así mismo la mediación familiar cumple con la expectativa de ser un MASC que <<en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos>>, quienes a través de un tercero neutral participa como mediador de un proceso de comunicación efectiva, en la que las partes generen acuerdos para la solución de sus conflictos, sin violar sus derechos humanos.

### III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO MASC<sup>2</sup>

En México, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en el artículo 17, se establece que <<Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho>> en donde <<Tales leyes determinaran las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño>> por lo que <<las leyes preverán (así llamados) mecanismos alternativos de solución de controversias>>.

Por lo que se sabe entonces la importancia de este derecho se encuentra legislado fundamentalmente por la protección y reconocimiento de los derechos humanos de todo individuo. Por lo que permite a todo ciudadano encontrar efectividad dentro de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

Por lo que podríamos definir a los *Medios Alternativos de solución de Conflictos (controversia)* como <<una gama de procedimientos que sirven como alternativa a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercer neutral que ayuda a facilitar dicho solución>><sup>3</sup>.

Por lo que entonces la importancia de este derecho se encuentra legislada fundamentalmente por la protección y reconocimiento de los derechos humanos de todo individuo.

Y recordemos que todo sistema familiar está formado por varios individuos, que llevan consigo necesidades específicas, que se pueden manifestar de manera pertinente y efectivas dentro de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

En este dicho, para llegar a ser una familia en principio debe establecerse a través de una relación de pareja, en donde la pareja tendrá dentro de su dinámica una organización de sufrir alteraciones, desmantelamientos y reestructuraciones que se repiten una y otra vez cíclicamente durante largos periodos, hasta llegar a desacuerdos que lleven a conflictos y que por ende ser lleve a un proceso de divorcio.

Dentro de dichas manifestaciones y diferencias pueden llevar a las familias como lo menciona J. Redorta (2007) <<Una guerra es, entre otras cosas, un conflicto de poder. Pero la guerra puede ser sólo la manifestación agresiva del conflicto de poder>> es por eso que los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en específico la mediación familiar son parte de estos medios en los que se pueden generar acuerdos y una comunicación efectiva, sin violar los derechos humanos de un sistema familiar en un proceso de divorcio.

---

<sup>2</sup> Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC)

<sup>3</sup> Brown y Marrios, *ADR Principles an Practice* (1993), pág. 9 cit. por Arthur Marriott, "Tell it to the judge... but onli if you feel you must: The 1995 Freshfield Lecture", en *Arbitration Internacional*, revista de la London Court of Internacional Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996.

## NEOPROCESALISMO

De la misma forma Barona Villar<sup>4</sup> argumenta que el uso de estos sistemas permite distinguir, más que entre sistemas judiciales o no judiciales, que en realidad hacen referencia al hecho de el tercero que interviene tiene o no la condición de juez, entre los cauces jurisdiccionales y extrajurisdiccionales de solución de conflictos>>>.

Aunque una de las limitantes que nos podemos encontrar es que la familia suele desconocer quién les puede ayudar, puesto que la información es insuficiente para tomar una decisión, o las partes piensan en términos diferentes.

Los MASC han variado en función del desarrollo y exigencias de las sociedades, haciendo referencia a los procesos de negociaciones, dentro de las relaciones sociales formales. Pero para la mediación familiar, una comunicación de calidad es una herramienta necesaria para llegar a la base de los conflictos y encontrar soluciones satisfactorias para las partes involucradas.

Donde el ser humano tiene la necesidad de comunicarse a través del lenguaje para llegar a la expectativa de ser comprendido, escuchado y acompañado en los pasos de su vida. De la pragmática de la comunicación nos encontramos con los axiomas de la comunicación humana, propuestas por Watzlawick, Beavin y Jackson (1997) mencionando; una de ellas es *la imposibilidad no comunicarse / no es posible no comunicarse y la comunicación analógica y digital*.

Parte fundamental de los derechos de la familia, donde los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto a la disolución matrimonial, quienes en ese proceso de solucionar sus conflictos llegan a violentar la dignidad humana unos con otros, sin lograr generar acuerdos y fraccionar su bienestar.

En la historia observamos como los pueblos, sociedades, hombres y mujeres, han evolucionado en diferentes ámbitos como: la tecnología, los avances científicos, las jerarquías de necesidades y sobre todos los avances sociales.

Descubriendo en sí, que las relaciones interpersonales ahora se han vuelto más elaboradas entre los ciudadanos y los estados, por lo que se ha visto la necesidad de buscar sistemas de relación y resolución de conflictos, que tengan mayor eficacia y respeto de los derechos humanos de todo individuo.

La mediación familiar que es un MASC que da una extensión y elaboración del proceso de negociador. Donde implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder. Que generalmente se inicia cuando las partes ya no creen que puedan resolver el conflicto por sí mismos, y buscan ayuda de un experto profesional mediador, quien resaltara la igualdad y respeto sus derechos humanos.

Entonces este proceso constructivo y pacífico de gestión de conflictos, como lo es la *mediación familiar*, favorecerá a las personas directamente de sus asuntos en la medida que es permita reflexionar y responsabilizarse de los aspectos relacionados con un proceso de divorcio.

---

<sup>4</sup> BARONA VILLAR, S,: *Solucion extrajurisdiccional...*, ob. Cit. Pág. 36

IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO MEDIO PARA LA GESTION DE CONFLICTOS EN CASOS DE DIVORCIO

Para la gestión adecuada de las emociones es conveniente un proceso de Mediación Familiar basado en la gestión positiva de las emociones que permita la canalización, aprovechamiento, aceptación, respeto y salvaguarda de las mismas y sobre todo “la devolución del poder y la capacidad de las partes para resolver sus propias situaciones de conflicto” (Moore, 1995, p. 72).

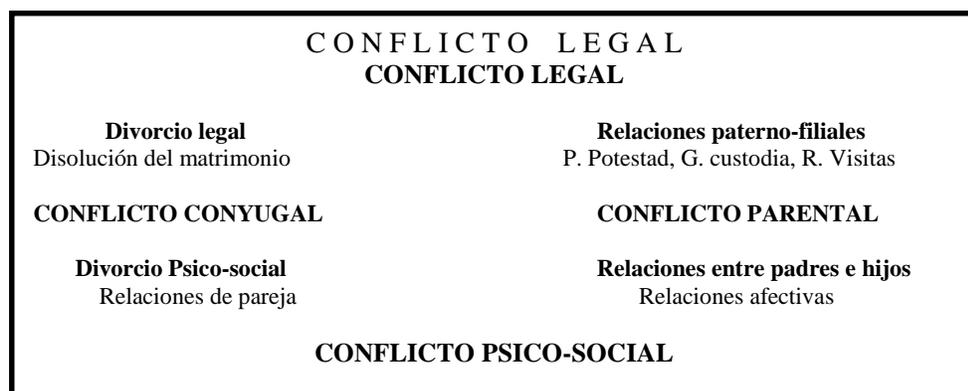
Por lo que el conflicto tendría que entenderse como una consecuencia de la pobre comunicación entre los miembros de una familia, la mala percepción, defectuosa socialización y otros procesos inconscientes que persiguen objetivos incompatibles, q por consecuencia llegan a la disolución del matrimonio.

Donde la relación familiar tiene como fundamento la comunicación que debe ser generadora de confianza, entendimiento, respeto y amistad, puede que cada conflicto que surja se aborde de manera fluida y eficiente. Por lo contrario, si la relación está deteriorada, basada en la desconfianza o en el desprecio, será muy complicado afrontar con éxito la resolución de un determinado conflicto.

El proceso de divorcio, en su perspectiva exclusivamente legal, estaba siendo insuficiente por sí solo para responder a las demandas de los ciudadanos implicados en procesos judiciales.

Por lo que en el presente, se hace la necesidad de encontrar otra forma de resolución de los conflictos que no dejara a un lado las relaciones interpersonales entre las partes, que redujera las consecuencias negativas, sobre todo para los hijos, y devolviera a las partes su autonomía y capacidad de decisión.

Para entender la complejidad en la que las familias se ve envueltas por el proceso de disolución matrimonial, se retoman las dimensiones del conflicto psicojurídico en el divorcio propuesto por Bolaños, (2008):



Algunos estudiosos empiezan a considerar el divorcio como una fase más del ciclo vital de un porcentaje alto de familiar. A su vez, el propio divorcio suele pasar por alguna de las fases siguientes:

1. Decisión de separarse
  - Reconocimiento de la incapacidad para resolver el conflicto de pareja
  - Aceptación de la parte de responsabilidad en la ruptura
  - Reconocimiento de los sentimientos que los hijos despiertan (culpa, rabia...)
2. Planeamiento de la ruptura del sistema familia
  - Acuerdos sobre custodia de los hijos, reparto patrimonial
  - Reconocimiento y superación de sentimientos activos
3. Separación
  - Elaboración del duelo por la pérdida de la unidad familiar
  - Pérdida de identidad: reestructuración del “yo sin”
  - Reestructuración de la nueva relación consorte e hijos
  - Ajuste a las nuevas economías, tiempo libre, trabajo
4. Desvinculación
  - Aceptación y superación de la fantasía de reunificación. Ajuste a nueva realidad

Así que dentro del proceso de una separación o divorcio, una perspectiva y manejo, no lejos de las preocupaciones o problemáticas que se sustentan en todo México, esto no en el sentido estricto del proceso legal, sino más bien por la falta de manejo de las emociones que se transita durante dicho proceso.

Donde surge la mediación familiar, quien da pauta un manejo neutral, con un menor tiempo, enfocado a las necesidades de las partes involucradas, generando acuerdos en una comunicación efectiva y que las partes den solución a sus situaciones de conflicto.

Retomando la definición de Moore, C. (2005, pág. 44), la mediación <<es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable>>.

Por lo que la mediación que es un método de solución de conflictos que da una extensión y elaboración del proceso de negociación. Donde implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder. Que generalmente se inicia cuando las partes ya no creen que puedan resolver el conflicto por sí mismos, y buscan ayuda de un experto profesional mediador.

El mediador en todo caso, no debe de intentar convencer o persuadir a ninguna de las partes en conflicto; su argumentación va a ir por otras trayectorias que no son el mero convencimiento; no debe ser negativo. Concretamente, su comunicación debe

## NEOPROCESALISMO

desarrollarse respetando los siguientes parámetros, que aseguran preservar y respetar los derechos humanos de los individuos:

- Permanecer activo y asertivo mediante el control del proceso;
- Establecer el tono afectivo de la mediación, basándose fundamentalmente en la paráfrasis y la reenmarcación;
- Escuchar a cada una de las partes, hacer preguntas, inducir y sintetizar;
- Proteger el derecho de las partes a participar y exponer sus opiniones;
- Ayudar a liberar tensiones y emociones para facilitar el diálogo entre las partes;
- Orientar a las partes a centrarse en el futuro y no ampararse en el pasado;
- Empujarles a una solución, animándoles a analizar las alternativas e implicándoles en su definición;
- Cultivar el sentido del humor;
- Velar por la eficacia de los resultados;
- Conocer y asumir las limitaciones de la mediación;

Esto frente a la dicotomía win-lose (<<ganar-perder>>)<sup>5</sup> característica de los mecanismos tradicionales, como el judicial, los instrumentos de resolución de conflictos, como la mediación, permiten obtener acuerdos win-win (<<ganar-ganar>>), en virtud de las cuales ninguna de las partes lo pierde o lo gana todo, en el que todos deben ceder un poco para que todos ganen y asegurar la igualdad de sus derechos humanos.

---

<sup>5</sup> Recursos gráficos, típicos de la Escuela de Harvard de Resolución de Conflictos y de su fundador, Roger Fisher, citado en S. Farré, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo* (2009).

## V. CONCLUSIÓN

La familia para los derechos humanos es la escuela más rica de la humanidad, ya que de ella se derivan los valores y las bases fundamentales de la formación humana. En la medida entonces en la que se vivan estos derechos, obligaciones y deberes respectivos, pese a las circunstancias de conflictos, habrá métodos que el Estado prevé para dichas circunstancias.

Muchas de las soluciones, así se considera en la época actual, es la gran funcionalidad de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, esto debido a su efectividad desde ganar tiempo, es decir un tiempo más corto; conseguir eficacia, donde en la mayoría de los casos los conflictos llegan a una solución adecuada; y no perder poder en la confiabilidad de los sistemas judiciales.

Que de alguna manera hay grandes diferencias entre los métodos tradicionales y la nueva postura de los MASC, ya que ninguno está lejos de las leyes que se dictan en las constituciones internacionales, así como nacionales, con referencia al derecho y a la materia penal.

Esto no quiere decir que se trate de sustituir a los métodos jurídicos tradicionales sino más bien, complementar o apoyar estos nuevos métodos de solución de conflictos que implique una gestión del mismo con mayor rapidez y alcance económico para las familias en procesos de divorcio.

Siendo los derechos humanos generador de lograr un bien común, la paz y concordia entre los hombres, desde el respeto a la igualdad y sobre todo al bienestar emocional y físico de los hijos.

Todo esto con la finalidad de proteger la organización y el desarrollo de la familia, a través de la mediación familiar quien ayuda a las parejas en proceso de divorcio a llegar a acuerdos que les eviten sufrimientos innecesarios a ellos mismos y a sus hijos, pero ser generador del respeto a la igualdad de sus derechos humanos.

## LA MEDIACIÓN UN MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

EGLA CORNELIO LANDERO<sup>1</sup>

*liclandero@hotmail.com*

### RESUMEN:

Con esta participación se estará tratando el tema de la mediación reconocida en nuestra Carta Magna como un mecanismo de resolución de controversias. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, que consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, estos mecanismos son considerados un derecho humano de acceso a la justicia efectiva, previsto en el Cuarto Párrafo del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### ABSTRACT:

Participation should be addressing the issue of mediation recognized in our Constitution as a dispute resolution mechanism. The Alternative Dispute Resolution mechanisms, which consist of various procedures by which people can resolve their disputes without the need for a judicial intervention, these mechanisms are considered a human right of access to effective justice, than the Fourth Paragraph of Article 17 of the Political Constitution of the Mexican United States.

### PALABRAS CLAVE:

Mediación, Mecanismos alternativos de solución de controversias.

DESCRIPTORS: Mediation, Alternative dispute resolution mechanisms.

### SUMARIO:

*Primera parte: Acceso a la justicia.*

*I.- Mediación. II. Los mecanismos alternativos de solución de controversias: su justificación en los sistemas de justicia. III. La mediación y el proceso jurisdiccional (juicio).*

---

<sup>1</sup>Maestra de Derecho Constitucional, Amparo y Derechos, Humanos, por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT); Maestra Resolución de Conflictos y Mediación, por UJAT, y Master en Gestión y Resolución de Conflictos, por la Universidad de Barcelona. Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Doctorante en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, PNPC-CONCYT.

*Conclusiones.*

## **INTRODUCCIÓN**

El acceso a la justicia es un derecho humano que deben tener garantizados los gobernados para dirimir sus controversias, evitando así la autotutela, esto es, para resolver sus conflictos deben acudir a vías procesales legitimadas para encontrar la solución a los mismos, y no hacerse justicia por si mismos para reclamar sus derechos, como esta previsto en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional.

Es necesario reflexionar que ese derecho de acceso a la justicia no se debe interpretar de manera limitativa, únicamente a lo que tradicionalmente se ha venido practicando para acceder a la justicia, la jurisdicción del Estado, sino que del mismo precepto constitucional se advierte el derecho de los gobernados a elegir otras formas o mecanismos para acceder a la justicia, como son los mecanismos alternativos de solución de controversias entre ellos la mediación.

Es así que en esta ponencia abordamos temas como la mediación, los mecanismos alternos de solución de controversias y la mediación y los procesos jurisdiccionales (juicios), concluyendo que la mediación goza de la misma igualdad y la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado.

### **I.- LA MEDIACIÓN.**

La mediación es un mecanismo, medio o método, del que se habla y se ha puesto en practica por las partes que se encuentran en un conflicto, para buscar el posible acuerdo, empleando técnicas y herramientas necesarias de diálogo y comunicación.

Antes de continuar abordando el tema de la mediación, consideramos pertinente asentar la definición gramatical de la palabra *mediación* (*Del lat. Mediatio, -ónis*) acción y efecto de *mediar*, el significado de la palabra *mediar* (*Del*

lat. Mediáre) *interceder o rogar por alguien. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.*<sup>2</sup> Al respecto, recuerdo cuando analizamos el tema de la mediación en el módulo 3 de nuestra participación virtual en el master en mediación con la Universidad de Barcelona. Ahí se citaron a cuatro autores para subrayar sus elementos más importantes y comprender la mediación como proceso para la gestión de conflictos. De las definiciones expuestas por Folberg y Taylor, C. Moore, Salvador Puentes y S. Ferre, podemos decir que la *mediación* es un proceso de resolución o gestión de conflicto, en donde las partes asisten voluntariamente y con la ayuda de un tercero profesional, construyen acuerdos tomando decisiones de manera natural sobre el tema motivador del conflicto.

Una definición clásica en la que casi todos los autores consultados coinciden, dice que la *mediación es la técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.*<sup>3</sup>

En la medida que analizamos la practica y efectividad de la mediación se puede ir encontrando su función en las personas y en la sociedad, se le considera una herramienta para la transformación de las relaciones sociales.<sup>4</sup>

Podríamos decir que la mediación es un proceso cuyo objetivo es identificar los puntos en conflicto e intentar, a través de técnicas específicas, que las partes lleguen a un acuerdo.

Algunos autores consideran que los términos conciliación y mediación son sinónimos, sin embargo, cabe destacar que si bien en ambos mecanismos existe un tercero profesional, la diferencia consiste en que en la conciliación el tercero puede hacer sugerencias de posibles alternativas de acuerdos y en la mediación el tercero es solo un facilitador del diálogo y construcción de los acuerdos que

---

<sup>2</sup> Real Academia española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima Segunda ed., España, Espasa, 2001, p. 1476.

<sup>3</sup> Schiffrin, Adriana, *La mediación, aspectos generales*, Argentina, Paidós, 1996, p. 42

<sup>4</sup> Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*, México, Paidós, 1999, p. 49.

toman las partes. Y con el arbitraje la diferencia es que el árbitro decide la solución que impone a las partes mediante resolución (laudo).

Ponerse de acuerdo es uno de los objetivos de la mediación, entendida ésta como un procedimiento voluntario, informal, confidencial e integrador, a través de la cual un tercero imparcial y neutral interviene para ayudar a las partes en conflicto a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio o al menos aceptable para ellos.<sup>5</sup>

Sin duda que es posible adecuar a la mediación como un mecanismo para solucionar conflictos, tanto los no judicializados, como aquellos que se encuentran en procesos jurisdiccionales. La única advertencia es que, quien vaya a practicar la mediación, previamente analice y valore si el conflicto es susceptible de ser mediado. Por lo demás, lo único que se requiere es la voluntad de las partes y un profesional en la mediación, así como los espacios idóneos para practicar dicho proceso.

El derecho a la tutela jurisdiccional comprende el medio por el cual toda persona como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales previamente establecidos para ejercitar un derecho o defensas de sus intereses, con la confianza de que sea atendida a través de procesos que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. Es el derecho fundamental que requiere de un aseguramiento o de una garantía en la Constitución.<sup>6</sup>

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva la Constitución Federal de México lo refiere en el segundo párrafo del artículo 17, consiste en que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla, en concordancia con los diversos 14 que refiere a las formalidades esenciales del procedimiento y 20 apartados B, de los derechos de toda persona imputada y C, de los derechos de la víctima o del ofendido, los

---

<sup>5</sup> Wide, Zulema, D. *Enciclopedia Jurídica Omeba Electrónica*. México 2005.

<sup>6</sup> Isla Colín, Alfredo, "Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías", [alfredoislas.com/#resumen](http://alfredoislas.com/#resumen). Mayo 23 de 2014.

cuales refieren a similares garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su numeral 1 dispone: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

Jesús González Pérez, ha señalado que: *El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.*<sup>7</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que este derecho puede comprender tres etapas, en las que se encuentra implícitos tres derechos: a) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; b) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, c) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.<sup>8</sup>

La garantía a la tutela jurisdiccional la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la ha definido como: *el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten*

---

<sup>7</sup> González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Segunda Ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 27

<sup>8</sup> Época: Décima Época, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro XVIII, Marzo de 2013 Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LXXIV/2013 (10a.), Pag: 882

*ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión*<sup>9</sup>. En la definición citada el máximo tribunal de nuestro país ha resumido lo que ya contempla la Carta Magna en los artículos 14 y 17, respecto al derecho fundamental de acceso de la justicia y el debido proceso. Éste derecho fundamental para que sea garantizado por el Estado, debe estar despojado de todo obstáculo de la índole que sea, para que cumpla con el espíritu de un derecho protector de derecho humano.

En éste contexto, se puede decir que la mediación también se encuentra legitimada dentro del derecho de acceso a la justicia como están reconocidas las vías de acceso a la jurisdicción del estado, como más adelante lo explicaremos.

## II.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: SU JUSTIFICACIÓN EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA.

La aparición de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias ha sido fruto de la evolución del concepto de justicia, que se ha experimentado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de México.

Las exigencias sociales han provocado que los gobiernos implementen desde el interior de los aparatos de justicia, mecanismos para solucionar los conflictos a través de procedimientos alternativos a las etapas procesales y en otros previo al proceso. Son mecanismos útil y eficaz para resolver conflictos que puede tener ventaja en determinados casos frente a la ley: permite soluciones por consenso, que las partes establezcan soluciones creativas, el mantenimiento de la relación e incentivan el sentido de la responsabilidad de las partes.<sup>10</sup> Además,

---

<sup>9</sup> Época: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 42/2007, Pag: 124.

<sup>10</sup> Castillo de Arias, Olga, *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*, Argentina, Astrea, 2003p. 72.

porque de esta participación activa involucrando a las partes en la creación de sus propias soluciones se contribuye a la paz en la comunidad.

En esta reflexión se puede citar que en algunos países de manera privada se están practicando métodos de resolución de conflictos, con intenciones de restablecer otra cultura en la sociedad, como es la cultura de la paz; probablemente devolver la palabra al otro y dejar de judicializar los conflictos donde finalmente resulta una parte vencida y otra vencedora; o probablemente los dos perdedores y la cosa juzgada es solo una verdad construida formalmente con la cual queda concluida la tarea de obtener la paz pública pero no la paz social.

Una premisa<sup>11</sup> fundamental que tiene la aplicación de estas técnicas, supone la participación directa de las personas en la solución de sus conflictos, con lo cual se vuelven corresponsables con la solución que hayan adoptado. Además se trabaja en los ejes fundamentales de vida de las personas como son el respeto, la confianza, la legitimación y el reconocimiento.

Los Mecanismos de Solución de Conflictos también son cauces extra-jurisdiccionales surgidos al margen del proceso y desarrollados algunas veces por órganos no vinculados al poder estatal y otras veces por las mismas instancias estatales, a través de un conjunto de prácticas y técnicas dirigidas a: a) posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas; b) reducir el costo y la dilación con relación al proceso judicial; y c) prevenir los conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales,<sup>12</sup>coadyuvando en la búsqueda de tutela judicial efectiva (justicia).

El origen de los modernos métodos alternativos se ubica claramente en los Estados Unidos de América desde 1970, seguido por Canadá y Australia. Sobresale en este inicio que en 1972 el Servicio de Relaciones de la Comunidad del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, recurrió a la utilización de mediadores para asistir a las partes en conflictos civiles en la comunidad.

---

<sup>11</sup> Martínez de Munguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos, una guía introductoria*, México, Paidós, 1999, p. 39.

<sup>12</sup> Ídem.

En los años 90 se institucionalizan estos métodos, cuando el Congreso de los Estados Unidos de América impuso a todas las cortes federales la implementación y uso de los procedimientos de resolución de conflictos. En 1991, el presidente Bush resolvió mediante la orden ejecutiva 12.278, dirigida a todos los consejeros de litigio federal, que bajo circunstancias apropiadas debían sugerir métodos ADR a las partes privadas y utilizarlos para resolver reclamos contra los Estados Unidos.

En la actualidad los países europeos están practicando estos métodos en la solución y resolución de conflictos. En España trece comunidades autónomas han venido practicando la mediación y la negociación en los conflictos colectivos laborales. Recientemente, el 6 de julio de 2012, en España fue aprobada la Ley Estatal de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Esto ocurre como seguimiento a la Carta Social Europea. Con estos métodos las partes se comprometen a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales, por recomendación también del Parlamento Europeo.

La Carta de Naciones Unidas en su CAPÍTULO VI, refiere al arreglo pacífico de controversias, en el artículo 33 cuando las partes en una controversia lo requieran para mantener la paz y la seguridad internacional que se practiquen la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, etc.<sup>13</sup> así como la Organización Mundial de Comercio, reconoce a estos mecanismos, para la solución de conflictos por ser más flexibles y rápido.

Los métodos alternos de solución de conflictos forman parte de un movimiento planetario que tiene como meta la concreción de la paz.<sup>14</sup> Deben ser observados como formas alternativas, complementarias y auxiliares de la función jurisdiccional a cargo del Estado, que en los países democráticos se hacen

---

<sup>13</sup> Artículo 33. I. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. Carta de ONU.

<sup>14</sup> Hernández Tirado, Héctor, *La argumentación en los proceso de medición*, México, UNISON, Instituto de mediación de México, 2008, p.17.

necesarios para que los ciudadanos puedan hacerse partícipes y responsables de la gestión de sus conflictos, porque la tardanza en las soluciones de las controversias judiciales, también han sido consideradas dentro del lastre de la corrupción, que fomenta la desconfianza, de ahí que para restablecer esa confianza perdida no es menos importante practicar mecanismos en los que las partes sean partícipes de la búsqueda de solución de a sus conflictos.

La presencia de nuevas formas de convivencia ha impulsado al Estado social con nuevas democracias a que prevean en sus constituciones mecanismos para resolver las controversias. Ante la teoría que el derecho no es estático, sino en pleno movimiento, cada día debe observar los problemas derivados de la interacción social de los individuos que ya no se resuelven desde tradicionales sistemas de justicia, sino que debe incorporar otras formas de acceder a la justicia con enfoque abierto e interdisciplinario, como es el caso de la utilidad de los métodos de solución de conflictos.<sup>15</sup>

El proceso jurisdiccional está diseñado para dilucidar la verdad según pruebas válidas y argumentaciones jurídicas, para identificar conductas contrarias a la norma y para dictar una resolución basada en principios de justicia y moral. Esto sin duda se volvió como la regla. Sin embargo, cabe mencionar que no era el único medio para la solución de conflictos, porque desde la época del derecho romano y en su evolución y asimilación en otros regímenes jurídicos podemos comprobar el uso de diferentes vías para la convivencia y arreglo de problemas.<sup>16</sup>

En México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos recoge en el párrafo cuarto del artículo 17, los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución

---

<sup>15</sup> Pérez Fuentes, Gisela M., y Cantoral Domínguez, Karla, "Los principios de la Mediación Civil en México", en Ortega Giménez, Alfonso y Cobas Cobiella, María Elena (Coord), *Mediación en el ámbito civil, familiar; penal e hipotecario, cuestiones de actualidad*, Difusión jurídica, Madrid, 2013, p. 248.

<sup>16</sup> Azar Mansur, Cecilia. *Breviarios Jurídicos. Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Porrúa, 2003, p. 5.

de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley.

De este modo se puede decir que con el reconocimiento constitucional de otros mecanismos para resolver controversias, el proceso jurisdiccional no es solo uno de los medios con lo que cuenta el titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función<sup>17</sup>, pues también puede ofrecer al gobernado otras opciones o vías que permitirán, en determinadas condiciones acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos vulnerados, es precisamente donde entra ese principio de lo alternativo, puesto que se ofrece una alternativa de solución al conflicto de forma procesal ya en espacios privados o en sede judicial, con la supervisión del Estado, bajo principio de respeto y garantía de legalidad; estos causes jurisdiccionales y extrajurisdiccionales no responden a los principios y criterios generales del proceso del Poder Judicial, pues se asientan fundamentalmente en notas de la autonomía de la voluntariedad y la economía.

Crear nuevos paradigmas para solucionar conflictos es el inicio de prácticas de mecanismos que dejen de ser verticales y se inicie con procesos que serán horizontales; donde todas las partes sean reconocidas y legitimadas; en los que se trabaje con el conflicto presente y las situaciones futuras; con proceso menos rígidos y más eficaces, como son la negociación, la conciliación o la mediación que intentan alejarse del tecnicismo jurídico para atender a los intereses de las

---

<sup>17</sup> Blanco Carrasco, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de solución de conflictos, una visión jurídica*, REUS, Madrid, 2009, p. 11.

partes y su relación a futuro; en donde la participación de los protagonistas no sea compleja, sino dinámica para que ellas indiquen la resolución de la disputa.

Las metas comunes de los mecanismos alternativos de solución de conflictos son: el mejoramiento del tejido social mediante relaciones de tolerancia, con apertura de canales para la participación de las minorías en un ambiente de verdadera democracia. También la generación de procesos que transformen conductas belicosas o violentas de la tradicional pedagogía del resentimiento y malestar en otras conductas pacíficas y de respeto por los derechos humanos.

Igualmente, es característico de estos métodos que las partes identifican la atribución del enfrentamiento esbozando soluciones; convirtiéndose en reguladoras de sus conflictos; generando reflexiones y espacios de convivencia para la paz; consolidando principios relacionales con criterios de equidad, tolerancia, respeto y una oportunidad invaluable: la vuelta al cumplimiento espontáneo de sus obligaciones, deberes, y responsabilidades en vez de mantenerse en la posición tradicional de buscar al culpable.

En consecuencia, al gozar los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias entre ellos la mediación de la misma dignidad del acceso a la jurisdicción del Estado, se debe garantizar la práctica de los mismos por Estado.

### III. LA MEDIACIÓN Y LOS PROCESOS JURISDICCIONALES (JUICIO)

Como lo dejamos sentado en el primer tema abordado en esta participación la mediación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, proceso mediante el cual las personas atrapadas en un conflicto del que no saben salir por si mismas, acuden a la ayuda de un tercero profesional voluntariamente, para las la guie y puedan alentar entre ella acuerdos que los favorezca mutuamente, sin que el tercero le imponga las soluciones.

Un rasgo característico observado en el estudio que se ha venido haciendo de estos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, es que otorgan a las partes involucradas cierto protagonismo y una participación que el procedimiento

judicial no les ofrece. Esto obedece a que las reglas son flexibles y no preestablecidas por procedimientos rigurosos como ocurre en los juicios o procesos jurisdiccionales, las partes son gestoras del avance del procedimiento de solución del conflicto, de manera que ellos se hacen dueños del tiempo y la forma como lo quieren solucionar

Ponerse de acuerdo es uno de los objetivos de la mediación, entendida ésta como un procedimiento voluntario, informal, confidencial e integrador, a través de la cual un tercero imparcial y neutral interviene para ayudar a las partes en conflicto a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio o al menos aceptable para ellos.<sup>18</sup> La única advertencia es que, quien vaya a practicar la mediación, previamente analice y valore si el conflicto es susceptible de ser mediado.

Los aspectos generales y característicos de la mediación y el proceso jurisdiccional (juicio), de manera enunciativa que podríamos identificar son que:

En la Mediación: presenta un contexto más flexible para la conducción de disputa; sí existe un tercero (el mediador); es un proceso voluntario; prevalece la confidencialidad; los acuerdos son consensuados; el mediador no propone, excepto en cuestiones laborales; el proceso se dirige a través de un orden preestablecido por las propias partes.

Se distinguen además por ser un método de carácter, ágil, pronto, económico y justo. Porque además las partes en el conflicto se vuelven partícipe de la creación del procedimiento, a través del cual ellos mismos construyen sus acuerdos, siendo únicamente asistidos por el tercero. De la misma manera, se vuelven los responsables del cumplimiento de sus propios acuerdos.

La imparcialidad del tercero debe ser congruente con las características a emplear en cada proceso; no tomar partido, ni en favor ni en contra de ninguna de las partes. Su comportamiento debe ser claro en el sentido de no favorecer a ninguna parte en detrimento de la otra y de reconocer los argumentos e intereses de cada una, así como la oportunidad de expresarlos. Es auto-compositivo.

---

<sup>18</sup> Wide, Zulema, D. *Enciclopedia Jurídica Omeba Electrónica*. México 2005, bibliográfica Omeba.

En el juicio: en este método las partes renuncian a encontrar una solución entre ellas; el procedimiento está establecido conforme a la ley que regula la materia; la resolución la emite un tercero (el juez) en base a la interpretación de la norma jurídica; la decisión tomada por el tercero es vinculante e impositiva, no se considera la voluntad de las partes, por lo general la resolución que pone fin al juicio determina un ganador y un perdedor, no se trabaja con las personas sino solo con el conflicto.

La imparcialidad del tercero debe ser congruente con las características a emplear en cada proceso legal; no tomar partido, ni en favor ni en contra de ninguna de las partes. Su comportamiento debe ser claro en el sentido de no favorecer a ninguna parte en detrimento de la otra y de ajustarse a los argumentos y pruebas aportadas por cada una de las partes, es un proceso hetero-compositivo.

Los principios rectores y más representativos de la mediación como un mecanismo alternativo de solución de controversias que tanto en la doctrina como en las legislaciones se encuentran son:

I.- Voluntariedad: la participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;

II. Confidencialidad: la información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada;

III. Flexibilidad: la mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;

IV. Neutralidad: los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados que puedan influir en la toma de decisiones;

V. Imparcialidad: los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;

VI. Equidad: los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;

NEOPROCESALISMO

VII. Legalidad: la mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres;

VIII. Economía: el procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal; IX. Consentimiento Informado: consiste en la comprensión de las partes sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias, las características de cada uno de los procedimientos, la importancia de los principios, los compromisos inherentes a su participación y el alcance de los acuerdos; y,

X. Intervención Mínima: consiste en el deber del especialista de realizar las actividades estrictamente indispensables para que las partes avancen y, en su caso, logren la solución de sus controversias.

En los juicios, sus características más representativas son:

- I. Que no son voluntarios;
- II. Son rígidos;
- III. No son confidenciales, pues todo lo que las partes expresan es público;
- IV. Son procesos preestablecidos;
- V. Son procesos más costosos;
- VI. Las resoluciones son coercitivas y vinculantes;
- VII. Es el juez que impone la solución.

El gran auge que ha venido teniendo este mecanismo de resolución de conflicto se debe a que los acuerdos son más duraderos. Posiblemente porque durante el trabajo de gestión del conflicto las partes no solamente trabajan al exterior de sus posiciones e intereses y necesidades, sino también en la construcción interior de tolerancia y confianza de la propia persona.

## CONCLUSIONES

Primera. Ante las transformaciones sociales y democráticas que vive la sociedad, los procesos y las instituciones que se ocupan de la procuración e impartición de la justicia también se tienen que transformar, para garantizar el acceso al derecho humano como es el de impartir justicia a los gobernados bajo los principios de justicia pronta, completa, expedita y gratuita; sin embargo, como estos postulados

humanos no se cumplen surge la necesidad social de acudir a esbozar el abanico de otros medios distintos a las formas tradicionales de acceder a la justicia que había sido el aparato jurisdiccional.

Segunda. Los causes jurisdiccionales son los proceso previamente establecidos en un código o ley procesal, son métodos institucionalizados sujetos a término y reglas predeterminadas, sin que las partes pueda acordar o interponer su voluntad para flexibilizarlos ( el monopolio de estos los tiene el Estado); en cambio al practicar los mecanismos alternativos de solución de controversias entre ellos la mediación que los causes extrajurisdiccionales, pueden ser practicados por las partes al margen del proceso o fuera de procesos, en los que impera la voluntariedad de las partes en la construcción y desarrollo del proceso y los acuerdos, desarrollados por órganos algunas veces vinculados al poder estatal y otras veces por particulares profesionales expertos en la practicas de mecanismos de solución de controversias, autorizados y supervisados por el Estado para dicho ejercicio.

Tercera. La practica de la mediación en la solución o resolución de controversias queda legitimado que es un mecanismo de acceso a la justicia con la misma dignidad que los mecanismos de jurisdicción del Estado (juicio) y por lo tanto, debe garantizarse el acceso y la practica de la misma para que los gobernados tengan opciones para elegir bajo que mecanismo de acceso a la justicia dirimirán sus controversias.

### REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

AZAR MANZUR, Cecilia, *Breviarios Jurídicos, Mediación y Conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Porrúa, 2003, 95 p.

BARUCH BUSH, Roberto A., FOLGER, Josephp, *La Promesa de la Mediación*, Argentina, Granica, 1994, 405 p.

BLANCO CARRASCO, Martha, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009, 399 p.

CALCATERRA A. Rubén, *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006, 361 p.

CASTILLEJO DE ARIAS, Olga, *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*, Argentina, Astrea, 2003, 157 p.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., Real Academia Española, Espasa, 2001.

HERNÁNDEZ TIRADO, Héctor, *La argumentación en los procesos de mediación*, Hermosillo, Sonora, UNISON: Instituto de Mediación de México, 2008, 71 p.

ISLA COLÍN, ALFREDO, "Derechos humanos, derechos fundamentales y garantías", [alfredoislas.com/#resumen](http://alfredoislas.com/#resumen). Mayo 23 de 2014.

ISLAS COLÍN, Alfredo, CORNELIO LANDERO, Eglá, *La mediación en México ante los conflictos en materia penal: a nivel nacional y estados de la república*, Foro Mundial de Mediación, Vol. I, Valencia, España, Ps. 19-22.

MARTÍNEZ DE MUNGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos una guía introductoria*, México, Paidós 1999.

MOORE, Christopher, *El Proceso de Mediación*, Argentina, Granica, 1995, 511 p.

MONTOYA MELGAR, Alfredo y GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P., "La mediación en el ámbito laboral", en Carabante Muntada, José María (Coord.), *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, España, Netbiblo, 2010, 368 p.

PÉREZ FUENTES, Gisela M., y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, "Los principios de la Mediación Civil en México", en Ortega Giménez, Alfonso y Cobas Cobiella, Maria Elena (Coord), *Mediación en el ámbito civil, familiar; penal e hipotecario, cuestiones de actualidad*, Difusión jurídica, Madrid, 2013,

REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, Paidós, 2007, 332 p.

- SANTOR SALCEDO, Helena, *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, LA LEY, Madrid, 2006, 534 p.
- SILVA, Carlos De. *El Arbitraje: Consideraciones Constitucionales*. Transcripción de conferencia impartida en el Seminario de Arbitraje Comercial ITAM/CAM 1998, Biblioteca privada del Centro de Arbitraje de México (CAM).
- SUÀRES, Marinés. *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós, 2002, 309 p.
- W. MOORE, Christopher. *El proceso de mediación*. Buenos Aires, Argentina, Granica, 1995, 511 p.
- WIDE, Zulema D. Enciclopedia Jurídica Omeba Electrónica. México 2005, bibliográfica Omeba.
- WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Argentina, Abeledo-perrot, 1995, 135 p.

**Negociación y mediación comunitaria como mecanismos alternativos en la solución de conflictos indígenas**

Francisca Silva Hernández<sup>1</sup>

**RESUMEN**

México es un país con una amplia diversidad, en el que están asentados sesenta y dos pueblos indígenas, con trescientos sesenta y cuatro variantes lingüísticas, en sesenta y ocho agrupaciones y familias, representando un aproximado de seis millones de indígenas. Los cuales viven alteraciones y afectaciones a la diversidad de sus usos, costumbres y tradiciones a través de sus recursos naturales; lo que suscita situaciones de conflicto latente y manifestado en ocasiones en violencia. La negociación y mediación comunitaria representan una vía alterna para la posible solución a los conflictos en los pueblos indígenas.

**ABSTRACT**

Mexico is a country with a wide diversity in sixty-two indigenous peoples are accented with three hundred sixty-four language variants, in sixty-eight groups and families, representing approximately six million indigenous who live changes their habits, customs and traditions through its natural resources, which ends in conflict, usually expressed in violence. Community mediation and negotiation represent an alternative pathway for a possible solution to the conflicts in indigenous peoples.

**PALABRAS CLAVE**

Pueblos indígenas, conflicto, negociación, mediación comunitaria.

**KEYS WORD**

Indigenous peoples, conflict, negotiation, community mediation.

**SUMARIO**

*Introducción. I. Pueblo indígena y conflicto. II. Negociación. III. Mediación comunitaria. Conclusión.*

---

<sup>1</sup> Doctorante del Programa en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos con reconocimiento del PNPC de CONACYT.

## **Introducción.**

El conflicto es inherente al ser humano, el medio que se tenga o busque para hacerle frente hará la diferencia de su proceso en el contexto en que se encuentre ya sea de forma individual o colectiva, sin embargo en lo que a los pueblos indígenas de México respecta, el daño ocasionado a su ambiente o recursos naturales ha suscitado una serie de conflictos y enfrentamientos que son de índole particular y colectiva.

Los pueblos y comunidades indígenas de México, se manifiestan como un todo con estrecha vinculación a sus tierras, el daño que ocasione un externo a su ambiente trae consigo factores detonantes de enfrentamiento, debido a que se sienten amenazados con posibles pérdidas o destrucción de su hábitat.

Por lo que en el primer apartado nos aproximamos a las definiciones de que es un pueblo indígena, asimilamos la representación social que tienen sus usos y costumbres a través de sus recursos naturales, se manifiesta que la alteración o pérdida de su hábitat propicia de forma directa e indirecta la pérdida de su cultura violando los derechos humanos que tienen los pueblos indígenas.

Ante esta situación, se propone en el apartado dos y tres que la participación activa de los pueblos indígenas se manifieste a través de los mecanismos autocompositivos de negociación y mediación comunitaria considerando como eje principal que las partes involucradas son las que toman la decisión, su posible solución del conflicto así como alcanzar acuerdos reales y operacionales de acuerdo a las necesidades del pueblo indígena que beneficien de forma particular y colectiva a dicha población.

## **I. Pueblo indígena y conflicto.**

Las Naciones Unidas<sup>2</sup> señala que son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

Los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.<sup>3</sup>

El Convenio 169 de la OIT, describe pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial: a los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país 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. Antepone que la conciencia

---

<sup>2</sup> Departamento de asuntos económicos y sociales. División de Política Social y Desarrollo. Secretaría del foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Seminario sobre recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004) El concepto de pueblos indígenas. Véase: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop\\_data\\_background\\_es.htm](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background_es.htm)

<sup>3</sup> La definición y descripción de que es un pueblo indígena y comunidad indígena son retomados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de su identidad indígena o tribal como criterio fundamental para determinar los grupos.

A nivel global de acuerdo a las Naciones Unidas<sup>4</sup> existen por lo menos 5.000 grupos indígenas compuestos de unos 370 millones de personas que viven en más de 70 países de cinco continentes. En México de acuerdo a la Secretaría de Gobernación<sup>5</sup> se reconoce de manera oficial como culturalmente diverso desde 1992; la diversidad de este país se basa en la coexistencia de múltiples pueblos indígenas, que se distinguen por sus diferentes formas de pensar, de actuar y de representar el mundo.

En el caso de México, existen 62 pueblos indígenas, con 364 variantes lingüísticas, en 68 agrupaciones y familias; el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) identificó la existencia de 11 familias lingüísticas indoamericanas que tienen presencia en México con al menos una de las lenguas que las integran, 68 agrupaciones lingüísticas correspondientes a dichas familias; y 364 variantes lingüísticas pertenecientes a este conjunto de agrupaciones.

Los 62 pueblos indígenas que integran el país, representan el 10% de la población, de ese diez por ciento son poco más de 6 millones de indígenas que viven en los 655 municipios con más del 40% de población indígena que hay en el país.

Cabe hacer mención que de acuerdo al informe sobre la situación de los pueblos indígenas del mundo 2014, los índices de pobreza entre los indígenas son mucho más altos que entre el resto de la población en varios países de América Latina: Paraguay 7.9 veces; Panamá 5.9 veces; México 3.3 veces; y Guatemala 2.8 veces. Lo que conlleva a una serie de factores sociales que denoten en altos índices de pobreza, discriminación y sobre todo abuso hacia su bienestar individual y colectivo, principalmente en aspectos de explotación y uso de su tierra, alteración de su medio afectando su cultura, costumbres y formas de vida que suscitan cambios sociales, en su mayoría negativos para la población.

---

<sup>4</sup> Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Del 12 al 23 de mayo de 2014. Sede de la ONU, Nueva York). Recuperado de: <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/> Fecha de consulta: 25 de marzo de 2014

<sup>5</sup> Presidencia de la República. "5 datos sobre los pueblos indígenas en México". Recuperado de: <http://www.presidencia.gob.mx/5-datos-sobre-los-pueblos-indigenas-en-mexico/> Fecha de consulta: 23 de marzo de 2014

A pesar que los pueblos indígenas tienen marcos jurídicos internacionales, nacionales y locales referentes a la protección de los recursos naturales, existe un aspecto fundamental que suscita en su mayoría el conflicto entre los pueblos indígenas y la otra parte, que pueden ser compañías, empresas particulares y/o el propio Estado; ese aspecto es el derecho de los ciudadanos indígenas de la participación activa en la utilización, administración, conservación, decisión de las soluciones a sus conflictos, así como el diseño y participación en las políticas públicas que les atañen.

En caso de hacer participe a la población estos tienen el derecho a ser beneficiados a través de diversos medios con el aprovechamiento que hacen de sus recursos.

Hoy día las afectaciones que viven los pueblos indígenas son los referentes a sus recursos naturales<sup>6</sup>, lo que suscita alteraciones en su forma y estilo de vida, es decir la dinámica de cambio es tan constante que aspectos de su cultura, usos y costumbres se han ido perdiendo.

Derivado de lo anterior observamos que el conflicto se mantiene de forma competitiva y no cooperativa, es decir, nos falta desarrollar y establecer una cultura visualizando el conflicto de forma positiva, para ello cito a Johan Paul Lederach<sup>7</sup>, quien ve el conflicto como un fenómeno de relación humana, ubicada de forma natural en las relaciones; capaz de transformar los acontecimientos, las relaciones en las que tiene lugar e, incluso, a sus propios creadores; es un elemento en la construcción y reconstrucción humana transformadora de la organización de las relaciones sociales; este autor integra tres aspectos fundamentales: el poder, la identidad y la comunicación; bajo un esquema multidimensional y/o multicentralidad fundado en la responsabilidad.

---

<sup>6</sup> Pueblos indígenas en situación de conflicto por daño a los recursos naturales véase: en el Estado de Tabasco afectación al pueblo indígena de Oxiacaque en el municipio de Nacajuca por el pozo terra 123 <http://www.tabasco.gob.mx/tags/oxiacaque>. Véase: La afectación a la tribu Yaqui, pueblo indígena del Estado de Sonora <http://www.cemda.org.mx/el-acueducto-independencia-amenaza-la-sobrevivencia-del-pueblo-yaqui/>; <http://www.redpolitica.mx/estados/yaquis-culpan-grupo-mexico-por-derrame-en-rio-sonora>; <http://frentedepueblosindigenas.org/comunicado/dictamen-preliminar-tribunal-permanente-de-los-pueblos-capitulo-mexico-preaudiencia-“devastacion-ambiental-y-derechos-de-los-pueblos-en-el-valle-de-lerma”/>

<sup>7</sup> Entrevista: <http://www.rtve.es/m/alcarta/videos/para-todos-la-2/para-todos-2-ong-fundacio-per-pau-john-paul-lederach/976315/?media=ive> Fecha de consulta: 20 de marzo de 2014. Véase: Lederach, John Paul. Desafíos y alternativas en la construcción de la paz. En “La Revista”, año II, nº 4, Mediadores en Red, Mendoza, octubre de 2003.

Johan Galtung<sup>8</sup>, manifiesta que necesitamos transformar y trascender el conflicto; transformar su origen, raíces, actitudes, trascendiendo con soluciones creativas proyectando un futuro constructivo y positivo.; su tesis fundamental es que las culturas y las estructuras violentas no se pueden solucionar mediante la violencia, pues ello llevaría a nuevas estructuras violentas y además reforzaría una cultura bélica. La forma de romper ese círculo vicioso es anteponer una cultura y una estructura de paz donde existan los mecanismos necesarios para solventar los conflictos por medios no violentos.

## **II. Negociación.**

Frente al difícil y dramático escenario de los pueblos y comunidades indígenas en México, uno de los retos que se continúan enfrentando son las consecuencias de las injusticias históricas, discriminación, marginación, desplazamiento forzoso, desarrollo, despojo de las tierras y recursos naturales. Un mecanismo que existe y en el que se han ido manejando es la negociación, sin embargo, se propone una negociación basada en el ganar/ganar, para ello se presentan las siguientes definiciones de este mecanismo alterno:

Carles Mendieta Suñé<sup>9</sup> escribe la negociación es el proceso en el que dos o más partes, con cierto grado de poder, con intereses comunes y en conflicto, se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas con el objetivo de llegar a un acuerdo.

Negociación es el acto de negociar "... es una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando usted y la otra persona tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos".<sup>10</sup>

El método de Fisher-Ury<sup>11</sup>, es manejada por interés en la que plantea separar a las personas del problema; concentrarse en los intereses y no en las posiciones, generar múltiples alternativas y posibilidades de acuerdo antes de decidirse e insistir en que el resultado esté basado en algún criterio objetivo.

<sup>8</sup> Galtung, J. y otros. *Searching for peace: the road to trascend*. Londres, Pluto Press, 2000.

<sup>9</sup> Mendieta Suñé, Carles. *Técnicas avanzadas de negociación*. Barcelona, curso on-line de la Universidad de Barcelona, 2002, p. 9.

<sup>10</sup> Fisher, Roger, William Ury y Bruce Patton. *Obtenga el sí*. 2a. ed., México, CECSA, 2003, p. 15

<sup>11</sup> Véase: Fisher, Roger. *Getting to yes: negotiation agreement, without giving in* / Roger Fisher and William Ury. Boston, ed. Houghton Mifflin, 1981. Fisher, Roger. *Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder* / Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton editor. 2 ed. México, CECSA, 1994. Fisher, Roger, William Ury and Bruce Patton (1995) *SI... ¡DE ACUERDO!* Bogotá, Grupo Editorial Norma.

## NEOPROCESALISMO

La negociación cooperativa<sup>12</sup> se trata de identificar los reales intereses de las partes, y conciliar los comunes. Se considera que todo conflicto involucra por lo menos a dos partes, y que la solución no puede surgir a “expensas de...”

En la negociación se procura buscar las posiciones en forma gradual hasta lograr llegar a un punto central de los intereses aceptables para todos, se considera que para tener mayor grado de éxito la negociación debe ir siendo progresiva, en la que la relación vaya siendo duradera, con el objeto de que los acuerdos que se puntualicen no se rompan antes del período acordado entre ambas partes.

Las estrategias a utilizar en este mecanismo son la distributiva e integradora, basadas en la cooperatividad, visión de ganar-ganar, expandir las posibilidades en ambas partes, permanencia de la relación en corto, mediano y largo plazo.

De acuerdo a la escuela de Harvard, experta en negociación existen los siguientes siete elementos que deben integrar esta alternativa:

Las cosas que quieres:

- Intereses
- Legitimidad
- Relación entre las partes

Medios para alcanzar lo que se quiere

- Alternativas
- Opciones

Acuerdos

- Compromisos

Proceso

- Comunicación

Es necesario que el negociador conozca del caso, tenga habilidad en identificar los intereses de ambas partes, establezca variedad de opciones para el acuerdo, entable una comunicación y logre mantenerla, sea capaz de comunicar los intereses y límites de las partes. Con ello el proceso de la negociación versará en un ambiente simple y eficiente, bajo una comunicación efectiva, con opciones creativas, creando soluciones legítimas y manteniendo una relación positiva en el tiempo. El acuerdo en este mecanismo es importante ya que en

---

<sup>12</sup> Suares, Marínés. *Mediación*. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 41

la situaciones de los pueblos indígenas la población espera que los acuerdos logrados se cumplan en el tiempo y espacio estimado; por lo que deben de ser estructural y sistemáticamente bien planeados, comprensibles, realistas y sobre todo que sean operacionales en el contexto de cada pueblo indígena.

### **III. Mediación comunitaria.**

La mediación es un sistema autocompositivo que fortalece e incrementa la autonomía de la voluntad y respeto de las partes involucradas; Folberg y Taylor<sup>13</sup> la describen como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de un mediador o co-mediador, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

En el grupo de conflictos comunitario, se ubican los conflictos que se suscitan en las relaciones interpersonales en cuanto a las distintas formas de asociarse, de convivir y de participar del espacio urbano, en las que la permanencia del vínculo entre las partes es un factor preponderante. Los conflictos de la comunidad son aquellos de interés público, por el número de actores y de intereses involucrados o por la repercusión que tienen en el conjunto social o en una comunidad en particular.<sup>14</sup>

La mediación comunitaria concibe la reconstrucción de la convivencia de vínculos sociales a partir de la participación voluntaria y activa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos que les atañe, mediante el respeto y la aceptación legítima de sus opiniones e intereses por el simple hecho de ser personas y de ser ciudadanos.

Este mecanismo se dirige a los conflictos que se producen por el hecho de compartir, de manera diversa, el espacio, los servicios, las relaciones, las responsabilidades y los desafíos.

Es importante destacar que bajo este mecanismo autocompositivo, se presupone de una resolución y reconciliación, en la primera a través de cambios relacionados mediante un proceso y/o comportamiento, algún tipo de

---

<sup>13</sup> Folberg, J. y Taylor, A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997, p. 27.

<sup>14</sup> Alejandro Marcelo Nató, María Gabriela Rodríguez Querejazu. Liliana María Carbajal. *Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*. Centro Internacional de Estudios sobre Democracia y Paz Social. México 2005, p. 82

## NEOPROCESALISMO

restauración del daño de forma económica, de servicios, tiempo o bienes, así mismo puede ser una disculpa y/o aceptación de una explicación. En cuanto a la reconciliación la restauración supone de funcionalidad horizontal de las relaciones entre las partes.

La mediación comunitaria se enfoca en la resolución en vez de un castigo o sanción, rescatando la relación entre las partes y no arojándola, permite que los intereses sean identificados y entendidos mediante la equidad, propiedad y confianza en el proceso, incrementando la probabilidad de un acuerdo satisfactorio y eficacia de su implementación.

Tiene como objetivo, solucionar conflictos existentes para obtener un acuerdo constitutivo de nuevas relaciones y reglas sociales; los valores intrínsecos a ella son la voluntariedad, horizontalidad, pluralismo, sostenibilidad, legitimidad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad; dirigiéndose a través de un procedimiento verbal, flexible y adaptable a las necesidades de los involucrados.

### **Conclusión.**

Los pueblos indígenas en México son un grupo vulnerable y susceptible de violación a sus derechos humanos, la forma de atender y solucionar los conflictos que se susciten de estas violaciones a través de los mecanismos alternativos de negociación y mediación comunitaria será un eje fundamental para el reconocimiento, legitimación y participación activa de los indígenas.

Recalcando la importancia de un entorno cooperativo e integrador que facilite el logro de los acuerdos y el reconocimiento jurídico de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas en un escenario transversal y participativo.

La contribución y el diálogo serán los medios para suscitar un escenario que se beneficie de bienestar y sostenibilidad, reconstruyendo y restaurando su cultura, prioridades y perspectivas de identidad.

Aunado a lo anterior, el sentido de responsabilidad social acrecentará en ambas partes, no se trata entonces de ideas contrapuestas, el fin es ceder para ganar, pero en este proceso se requiere de la voluntariedad de los involucrados así como la habilidad del negociador y mediador para llevar el proceso de forma neutral e imparcial.

## Referencias

- Alejandro Marcelo Nató, María Gabriela Rodríguez Querejazu. Liliana María Carbajal. Mediación Comunitaria. *Conflictos en el escenario social urbano*. Centro Internacional de Estudios sobre Democracia y Paz Social. México 2005.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz. Secretaria General de Naciones Unidas. Nueva York, septiembre de 2012.
- El concepto de pueblos indígenas. Departamento de asuntos económicos y sociales. División de Política Social y Desarrollo. Secretaría del foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Seminario sobre recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004).
- Fisher, Roger, William Ury y Bruce Patton. *Obtenga el sí*. 2a. ed., México, CECSA, 2003.
- Folberg, J. y Taylor, A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Del 12 al 23 de mayo de 2014. Sede de la ONU, Nueva York). Recuperado de: <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/> Fecha de consulta: 25 de marzo de 2014
- Galtung, J. y otros. *Searching for peace: the road to trascent*. Londres, Pluto Press, 2000.
- Presidencia de la República. "5 datos sobre los pueblos indígenas en México". Recuperado de: <http://www.presidencia.gob.mx/5-datos-sobre-los-pueblos-indigenas-en-mexico/> Fecha de consulta: 23 de marzo de 2014
- Lederach, John Paul. Desafíos y alternativas en la construcción de la paz. En "La Revista", año II, nº 4, Mediadores en Red, Mendoza, octubre de 2003.
- Mendieta Suñé, Carles. *Técnicas avanzadas de negociación*. Barcelona, curso *online* de la Universidad de Barcelona, 2002.
- Moro González, Rosa del Mar. Pueblos ondigenas y Derechos Humanos; ¿Derechos individuales y/o colectivos? España, Eikasia. Revista de Filosofía, año III, 14 (noviembre 2007). <http://www.revistadefilosofia.org>
- Suares, Marinés. *Mediación*. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996.

## **MEDIACIÓN FAMILIAR E INTERGENERACIONAL: ADULTOS MAYORES.**

Vanessa Sigero Torres.  
vanessa\_abogada13@Hotmail.com

### **SUMARIO**

- a) Mediación**
- b) Mediación familiar e intergeneracional**
- c) Adultos mayores**

### **ABSTRAC**

The aging population worldwide is affecting all levels of society: politically, economically and culturally. So, it is especially important to pay attention to the conflicts that arise as a result of this social change. Family and intergenerational mediation are tools that help us prevent and resolve conflicts where there are older adults involved, provides them spaces where they can be heard, and gives them the opportunity to be empowered to face the daily challenges they are exposed to.

**KEYWORDS: MEDIATION, AND BETWEEN GENERATIONS FAMILY MEDIATION, SENIORS**

### **RESUMEN**

El envejecimiento de la población a nivel mundial, está afectando todos los niveles de la sociedad: política, económica y culturalmente. Por lo que es de especial importancia prestar atención a los conflictos que se presentan como consecuencia de dicho cambio social. La mediación familiar e intergeneracional son herramientas que nos ayudan a prevenir y solucionar conflictos donde se vean involucrados los adultos mayores, los provee de espacios donde pueden ser escuchados, y les brinda la oportunidad de ser empoderados para que enfrenten las dificultades diarias a las que están expuestos.

**PALABRAS CLAVES: MEDIACIÓN, MEDIACIÓN FAMILIAR E INTERGENERACIONAL, ADULTOS MAYORES.**

El envejecimiento de la población constituye uno de los cambios demográficos más importantes del siglo XXI. Por primera vez en la historia, la humanidad alcanzará un punto en el que en el mundo habrá menos niños y niñas que personas de edad.

A nivel mundial, aproximadamente 700 millones de personas, es decir, un 10% de la población mundial, tiene ya más de 60 años. Para 2050, este porcentaje se duplicará, alcanzando el 20%, es decir, 2.000 millones de personas. Todas las regiones del mundo se enfrentarán a este aumento de acuerdo a las siguientes estimaciones:

- El aumento más rápido tendrá lugar en África, donde según las proyecciones para 2050, el número de personas de 60 años o más será de 215 millones, es decir el cuádruple de las cifras actuales, con lo que el porcentaje de las personas de edad respecto al total de la población, que era del 5% en 2010, se duplicará hasta llegar al 11% en 2050.
- Aunque la población de Asia Occidental sigue siendo joven, el envejecimiento de la región se ha acelerado. Según las proyecciones, su población de 60 años o más se cuadruplicará en los próximos 40 años, para alcanzar los 69 millones, es decir, un 19% de la población total para 2050.
- En la región de Asia y el Pacífico, en 2010, vivía el 59% de la población mundial de personas de edad. Se calcula que su número se triplicará en los próximos 40 años, pasando de 414 millones en 2010 a 1.250 millones en 2050, es decir, de un 10% a un 24% de la población total.
- En América Latina y el Caribe se registran tendencias similares donde la proporción de personas de 60 años o más se duplicará con creces entre 2010 y 2050, pasando de un 10% a un 25%, para llegar a 188 millones de personas.

- Europa tenía la población de mayor edad de todas las regiones en 2010, y se espera que su número llegue a 236 millones para 2050. La región europea seguirá teniendo la población de mayor edad del mundo, pues las proyecciones indican que su proporción aumentará hasta el 34% en 2050.<sup>1</sup>

En la presente investigación nos situaremos en América Latina, concretamente en México, pues, según el Instituto de Estadística Nacional y Geografía, el número de personas adultas mayores (60 y más años de edad), ha incrementado en los últimos 20 años (1990-2010), de un 16% a un 31%<sup>2</sup>, por lo que ante la problemática que estamos viviendo actualmente, es de vital importancia emprender acciones tendientes a mejorar la calidad de vida de los adultos mayores, y su integración al desarrollo económico, político y cultural del país. Por lo que en este sentido y contribuyendo a esa mejoría, la mediación familiar es una herramienta, que nos da una nueva visión para prevenir conflictos entre los adultos mayores y sus familiares o cuidadores, pues nos provee de espacios para ser escuchados, y nos proporciona diversas técnicas para resolver los dificultades que se presentan en la vida diaria. Y sobre todo que brinda a los adultos mayores la oportunidad del empoderamiento, y genera canales de comunicación efectiva, evitando con ello que tengan que recurrir a procesos judiciales tardados y costosos, por lo que consecuentemente el adulto mayor podrá tomar decisiones por si solo en algunos casos en los que se vea envuelto, por la situación de dependencia en que se encuentre.

La primera parte de mi trabajo de tesis, provee un panorama general del proceso de la mediación, el concepto, sus principios y características, así como los modelos de mediación, y sus facetas o etapas. Se desarrollará una explicación

---

<sup>1</sup><http://www.un.org>. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2012/51, 2012). Consultado el día 10 de octubre de 2014.

<sup>2</sup><http://www.inegi.org.mx>. Consultado el día 10 de octubre de 2014.

teórica de los modelos y paradigmas que han marcado el contexto de la labor del mediador, modelos que articulan determinadas estrategias y tácticas en el marco de actuación del mediador y que precisamente es lo que hace que no todos entiendan la mediación y sus objetivos de la misma manera, los modelos a los que me refiero son: Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994), Modelo Tradicional-Lineal (Fisher y Ury, 1989), Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb, Modelo de Carnevale (1986) y por último el Modelo de Contingencias Estratégicas.<sup>3</sup>

El segundo capítulo, se analiza el tema de la mediación familiar e intergeneracional, el marco de aplicación, antecedentes y objetivos, tipos de problemas que pueden ser abordados con la mediación familiar e intergeneracional, y las fases y técnicas de la mediación familiar e intergeneracional.

Según Sergio Cerezo Gómez, citando a Calder<sup>4</sup>: estas mediaciones en las que se dirimen aspectos referidos a personas mayores presentan unas características que conviene analizar:

1.- Enfrentarse con el envejecimiento de los padres representa una etapa de crisis tanto por lo que supone de pérdida de referentes, como por el cambio de roles generacionales: esta etapa coincide en muchos casos para la generación intermedia, con la independización de los propios hijos, (período que algunos autores denominan como “nido vacío”) por lo que experimentan una doble pérdida. Además les supone la constatación de que ellos también están en el camino hacia este proceso de envejecimiento. El enfrentamiento con estos sentimientos y necesidades se resolverá de manera muy diferente en función de cómo ha sido la

---

<sup>3</sup> De Diego Vallejo, Raúl y Guillen Gestoso, Carlos., Mediación, Proceso, tácticas y técnicas. 3ª ed, Madrid, Piramide, 2010, pp 58-60.

<sup>4</sup> Cerezo Gómez, Sergio, Revista de Trabajo y Acción Social, Número 52, 2013, pp 133-165.

relación familiar en el pasado, de los vínculos afectivos con los padres, de las relaciones que mantienen los hermanos entre sí y también de las disponibilidades económicas de cada unidad familiar.

2.- Las discusiones acostumbran a ser entre hermanos, pero detrás aparecen conflictos familiares no resueltos que pueden remontarse a épocas muy lejanas: celos, de envidias, de suposición de tratos preferentes hacia uno de los hermanos, que permite a los demás autoexcluirse de las propias obligaciones respecto a sus progenitores.

3.- En la mayoría de ocasiones cuando llegan a mediación ya ha habido una larga trayectoria de discusiones familiares sobre cómo manejar la situación y a menudo la persona anciana puede presentar una necesidad inminente de atención.

4.- A menudo surge polémica entre profesionales en relación a si hay que incluir a los padres en el proceso de mediación o bien si es únicamente un tema que tendrán que solucionar los hijos. En algunos casos se opta por una sesión conjunta con los ancianos para que puedan manifestar sus necesidades y deseos y una final cuando ya se han tratado los puntos más conflictivos, con el objetivo de informarles de las alternativas de manera que puedan implicarse en la redacción definitiva de los acuerdos.

En el tercer capítulo está dedicado a los adultos mayores, su concepto, como se le percibe en los diferentes ámbitos; Pues envejecer en América Latina significa vivir en una situación de discriminación, inseguridad de su futuro próximo, incertidumbre y vulnerabilidad. Cuando debía ser todo lo contrario, ya que un adulto mayor, sea que se trate de hombres o mujeres, tiene ya un camino recorrido y toda la experiencia de la vida, y tan solo por ese hecho se les debe respetar.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> <http://www.senama.cl/>. Seminario de los derechos del adulto mayor en Chile. Consultado el día 10 de octubre.

Los mayores tienen esa riqueza de vida, pero a la vez esa fragilidad que implica que uno se mueve más lento, que tiene una serie de cosas fisiológicas que lo complican. Nos cuesta convivir con un entorno, que de repente, es agresivo a nosotros, a nuestros pasos, a nuestros tiempos. Muchos han crecido en familias que se daban las tres generaciones; ahora no hay espacios para que vivan tres o incluso cuatro generaciones.

Ahora bien, el capítulo número cuatro está dedicado a casos concretos en que se ven involucrados los adultos mayores por su situación de dependencia, y otros conflictos como son: problemas de intromisión/ amenaza, problemas de autoridad, problemas de espacio, no se permite el cuidado, distintos criterios en el cuidado, los nietos y problemas en el contexto geriátrico. Aunque una de las situaciones que tienden a acentuar los conflictos susceptibles de mediación intergeneracional es precisamente la situación de dependencia y la necesidad de cuidado del adulto mayor. En situaciones de conflictos entre mayores dependientes y sus cuidadores, esta se da casi siempre, por la situación de estrés que provoca la misma relación de cuidado y dependencia. De hecho incluso los cuidadores, pueden llegar fácilmente a la sobrecarga, con la que se podrían ver evocados a dejar de cuidar al mayor, incluso por cuestiones de salud para el propio cuidador.<sup>6</sup>

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la mediación familiar e intergeneracional, es una herramienta que beneficia a los adultos mayores y a los familiares de estos, pues les brinda un espacio donde se sienten reconocidos, escuchados y respetados, es decir se les empodera, para que puedan tomar decisiones individuales cuando se encuentren ante los diversos problemas que se presentan en la vida diaria, y eviten llegar al tradicional sistema de justicia y a sus procedimientos costosos y tardíos.

---

<sup>6</sup> Barrera Algarin, Evaristo, Malagon Bernal, José Luis, Sánchez Serrano, Luis Sarasola, Revista de Trabajo Social, Vol. 7, 2007, pp. 75-83.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

BOQUÉ TORREMORELL, María Carme, Cultura de Mediación y Cambio Social, 1ª ed., Barcelona, 2003, 137 p.

CRISTOPHER W, Moore, El Proceso de Mediación, 3 ed, Argentina, 1995, 511 p.

DE DIEGO VALLEJO, Raúl y GUILLEN GESTOSO, Carlos, Mediación. Proceso, tácticas y técnicas, 3ª ed, Madrid, Pirámide, 2010, 284 p.

PEÑA GONZÁLES, Oscar, Mediación y conciliación extrajudicial, 1ª ed, 2010. 317 p.

PUNTES, Salvador, La mediación Comunitaria, ciudadanos, derechos y conflictos, Bogotá, 131 p.

REDORTA, Josep, Cómo analizar los conflictos, la tipología de los conflictos como herramientas de mediación, 1ª ed, España, 2007, 332 p.





CONCEPTOS DE METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Época: Décima Época

Registro: 2004630

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional

Tesis: III.2o.C.6 K (10a.)

Página: 1723

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan

resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

Amparo en revisión 278/2012. Alfonso Ponce Rodríguez y otros. 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MECANISMO ALTERNATIVO  
HUMANISTA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA PENAL  
ACUSATORIO EN MÉXICO.**

JULIO CESAR VALDEZ SILVA  
Julio\_c\_valdez@hotmail.com

**SUMARIO.** I.- Una noción general y concepto de mecanismos alternativos de resolución de controversias. II. La aparición de la justicia restaurativa en el nuevo sistema penal acusatorio. III. La víctima, el victimario y otros involucrados en el proceso restaurador.

**ABSTRACT**

The Constitutional Reform June 18, two thousand eight held in Mexico, is of great importance under laying down and give legal recognition to the so-called alternative dispute resolution mechanisms in these reforms. As the name says, these mechanisms are emerging as an alternative to the already established and in order to give greater credibility to the justice system and so it's great to bring down the bureaucracy that has been generated in the conduct of trials. These mechanisms are what is called same Restorative Justice which by their nature and how they perform restorative processes, we consider boast a true humanist sense, because it appeals to certain own human values and particularly important to restore relations between the victim, the offender and society.

**KEYWORDS**

Constitutional Reform, Alternative Mechanisms Of Conflict Resolution, Restorative Justice, Penal System, Victim, ofender, community, forgiveness, Restoration Of Relationships

**RESUMEN**

La Reforma Constitucional de dieciocho de junio de dos mil ocho llevada a cabo en México, es de gran importancia en virtud que en dichas Reformas se establecen y dan reconocimiento legal a los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias. Como su nombre lo dice, dichos mecanismos surgen como una alternativa a los ya establecidos y con la finalidad de dar una mayor credibilidad al Sistema de Justicia y así mismo el de abatir la gran carga burocrática que se ha ido generado en la tramitación de los juicios. Entre dichos mecanismos encontramos lo que se denomina Justicia Restaurativa misma que por sus características y la forma en que se llevan a cabo los procesos

restaurativos, consideramos ostentan un verdadero sentido humanista, pues se apela a ciertos valores propios del ser humano y en especial importancia la de restablecer las relaciones entre la víctima, el victimario y la sociedad.

### **PALABRAS CLAVE**

Reforma Constitucional, Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos, Justicia Restaurativa, Sistema Penal, Víctima, Victimario, Sociedad, Perdón, Restablecimiento De Relaciones.

### **I). UNA NOCIÓN GENERAL Y CONCEPTO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

Para definir como debe entenderse el concepto de los mecanismos alternativos de la solución de controversias la mayoría de los estudiosos en la materia coinciden en establecer que dicha óptica se debe analizar desde dos perspectivas, una en sentido amplio y otra en sentido restrictivo. Por la primera se refiere a aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial que permite la solución privada de las controversias y, la segunda que son aquellos procedimientos que tienen como fin resolver los conflictos que surjan entre las personas, ya sea de manera directa entre ellas o mediante la intervención de un tercero imparcial.

Antes de entrar de lleno en la materia, solo recordemos a manera de introducción el concepto que nos proporcionan Brown y Marriott<sup>1</sup> con respecto a lo que definen como Resolución Alternativa de Controversias” (*“Alternative Dispute Resolution o ADR” por sus siglas en ingles*) mismos que establecen lo siguiente: “...puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución”.

De dicho concepto rescatamos la idea de que cuando se habla de una “gama de procedimientos”, invariablemente también se están haciendo alusión a otros mecanismos alternativos de solución de controversias como los son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje; mas sin embargo esos

---

<sup>1</sup> Brown, Henry J., y Marriott, Arthur L., *ADR principles and practice*, 2ª. ed. Londres, Sweet and Maxwell, 1999; y Marriott Arthur L., “ *Tell in to the judge...but only if you feel you must’: the 1995 Freshfields lecture*”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, volumen 12, numero 1, 1996.

mecanismos seran materia de estudio en otro momento ya que este trabajo se avoca a conocer de manera clara y concisa la Justicia Restaurativa.

## **II. LA APARICIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO.**

En la actualidad los sistemas judiciales de muchos países se encuentran en crisis, ante esa situación los gobiernos han realizado verdaderos cambios a sus legislaciones con la finalidad de salir de ella, han implementado reformas de fondo que paleen en gran medida la falta de credibilidad que se han desarrollado alrededor de los mecanismos preestablecidos, asi mismo para que contribuyan a disminuir la gran carga de los asuntos que en ellos se ventilan, entre los que encontramos los procesos judiciales (juicios del orden familiar, civil, mercantil, penales etc.).

México es uno de los países que no esta exento de la crisis en su sistema, por ello el Estado Mexicano ha reformado su Constitución en la llamada Reforma del dieciocho de junio del año dos mil ocho y la cual consideramos es importante mencionar toda vez que el presente trabajo, en mucho guarda relación con las mismas.

En la parte que interesa, le Reforma antes mencionada, establece en el parrafo tercero del artículo 17 Constitucional que: “Las Leyes preverán mecanismos alternativos en la solución de controversias. En materia penal regularan su aplicación, aseguraran la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”

La Reforma Constitucional Penal Mexicana, “Del Sistema Mexicano de Seguridad y de Justicia” incorpora un nuevo paradigma de Justicia, la Justicia Restaurativa con el propósito de que los Derechos de la víctima sean atendidos por los mecanismos alternativos de solución de controversias, en instancias de justicia alternativa, Mediación, Conciliación, etc..

Con lo anterior podemos establecer en forma genérica, pero clara y precisa que, la Justicia Restaurativa en materia penal se refiere a que no únicamente se centre la procuración de justicia al acto delictivo en sí y en el delincuente, sino que esta sea más amplia y gire su mirada también hacia la víctima y al daño que le fue causado, reconociéndole el sufrimiento ocasionado y al derecho que tiene para que le sean reparados los daños de la manera mas amplia, derivados de la conducta del activo, restableciéndola entre otras cosas en su *dignidad*. Siendo lo anterior uno de los puntos por lo cuales establecemos que la Justicia Restaurativa ostenta entre sus principales características el carácter de humanista.

Esta Reforma concentra un conjunto de normas Jurídicas encaminadas a dignificar a la víctima, promovidas en gran parte por diferentes movimientos interesados en la *humanización del Sistema Penal*, disminuyendo el sufrimiento del delito causado y sus consecuencias, rehaciendo su interés en garantizar justicia alternativa a las víctimas.

Podemos decir entonces que, un sistema alternativo de justicia, que para el caso que nos ocupa lo constituye la Justicia Restaurativa, persigue la humanización del procedimiento penal, más centrado en las necesidades de los participantes, distinguiéndose como participantes, la víctima, victimario u ofensor y las partes representantes de la comunidad relacionados en el conflicto.

Introduce, dentro del catalogo de elementos el reconocimiento a las víctimas y sus derechos, la sensibilización en un diseño de Justicia centrado en su atención, dando paso a mecanismos alternativos fundamentales en el Sistema Procesal Penal Mexicano, que aplicados pretenden otorgar una Justicia Restaurativa a favor del ofendido.

Así mismo dentro de los esquemas de Mediación y Justicia Restaurativa, la Reforma introduce Innovadoras figuras jurídicas en Impartición de Justicia; la Paz, el Perdón y la Misericordia. Términos y conceptos difíciles e inconcebibles de relacionar dentro del actual Procedimiento Penal.

Derivado de lo establecido en líneas anteriores nos vemos en la necesidad de conceptualizar el termino Justicia Restaurativa y para tal efecto coincidimos con el concepto que nos proporciona Tony Marshall<sup>2</sup> cuando dice que es: “un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en particular en un delito, deciden de forma colectiva como lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y de sus repercusiones para el futuro”. En dicho concepto podemos apreciar que tratándose de Justicia Restaurativa intervienen distintos actores como lo son la víctima, el victimario, las familias y la sociedad.

En el mismo orden de ideas la Organización de la Naciones Unidas nos propone un concepto pero de lo que es ya en sí, un proceso restaurativo estableciendo que es: “...aquel en que la víctima, delincuente y cuando procesa, cualquier otro miembro de la comunidad afectado por el delito, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del

---

<sup>2</sup> Marshall, Tony, *Restorative Justice*, Nueva York, Overview, 1999, p. 17.

hecho punitivo, generalmente, con la ayuda de un facilitador<sup>3</sup> para el desarrollo de todo el procedimiento.

En concatenación con lo anterior decimos que la Justicia Restaurativa es un mecanismo alternativo de solución de controversias donde una de sus principales características es el “diálogo” y que dicho dialogo es la base, por excelencia, en el desarrollo de su proceso.

Por otra parte la Justicia Restaurativa sienta las bases para el restablecimiento de la paz social que se fracturo en el conflicto, aunado a que reduce las respuesta del Estado coercitivamente y en general permite la participación de la sociedad civil de manera protagónica.

### **III. LA VÍCTIMA, EL VÍCTIMARIO Y OTROS INVOLUCRADOS EN EL PROCESO RESTAURADOR.**

La víctima es un término que muchas personas comprenden pero muy pocas conceptualizan por ende diré que, la víctima es, en el sentido más amplio de la palabra la persona que sufre un daño o perjuicio por culpa ajena o por una causa fortuita.

En el derecho establecemos que todas las personas que sufren un delito son víctimas de ese hecho, aunque hayan padecido distintos tipos de daño.

La víctima puede haber sido asaltada sin ninguna consecuencia física (sólo le sustrajeron dinero u otros bienes), golpeada o lastimada en medio del robo (golpes de puño, heridas de arma blanca, balazos, etc.) o puede haber fallecido como consecuencia directa de la agresión. En este último caso, se habla de víctima fatal. Con lo anterior establecemos que el punto abordado se mira desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

Ahora bien, otro concepto que en igual forma muchos comprenden pero que en igual forma pocos conceptualizan es el denominado “victimario” mismo que se encuentra íntimamente relacionado con el establecido en el punto que antecede y que desde mi punto de vista, el victimario es la persona que causa el daño a otra persona al cual lo denominamos víctima.

---

<sup>3</sup> Un Facilitador de un proceso restaurativo es una persona especializada en prestar esa función, de manera justa e imparcial, a las partes que desarrollarán un método de justicia restaurativa. V. Resolución 2002/12 sobre los Principios sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

La Justicia Restaurativa es un tipo de Justicia que procura en el Proceso Penal un dialogo en el que participan activa y voluntariamente la víctima, su ofensor (sujeto activo) y la comunidad con ello, la reparación del daño a la víctima, la restauración del lazo social y la rehabilitación del ofensor en un encuentro, convirtiéndose en actores centrales en el proceso de la justicia criminal, mientras que el Estado y los legisladores se convierten en los facilitadores de un sistema enfocado hacia la rendición de cuentas del ofensor, la reparación que éste hace a la víctima y la participación plena de los tres actores (víctima, ofensor y miembros afectados en la comunidad).

Por cuanto hace a los ofensores, la justicia restaurativa busca una motivación para una transformación personal que incluya: La sanidad de heridas de su pasado que contribuyeron a su conducta delictiva, oportunidades para el tratamiento de sus adicciones u otros problemas, fortalecimiento de sus habilidades y destrezas personales, motivación y apoyo para reintegrarse a la comunidad y Reclusión temporal o permanente para alguno de ellos.

El rol de la comunidad en este método alterno, se basa en que, la comunidad es quien sufre el impacto del crimen, y en muchos casos, deberían ser considerados como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias.

Al concebir que la justicia restaurativa tiene alcances distintos en el otorgamiento del perdón al delincuente antes de ser condenado, de manera distinta en cuanto se concedía o se solicitaba a la victima fuera del Proceso Penal.

El Perdón de la Víctima en esta nueva faceta marca un eje transversal de Justicia. Los elementos y mecanismos para lograr la Justicia Restaurativa, contemplan la invitación al perdón, con el fin de disminuir la sentencia, pero también para considerar que el perdón, conllevara posteriormente a reintegrar socialmente al delincuente al grupo social, sin hacerlo a un lado.

Debe considerarse el hecho de que la justicia restaurativa no se reduce únicamente al Sistema Penal si no también es una forma de entender las relaciones sociales comunitarias, políticas e internacionales por que supone, en definitiva un modo de entender al ser humano como abierto, sociable en dialogo, capaz de abrirse a lo viable y susceptible de resolver los conflictos de modo pacífico y reparador.

Por todo lo anterior es que enfatizamos que cuando hablamos de justicia restaurativa, en consideración del suscrito hablamos de un mecanismo humanista puesto que en dicho proceso intervienen principios que se alejan al método

rigorista del derecho y que si bien es cierto guarda íntima relación con este último, también es cierto que la justicia restaurativa invoca ciertos valores propios del ser humano, como el hecho de reconocer la comisión de un delito por parte del sujeto activo.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

Brown, Henry J., y Marriott, Arthur L., *ADR principles and practice*, 2ª. ed. Londres, Sweet and Maxwell, 1999; y Marriott Arthur L., “ ‘Tell in to the judge...but only if you feel you must’: the 1995 Freshfields lecture”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, volumen 12, número 1, 1996.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario oficial de la federación, 18 de junio de 2008.

Fisher, Roger. et. al., *Obtenga el sí*. 2ª ed., México, CECSA, 2003, p. 225.

Mendieta Suñé, Carles, *Técnicas avanzadas de negociación*, Barcelona, curso online de la Universidad de Barcelona, 2002, p.52.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., México, Oxford University Press, 1998, p. 351.

Folberg, J. y Taylor, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997, p. 369.

Pereznieto Castro, Leonel (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, México. Fontamara, 2000, p.155. ( )

Marshall, Tony, *Restorative Justice*, Nueva York, Overview, 1999, p.36.

Robbins, Stephens P., *Comportamiento organizacional, conceptos, controversias y aplicaciones*, 6ª. ed., México, Prentice Hall Hispanoamérica, 1994, p.566.

Cosser, Lewis A., *Las funciones del conflicto social*, trad. de Berta Bas, Ruby Betancourt y Félix Ibarra., México, Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 216.

PAGINAS WEBS CONSULTADAS

[http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos\\_pub/printer/119](http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/printer/119)  
consultada.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> consultada.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/28.doc>. consultada.

## La dinámica del proceso de mediación como método alternativo de solución de conflictos

Los conflictos existen siempre, no tratéis de evitarlos sino de entenderlos  
Yutang, Lin

El término *mediación*, deriva del latín *mediatio*, que significa “acción y efecto de mediar”; *mediationis*, que significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.<sup>1</sup>

Se han establecido varias definiciones en cuanto a la mediación, una de ellas es del jurista Fernando Estavillo, que a la letra establece:

Es un medio alternativo de solución de controversias, que como tal representa un medio autocompositivo que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatario, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes para lograr que éstas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia<sup>2</sup>.

Por su parte la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* establece en su artículo 2, fracciones X y XI lo siguiente:

X. Mediación: procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

XI. Mediados: personas físicas o morales que, después de haber establecido una relación de variada naturaleza jurídica, se someten a la mediación, en busca de una solución pacífica a su controversia.

En México el ordenamiento pionero en incluir la mediación como un medio alternativo de solución de controversias fue la Constitución del Estado de Quintana Roo, que al propio tiempo derivó en la expedición de la *Ley de Justicia Alternativa* (1997). Posterior a este evento, diversas entidades fueron realizando las modificaciones respectivas a sus constituciones, y a la par expidiendo las leyes locales correspondientes.

<sup>1</sup> Estavillo Castro, Fernando, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo M-P, ed. Porrúa, 2ª. edición, México, 2004, pág. 42.

<sup>2</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 43.

En el año 2003, el Poder Judicial del Distrito Federal impulsó una política pública de solución de conflictos empleando mecanismos alternativos a la jurisdicción, por lo que se creó el *Centro de Justicia Alternativa (CJA)* como órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflictos en el Tribunal, en particular a través de la mediación. En una primera fase, solamente se ofreció el servicio de mediación familiar. En 2006, se instauró el servicio de mediación civil-mercantil y en 2007 el de penal. La mediación en materia de justicia para adolescentes se institucionalizó con la entrada en vigor del *Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, en 2009.<sup>3</sup>

En el Distrito Federal, fue el martes 8 de enero de 2008, que se publicó en su gaceta el Decreto en virtud del cual se expidió la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*<sup>4</sup> (en lo sucesivo *Ley de Justicia Alternativa*). En ella se indicó que las disposiciones a través de las cuales se establecía la mediación<sup>5</sup> como método de gestión de conflictos para la solución de controversias entre particulares<sup>6</sup>, eran de orden público, interés general y observancia obligatoria en el Distrito Federal.

A partir de 2008, el CJA es una dependencia del TSJDF, con autonomía técnica y de gestión.

De esta manera es que surge la mediación como un proceso independiente y autónomo y se constituye como una alternativa dinámica para la resolución de problemas planteados por los interesados, y son precisamente ellos mismos quienes deciden la forma en que se deberán resolver sus diferencias. La finalidad es llegar a un acuerdo o convenio al cual se sujetarán por su propia voluntad, ya que son ellos mismos los que lo propusieron de esa forma, con la buena fe y voluntad de que será cumplido por ambos. Su propósito es lograr un acuerdo mutuo y rápido, ahorrando los costos de tiempo, dinero y energías, antes de involucrarse en un proceso judicial.

---

<sup>3</sup> Consultado en: [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PJDF/Centro\\_de\\_Justicia\\_Alternativa\\_Organos](http://www.poderjudicialdf.gob.mx/en/PJDF/Centro_de_Justicia_Alternativa_Organos) el día 18 de abril del 2012, a las 16:55 hrs.

<sup>4</sup> En el ámbito federal fue hasta el 18 de junio de 2008 que se reformó el artículo 17 de nuestra *Carta Magna* para indicar en su párrafo cuarto que, de manera general, las leyes debían prever mecanismos alternativos de solución de controversias, y en forma específica, estableció que en materia penal se debía regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y establecer los casos en los que se requiriese supervisión judicial.

<sup>5</sup> Basada en la autocomposición asistida.

<sup>6</sup> Siempre que los conflictos recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquellos disponer libremente, sin afectar el orden público.

En el mismo sentido, la *Ley de Justicia Alternativa* en su artículo 5, establece los supuestos en que procede la mediación:

I. En materia civil, las controversias que deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o morales, en tanto no involucren cuestiones de derecho familiar.

II. En materia mercantil, las que deriven de relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, considerados así por las leyes correspondientes.

III. En materia familiar, las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil; así como los que surjan de esas relaciones con terceros.

IV. En materia penal, en el marco de la justicia restaurativa, las controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguible de oficio, en cuanto a la reparación del daño.

V. En materia de justicia para adolescentes, en el marco de la justicia restaurativa, en las controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito Federal, ejecutadas por las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad, siempre que dichas conductas no sean consideradas como delitos graves.

El mecanismo de solución de conflictos, presenta beneficios y/o ventajas respecto a las demás soluciones de conflictos, como lo son:

- Que los mediados puedan solucionar por ellos mismos el conflicto legal que les aqueja, así como el origen del mismo, en un lapso breve con relación a un proceso jurisdiccional y tener así menor desgaste emocional.
- Alcanzar acuerdos satisfactorios para ambos, toda vez que son los propios mediados quienes los construyen, lo cual permite que los acuerdos sean perdurables y de fácil cumplimiento por convicción y no por la obligación impuesta por un tercero ajeno al problema.
- Se brinda el apoyo para negociar el convenio previsto por la ley en los casos de divorcio.
- Auxilio para que las parejas determinen la guarda y custodia sobre los hijos y la forma en que van a convivir con ellos.
- Ayuda para que lleguen a un acuerdo respecto al cumplimiento y la forma en que se dará la pensión alimenticia.

- Apoyo para resolver el proceso de repartición de bienes de una herencia.

Las mediaciones se llevan a cabo a través de sesiones, las cuales tienen una duración aproximada de una hora y media cada una, pudiendo llevarse a cabo varias sesiones, que se programan atendiendo a cada asunto en particular y a las necesidades de los mediados, esto se establece en el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

**Artículo 52.** La duración de la mediación será la que resulte necesaria, en atención al número y complejidad de los temas que integren la agenda de trabajo, pero no excederá de cinco sesiones, salvo que el mediador y los mediados, consideren la necesidad de ampliar el número de sesiones, las que no podrán exceder de otras cinco.

**Artículo 53.** Para cada sesión se programará hora y media, tiempo que podrá extenderse o reducirse de común acuerdo, en razón de la dinámica del caso y de la carga de trabajo del mediador.

Para llevar a cabo estas sesiones, es necesario seguir los principios rectores del servicio de mediación, que se establecen tanto en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal en su artículo 8, como en el *Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* en su artículo 36:

Son principios rectores del servicio de mediación, los siguientes:

I. Voluntariedad: La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;

II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada;

III. Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;

IV. Neutralidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones;

V. Imparcialidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;

VI. Equidad: Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;

VII. Legalidad: La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la

moral y las buenas costumbres;

VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

Por otro lado, la mediación puede ser pública o privada, la pública será la impartida por los funcionarios autorizados que laboren el *Centro de Justicia Alternativa (CJA)* y; la mediación privada, la realizan los particulares capacitados y certificados como mediadores por el Centro, pero que no laboran como funcionarios públicos del mismo. La *Ley de Justicia Alternativa* establece diversos requisitos para poder ser mediador; tales como:

A) Para ser mediador público adscrito al Centro:

I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su designación;

II. Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro;

III. Concursar y aprobar el proceso de selección correspondiente, sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento.

Los resultados de los exámenes son confidenciales y la decisión del Consejo es inapelable.

El cargo de mediador es de confianza y será ratificado cada tres años por el Consejo, previa aprobación de un examen de competencias laborales.

El Director General, los Directores y los Subdirectores de Mediación del Centro, así como los Secretarios Actuarios del Tribunal que satisfagan los requisitos a que se refieren las fracciones I y II de este apartado, podrán ser registrados como Mediadores sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento correspondientes. Su condición de mediador público deberá ratificarse cada tres años y se perderá al dejar de formar parte del Centro o deje de ser Secretario Actuario del Tribunal, según corresponda.

B) Para ser mediador privado:

I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su certificación y registro;

II. Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable, en cualquiera de las materias competencia del Centro;

III. Gozar de buena reputación profesional y reconocida honorabilidad;

IV. No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, por delito doloso que merezca pena corporal;

V. Presentar y aprobar el examen de conocimientos de competencias laborales;

VI. Aprobar los cursos de capacitación para la certificación y registro, y

VII. Realizar las horas de práctica en el Centro que fijen las Reglas.

Los resultados de los exámenes son confidenciales y la decisión del Comité es inapelable.

La certificación y el registro que otorgue el Centro tendrán una vigencia de tres años. Para renovar la certificación y el registro deberá presentarse y aprobar el examen de competencias laborales, y cumplir con las disposiciones que sobre esta materia establezcan el Reglamento y las Reglas.

Los mediadores públicos que dejen de ser servidores públicos del Tribunal, podrán ser certificados y registrados como mediadores privados.

Para llevar a cabo una mediación, es necesario solicitar información de los servicios de pre-mediación y mediación, lo cual tendrá que ser personalmente o por representante legal o apoderado, ya sea de manera oral o escrita, ya por una sola de las partes en conflicto o por ambas.

Posteriormente, el Centro les propondrá que se presenten en la Dirección de Mediación que corresponda a la materia de la controversia para orientarles, con un documento oficial de identificación y una copia del mismo, además el documento público y una copia, con el que acrediten su representación legal, en su caso.

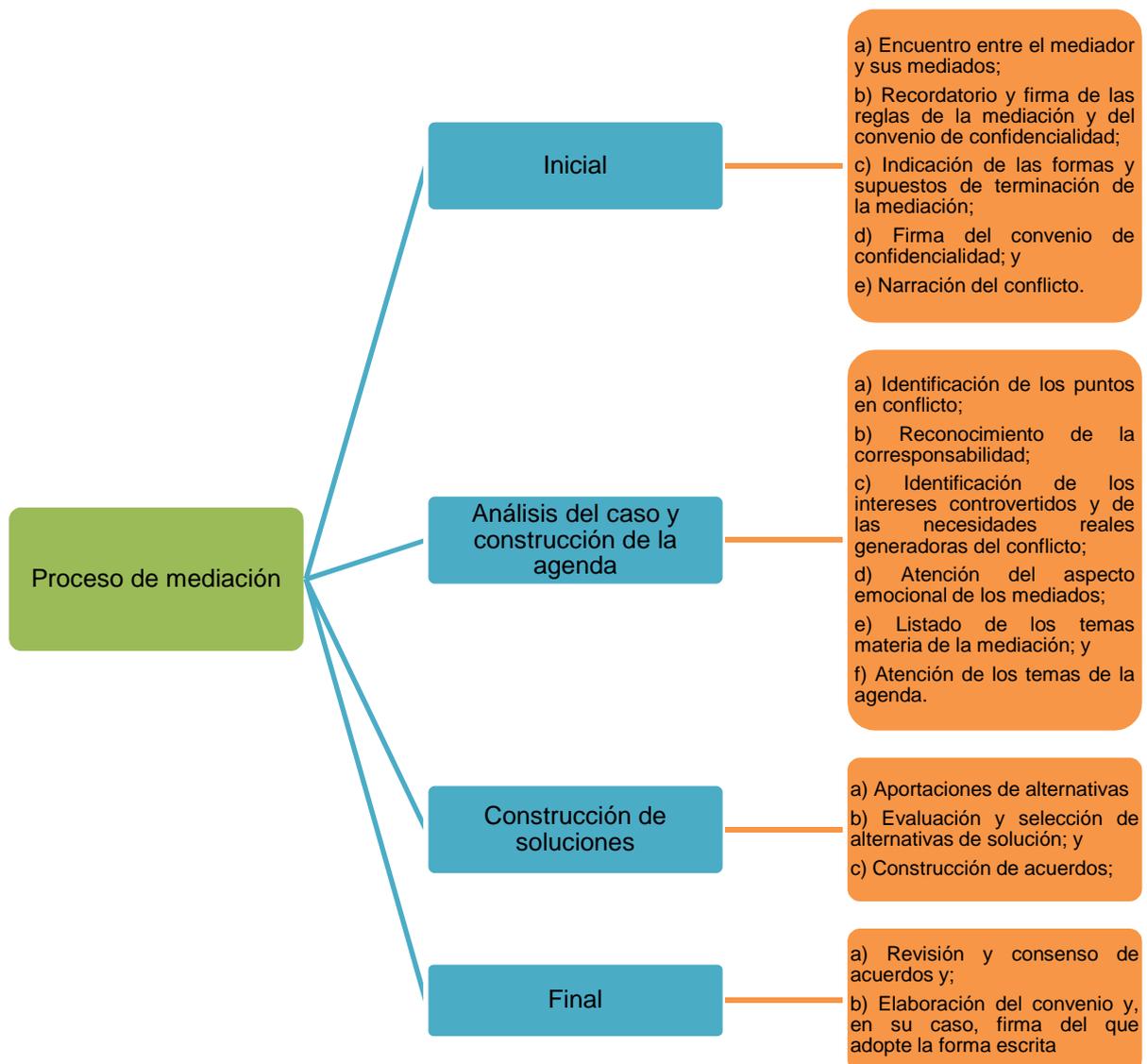
Se pedirá a los involucrados en el conflicto, que expongan por separado y en forma breve el asunto controvertido, a lo cual recibirán orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece el Centro, se notificará si el conflicto planeado es mediable, en caso contrario se les orientará respecto de las instancias pertinentes para su atención.

Si el asunto es materia de mediación, los solicitantes deberán manifestar por escrito su voluntad de participar en el procedimiento, para hacerles saber la fecha y hora para que se presenten a la sesión inicial de mediación.

En caso de que la solicitud sea realizada por una sola de las partes en conflicto, se le solicitará a éste proporcione la información de las demás partes para que acudan al Centro al área de atención al público y posteriormente a la de pre-mediación, para que se les proporcione la orientación y documentación explicativa de los servicios que ofrece. La solicitud de invitación a la mediación se podrá hacer por

un máximo de dos veces, de no formular respuesta, se cerrará el expediente y se tendrá por fallida la alternativa para solucionar el conflicto a través de la mediación, lo que se hará del conocimiento del solicitante.

En el supuesto de que las dos partes acepten la mediación, se les comunicará a los mediados la fecha de la sesión inicial y se les designará el mediador, quien recibirá el expediente y tendrá obligación de emitir, dentro de los cinco días hábiles siguientes, su aceptación a través de la suscripción del escrito de autonomía, o de excusarse de conducir el procedimiento, por tener impedimento.



El mediador, tiene como tarea primaria, que las partes definan, adopten, acepten y respeten el procedimiento para construir los acuerdos que formen parte de la solución.

A partir de este momento, él tiene como responsabilidad ayudar a los mediados a compartir información y a que se escuchen mutuamente para identificar los aspectos que permitan encontrar opciones de solución a su problema.

Por su parte los mediados durante el procedimiento deben mantener la confidencialidad del diálogo, ser respetuosos y tolerantes entre sí, con el mediador y con las reglas establecidas, dialogar con honestidad y franqueza, tener presente que están por voluntad, y que por tanto, su participación debe ser activa, permitirle al mediador guiar el proceso y si se llegare a celebrar un convenio cumplir con las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Durante la primera sesión, el mediador debe recordar a los mediados el objeto y alcance de la mediación, celebra con ellos el convenio de confidencialidad correspondiente, les informa de la posibilidad de dar por terminada la mediación en las siguientes circunstancias:

- Al celebrar convenio que haya resuelto la totalidad o parte de los puntos litigiosos de la controversia;
- Cuando aprecie incumplimiento a las reglas para conducirse en la mediación;
- Cuando aprecie falta de colaboración en uno o ambos mediados;
- Por inasistencia injustificada de ambas partes a dos sesiones consecutivas, o por inasistencia injustificada de alguna de las partes a tres sesiones consecutivas;
- Cuando la mediación se vuelva inútil o impracticable para la finalidad perseguida, y
- Cuando alguno de los mediados o ambos lo soliciten.

Hay que resaltar que los mediados en todo momento cuentan con orientación jurídica, psicológica y social durante el procedimiento de mediación.

Una vez, que las partes hayan llegado a un acuerdo, respecto a las cuestiones en conflicto, se celebrará un convenio ante la fe pública del Director General o Subdirector de Mediación, con las formalidades que señala la *Ley de Justicia Alternativa* en su artículo 35, el cual será válido y exigible en sus términos, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada, trayendo aparejada ejecución para su

exigibilidad en vía de apremio ante la autoridad jurisdiccional, tratándose de las materias civil, mercantil y familiar. En el supuesto de incumplimiento del convenio en materia penal, quedarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer en la vía y forma correspondiente.

Los convenios celebrados por los mediados que cumplan con los requisitos de ley y sean registrados ante el Centro, podrán ser anotados en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de conformidad con las leyes respectivas.

Existe en el caso de incumplimiento parcial o total de un convenio celebrado por los mediados o frente al cambio de circunstancias que dieron origen a su celebración, una figura denominada *re-mediación*, la cual se lleva a cabo ante el Centro de Justicia Alternativa siempre y cuando no se tenga deseo de acudir a tribunales; en caso de que no se pudiera llevar a cabo la re-mediación con éxito, se da la posibilidad de acudir ante los Jueces competentes para iniciar un proceso judicial, en el supuesto del incumplimiento parcial o total, exigir su ejecución y en el caso de cambio de circunstancias iniciar un juicio a través de la demanda.

De esta manera es que la mediación se convierte en una posible propuesta para la solución de los problemas, ya que es indispensable que los peticionantes tengan un diálogo, antes de tomar decisiones. Así podrán establecer sus diferencias, sus deseos y buscar la mejor solución a los problemas que se les presentan, sin entrar en conflictos jurídicos, desgaste emocional, físico y económico.

Por otro lado, la mediación permitirá abrir el diálogo entre dos personas y a través de la creatividad se podrá allegar de soluciones, siendo las mismas partes las que aportan las alternativas, las cuales son evaluadas y seleccionadas por las partes y el mediador (esto buscando la menor intervención del último). Son las partes quienes conocen mejor su relación y sus necesidades, en cambio si fuera el tercero quien impusiera las soluciones, podría haber incomodidad y en cierta parte un sentimiento de obligación a cumplirlas, y éste no es el objetivo (ejemplo la conciliación), tampoco se debe buscar que el acuerdo sea impuesto con carácter obligatorio (a través del arbitraje). Esto con la finalidad de lograr la construcción de acuerdos que sean de fácil y libre cumplimiento para los mediados.

Al propio tiempo, la vía conciliatoria se ha hecho ineficaz y se ha convertido en un trámite más, lo que ha provocado sobrecarga de trabajo, que torna lenta la aplicación de la ley y la insatisfacción social frente a las resoluciones judiciales.

Es por esta razón, que dentro de los citados métodos, la mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha mostrado ser más eficiente que cualquier otro, porque además de privilegiar la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo, facilita la pacífica continuidad de las relaciones reduciendo así la posibilidad de futuros litigios, independientemente de que, en la medida que se difunda, al ponderarse la responsabilidad de los involucrados en el arreglo de su conflicto ante la sociedad, ésta se proyecta como un medio capaz de generar una cultura pacificadora que recupera la posibilidad de una armónica convivencia entre los individuos.

Aunado a lo anterior y reforzando las ventajas que ofrece la mediación, es que no solamente se beneficia a los individuos en conflicto causando una satisfacción en ambas partes, sino que además tiene un beneficio social, ya que favorece a la paz, se evita más congestión de juicios en los juzgados y repercusiones físicas, emocionales y/o económicas, como bien lo ha comentado García García en su siguiente texto:

En definitiva, además del ahorro en tiempo y dinero que supone la evitación del juicio, que es el principal factor de su auge, la mediación ofrece algunas ventajas, tanto desde el punto de vista individual (las partes conocen mejor que el juez, sus verdaderos intereses y el límite de sus pretensiones) como social (las soluciones acordadas favorecen la paz social y la cohesión de la comunidad, frente al trauma que supone toda resolución decisoria), causa satisfacción en ambas partes porque no hay perdedores y se evitan las ejecuciones forzosas y, lo que es más importante, la prolongación del juicio y su negativa repercusión para la salud<sup>7</sup>.

En resumen “La mediación representa una nueva visión de resolver los conflictos, de una forma más humana y objetiva, de verificar en la solución de un conflicto, no sólo los derechos y obligaciones que se estipulan en la ley, sino que ventilarlo desde una perspectiva psicológica, emocional de intereses mutuos y divergentes, que en ocasiones se diluyen en la rigidez de las leyes.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> García García, Lucía. *Mediación familiar*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 104.

<sup>8</sup> Perea Valadez, María Clementina, consultado en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-164s.pdf>, el día 29 de marzo del 2012, a las 18:25 hrs.

Es decir, se debe resolver desde una perspectiva distinta las discrepancias, siendo los individuos en conflicto los propios protagonistas de sus soluciones, teniendo la oportunidad de decidir su propio destino, basándose en conclusiones propias y no en una sentencia en donde existirá un vencedor y un vencido.

La mayor rapidez a la solución de controversias por mecanismos alternativos propicia una disminución en los costos, no sólo para las partes involucradas sino para el sistema de justicia, ya que representa una posibilidad muy cercana de descongestionar a los tribunales al racionalizar el uso de los servicios de administración de justicia.

Finalmente, considero que es necesario que como legisladores, abogados, profesores, estudiantes se busque estar a la vanguardia no sólo en el sentido de cambiar las normas para adecuarse a la realidad social, sino en el aspecto de mejorar lo que ya se ha venido construyendo en nuestro sistema jurídico; esto se lograra siguiendo dos caminos: a traves de medidas como la implementación de la mediación en todas las areas del derecho, y segundo priorizando en la ensañanza de solución de conflictos a través de esta justicia alternativa, aplicando estas dos formas se conseguira que se visualice la ley no como un instrumento lucha sino como una herramienta que auxilie a la solución de los mismos.