

# EL DEBIDO PROCESO COMO UN DERECHO HUMANO

Directores

Luis Alberto Canales Cortés

Edwin Duartes Delgado

Sergio J. Cuarezma Terán

Luis Arturo Ramírez Roa

Jairo Enrique Herrera Pérez

William Yeffer Vivas Lloreda

Henry Eyner Isaza

Jorge Chessal Palau

José Daniel Hidalgo Murillo

Mario Peña Chacón

Jeffry Mora

Víctor Orozco S.

Erickson Aldo Costa Carhuavilca

Fernando Bolaños Céspedes

José Adrián Calderón Chacón

Laura Viviana Pelayes

Sergio J. Cuarezma Terán

Diego Cuarezma Zapata

**Hispa**mer



**INEJ**  
Fundado en 1995





# El debido proceso como un derecho humano

LUIS ALBERTO CANALES CORTÉS  
EDWIN DUARTES DELGADOS  
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN  
(Directores)

DIEGO CUAREZMA ZAPATA  
SHARON HELENA BRAVO GONZÁLEZ  
Coordinadores  
Asistentes de Investigación  
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

## Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

*Mario A. Houed Vega* (Costa Rica)

Vicerrector General

*Sergio J. Cuarezma Terán* (Nicaragua)

Secretario General

*Silvio A. Grijalva Silva* (Nicaragua)

Vicerrector Académico

*Darvyn I. Centeno Mayorga* (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

*Manuel Vidaurri Aréchiga* (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

*Sergio J. Cuarezma Zapata* (Nicaragua)

### Equipo editorial

Autores	:	Varios
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-40-6

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2018

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, con base en los principios de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los Derechos humanos y los principios que constituyen el Estado de Derecho constitucional. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006. Sitio web: [www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni) E-mail: [info@inej.net](mailto:info@inej.net)

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y Editorial Hispamer.

Impreso en Nicaragua por Impresión Comercial La Prensa

# Índice general

---

Presentación: <i>El debido proceso como un Derecho Humano.</i> Edwin Duartes Delgado .....	7
<i>Debido proceso: derecho fundamental.</i> Luis Arturo Ramírez Roa, Colombia .....	11
<i>El debido proceso como norma de ius cogens: logros y debates pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i> Jairo Enrique Herrera Pérez, Colombia .....	43
<i>Pérdida de fuerza aplicativa del bloque de constitucionalidad, ante el nacimiento y aplicación del bloque de convencionalidad. ¿El bloque de convencionalidad anula la existencia del bloque de constitucionalidad?</i> William Yeffer Vivas Lloreda, Colombia .....	67
<i>El control de convencionalidad y su aplicación en Panamá.</i> Henry Eynner Isaza, Panamá .....	93
<i>El debido proceso en la impugnación constitucional de normas generales.</i> Jorge Chessal Palau, México .....	133
<i>Debido proceso no es un derecho humano.</i> José Daniel Hidalgo Murillo, Costa Rica .....	151
<i>Derechos Humanos ambientales.</i> Mario Peña Chacón, Costa Rica .....	179
<i>Hacia una visión contrahegemónica de los Derechos humanos: la conciliación penal.</i> Jeffrey Mora, Costa Rica .....	227
<i>Violencia de género y Constitución: una mirada desde la jurisprudencia de la sala constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i> Víctor Orozco S., Costa Rica .....	247
<i>Garantismo procesal, debido proceso y búsqueda de la verdad en el delito de lavado de activos: “el fin no justifica los medios”.</i> Erickson Aldo Costa Carhuavilca, Perú .....	271
<i>Aplicación de los convenios de la OIT en la jurisprudencia nacional: algunos apuntes sobre el tema.</i> Fernando Bolaños Céspedes y José Adrián Calderón Chacón, Costa Rica .....	287
<i>El impacto sobre el debido proceso con el nuevo código civil y comercial de Argentina.</i> Laura Viviana Pelayes, Argentina.....	325
<i>La reforma de la justicia penal: en busca de un proceso debido y humano.</i> Sergio J. Cuarezma Terán, Diego Cuarezma Zapata, Nicaragua .....	337



# Presentación

---

*Edwin Duarte Delgado*<sup>1</sup>

Las personas nacen libres,<sup>2</sup> libres en todas partes,<sup>3</sup> condición que deviene con independencia de cualquier sistema político o económico. Esa innata naturaleza sufre limitaciones con la entrada en funciones materiales, de la organización social y con ella, el Estado. Por tanto, sociedad y Estado, han de reconocer ese estado de la persona humana, y no oprimirla.

La necesidad de mantener el orden y la convivencia social, impone ciertos límites a la libertad. Estas talanqueras al albedrío, solo pueden provenir de las leyes emanadas del grupo organizado, deliberativo, que ha sido instituido por voluntad popular. En esta materia, no se admiten normas de inferior rango.

Un Estado que se precie de legítimo, no puede privar de sus derechos a sus súbditos, sin antes concederle las oportunidades de audiencia y defensa, con las seguridades de que las pruebas que van a sustentar la decisión limitadora, sean legítimamente acopiadas. Es decir, no se admite que el Estado se valga de una infracción, para sancionar otra.

- 1 Presidente, Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal
- 2 “El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado.” Juan Jacobo Rousseau en el Contrato Social.
- 3 Declaración Universal de los Derechos Humanos

Es el derecho de la persona a defenderse de una acusación. A ofrecer prueba, a que se le escuche y se le conceda la prerrogativa de presumírsele inocente hasta tanto la hipótesis de la imputación no se galvanice en sentencia firme; a ejercer el derecho de defensa en igualdad de condiciones de su acusador, de modo que si quien acusa es letrado, tiene la persona sindicada el derecho a contar con uno que la represente, para estar en paridad de condiciones, sobre todo, en el manejo y entendimiento del lenguaje técnico forense. Si es un extranjero, tiene derecho al auxilio consular, para que coadyuve en la adquisición de pruebas, si no entiende la lengua del tribunal, el derecho a ser asistido por un intérprete o traductor; el de interrogar y contrainterrogar a testigos y peritos; el derecho al juicio previo; todos ellos son inherentes a la naturaleza inmanente del ser humano. Las normas no hacen más que reconocer ese derecho natural, que no lo da la sociedad, ni el Estado. Se nace con él.

En el transcurso de ese proceso, que puede culminar con la privación de un derecho fundamental, pueden adoptarse decisiones, que van a cercenarla. Estas son las medidas precautorias o cautelares. Sin embargo, éstas deben, para ser legítimas, guardar estrecha proporcionalidad y ser razonables, con respecto al fin. Las decisiones que se adopten, deben ser razonadas. Deben explicarse a sí mismas, de modo que, un lector tercero imparcial, pueda entender sus fundamentos. De lo contrario, privaría un absolutismo de conciencia, donde la prueba poco o ningún valor, tiene.

Quien juzga y quien demanda, han ser distintas personas. Y este juzgador, debe gozar de independencia e imparcialidad. Independiente de los poderes del Estado, independiente de su propia organización, al momento de decidir el caso concreto. Imparcial respecto de las partes, con las cuales debe mantener una actitud equidistante y con respecto al objeto en litigio. En esto, valen mucho las apariencias. La sensación que debe tener el ciudadano, de que quien resuelve el litigio no tiene ataduras de ninguna especie. (Cfr. Corte IDH Ulloa Herrera vs Costa

Rica). Y, de nada vale reconocer tales actitudes del juzgador, si no existe la posibilidad de corregirlos por medio de las recusaciones.

Para prever la enmienda de posibles yerros, que como toda actividad humana la de juzgar lo es, debe existir la posibilidad de recurrir las decisiones ante un superior. Esa impugnación debe ser amplia, de modo que se permita revalorar los hechos y el derecho; incluso, permitiéndose ante esta instancia, ofrecer y ser admitida la prueba útil para resolver el reclamo.

Hasta la santidad de la cosa juzgada debe ceder a la injusticia. De modo que debe admitirse el procedimiento de revisión, ante la contundencia de la afrenta.

El debido proceso, es un derecho humano. Este es el eje temático, pivote sobre el cual gira la presente investigación regional, donde se concitan destacados juristas de diferentes naciones, a compartir, sin mezquindades, sus más frescos conocimientos del derecho procesal.

Con este tipo de investigaciones regionales, elevamos el nivel del ejercicio profesional del derecho, marcando un salto cualitativo. Abogados mejor formados, abogados con una mayor calidad en el discurso, pero, sobre todo abre las puertas para estrechar lazos de amistad entre los abogados y estudiantes costarricenses, con estudiosos de nuestra América Latina y Europa.

Este tipo de actividades, hace grande a nuestra Costa Rica, a nuestra América Latina, permitiendo una mayor profundidad en el razonamiento jurídico, con un discurso garantista, contra todo tipo de arbitrariedades.

La presente investigación regional del Instituto de Costa Rica para la promoción del Derecho procesal y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, se presentará en el XII Congreso sobre “El debido proceso como un derecho humano” el 31 de mayo, 1, 2 y 3 de junio de 2018, en Golfito, Puntarenas, República de Costa Rica. Cuenta además con la colaboración del Colegio de Abogados, el Poder Judicial costarricense, Fuen-

tes y Rodríguez (firma de abogados de Panamá), quienes han puesto su confianza en una institución que ha crecido y se ha mantenido en el tiempo, lo que es un poderoso síntoma de madurez, prestigio y estabilidad. El Instituto de Costa Rica para la promoción del derecho procesal es un organismo creado bajo la forma de una asociación que por su naturaleza no tiene fines de lucro.

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica ([www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)), sede Nicaragua, merece nuestro agradecimiento especial por auspiciar la presente investigación regional y su publicación. El INEJ es una institución académica de estudio superior, autónoma, sin fines de lucro y, mediante los estudios de posgrado (diplomados, especialidades, maestrías y doctorados) y la investigación científica en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, contribuye significativamente al desarrollo humano, social y económico de Latinoamérica.

Nos complace en esta oportunidad de presentar a los mayores protagonistas, son todos los juristas de nuestra América Latina, que han concurrido a nuestro llamado, ocupando su espacio de tiempo libre, para dedicarnos un momento de reflexión sobre el derecho procesal.

# Debido Proceso

## Derecho Fundamental

---

Luis Arturo Ramírez Roa<sup>1</sup>

*Sumario. Introducción. I. Derecho al debido proceso-Concepto y Alcance. II. Los Derechos que comprende el debido proceso. III. Principio de publicidad en debido proceso. Alcance y exigibilidad. IV. La notificación como elemento esencial del debido proceso. V. El debido proceso en ámbitos diferentes al proceso jurisdiccional. VI. La tutela como mecanismo procesal constitucional en defensa del debido proceso. VII. El defecto procedimental y la violación al debido proceso para que una tutela proceda contra una decisión judicial. Conclusiones. Bibliografía.*

## Introducción

---

Uno de los mecanismos destinados a proteger la Constitución y el Estado de Derecho en su conjunto es el proceso. A través de él se procura proteger los derechos fundamentales, vigilar la constitucionalidad normativa, sancionar las conductas antisociales (delitos o faltas), impe-

1 Ingeniero Industrial, Abogado especializado en Derecho Administrativo y Derecho Penal; Magister en Derecho Penal y Derecho Procesal Constitucional y Doctorando en Derecho. Autor de varias obras colectivas. Conferencista nacional e internacional sobre asuntos constitucionales, Administrativos y Penales. Docente Universitario.

dir el ejercicio arbitrario del poder y solucionar o prevenir los conflictos. De manera muy general, podemos decir que el proceso es aquel mecanismo de composición o prevención de conflictos por medio del cual las personas someten sus pretensiones o intereses contrapuestos a la decisión de un tercero. Si este tercero es un órgano jurisdiccional, estaremos ante un proceso propiamente dicho (interno o internacional), y si no lo es, ante un simple procedimiento (administrativo, arbitral, militar, e incluso político o particular).

El debido proceso está contenido en la Constitución Política de 1991 como un derecho fundamental del que gozan todas las personas, y en este sentido se precisó que las actuaciones tanto judiciales como administrativas, deben regirse por un procedimiento establecido, previendo una serie de garantías constitucionales que se desprenden de este como lo son el derecho de defensa, contradicción, derecho a ser escuchado, entre otros; de igual forma el debido proceso en caso de llegar a ser vulnerado por las autoridades, goza de una protección especial establecida en la misma carta política como es la acción de tutela.

No obstante, como resulta más o menos evidente, no es suficiente que el proceso exista y que esté al alcance de todos para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución en su conjunto. Es necesario que cuente con ciertas garantías a fin de asegurar que el proceso no sea una farsa, es decir, que no sea una mera sucesión de actos formales sin ninguna razonabilidad, sino un auténtico instrumento al servicio del ser humano para alcanzar la paz social en justicia, equidad y bien común. Ese conjunto de garantías conforman lo que se conoce como debido proceso. Este es aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso. Se trata de un derecho de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que cumplen la función de impedir que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso. Su elevada función nos permite sostener que no

puede haber Estado de Derecho y, por consiguiente, orden constitucional, allí donde no exista un debido proceso.

Las garantías constitucionales en el debido proceso constituyen una problemática novedosa y nueva para los ordenamientos jurídico-procesales e incluso el derecho sustancial, la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas, en todas las ramas del Derecho; aun cuando algunos países ya han pretendido desarrollar un sistema sobre ciertos aspectos fundamentales.

Inclusive en la doctrina y jurisprudencia europeas continentales la preocupación sobre las garantías constitucionales es reciente, particularmente en virtud de disposiciones fundamentales consagradas en los textos de las leyes supremas expedidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Mientras que en el derecho angloamericano y particularmente en el estadounidense posee un desarrollo que puede considerarse de prodigioso, derivado de una interpretación dinámica de las fracciones V y XIV de la Constitución Federal, a través del concepto *due process of law* (*debido proceso legal*).

Ha sido Eduardo Couture el autor latinoamericano que ha despertado la atención de los estudios sobre esta fundamental materia, en un clásico estudio titulado específicamente *Las Garantías Constitucionales en el Derecho Civil*, y quien se explicó la ausencia de una tradición de estudios sobre estas garantías, en virtud de que la mayoría de los Códigos Latinoamericanos, tienen como inspiración la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, reformada en 1881 y esta última constituye a su vez una estratificación secular de antiquísimas normas de proceso romano - canónico, surgidas en situaciones sociales en las cuales el mundo actual apenas tiene una pequeña relación histórica de continuidad.

En este sentido, y pesar de que numerosas leyes fundamentales de Latinoamérica se inspiraron en la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, y que en algunos preceptos se ha hecho referencia de forma muy vaga e imprecisa a ciertos derechos de la persona humana en rela-

ción con la administración de justicia, no se despertó sino hasta época reciente, la conciencia sobre el desarrollo de estas disposiciones, en forma similar al que se presentó en el sistema jurídico que les sirvió de modelo.

Por el contrario, un fenómeno distinto se produjo en relación con el proceso penal, ya que la mayoría de las Constituciones Latinoamericanas consignaron varios preceptos sobre los derechos y garantías del acusado en el enjuiciamiento criminal, para suprimir, de manera ilusoria, los abusos cometidos durante la época colonial y además en esta materia se advierte también la Declaración de Derechos de la Francia Revolucionaria, en especial la de 1789.

Dada la importancia de las garantías en el desarrollo del debido proceso, es tarea casi ineludible del mundo jurídico, el ahondar sobre las posibilidades de llevar a cabo cualquier proceso legal bajo los lineamientos reglamentarios para una normal y justa conclusión del mismo; tomando en consideración las debilidades, fortalezas, oportunidades y amenazas emanadas de las garantías en sí mismas. Luego del panorama descrito, nace la inquietud de plantear el presente estudio donde se busca dar un sencillo y genérico análisis del contexto de las garantías constitucionales en el desarrollo del debido proceso.

## **I. Derecho al debido proceso. Concepto y alcance**

---

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional colombiana ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

El respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones– de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

En virtud del citado derecho, ninguna autoridad dentro de un Estado Social de Derecho no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

Luego, podemos decir que, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas.<sup>2</sup>

Las relaciones entre el derecho procesal y el derecho constitucional posibilitan el desarrollo de dos disciplinas jurídicas muy próximas entre sí: i) el derecho constitucional procesal y ii) el derecho procesal constitucional. La primera, por la que se concibe y se replantea el derecho procesal desde la teoría constitucional, mientras que la segunda tiene por cometido estudiar los mecanismos procesales indispensables para la protección de las normas cons-

2 Ver preámbulo y artículos 1° y 2° de la Constitución Política de Colombia.

titucionales. En ambos espacios, una institución como el debido proceso resulta ineludible desarrollarla. Se trata de un núcleo de principios constitucionales y de garantías que se constituyen en conductos nada despreciables para un diálogo fecundo entre el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal.

El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución<sup>3</sup> y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos.<sup>4</sup> Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de los llamados de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia, sin desconocer hoy los mismos derechos a los colectivos o grupos de ciudadanos. Precisamente estos derechos cuentan con unos mecanismos de protección y de efectividad muy concreta como el recurso de amparo o la acción de tutela, en el caso colombiano.<sup>5</sup>

3 Ver Artículo 29 de la Constitución Política.

4 Cfr. A. Hoyos, *El Debido Proceso*, Bogotá, Temis, 1998, p. 54.

5 La tutela es un instrumento de protección exclusiva frente a los derechos individuales y colectivos. Se trata de un procedimiento caracterizado por la informalidad y la inmediatez de la protección, consistente en una orden para que la autoridad pública o un particular actúe restableciendo el o los derechos fundamentales vulnerados, por acción o por omisión, sin que la decisión emitida por el juez tenga alcance erga omnes; aunque se precisa que el alcance es mayor en las decisiones emitidas por la Corte Constitucional cuando define el contenido de los derechos fundamentales, al construir una teoría sobre las pautas a seguir por parte de los jueces, sin sacrificar el principio de igualdad.

El debido proceso, al considerarse como derecho fundamental, se le concibe como un derecho del ser humano incluido en norma positiva constitucional. A propósito, una manera de concebir los derechos fundamentales es la de comprenderlos como una especie de derechos humanos, considerando que son aquellos derechos reconocidos por los Estados en sus Cartas políticas y en el contexto de los tratados y convenios en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, los que igualmente han sido integrados como en el caso colombiano a nuestra Constitución por medio del bloque de Constitucionalidad.<sup>6</sup> Justamente, el debido proceso es un derecho humano reconocido en las Constituciones políticas, por lo que asume el carácter de fundamental, y adicionalmente aparece delimitado en gran parte de las normas positivas internacionales y desde la jurisprudencia emitida por órganos supranacionales.

Es importante destacar que desde el concepto de bloque de constitucionalidad se posibilita la aplicación paulatina de la normativa internacional. En el caso de Colombia, en atención a lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Carta Política, se han considerado normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional del año 1991. Las Constituciones hoy por el activismo constitucional ya no se comprenden como textos cerrados, inamovibles, pétreos; ellas mismas o, los jueces constitucionales dentro de su garantismo y activismo

6 La Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C-067 de 2003, dijo sobre el bloque de constitucionalidad lo siguiente: *La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.*

pueden remitir a otras normas, las que igualmente tienen valor constitucional. En este contexto se desarrolla la categoría de bloque de constitucionalidad. Así, todo el conjunto de principios y garantías correspondientes al debido proceso debe ser igualmente considerado desde el articulado que regula la temática, y que está consignado en tratados y convenios internacionales; toda esta normativa integra el bloque en sentido estricto. Pero su correcta aplicación exige consultar los parámetros de constitucionalidad que brinda desde el bloque amplio la jurisprudencia de las instancias internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

De esta forma, se comprende que el debido proceso es un derecho fundamental, que no puede ser explicado al margen de una doctrina coherente. Se trata de un derecho que se integra al bloque estricto de constitucionalidad, pero que igualmente puede ser mejor entendido desde los parámetros de constitucionalidad que suministran determinados órganos supracionales; además, es conveniente reconocer el valor de ciertos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, en donde parte de su motivación está recubierta de una cosa juzgada implícita, por no tratarse de meros dichos (*obiter directum*) sino por constituir la *ratio decidendum* de la resolución judicial.

Dar un concepto definitivo sobre debido proceso resulta difícil, si se tiene en cuenta lo problemático que es delimitar los principios y garantías que lo integran lo que ha llevado a la vaguedad y equivocidad. Se trata de un derecho reconocido abiertamente en el derecho internacional y en la mayoría de Constituciones modernas. El Tribunal de Núremberg de 1940, donde se juzgaron de manera especial 4 delitos: i) Crímenes contra la Paz; ii) Crímenes contra la Humanidad; iii) Crímenes de Guerra y iv) Conspiración; este Tribunal se erige en el ejemplo por excelencia de una instancia internacional que, apelando a toda la humanidad, insiste en la necesidad de vincular unos sujetos a un proceso que se asume como justo y que manifieste la existencia de un trámite digno del hombre,

tal como lo manifestó el Fiscal Norteamericano Robert H. Jackson, quien participara como acusador en el referido proceso internacional por el que se vincularon penalmente varios nazis responsables de delitos en contra de la humanidad, esto es un: "ribute that power must yield to reason" ("*homenaje que el poder debe rendirle a la razón*").

El origen del debido proceso se encuentra en el derecho anglosajón, teniendo en cuenta el desarrollo del principio *due process of law*: El antecedente histórico más significativo se remonta al siglo XIII, cuando los barones normandos presionaron al rey Juan Sin Tierra a la constitución de un escrito conocido con el nombre de la Carta Magna (año 1215) que en su capítulo XXXIX, disponía sobre la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo "en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra". Desde el juego limpio se exige igualmente un *fair trial*, es decir, un juicio limpio. A partir de entonces, y hasta la fecha, en la tradición correspondiente al *common law* se ha presentado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal bien prolijo; tradición en la que deben tenerse en cuenta países que recibieron el influjo del derecho inglés como es el caso de Estados Unidos de América.

Occidente ha encontrado en el debido proceso el pilar por excelencia del derecho procesal, aplicable a todos los procesos jurisdiccionales y por conexión extensiva a otros procedimientos como los administrativos. Se trata de una fuente emanadora de normas principales que son claros derroteros para procesar un derecho justo. Su dimensión institucional se manifiesta en la exigencia de asegurar la presencia de unas series procedimentales constituidas en espacios participativos y democráticos, en los que se ha de respetar un marco normativo mínimo.

En el caso del proceso jurisdiccional, el debido proceso incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas

como la vigencia de un orden social justo que tenga por fundamento la dignidad humana.

En ordenamientos jurídicos contemporáneos, como el alemán, la regulación de los referidos requisitos emanados del garantismo constitucional, se ha entendido como desarrollo del presupuesto de un procedimiento justo ("*fair trial*") principio que significa que cada partícipe del procedimiento tiene derecho a que se desarrolle un procedimiento justo. Desde dicho presupuesto el juez tiene el deber de no conducir el procedimiento contradictoriamente, derivando perjuicios de errores u omisiones propias para las partes –está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación– no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del derecho de prueba de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; igualdad de oportunidades, que se le dé en general oportunidad a las partes de expresarse (el derecho a ser oído legalmente por el juez).<sup>7</sup>

El debido proceso permite que el proceso incorpore las referidas aspiraciones de derecho justo, exigiendo el desarrollo de unos procedimientos equitativos en los que sus participantes deben ser escuchados en términos razonables y en igualdad de condiciones, tal como lo concibe nuestro artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. Se revela así un gran instrumento tutelar de participación, encaminado a brindar tutela concreta o protección jurídica de los derechos sustantivos sin consumir el imperio de los fuertes sobre los más débiles.

El debido proceso es el derecho fundamental que posibilita que el proceso situé a las partes, que buscan protección de sus derechos en una perfecta situación de igualdad, procurando convivencia pacífica en una comunidad

7 S. Leible, Proceso Civil Alemán, Korad-Anenauer Stiftung y Dike, 1999, pp. 152-154.

que reclama de un sólido acto de juzgar, por medio de un reconocimiento mutuo.

## II. Los derechos que comprende el debido proceso

---

De manera general, señalamos algunas instituciones o derechos que hacen parte de las garantías del debido proceso:

- a) **El derecho a la jurisdicción**, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas en las garantías constitucionales, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.
- b) **El derecho al juez natural**, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo como operadores jurídicos establecida por la Constitución y la ley.
- c) **El derecho a la defensa**, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y vencido en juicio de conformidad con la verdad-verdadera y no procesal para obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las personas que intervienen en el proceso.
- d) **El derecho a un proceso público**, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.
- e) **El derecho a la independencia del juez**, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de admi-

nistrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.

- f) **El derecho a la prueba**, como esencia del juicio o de todo procedimiento ante autoridades públicas debe estar fundamentado en pruebas lícitas, verídicas y legalmente controvertidas por las partes en igualdad de condiciones, con la dirección objetiva del administrador de justicia, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

### **III. Principio de publicidad en el debido proceso. Alcance y exigibilidad**

---

Desde el punto de vista de su alcance y exigibilidad, el principio de publicidad en cumplimiento del derecho fundamental al debido proceso se realiza de dos maneras. De un lado, a través de la notificación a las personas involucradas en una actuación judicial o administrativa de las decisiones que allí se adopten.

Entiéndase, la notificación como el acto material de comunicación por medio del cual se pone en conocimiento de las partes o terceros interesados, las decisiones proferidas por una autoridad pública. El acto de notificación tiene entonces como finalidad, garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se asegure a los involucrados los derechos de defensa, contradicción e impugnación; elementos esenciales del debido proceso como derecho fundamental. Desde ese punto de vista, la notificación, más que pretender formalizar la comunicación del inicio y desarrollo de una determinada actuación, lo que busca es legitimar en sí misma las decisiones que se tomen y amparar el ejercicio pleno de las garantías sustanciales y procesales.

De otro lado, el principio de publicidad se realiza también mediante el reconocimiento del derecho que le asiste a la comunidad en general, de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conociemien-

to, de exigir que las mismas se surtan con total apego a la Constitución y la ley. Se trata, entonces; del deber impuesto a las autoridades de divulgar a la opinión pública el contenido y efecto de sus decisiones, salvo en los casos en los que exista reserva legal. De ese modo, además de las notificaciones como actos de comunicación procesal, el principio de publicidad se materializa también mediante el reconocimiento del derecho ciudadano a enterarse de las decisiones tomadas por las autoridades, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. En este segundo caso, el principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder.

Entre las manifestaciones del principio de publicidad se presentan claras diferencias y siguiendo la Jurisprudencia del máximo Juez Constitucional colombiano,<sup>8</sup> es preciso decir, que la facultad de informar el contenido y alcance de las providencias por parte de los funcionarios judiciales, no es asimilable al acto procesal de notificación a las partes. En el primer evento, (..), se trata de una declaración pública en la que se explican algunos detalles importantes de la sentencia proferida, bajo el supuesto, obvio, de que el administrador de justicia no se encuentra obligado a dar a conocer aquellos asuntos que son objeto de reserva legal. Por el contrario, el segundo caso, implica una relación procesal entre el juez y las partes, a través de la cual se brinda la oportunidad a éstas de conocer el contenido íntegro de las providencias y de interponer, dentro de los lineamientos legales, los respectivos recursos.

El principio de publicidad, visto como instrumento indispensable para la realización del debido proceso, comporta, entonces, la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos

8 Sentencia C-037 de 1996.

procesales con interés jurídico en actuar, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley. Esto, por oposición al proceder secreto u oculto de las autoridades que resulta contrario al Estado de derecho.

#### **IV. La notificación como elemento esencial del debido proceso**

---

La notificación entendida como el mecanismo idóneo y eficaz para poner en conocimiento de las partes y terceros interesados las decisiones adoptadas por autoridades administrativas y judiciales.

Dentro de las diversas formas de notificación que han sido reguladas y desarrolladas por el legislador,<sup>9</sup> se ha reconocido la notificación por correo electrónico o correo físico como un mecanismo idóneo y eficaz para poner en conocimiento de las partes y terceros interesados algunas de las decisiones adoptadas por las autoridades –administrativas y judiciales– en una determinada actuación y de esta manera los destinatarios de las decisiones puedan no solo conocerlos oportunamente, sino también utilizar en su contra los medios o instrumentos jurídicos necesarios para la defensa y protección de sus derechos e intereses.

La notificación por correo es una decisión legítima del legislador, en el ejercicio de su función de hacer las leyes, diseñando un sistema de notificación de las decisiones que resulte compatible con los progresos tecnológicos que tienen lugar en el campo de las telecomunicaciones, lo que a su juicio ocurre con los servicios de correo. Por eso, no ha dudado en considerar constitucionalmente admisible la notificación por correo, sobre la base de que la misma asegura, tanto el conocimiento real del acto o de-

9. De conformidad con la ley 1564 del 2011 (Código General del Proceso colombiano), los artículos que refieren a las notificaciones son: 289, a 301.

cisión a comunicar, como la posibilidad cierta del ejercicio del derecho de defensa.

Sobre la base de admitir que la notificación por correo es constitucionalmente admisible, la jurisprudencia constitucional ha hecho algunas precisiones en torno a su alcance y efectividad, destacando al respecto que la misma se entiende surtida solo cuando el acto administrativo objeto de comunicación ha sido efectivamente recibido por el destinatario, y no antes. En ese sentido, la eficacia y validez de esta forma de notificación depende de que el administrado haya conocido materialmente el acto que se le pretende comunicar, teniendo oportunidad cierta para controvertirlo e impugnarlo. La notificación por correo, entendida, de manera general, como la diligencia de envío de una copia del acto correspondiente a la dirección del afectado o interesado, cumple con el principio de publicidad, y garantiza el debido proceso, sólo a partir del recibo de la comunicación que la contiene. En virtud de esa interpretación, la sola remisión del correo no da por surtida la notificación de la decisión que se pretende comunicar, por cuanto lo que en realidad persigue el principio de publicidad, es que los actos jurídicos que exteriorizan la función pública administrativa, sean materialmente conocidos por los ciudadanos, sin restricción alguna, premisa que no se cumple con la simple introducción de una copia del acto al correo.

La Jurisprudencia Constitucional ha avalado la incorporación de los medios tecnológicos en el funcionamiento institucional del Estado Colombiano, en el entendido que los mismos contribuyen no solo a la modernización y sistematización de sus trámites y funciones, sino también a mejorar la calidad de vida de la comunidad, ofreciendo un acceso efectivo y más equitativo a los servicios que le corresponde prestar a las autoridades públicas en los distintos escenarios de acción.

En relación con el tema, dijo la Corte en la Sentencia C-662 de 2000: “Es bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante

las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico”.

## **V. El debido proceso en ámbitos diferentes al proceso jurisdicción**

---

Resulta indudable la extensión paulatina que ha tenido el debido proceso a espacios diversos a los del proceso jurisdiccional, aunque los principios que lo integran sean, por su esencia, propios de este tipo de proceso, dada su estructura triangular en virtud de la presencia de un sujeto tercero e imparcial y que puede actuar frente a dos partes coordinadas que se hallan en perfecta situación de igualdad (isonomía procesal). Sin embargo, el derecho de defensa o de contradicción, como mínimo, se impone como un parámetro de ética que debe regir en las diversas relaciones existentes entre los miembros de una determinada colectividad, en donde se exige del respeto de la persona.

En el Estado de derecho constitucional se han extendido diversas garantías procesales a ámbitos distintos del proceso jurisdiccional.

De esta manera, se constituye en exigencia clara para las autoridades administrativas la vigilancia, el cumplimiento de la forma, de la competencia y de la contradicción, para que pueda generarse de manera adecuada la correspondiente decisión administrativa. Es imprescindible que se respete el procedimiento requerido para la emisión del acto administrativo final, permitiendo un equilibrio en las relaciones que se establecen entre la administración y los particulares, en aras de garantizar decisiones de conformidad con el ordenamiento jurídico por parte del su-

jeto director con funciones administrativas Se trata entonces, de un procedimiento en el que se debe velar continuamente por el derecho de defensa de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con la decisión administrativa que ha de emitirse.

La Constitución como norma de normas se encuentra en cada una de las ramas del derecho, y con el transcurrir del tiempo ha venido evolucionando el concepto de constitucionalización del derecho, bajo el presupuesto que toda norma que rija a una sociedad debe estar enmarcada en los principios constitucionales situación a la que no escapa la rama del derecho administrativo. Dentro de ese proceso de constitucionalización, cada día se han integrado en la normatividad los principios constitucionales con el fin de darle una mayor eficiencia y protección a los destinatarios de la norma, y uno de esos principios es el del debido proceso el cual se ha desarrollado a través de la jurisprudencia tanto constitucional como la del Consejo de Estado y la doctrina.

De esta forma, el debido proceso en materia administrativa se considera como un sistema de garantías que procuran la obtención de decisiones justas que deben buscar en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales o colectivos en juego proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales.<sup>10</sup>

10 Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 14 de la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y el artículo 3º. Numeral 1º de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo), normas de las cuales se desprende la obligación por parte de los jueces de la Republica y de las entidades públicas de dar a conocer decisiones y actos y actuaciones administrativas para garantizar la oponibilidad de los mismos

En Otras palabras se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general.

De otra parte, el debido proceso viene penetrando en los ámbitos propios de particulares expresamente lo reconoció el máximo Tribunal Constitucional<sup>11</sup> colombiano al manifestar lo siguiente: *“También los particulares cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y los postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados”*.

Es más en Colombia el debido proceso se ha hecho extensivo a las decisiones privadas o mejor de la relación entre particulares por la relación de subordinación o indefensión que tiene el actor que hace referencia a la situación en la que se encuentra una persona cuando tiene la obligación jurídica de acatar las órdenes de un tercero, como consecuencia de un contrato o relación jurídica determinada que ubica a ambas partes en una situación jerárquica. Ahora bien, en cuanto al estado de indefensión, éste no tiene origen en la obligatoriedad que se deriva de un vínculo jurídico, sino en la situación de ausencia o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir u oponerse a la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no puede ser, entonces, analizada en abstracto, sino que requiere de un vínculo entre quien la alega y quien la genera, que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

por parte de los ciudadanos, en ejercicio del debido proceso y el derecho de defensa.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-470, 6 de julio de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Desde la óptica y siguiendo los lineamientos del garantismo y activismo de la Corte Constitucional de Colombia, podemos decir que el derecho fundamental al debido proceso es exigible, tanto para las entidades estatales y sus actuaciones, como también para los particulares, pues un Estado Social de Derecho debe garantizar en toda relación jurídica unos parámetros mínimos que protejan a las personas de actos arbitrarios e injustificados que atenten contra otros derechos fundamentales. Así, en las relaciones laborales, incluso tratándose de empresas del sector privado, éstas no escapan del ámbito de los principios contemplados en la Carta Política, y es por esto, que sus procedimientos internos deben observar las reglas del debido proceso entre las cuales la jurisprudencia constitucional exige; reglamentos públicos que sean de conocimiento de los trabajadores, sanciones previamente establecidas y conocidas por quien es sancionado, criterios de selección objetivos y proporcionales para el cargo al cual se aspira, el respeto del principio de igualdad y no discriminación para el acceso al trabajo, entre otros.

## **VI. La tutela como mecanismo procesal constitucional en defensa del debido proceso**

---

La tutela es un mecanismo de protección excepcional y ha sido aceptada por la Corte Constitucional, frente a providencias judiciales cuando se viola el debido proceso, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.<sup>12</sup>

Tan exigente es, que la acción de tutela contra providencias judiciales, requiere:

12 Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 08 de junio de 2005 y T-332 de 2006.

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales del accionante.
- e. *“Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible”*.<sup>13</sup>
- f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos no son meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido de que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas sólo pueden tener cabida *“... si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta”*.<sup>14</sup>

13 Ibídem.

14 Sentencia C-590 de 2005.

## VII. El defecto procedimental y la violación al debido proceso para que una tutela proceda contra una decisión judicial

---

Inicialmente permítanme referirme al contenido del defecto procedimental como causal para que proceda una acción de tutela en contra de una decisión judicial.

La jurisprudencia constitucional,<sup>15</sup> ha caracterizado el defecto procedimental para señalar que este se configura cuando el juzgador viola derechos fundamentales al negar el derecho sustancial,<sup>16</sup> ya sea por no aplicar la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate,<sup>17</sup> o cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen nugatorio un derecho.

En esos casos, el funcionario administrador de justicia aplica los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia,<sup>18</sup> causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales,<sup>19</sup> por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales<sup>20</sup> o por un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.<sup>21</sup> En estas situaciones se presenta una violación

15 Corte Constitucional, sentencia T-363 de 2013.

16 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-268 de 2010, T-301 de 2010 y T-893 de 2011.

17 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-389 de 2006, T-1267 de 2008 y T-386 de 2010.

18 Corte Constitucional, sentencia T-1306 de 2001.

19 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-386 de 2010, T-429 de 2011, T-893 de 2011.

20 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-892 de 2011.

21 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-531 de 2010, T-950 de 2010, T-327 de 2011.

de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Efectivamente, en relación con el derecho al debido proceso, tal defecto se configura cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial de éste. En relación con el derecho de acceso a la administración de justicia, el defecto se produce cuando, por un exceso ritual manifiesto, se ponen trabas al acceso y se viola el principio de prevalencia del derecho sustancial es decir convierte a los procedimientos en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial.<sup>22</sup>

La formulación del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto contra providencias judiciales tuvo como objetivo resolver la aparente tensión entre el derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) y la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 ibídem). En principio, estos dos mandatos son complementarios pero en ocasiones la justicia material parecería subordinada a los procedimientos, no obstante, la jurisprudencia ha señalado que las formalidades procedimentales son un medio para la realización de los derechos sustantivos y no fines en sí mismos.<sup>23</sup>

En ese sentido, tal defecto puede tener una estrecha relación con el denominado defecto fáctico, que se refiere a la existencia de problemas de hecho y de apreciación de pruebas que llevan a una conclusión errada al juez. La Corte Constitucional colombiana en las sentencias T-386 de 2010 y T-637 de 2010 estudió la interrelación de estos dos defectos. Adicionalmente, también tiene conexión con problemas sustanciales vinculados con la aplicación preferente de la Constitución cuando los requisitos y for-

22 Al respecto consultar las sentencias T-264 de 2009, T-950 de 2011, T-158 de 2012, y T-213 de 2012.

23 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-104 de 2014, T-747 de 2013, T-591 de 2011 y SU- 498 de 2016.

malidades legales amenazan la vigencia de los derechos constitucionales.<sup>24</sup>

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha señalado cuáles son los elementos que deben concurrir para que se configure el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto:

- “(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela;*
- (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales;*
- (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y*
- (Vi) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales”.*<sup>25</sup>

En el mismo sentido, el Alto Tribunal constitucional la sentencia T-1306 de 2001, precisó:

*“[...] si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).*

*De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en*

24 Corte Constitucional, SU- 498 de 2016.

25 Corte Constitucional, T-264 de 2009.

*una inaplicación de la justicia material.*” (Negritas fuera de texto original).

En ese sentido, la valoración probatoria no puede negar la realidad que muestran las pruebas por dar prevalencia a los trámites. Sobre los límites al ejercicio de valoración probatoria de los jueces, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-974 de 2003, indicó que aunque los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P).

Resulta claro que, cuando se aplican rigurosamente las normas procesales y con ello se anulan derechos fundamentales, se configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, correspondiéndole entonces, al juez inaplicar la regla procesal en beneficio de las garantías constitucionales.

Ahora, respecto de la vulneración del debido proceso por ausencia de notificación de las actuaciones y providencias judiciales la Corte Constitucional de Colombia<sup>26</sup> ha hecho pronunciamientos importantes al respecto, que concluye que un error en la notificación da al traste con la eficiencia, diligencia y buena justicia y por tanto atenta con el debido proceso como derecho fundamental de conocer y hacer del conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias proferidas por autoridades judiciales y administrativas. Adquiere trascendencia constitucional (*la notificación*) en la medida en que permite al individuo conocer las decisiones que le conciernen y establecer el momento exacto en que empiezan a correr los términos procesales, de modo que se convierte en presu-

26 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-1049 de 2012 y T- 612 de 2016.

puesto para ejercer los derechos de defensa y contradicción en todas las jurisdicciones.<sup>27</sup>

Las notificaciones en materia penal tienen un carácter cualificado debido a las consecuencias de su trámite indebido: la condena judicial de un ciudadano, la pérdida de la presunción de inocencia, y la obligación de soportar el poder sancionador del Estado, que le impone límites al goce de sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, la libertad personal, etc., por un espacio considerable de tiempo.<sup>28</sup>

Con todo, en general estas irregularidades pueden ser corregidas dentro del mismo proceso, por ejemplo a través de la nulidad, y de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones. Por eso la Corte Constitucional ha dicho que *“la configuración de un defecto procedimental por un error en la notificación sólo hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales si ostenta suficiente entidad como para ser determinante en el proceso”*.<sup>29</sup>

En síntesis, para que proceda la tutela por irregularidades en la notificación, el defecto en la misma debe tener las siguientes características:

- “(i) Debe ser tangible y haber tenido un impacto ostensible en las resultas del proceso;*
- (ii) debe haber incidido negativamente en la posibilidad de que el interesado ejerciera su derecho de contradicción y de defensa;*
- (iii) no puede ser atribuible al afectado.*
- (iv) Debe probarse que la autoridad judicial que adoptó la decisión asumió una conducta omisiva en relación con la comunicación de las decisiones judiciales, es decir, que fue negligente.”*<sup>30</sup>

27 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2001.

28 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-211 de 2009, T-1123 de 2003 y T- 612 de 2016.

29 Corte Constitucional, sentencia T- 612 de 2016.

30 Ibídem.

El último requisito debe ser entendido con ciertas especificidades, en efecto el operador judicial y el ente investigativo adquieren un deber especial en dos casos: el de las personas privadas de la libertad y en la notificación del inicio de un proceso penal, antes de la declaratoria de persona ausente. Por eso, cuando se cuenta con al menos una posibilidad de notificar personalmente al demandado de la iniciación de un proceso judicial en su contra, el emplazamiento y nombramiento de un defensor de oficio, son actuaciones que no sustituyen la obligación de vincular de forma personal al afectado. Cualquier actitud contraria o insuficiente configura una violación del debido proceso.<sup>31</sup>

## Conclusiones

---

Siguiendo los lineamientos del activismo judicial podemos señalar que la Jurisprudencia y la doctrina están sosteniendo que hoy la aplicación de normas constitucionales internas y de normas supranacionales que protegen los derechos humanos, nutre y alimenta al proceso y permite que las partes materialicen el derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido a través del debido proceso.

En el contexto de la Constitución Política de Colombia, el debido proceso contribuye a la búsqueda de la verdad en los asuntos sometidos a Litis y no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para toda la sociedad, sino también es un instrumento de protección y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional.

Advierte Luigi Ferrajoli, *“si una justicia penal completamente con verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad y, agre-*

31 Corte Constitucional, sentencias T-617 de 2007, T-1209 de 2005 y T- 612 de 2016.

*ga, las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad.”<sup>32</sup>*

- 32 El jurista y profesor italiano, Luigi Ferrajoli realiza una profunda crítica al estado de derecho en Italia y en países donde predominan lo que él llama “democracias avanzadas”, caracterizadas por la anomia, por leyes inadecuadas, obsoletas, relativas o limitadas para el control social, la falta de efectividad de técnicas de garantía y por la tendencia a la concentración del poder político en pocas manos sin límites jurídicos de ningún tipo. Según este autor, esa situación ha desembocado en un estado de ilegalidad que promueve la corrupción, el arbitrio y muchas otras conductas desviadas que la sociedad no ha podido frenar. La obra “Derecho y Razón” se enmarca dentro de una teoría que se apoya en los ideales de la ética, la razón, y el humanismo, y es por ello que su análisis y estudio constituye hoy más que nunca una orientación contundente hacia el estado de derecho pleno.

Con el objetivo de coadyuvar a la transformación del estado de ilegalidad y de arbitrariedad a uno de derecho fundamentado básicamente por la búsqueda de la verdad, Ferrajoli propone en la obra citada una refundación garantista de la jurisdicción penal que permita eventualmente rehabilitar la legalidad perdida. La propuesta se basa en la fusión de tres elementos centrales: la garantía de los derechos y libertades fundamentales, la división de poderes y la democracia.

Ferrajoli arguye que el garantismo es un modelo ideal del estado de derecho que se entiende como estado liberal protector de los derechos de la libertad, y también como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; no obstante acepta que como modelo, es altamente susceptible a las críticas en tanto modelo idealista, complejo y a veces hasta paradójico. Es por ello que Ferrajoli desarrolla en su obra todos los elementos constitutivos de la teoría garantista, en particular el tema de la comprobación jurisdiccional de los delitos o garantías procesales y la defiende como el mejor mecanismo para velar por los derechos fundamentales y para dar sentido y forma a la democracia.

La profundidad y detalle con los que Ferrajoli define, desarrolla y auto-observa el modelo garantista le atribuyen a este jurista, el título de precursor y principal teórico del concepto de garantismo jurídico, siendo su obra Derecho y Razón, una de las más importantes en ese ámbito. En este ensayo, dedicaremos unas líneas al análisis de las principales críticas que hace Ferrajoli al

En el diseño de modelos procesales que buscan reconstruir los hechos y hacer coincidir la verdad fáctica con la verdad probada en el proceso, los Estados han utilizado fórmulas que oscilan entre la visión autoritaria de la justicia que autoriza a encontrar la verdad a toda costa, hasta la de los Estados democráticos en los cuales la verdad jurídica es una garantía que concilia la defensa de los derechos del procesado y de la víctima, de tal suerte que la verdad, que hace justicia, está referida a aquella que logra constatar hechos a partir de la prueba obtenida con las garantías propias del Estado Constitucional y dentro de un debido proceso como derecho fundamental.

Ejemplos claros de limitaciones constitucionales al derecho a la verdad y al deber del Estado de buscarla para proferir una sentencia justa, se encuentran en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la Constitución Política de Colombia, según los cuales sólo pueden ser apreciados los hechos y circunstancias que rodean el caso con las garantías propias del debido proceso en los Estados constitucionales y democráticos, los que si bien es cierto constituyen un avance cierto y determinante en la dignificación del derecho y en la civilización de los Estados en la lucha contra la impunidad, también lo es que inclina la balanza en la tensión entre eficientismo y garantismo, a favor de la búsqueda de la verdad con plena eficacia de los derechos y libertades de los involucrados en el proceso. En efecto, cuando la validez y eficacia de la prueba, que pretende desentrañar la verdad de lo sucedido, depende del cumplimiento de las formas del juicio y de los requisitos previstos en la Constitución y la ley, so pena de que sea nula de pleno derecho, resulta evidente que las garantías constitucionales del proceso limitan la labor estatal

iuspositivismo y al autoritarismo, de las que deriva la necesidad de construir y auspiciar el modelo penal garantista; al concepto de validez en el derecho penal, a una breve reseña de los lineamientos principales de la teoría general del garantismo, y al análisis de las observaciones que el modelo ha generado en el inmenso y complejo mundo del derecho.

de búsqueda de la verdad. Igualmente ocurre en los casos en los que, a pesar de que muy probablemente se conozca la verdad de lo sucedido, el ordenamiento jurídico exime de autoincriminarse o, en aquellas situaciones en las que el juez considera proporcional al hecho verdadero una condena de mayor magnitud que se impide en beneficio del apelante único, o en casos en los que a pesar de haberse encontrado elementos probatorios fundamentales, no pueden ser valorados porque se adquirieron con violación del debido proceso.<sup>33</sup>

Para cambiar ese estado de cosas violatorias del debido proceso como derecho fundamental se impone asumir un *activismo procesal y doctrinario* mucho más intenso que el adoptado hasta ahora. Esa postulación dogmática debe ser tomada con toda firmeza por parte de quienes ponemos como *norte* la entronización de un derecho procesal *unitario y garantista* que tenga una constitución viviente en la administración de justicia que dignifique y haga requisito *sine qua non* el debido proceso. La hondura de la crisis nos compromete con una crítica abierta y frontal contra los *modelos procesales autoritarios* que: 1) fraccionaron a la teoría general del proceso; 2) descalabraron el sistema y la justicia y 3) diluyeron las prescripciones constitucio-

33 Ejemplo de ello tenemos el pronunciamiento realizado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el día 18 de mayo de 2011, sobre el caso de la legalidad de las pruebas obtenidas en el operativo realizado por el Ejército colombiano en territorio Ecuatoriano el día 1° de marzo de 2008, en el cual fue muerto el ciudadano colombiano Luis Edgar Devia Silva “alias Raúl Reyes”. Allí se recaudaron sendas pruebas por el Ejército sin que ellos en nuestro Estado colombiano ejerzan funciones de policía judicial. La Sala Penal, considero ilegales todas esas pruebas por violación al Tratado Internacional celebrado entre Colombia y la República del Ecuador, el 18 de diciembre de 1995, ratificado con la ley 519 de 1999 y declarado constitucional mediante la Sentencia C-206 de 2000 y por desconocimiento del debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

nales encaminadas a garantizar a los pueblos el goce de un "*debido proceso judicial*".

El derecho a un debido proceso, que incluya el establecimiento de la verdad material es una y debe ser una preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos se construye con un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no serán privados de su vida, su libertad, su honra y sus bienes, sin antes haber mediado el previo tránsito por un debate jurisdiccional en el que se les garantice: a) la igualdad de armas para discutir en el mismo y; b) un juez auténticamente imparcial, activo, garantista, activo e independiente que lo dirima y establezca la verdad con fundamento en los principios constitucionales nacionales y supranacionales.

Sin embargo, esa promesa contenida sin excepción en las Cartas Magnas y ratificada (por lo menos en teoría) en los códigos de América Latina, bajo el peso de un *derecho procesal autoritario*, resulta continuamente modificada cuando no es directamente desacatada o muchas veces anulada. El *recorte* o la *anulación* de la garantía del debido proceso se concretan mediante prescripciones normativas incluidas en los códigos procesales inspiradas en una filosofía contraria a los mandatos constitucionales libertarios.

La consigna frente a esta y otras flagrantes antinomias que hacen tambalear toda la estructura constitucional del sistema general de procesamiento de la región, no puede ser otra que *remover las aguas "mansas" por las que navega buena parte de la dogmática contemporánea* y provocar, ya, aquí y ahora, una *discusión científica*, franca y pluralista, para derribar un muro dogmático y normativo que es tan ominoso en lo jurídico, como lo fue el "*muro de Berlín*", en lo político, hasta que lo insostenible del régimen totalitario que lo apañaba se derrumbó y con él cayó también el símbolo del sistema.

## Bibliografía

---

- Alcalá, Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, Auto Composición y Autodefensa*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.
- Arango, Rodolfo. *Concepto de los Derechos Fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Editorial Legis, 2005.
- Bachue, Eduardo German. *Teoría General del Derecho Procesal*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, 2008
- Borthwick, Adolfo E. C. *Nociones Fundamentales del Proceso*. Mave, 2001.
- Código Penal y de Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Legis, 2010
- Constitución Política de Colombia. Editorial Legis, 2010.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* (T. I). Bogotá: Temis, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta, Madrid, 1995.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Pruebas y Verdad en el Derecho*. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. Segunda Edición. 2005.
- Fiscalía General de la Nación. Página web institucional.
- Fix-Zamunido, Héctor. *Constitución y Proceso Civil*. UNAM. México. 1974.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*. UNAM. México, 1995.
- Gregorio, Badeni. *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley. Primera Edición. Buenos Aires, 2011.
- Hans, Kelsen. *Teoría General de las Normas*. Editorial Trillas.
- Jurisprudencia Honorable Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.
- Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del proceso* (T. I). Bogotá: Temis 1995.

Rawls, Jhon. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México D. F.

Vigo, Rodolfo Luis. *La Injusticia Extrema no es Derecho* (De Radbruch a Alexy). La Ley. Primera Edición. Buenos Aires. 2006.

Daher, José. 2005. *La desobediencia civil en Jhon Rawls*. Universidad de Valparaíso.

Zalaguet Daher, José. *Religión, ética y orden socio político*.

# El debido proceso como norma de *ius cogens*: logros y debates pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

Jairo Enrique Herrera Pérez<sup>1</sup>

*Sumario. I. Justificación del tema. II. Ius cogens. III. Ius cogens en el escenario interamericano. IV. La Corte IDH limitó los alcances del derecho de acceso a la justicia como norma de ius cogens. Conclusiones.*

## I. Justificación del tema

---

El debido proceso debe ser, seguramente, uno de los conceptos jurídicos más analizados, discutidos en el foro, y objeto de estudio de diversas disciplinas jurídicas, inicialmente en los espacios de la doctrina procesal, pero

1 Abogado, Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Colombia; Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca- España; Magister en Defensa de los Derechos Humanos ante Tribunales y Cortes Internacionales, Universidad Santo Tomás; Doctor en Derecho “HONORIS CAUSA” en el año 2014 de la Universidad de la Amazonía Peruana; Miembro Honorario del Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal año 2016; Profesor Universitario. Autor de obras y artículos jurídicos; Coautor en múltiples Publicaciones Colectivas en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Ponente Nacional e Internacional.

ocupando hoy la especial atención de constitucionalistas y los defensores de los derechos humanos, entre otros.

En la actividad jurisdiccional ha sucedido lo mismo y por esa razón hoy no basta con revisar y estudiar las decisiones de la justicia ordinaria en lo penal, civil, laboral o contencioso administrativo al respecto, sino que es forzoso acudir a los precedentes constitucionales que se establecen en sede de control de constitucionalidad o por vía de amparo constitucional (acción de tutela en Colombia) y también los avances en los Tribunales Internacionales, en nuestro caso latinoamericano, en nuestro tribunal interamericano de derechos humanos.

Por esto aplaudimos el homenaje que se le rinde hoy al **debido proceso como derecho humano**, al tiempo que detenemos nuestra atención para preguntarnos si para su respeto y aplicación, ha sido suficiente recategorizarlo desde el concepto clásico que aprendimos de los profesores y la doctrina de los procesalistas puros, pasando por su reconocimiento constitucional como derecho fundamental continente de otros derechos fundamentales, hasta alcanzar en tratados, pactos y convenciones internacionales la estatura de un verdadero derecho humano.

Los avances jurisprudenciales son indiscutibles, destacándose la tarea de la justicia constitucional con pronunciamientos que espantarían a un procesalista clásico, al replantear la importancia del derecho procesal y del propio debido proceso, como lo hiciera, hace más de tres lustros, la **Corte Constitucional de Colombia** cuando sostuvo *“Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo, es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales, y la protección de las garantías que lo integraban solo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia*

de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían punto de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada, pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales (...) Así, **ha generado una nueva percepción del derecho procesal, pues le ha impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y, al reconocerles a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; ha generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ellas a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal.**

(...) Ahora bien, es claro que **las garantías que integran el debido proceso**, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, **pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.** Ellos es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante **pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella".**(1) (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

Este último aparte lo reproduce nuevamente la Corte Constitucional de Colombia en la **Sentencia de Tutela 213 del año 2008 (T-213/2008)**; Encontramos entonces que la Corte Constitucional de Colombia redimensionó no solo los criterios que abrazan hoy día el derecho procesal, sino también el concepto mismo del debido proceso, pues ya desde sus primeras decisiones luego de ser creada en la **Constitución Política de 1991**, cuando muchos Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellos el Estado de Colombia, aún no recibían la primera condena en la sede internacional de la Corte Interamericana, se pronunció tempranamente en la **Sentencia T-572 de 1992**, diciendo que *“El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales, los cuales están consagrados en el plano del Derecho Internacional en instrumentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, entre otros”*

En el ámbito internacional también se ha avanzado de manera considerable tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, a partir del análisis e interpretación de las normas que se ocupan del debido proceso en los tratados, pactos y convenciones internacionales, como en nuestra región lo encontramos recurrentemente en las sentencias de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (*en adelante Corte IDH*) cuando en sus fallos se ocupa de los **arts. 8 y 25** de la **Convención Americana Sobre Derechos Humanos** (*en adelante CADH*), la mayor de las veces para condenar a los Estados Parte, por incurrir en violaciones de estas dos normas que consagran las **garantías** y la **protección judicial** respectivamente.

Lo que sorprende es la actitud de los Estados latinoamericanos, es la actitud de las jurisdicciones de cada Estado de nuestra región, que a pesar de las condenas impues-

tas por el Tribunal Interamericano, primeras de las cuales<sup>(2)</sup> –*Sentencias de 1987 excepciones preliminares en los casos Velásquez Rodríguez; Fairén Garbi y Solís Corrales; Godínez Cruz, todos contra Honduras*–, ya datan desde hace tres décadas (Pérez, Control Judicial Internacional de DDHH, 2011), no obstante no abandonan las prácticas procesales violatorias, y no obstante que reconocemos avances, que celebraríamos fueran mayores ante todo en el campo penal, pareciera que desconocieran que el **debido proceso** es un baluarte del Estado Constitucional de Derecho, y que el peor retroceso es ver a nuestra justicia en algunos casos convertida en fuente de violación de los derechos humanos, al vulnerar las garantías judiciales o la protección judicial y tener la víctima entonces que llegar hasta una instancia internacional para que se le condene al Estado y se le ordene reparar los daños que con sus decisiones causan a las personas, cuando lo cierto es que en los años que tarda el agotamiento del recurso interno, la actuación judicial surtida ha pasado por varias manos sin pena ni gloria, y peor aún, cuando ha pasado por las Salas de decisión de las altas Cortes.

Entonces regresemos a la inquietud que hemos asomado para ahora sí, con este panorama preguntarnos: ¿Para el respeto, protección y debida aplicación por nuestros fiscales, jueces, tribunales y altas Cortes, ha sido suficiente elevar el postulado del **debido proceso** a la categoría constitucional de derecho fundamental, o más aún, a la estatura internacional de derecho humano?

¿Existe alguna otra alternativa jurídica que le pueda exigir de manera más severa a los Estados, el respeto y cumplimiento de las garantías judiciales que deben tener las personas que comparecen ante la justicia?

En el desvelo de encontrar respuesta a estos interrogantes, que a decir verdad, venimos formulándonos hace varios años y planteándolos en diferentes escenarios académicos, detendremos nuestra atención en las normas que integran el **derecho imperativo internacional**, para revisar las propuestas que han surgido sobre el tema al in-

terior de la Corte IDH, tratando previamente de establecer las características de una norma *ius cogens*, para revisar rápidamente las consecuencias que implica su reconocimiento, y entonces concluir si estamos ante la posibilidad y necesidad de reconocer al **debido proceso como norma de *ius cogens*** que permita apremiar a los Estados con mayor rigor por el respeto, acatamiento, protección y cumplimiento de las garantías judiciales.

## II. *Ius cogens*

---

*Ius cogens* o, también frecuentemente *jus cogens*, es una locución latina empleada en el ámbito del Derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de Derecho imperativo o perentorio, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo.

Su primera y única consagración normativa que conocemos, la encontramos en la **Convención de Viena (Austria)** sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, en la que se estableció:

**“Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”).** *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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”.*

Afirmese desde ya que el carácter imperativo de una norma se deduce de la naturaleza o relevancia que tiene para la comunidad internacional el interés jurídico que la nor-

ma tutela, lo que de inmediato descarta cualquier idea que pretenda concebirla solo cuando haya una aceptación unánime de los Estados, pues las normas *ius cogens* están por encima de la voluntad de los propios Estados y por ello el efecto de nulidad absoluta de todo Tratado que la contraríe.

Incluso en el **artículo 64** del mismo cuerpo legal se vuelve a reafirmar el carácter supremo del derecho imperativo con respecto a la norma convencional, al rezar: “**64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens")**. *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*”

Agreguemos también que la doctrina dedicada al derecho internacional público admite, al unísono, no poder entregar un inventario de todas las normas *ius cogens*, pero coinciden en señalar algunos intereses amparados, imprescindibles para la convivencia, como los siguientes:

1. La igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos.
2. La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos.
3. La igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención.
4. Las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos.
5. El deber de cumplir de buena fe las obligaciones.
6. Normas muy básicas como el principio de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), dado que sin ellas no cabría la existencia de ningún tratado internacional.
7. El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
8. El derecho a la igualdad de todas las personas.
9. La prohibición de desaparición forzada de personas.

10. El deber de investigar la desaparición forzada y sancionar a sus responsables, entre otros.
11. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que no puedan ser suspendidas.

Sin pretender profundizar en esta compleja temática, pues reconocemos que la doctrina del *ius cogens* ofrece serias discusiones teóricas, pero solo para abrirnos paso a la propuesta nuclear de nuestro preciso propósito, señalemos algunas de las **consecuencias jurídicas que se derivan de una norma que se le reconozca naturaleza imperativa**, que no son otras que las que se desprenden de la protección de intereses superiores de alta relevancia para la comunidad internacional, y veamos:

- a) La posibilidad de desconocer la voluntad de los Estados.
- b) Obligaciones *erga omnes* que se derivan precisamente por la relevancia de los intereses jurídicos que tutela la norma *ius cogens*, lo que la hace inderogable, aún en estados de excepción.
- c) Una *actio popularis* que legitima a cualquier Estado, en tanto que puede asumir la defensa de los intereses tutelados por las normas *ius cogens*, lo que en el fondo atribuyen es una especie de competencia pública.
- d) La **responsabilidad internacional agravada de los Estados**, en razón de la envergadura de los intereses protegidos por las normas *ius cogens*, lo que permite acentuarle un mayor grado de responsabilidad, esto es, **graduarle con mayor intensidad la responsabilidad al Estado que desconoce una norma *ius cogens***, precisamente por la obligación que tiene de respetarla habida cuenta de su aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional, tema en el que hundiremos nuestra propuesta del **debido proceso como norma de *ius cogens***.

### III. El *ius cogens* en el escenario interamericano

---

Al interior de la Corte IDH no ha resultado pacífico el tema de reconocer, novedosamente, normas que integren el *ius cogens*, y parece forzoso referirnos a las insistentes propuestas de uno de sus jueces que desde su vinculación en 1995 hasta su retiro en 2006, trabajó sin descanso alrededor del tema.

La referencia que hacemos es indiscutiblemente a uno de los juristas más relevantes del panorama mundial, el profesor brasileño **Antonio Augusto Cançado Trindade**, quien fuera presidente de la Corte IDH entre los años 1999-2003, hoy y desde el año 2009 al servicio como Juez del principal órgano de las **Naciones Unidas**, esto es, de la **Corte Internacional de Justicia**, tribunal con sede en **La Haya**, cuyo período termina precisamente en el 2018.

En reciente publicación de la profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia **Emilia Bea Pérez**, sostuvo el Juez **Cançado Trindade**(3) (Bea, 2013) *“Estoy convencido de que ha llegado el momento de prestar al jus cogens toda la atención que requiere y merece. Y no puedo dejar de reiterar que crímenes internacionales como las masacres de la población civil en territorio ocupado y las deportaciones de civiles y prisioneros de guerra para sometimiento a trabajo esclavo son violaciones graves de prohibiciones absolutas del jus cogens, ante las cuales no puede invocarse ningún tipo de inmunidad. El jus cogens se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal con todas las consecuencias que se desprenden de ello y evitando, por tanto, la denegación de justicia y la impunidad. En suma, no hay inmunidad estatal para crímenes internacionales, para violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.*

*En conclusión, a mi modo de ver, el Derecho Internacional experimenta hoy día, en la segunda década del siglo XXI, en cierto modo un retorno a los orígenes, al sentido con que fue originariamente concebido como un verdadero jus gentium. El mundo*

*ha cambiado, pero las aspiraciones humanas a la construcción de un mundo más justo permanecen...”*

Fue precisamente bajo la presidencia del Juez interamericano **Cañado Trindade**, cuando se produjo la célebre **opinión consultiva #18 de 2003** (4) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003) (en adelante OC) en la que el Tribunal interamericano sostuvo que **el derecho a la igualdad es parte integrante del ius cogens**, así: **“101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que 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. 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”**

Pero el año crucial en el que al interior de la Corte IDH se discutió de manera más recurrente los temas relacionados con el ius cogens, indiscutiblemente fue el 2006, año en el que además se produjo el retiro del Juez Interamericano **Cañado Trindade**, no sin antes alcanzar a expresar su complacencia en un voto razonado por lo que él entendió como un avance en torno al **reconocimiento del derecho de acceso a la justicia como norma de ius cogens**.

### 3.1. LA CORTE IDH RECONOCE EN SUS SENTENCIAS ALGUNAS DISPOSICIONES COMO PARTE INTEGRANTE DEL *IUS COGENS*.

Para una mayor ilustración revisemos de manera puntual los pronunciamientos de la Corte IDH en los que hizo reconocimiento de algunas disposiciones de la CADH como integrantes del *ius cogens*:

3.1.1. Sentencia fechada 4 de julio de 2006, en el **Caso Ximenes López contra Brasil**, sostuvo el Tribunal Interamericano: “126. A su vez, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. El derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna.

3.1.2. Sentencia fechada 26 de septiembre de 2006, en el emblemático Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, se lee: “99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte 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 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.” Y más adelante expresó la Corte IDH: “153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.”

3.1.3. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2006, el alto Tribunal Interamericano consideró en el Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú: “402. Además, esta Corte encuentra que en mayo de 1992, época a partir de la cual ocurrieron los hechos del presente caso, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluidos el asesinato y la tortura ejecutados en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Tal como esta Corte lo estableció en el caso Almonacid Arellano, 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.

3.1.4. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Caso la Cantuta contra Perú, se dice: “157. De tal manera, respecto de las solicitudes de las representantes y del Estado, es necesario recordar que los hechos han sido calificados por la CVR, órganos judiciales internos y por la representación del Estado ante este Tribunal, como crímenes contra la humanidad y ha sido establecido que fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil. Consecuentemente, la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*. La impunidad de esos hechos no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y,

en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos.”

Como se advierte, para el año 2006 el Tribunal Interamericano en reiteradas decisiones traza línea jurisprudencial respecto a normas *ius cogens*, así:

Prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes.

Prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad de ser investigados y sus responsables sancionados.

Prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla.

Pero la propuesta del Juez interamericano Cançado Trindade iba más allá, pues su aspiración académica y jurídica expresada en sus votos(5) (Pérez, Control Judicial Internacional de DDHH, 2011) razonados y concurrentes, apuntaba a lo que él mismo califica como el “derecho al Derecho” (*droit au Droit*), esto es, el derecho de acceso a la justicia, como enseguida se verá.

### 3.2. LOS VOTOS DEL JUEZ ANTONIO CANÇADO TRINDADE SOBRE EL RECONOCIMIENTO QUE DEBE HACERSE DE CIERTAS NORMAS COMO IUS COGENS.

3.2.1. Desde la sentencia proferida el 29 de abril de 2004 en el Caso de La Masacre del Plan de Sánchez contra Guatemala, la pluma del profesor brasileño y juez de la Corte IDH advirtió: “29. El propio concepto de *ius cogens*, en mi entender, trasciende el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional. La Corte Interamericana se refirió a esta evolución en su reciente Opinión Consultiva n. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (párrs. 98-99). En mi Voto Concurrente en aquella Opinión Consultiva, me permití ponderar

que tal evolución atiende a la necesidad de "un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético" (párr. 66), y agregué:

"De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho Internacional el no limitar éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del jus cogens, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general. Además, el jus cogens, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación" (párr. 68).

30. Así, la prohibición de las prácticas de tortura y trato inhumano, de desaparición forzada de personas, de ejecuciones sumarias y extra-legales, del irrespeto del honor y creencias personales (inclusive las relaciones de los vivos con sus muertos), es en nuestros días absoluta y universal, pues pertenece al dominio del jus cogens internacional. Esta prohibición se afirma hoy día en estos términos debido al despertar de la conciencia jurídica universal, la cual, me permito reiterar, constituye la fuente material de todo el Derecho; la infracción de dicha prohibición genera la responsabilidad internacional agravada del Estado, y la responsabilidad penal internacional de los perpetradores (intelectuales y materiales) de las violaciones."

Como lo advertimos *ut supra* al referirnos al panorama que nos entregaron algunas sentencias de la Corte IDH, estos planteamientos vienen plasmados en los fallos precitados del año 2006, lo que constata los aciertos de la propuesta que el juez interamericano expresó dos años atrás, en su voto razonado en la sentencia del caso Masacre Plan de Sánchez en el 2004.

3.2.2. Frente a la sentencia del 31 de enero de 2006 que desató el Caso Pueblo Bello contra Colombia, el Juez Interamericano indicó en su voto razonado: “64. La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del jus cogens el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del jus cogens la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al jus cogens), y acarrear obligaciones erga omnes de protección.

65. Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 2003, la Corte ya podía y debía haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia –en lugar de intentar frenarla, –y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva n. 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del jus cogens.”

3.2.3. En la sentencia del 6 de abril de 2006 proferida por la Corte IDH en el Caso Baldeón García contra Perú en su voto concurrente expresó: “7. La Corte amplió el contenido material del jus cogens en su histórica Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de modo a abarcar el principio básico de la igualdad y la no-discriminación (párrs. 97-101 y 110-111). Sobre este otro gran avance jurisprudencial emití un extenso Voto Concurrente (párrs. 1-89). En el presente caso Baldeón García versus Perú, la Corte podría –y debería– haber dado otro paso adelante, y no lo hizo; la Corte estableció violaciones de

los artículos 4(1) y 5(1) y (2) de la Convención (puntos resolutivos ns. 2-4 de la presente Sentencia), pero también, –y por unanimidad, tal como lo hizo igualmente en el reciente caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia (2006)– de los artículos 8(1) y 25, tomados en conjunto, todos ellos en relación con el artículo 1(1) de la Convención. 8. Sobre este último aspecto (punto resolutivo n. 5), la Corte concluyó, en la presente Sentencia, que "(...) no se dispuso de un recurso efectivo para garantizar, en un plazo razonable, el derecho de acceso a la justicia de los familiares del señor Baldeón García con plena observancia de las garantías judiciales" (párr. 155). Este obiter dictum de la Corte da testimonio inequívoco de su entendimiento unánime de la relación íntima e ineluctable entre los artículos 8(1) y 25 de la Convención Americana. 9. En mi entendimiento, el acceso a la justicia también integra el dominio del jus cogens internacional."

3.3. El Caso Goiburú y otros contra Paraguay, un logro en el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia como norma ius cogens

Las propuestas del profesor y juez interamericano Antonio Cançado Trindade, de alguna manera fueron atendidas en el pleno de la Corte IDH, que desatando el Caso Goiburú y otros contra Paraguay, cuyo origen fueron los macabros hechos que se vivieron en Sur América con ocasión de la reprochable Operación Cóndor(6) (Wikipedia°, 2018), decidió el 22 de septiembre de 2006 dar un paso judicial más, de cara al derecho de acceso a la justicia como parte integrante del ius cogens, sosteniendo:

"84. En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens." Agregando más adelante:

"128. Según fue señalado anteriormente (supra párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inde-

rogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.

129. Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.” Y de contera sostuvo el Tribunal Interamericano:

(...) “131. De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado– y particulares –penales de sus agentes o particulares–, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adop-

tar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”.

Ante el novedoso logro jurisprudencial, el Juez Interamericano no perdió la oportunidad de expresar su voto razonado, tanto más cuanto que por vencimiento de su máximo período ya se retiraba de la Corte IDH, y consignó las siguientes consideraciones:

“66. En el mismo Voto Razonado (se refiere al caso Pueblo Bello contra Colombia), argumenté que, así como, en su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (del 17.09.2003), la Corte Interamericana amplió el contenido material del jus cogens, en éste incluyendo el principio básico de la igualdad y no-discriminación, era llegado el momento de dar otro salto cualitativo en su construcción jurisprudencial, procediendo a la necesaria y "continua expansión del contenido material del jus cogens" al reconocer que este abarca igualmente el derecho de acceso a la justicia lato sensu, o sea, el derecho a la prestación jurisdiccional plena, inclusive para poner fin a la impunidad.

67. Para mi gran satisfacción, después de insistir en este punto fundamental por tres años en el seno de esta Corte, esta última, todavía durante mi período de servicios como Juez Titular del Tribunal, vino en fin a dar el nuevo salto cualitativo que venía yo propugnando, al afirmar en la presente Sentencia, ante la gravedad de los hechos del cas d'espèce: "(...) El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar a los responsables, o cola-

borando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo" (párr. 131).

68. Al afirmar correctamente que el derecho a la realización de la justicia es un imperativo del *jus cogens*, la Corte, en mi percepción, da muestras de que hay razón para seguir cultivando la esperanza: esto porque, al fin y al cabo, tarde o temprano, aún frente a los más crueles crímenes de Estado, el Derecho reacciona, - de lo que da testimonio la presente Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Goiburú y Otros. En nuestros días, la conciencia jurídica universal ha despertado para reconocer judicialmente el sufrimiento humano y buscar su reparación mediante la garantía del primado de la Justicia en las relaciones humanas."

#### **IV. La Corte IDH limitó los alcances del derecho de acceso a la justicia como norma de *jus cogens***

---

Con base en las reglas 8ª y 25 de la CADH, las personas que acceden a la justicia, siempre que haya una acusación penal formulada en su contra o bien que sea necesario la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, conforme al debido proceso, tienen las siguientes garantías-derechos:

- a) El derecho a ser oído.
- b) El derecho a obtener una solución en un plazo razonable.
- c) El derecho a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, prestablecido.
- d) El derecho a la defensa, en plena igualdad con los demás sujetos del proceso, requisito de la esencia del debido proceso, que contiene otros derechos como el derecho a probar, a impugnar o al nombramiento de un defensor.
- e) El derecho a un recurso efectivo para la protección de sus derechos humanos.

Compartimos la doctrina que afirma “que el artículo 8.1. (se refiere a la CADH) es el eje sobre el cual ha de girar toda la teoría acerca del derecho de acceso a la justicia en la medida en que él abarca tanto el derecho de acción como el de respuesta y las debidas garantías para tramitar los procesos. Por esto, el artículo 25 habrá de entenderse en su justa medida como una manifestación del genérico derecho de acceso a la justicia en el campo específico de la tutela de los derechos fundamentales (...) A la luz del concepto acá esbozado, y según la jurisprudencia de la Corte (se refiere a la histórica opinión consultiva 9/87 de la Corte IDH), sólo parte del derecho de acceso a la justicia no puede ser suspendida en ningún momento y es aquella relacionada con la protección de los derechos fundamentales”.(7) (Alvarado, El Derecho de Acceso a la Justicia como Norma de Ius Cogens según la Jurisprudencia Interamericana, 2009) (las negrillas son nuestras)

La interpretación que ha realizado la Corte IDH de los artículos. 8, 25 y 27-2 de la CADH, en los términos de la OC-09/87 precitada, pareciera de entrada limitar la propuesta del exjuez interamericano Cançado Trindade, pues como vimos una de las características del ius cogens es la inderogabilidad o suspensión, aún en estados de excepción, y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) solo se refiere a esa prohibición, pero en cuanto se trata del acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales.

Por esto entendemos acertada la reflexión que hace la profesora colombiana Paola Andrea Acosta Alvarado cuando anotó: “Si bien, desde nuestra lectura, el Tribunal (se refiere a la Corte IDH) no adoptó en su integridad la postura del Juez Trindade –aun cuando según se lee de su voto en ese mismo caso (se refiere al voto razonado en el caso Goiburú y otros vs Paraguay) , y en otro posterior, pareciera ser que él entiende lo contrario – este primer pronunciamiento en la materia abre la puerta hacia un futuro más garantista.”, agregando más adelante “Es decir, de la violación a grandes valores del derecho internacional reconocidos como ius cogens, se deriva una obligación

de gran envergadura respecto de la necesidad de combatir su impunidad. Como se observa, de la argumentación del Tribunal se desprende que sólo esta obligación, relacionada con el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos que también son consideradas como afrentas al *ius cogens* – por ejemplo, desaparición forzada, genocidio, tortura – hace parte del derecho imperativo internacional. Es decir, no se trata de la inclusión del derecho de acceso a la justicia, en estricto sentido, al ámbito del *ius cogens*, sino sólo a aquel derecho de acceso relacionado con la investigación de las atrocidades prohibidas por normas imperativas.” (8) (Alvarado, *El Derecho de Acceso a la Justicia como Norma de Ius Cogens según la Jurisprudencia Interamericana*, 2009) (las negritas son nuestras).

En este orden de ideas, por lo menos hasta que la Corte IDH no se pronuncie respecto al derecho de acceso a la justicia en un sentido mucho más amplio, es claro que el avance que encontramos en la Sentencia proferida en el Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, conforme a su transcripción literal, restringe el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia como del dominio del *ius cogens*, sólo en casos de graves violaciones a los derechos humanos y en aras de alcanzar otro derecho de imperativo internacional en estos específicos casos, como lo es el derecho a la verdad que tienen las víctimas de estas atrocidades.

## Conclusiones

---

El tema abordado era impensable en los tiempos en que el derecho procesal y el debido proceso, como su eje principal, se estudiaba por los procesalistas clásicos, y justo es reconocer que hemos llegado a él por los avances, aportes y pasos dados hoy día desde el constitucionalismo moderno y el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras disciplinas.

Es indiscutible que la teoría del *ius cogens* continúa en evolución y por los vacíos que la doctrina va encontrando

esconde discusiones académico-jurídicas propias de una teoría aún en construcción.

También lo es, que la Corte IDH va avanzando con cautela en el reconocimiento de nuevas normas de ius cogens, a pesar de ser un tribunal a la vanguardia de logros en derechos humanos que son motivo de estudio en el llamado viejo continente.

Pero estaremos atentos y haremos el mayor seguimiento posible a la jurisprudencia interamericana, para ver qué posición adopta frente al derecho de acceso a la justicia en su mayor acepción o sentido más amplio, pues compartimos la tesis de que lo ha reconocido como norma del dominio del ius cogens, pero con la específica restricción para los casos de graves violaciones a los derechos humanos, y con el fin de proteger el derecho a la verdad e impedir la impunidad.

Esta última acotación, en el entendido de que concebimos el derecho de acceso a la justicia, pero con todas las garantías que lo integran y que se desprenden de las reglas 8 y 25 de la CADH, pues lo contrario, en mi entender, sería vaciar su contenido, habida cuenta que debe desterrarse la noción meramente formal del derecho de acceso a la justicia, para abrazar el concepto del debido proceso sustantivo, que venimos exponiendo hace ya varios años (9) (Jairo Enrique Herrera Pérez y Julio Alberto Tarazona Navas, 2011)

En últimas, lo que nos desvela es la actitud de los Estados y la permanente vulneración del derecho fundamental a un debido proceso, sin que en ocasiones pareciera no inquietar, que al hacerlo la jurisdicción y por ella el Estado mismo, se convierten en fuente de violación de los derechos humanos, hiriendo dramáticamente el pilar fundamental no solo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también del Estado de Derecho.

Es claro que el camino de investigación, discusión y análisis es largo, denso, y convoca al estudio de los pronunciamientos realizados también desde otros tribunales su-

pranacionales, hasta los informes de organismos internacionales, pero lo cierto es que habrá que recorrerlo a profundidad hasta alcanzar una respuesta de porqué el debido proceso, en su amplitud, no alcanza el reconocimiento de norma de *ius cogens*, o por el contrario, cuál sería su alcance y consecuencias jurídicas en caso de que la llamada “conciencia jurídica universal” logre ese avance.

Por ahora, quise dejar estas breves consideraciones sobre los logros y tareas pendientes a nivel regional, tomando como fuente para este corto panorama, los aportes del trabajo cumplido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Bibliografía

---

- (1) Corte Constitucional de Colombia. (26 de 02 de 2002). Relatoría de la Corte Constitucional (Sentencia C-131/02). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-131-02.htm>
- (2) Pérez, J. E. (2011). Control Judicial Internacional de DDHH. En A. Varios, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional (Vol. Tomo II, pág. 772). Arequipa, Perú: Editorial ADRUS.
- (3) Bea, E. (2013). Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- (4) Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de 09 de 2003). Opinión Consultiva N° 18. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (Párr. 83) . San José, Costa Rica.
- (5) Pérez, J. E. (2011). Control Judicial Internacional de DDHH. En A. Varios, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional (Vol. Tomo II, pág. 775). Arequipa, Perú: Editorial ADRUS.
- (6) Wikipedia°. (15 de 03 de 2018). Wikipedia.org®. (I. Fundación Wikimedia, Editor) Recuperado el 21

de 03 de 2018, de [https://es.wikipedia.org/wiki/Operaci%C3%B3n\\_C%C3%B3ndor](https://es.wikipedia.org/wiki/Operaci%C3%B3n_C%C3%B3ndor)

- (7) Alvarado, P. A. (2009). El Derecho de Acceso a la Justicia como Norma de Ius cogens según la Jurisprudencia Interamericana. En A. Varios, Apuntes sobre el Sistema Interamericano (págs. 22 - 23). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- (8) Alvarado, P. A. (2009). El Derecho de Acceso a la Justicia como Norma de Ius cogens según la Jurisprudencia Interamericana. En A. Varios, Apuntes sobre el Sistema Interamericano (págs. 42-43). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- (9) Jairo Enrique Herrera Pérez y Julio Alberto Tarazona Navas. (2011). Crisis Política, Jurídica, Social y Académica del Debido Proceso. Bogotá, Colombia: Editora Jurídica Nacional.

**Pérdida de fuerza aplicativa del  
bloque de constitucionalidad, ante el  
nacimiento y aplicación del bloque de  
convencionalidad**  
**¿El bloque de convencionalidad  
anula la existencia del bloque de  
constitucionalidad?**

---

*William Yeffer Vivas Lloreda*<sup>1</sup>

*Sumario. I. Generalidades. 1.1 El Bloque de  
Constitucionalidad, Concepto, Alcance y Desarrollo  
Jurisprudencial. 1.2 El Bloque de Convencionalidad,  
Concepto, Alcance y Desarrollo Jurisprudencial. 1.3  
Tensiones entre Bloque de Constitucionalidad y Bloque  
de Convencionalidad. Conclusiones. Bibliografía.*

1 Doctorando en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Maestrando y Especialista en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Maestrando en Derechos Humanos y Derecho de los Conflictos, Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Docente Universitario Universidad del Choco, Universidad Militar Nueva Granada.

## I. Generalidades

---

### 1.1 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONCEPTO, ALCANCE Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

#### 1.1.1 *Concepto*

Para la Corte Constitucional el Bloque de constitucionalidad, en adelante BCC,

“es aquella unidad jurídica compuesta “por... 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*” (Corte Constitucional, Sentencia C - 067 de 2003)

Para nosotros conjunción normativa, al igual que de principios que sin estar directamente en el texto constitucional, se integran a esta, de allí que en su aplicación atienda el espíritu mismo del texto constitucional.

La integración normativa de que hablamos anteriormente la propia constitución política de 1991 en el caso de Colombia, en su preámbulo estableció el compromiso de estado colombiano de impulsar la integración<sup>2</sup> de la co-

2 Integración que no solo se refiere a la integración cultural y económica de las naciones, sino a la integración normativa, partiendo de la celebración de tratados y convenios que tengas plena vigencia en sus territorios.

munidad latinoamericana; al igual que el artículo 9, el cual indica que “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia” y posteriormente en el artículo 93 que dice que “tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (Constitución Política de 1991.)

Además preciso el texto constitucional que los derechos y deberes consagrados en la constitución política de 1991, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es decir son los tratados un parámetro de interpretación y aplicación del derecho interno.

A su vez el artículo 94 preciso que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Constitución Política de 1991.)

### *1.1.2 Alcance y Contenido.*

Para determinar el alcance del Bloque de constitucionalidad debemos partir de las dos acepciones dadas por la corte constitucional a este instrumento de integración normativa, el que nos da pautas para conocer los elementos integrantes del BCC como su alcance en la aplicación.

Para poder desarrollar lo anterior el BCC puede entenderse en sentido lato y en sentido estricto, para la corte constitucional el bloque constitucionalidad en strictu sensu, se encuentra conformado por aquellos principios y nor-

mas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción; en sentido estricto solo integran el BCC normas y principios de jerarquía constitucional y tratados de derechos humanos.

y en sentido lato sensu el bloque de constitucionalidad, aquel compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

Para que una norma convencional pueda hacer parte del BCC según Ramelli (2004) se requiere cumplir con dos condiciones, la primera que traten o reconozcan derechos humanos y la segunda el derecho humano en mención debe ser de aquellos que no son susceptibles de limitación bajo estados de excepción (Ramelli, 2004), sin embargo existen normas derivadas de tratados internacionales que si bien no cumplen con uno de los dos requisitos, hacen parte del Bloque y son parámetro de control e interpretación de las leyes.

Ahora bien el artículo 94 antes citado, indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción,<sup>3</sup> prevale-

3 Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:  
2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para prote-

cen en el orden interno subraya nuestra, esta supremacía a que se refiere nuestra carta política, deja la sensación primaria que le misma constitución reconoce que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos estarían por encima de ella, pero son muchas las posiciones encontradas en este aspecto, pero para la corte constitucional en sentencia C- 225 de 1995, “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995).

Para Carlos Ayala Corao (2003), la jerarquía de los tratados en general en el derecho interno es establecida por la constitución de los Estados, esto resulta con independencia de las obligaciones que se derivan para el estado en virtud de la vinculación con el tratado, esto está directamente relacionado con otorgarle el rango de supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal; es así como en el caso de Guatemala, la constitución en su artículo 46 se establece la Preeminencia del Derecho Internacional, según este artículo los tratados y convenios en ma-

---

ger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos

teria de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno (Ayala, 2003); igualmente en el caso de Costa Rica, el que por desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, ha indicado que se debe privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si los primeros confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental (Piza, 1995).

Sin embargo en la sentencia C- 067 de 2003, ya citada la corte a resolver una demanda de inconstitucionalidad en relación con un articulado del código único disciplinario, en dicha oportunidad la Corte Constitucional indicó:

“De hecho, frente a la hipótesis de una disyuntiva interpretativa o de la resolución de un caso concreto para el cual exista norma disciplinaria directamente aplicable, la consulta de las normas de jerarquía superior se impone como requisito de legitimidad de la decisión. Debe tenerse presente en definitiva que cuando la legislación interna acomoda sus prescripciones a la legislación internacional del bloque, asume la supremacía de la última y reconoce su prevalencia”. (Corte Constitucional, Sentencia C - 067 de 2003)

En esta última decisión la corte constitucional, deja entrever que la legislación internacional (convencional), en algunos casos prima sobre la local, posición que contraría totalmente la ya anotada y desarrollada por la misma corte mediante sentencia C - 225 de 1995, en la cual nuestro tribunal constitucional deja claro en esa oportunidad que la descripción traída en el artículo 94 de la carta política (“priman”) es el elemento que procura la integración de los tratados a la constitución y que le da forma al Bloque de constitucionalidad.

Para explicar de manera gráfica la primera posición de la corte constitucional, según la cual los instrumentos in-

ternacionales que reconozcan derechos humanos no priman en el orden interno, hace relación a que en dicho supuesto la norma suprema del estado es la constitución de lo cual estamos de acuerdo y además que las demás normas, estas es leyes, decretos, convenios y tratados deben acomodarse a los contenidos de la constitución, porque si llegaran a contrariarla debían salir del ordenamiento jurídico o autorizaría a los operadores jurídicos y autoridades a su inaplicación, dicho de otra manera todos los instrumentos jurídicos sean nacionales o internacionales deben rendirse y estar conforme a la constitución; ahora bien en la segunda hipótesis y que es la que hoy defendemos los instrumentos jurídicos de orden nacional deben gozar armonía con la constitución y esta a su vez estar conforme al instrumento internacional celebrado y ratificado por el país, por cuanto al hacerse parte de él, como es el caso de la convención americana de derecho humanos, el estado asume la obligación de acomodar su legislación a los preceptos contenidos en la convención, como es la contenida en el artículo 1° y 2° del pacto de san José de Costa Rica, los que indican:

“Artículo 1° 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.”

“Artículo 2° Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

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 proce-

dimientos 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” (Feldman, 2008)

### *1.1.3 Desarrollo Jurisprudencial*

El BCC es un instrumento de integración normativa de desarrollo jurisprudencial, nuestra corte constitucional mediante múltiples sentencias, ha acuñado el concepto y alcance de este, es así como mediante sentencia C- 225 de 1995 ya citada la corte da un concepto del bloque, al igual que las dos acepciones o dimensiones que se pueden tener de él<sup>4</sup> y si alcance; como también da un línea conceptual sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno.

Posteriormente en sentencia C – 200 de 2002, siendo más precisa la corte constitución indica que el Bloque de constitucionalidad en sentido lato lo integraban: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

Pero además en esta decisión la Corte Constitucional indico que:

“(...) de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la

4 Ver Sentencia C – 327 de 2016.

Constitución”,<sup>5</sup> como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”,<sup>6</sup> caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador”.<sup>7</sup>

Deja claro la corte que los tratados que reúnan las características antes citadas, tiene primacía en el orden jurídico interno, es decir, dichos tratados son normas supraconstitucionales y que por lo tanto están por encima de la constitución.

Mediante la sentencia C- 067 de 2003, la corte Constitucional ratifica el concepto dado al bloque de constitucionalidad mediante sentencia C – 225 de 1995, precisando que es:

“aquella unidad jurídica compuesta “por... normas y principios que, sin aparecer formal-

5 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias No. C-225 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

6 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

7 Sentencia C- M.P. Fabio Morón Díaz

mente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes,<sup>8</sup> por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*”

Además indica que el BCC cumple con unos fines a saber:

“i) servir de regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. (Corte Constitucional, Sentencia C - 067 de 2003)

La corte Constitucional en el desarrollo de esta figura jurídica mediante sentencia C – 488 de 2009, indico que el bloque de constitucionalidad además de los fines ya citados en sentencia anterior, tiene dos funciones, una interpretativa y una integradora así:

“La función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales–, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por re-

8 ver sentencia C- 327 de 2016.

misión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores” (Corte Constitucional, Sentencia C - 488 de 2009)

En relación con la función integradora donde se establece la existencia de una serie de normas que sirven de parámetro de control de la leyes, la Corte Constitucional en sentencia C – 327 de 2016, preciso que “entiende que el parámetro del control de constitucionalidad de las leyes no sólo comprende la Constitución sino también un conjunto de principios, normas y reglas que provienen de otras fuentes y que tienen la misma jerarquía que ésta. Lo anterior, hace que la normativa Superior sea mucho más amplia que el texto constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C- 327 de 2016).

Pese a lo dicho por (Ramelli, 2004), ya citado en precedencia, según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para que una norma haga parte del bloque debe cumplir con dos requisitos,

“(…)Por una parte, (i) debe existir un reenvío normativo. Es decir, que en el articulado constitucional exista una remisión a un grupo de tratados o a uno en específico. Por ejemplo, la parte final del artículo 53 Superior sobre derechos laborales, establece que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados” hacen parte de la legislación. De la misma forma, el artículo 93 sostiene que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Por otra parte, por regla general, (ii) solamente hacen parte del bloque las normas internacionales que tratan sobre derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario. También, normas sobre límites territo-

riales de Colombia.” (Corte Constitucional, Sentencia T - 280A de 2016)

La existencia o creación del BCC, hace parte para muchos y de lo cual estamos de acuerdo, la constitucionalización del derecho, para Leonardo García (2016) el concepto de constitucionalización ha tenido un importante auge en el ámbito Italo-iberoamericano, consistentes este en el establecimiento de un orden jurídico, en el cual la constitución es el faro que ilumina el orden jurídico es el punto de partida, el marco dentro del cual se deben crear, aplicar e interpretar las normas, constituyéndose las cormas constitucionales en las bases fundamentales de orden jurídico (García, 2016).

## 1.2 EL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD, CONCEPTO, ALCANCE Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

### 1.2.1 *Concepto*

Para acercarnos al concepto de Bloque de convencionalidad, en adelante BCV, debemos partir del concepto de Control de Convencionalidad, según María Sofía Sagües (2016):

“Desde su génesis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un test de compatibilidad entre las normativas internas de los Estados y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir del año 2006, con el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, el Tribunal desarrolló una línea jurisprudencial conforme a la cual al control de convencionalidad concentrado citado, se suma la obligación de los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad interno o difuso” (Sagües, 2016)

Tal y como lo detalla Fernando Quinche (2009) el control de convencionalidad es la obligación que tienen los jueces de los estados partes de la Convención Americana

de Derechos Humanos, de efectuar no solo control de legalidad y constitucionalidad en los asunto a su cargo, sino también de observar y acatar en sus decisiones las normas contenidas en la convención (Quinche-R., 2009)

Por su parte Rincón Plaza (2013) afirma que puede definirse el control de convencionalidad:

“como una actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos” (Rincon, 2010)

Ahora partiendo del concepto de control de convencionalidad encontramos que el elemento fundamental de este es la convención y las sentencias de la corte IDH, siendo esta ultima la intérprete y guardiana de los contenidos de la convención, podemos acercarnos a un concepto de que es el BCV, sus alcances como también como se integra.

Es el Bloque de convencionalidad el conjunto de normas y principios de carácter internacional que reconocen derechos Humanos y que sirven de parámetro de control de las legislaciones internas de los estados miembros de ella.

Según David A. Murillo (2016), el BCV, es el “conjunto de normas homogéneas que se ha consolidado por medio del diálogo armónico entre jueces internos e internacionales de derechos humanos” (Murillo, 2016)

El bloque de convencionalidad lo integran los tratados y convenios ratificados por lo estados y las sentencias de los órganos creados por dichos instrumentos internacionales; en el caso de Latinoamérica el BCV lo integran la convención americana de derechos humanos, sus estatutos y reglamentos, otros tratados o convenios que reconozcan y protejan derechos humanos, las Sentencias, Opiniones Consultivas de la corte Idh y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### *1.2.2 Alcance y contenido*

El Bloque de Convencionalidad como parámetro de control de los ordenamientos internos de los estados miembros de la convención, debemos indicar que este es un parámetro de control y aplicación obligatoria para los operadores jurídicos de los estados que hayan adoptado la Convención, y dicho control puede hacerse de modo concentrado y de modo difuso; el concentrado que se reserva a la Corte IDH y el difuso a cada uno de los jueces de distinta jerarquía de los estados miembros de la convención.

Partiendo que la aplicación de BCV es obligatorio en el derecho interno, es importante indicar que la obligatoriedad a que nos referimos nace del artículo 2° de la CADH, donde se establece que los estados miembros de estas y que deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para salvaguardar los derechos y libertades consagradas en la CADH, dicho de mejor manera para acomodar la legislación domestica (incluida la constitución) a la legislación convencional.

La legislación convencional de manera expresa deja claro que la obligación antes citada y con ello tácitamente indica la superioridad de la CADH sobre la legislación interna de los estados miembros, por cuanto el artículo 2° obliga a las legislaciones domesticas rendirse ante ella, sopena de cometer una infracción convencional y ser sometido a la jurisdicción de la corte IDH y esta mediante una sentencia ordene al estado al pago de una indemnización y la obligación de cumplir la convención adecuando su legislación.

### *1.2.3 Desarrollo Jurisprudencial*

La Corte IDH ha producido importante jurisprudencia en relación con el control de convencionalidad y con ello el Bloque de convencionalidad, contenido en sus sentencias, pero que también en sus opiniones consultivas dan luces de cómo interpretar la convención, constituyéndose esto en parámetro de control en su aplicación en relación con el derecho interno.

Partiendo del concepto de BCV ya citado y la forma como este está integrado, es importante indicar que su aplicación se da por medio del control de convencionalidad; es decir, el mecanismo que activa o pone en práctica el BCV, es el CCV concentrado o difuso que antes vimos.

El concepto de Control de Convencionalidad, aparece por primera vez en el texto de una sentencia de la Corte IDH, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cuya Sentencia es del 26 de septiembre de 2006, en dicha sentencia el órgano interamericano expresó:

“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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

En el caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, la Corte Idh, preciso, que una vez el estado ha ratificado un instrumento internacional, adquiere la obligación de velar por el cumplimiento de esta y de adaptar su legislación

interna al nuevo instrumento de derechos humanos,<sup>9</sup> la obligación se transversaliza y en el orden interno al punto que todos los jueces y autoridades administrativas están en la obligación de cumplir y respetar la convención,<sup>10</sup> en tal sentido la Corte dijo:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre,

- 9 Ver también Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 26218; Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010
- 10 Ver también Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014<sup>12</sup>, párr. 311; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

En el mismo sentido de la anterior sentencia en el Caso Gudiel y Otros (Diario Militar) Vs. Guatemala, mediante sentencia del 20 de Noviembre de 2012, la Corte Idh, índico:

“(…) este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte

Interamericana”.<sup>11</sup> (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

La posición traída por la Corte Idh, en la sentencia antes relacionada fue ratificada en sentencia del 14 de Mayo de 2013, en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, donde manifiesto:

“cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>12</sup> (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 21)

### 1.3 TENSIONES ENTRE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD.

Una de las discusiones que se han dado y se viene dando en la actualidad, es si los instrumentos de derechos humanos tienen primacía en el orden interno de los estados

11 Ver Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

12 Ver también Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

que son partes del instrumento, dicho de otra manera la discusión sobre la supremacía de la constitución y en el caso interamericano la supremacía de la CADH, para nosotros desde ya indicaremos que la supremacía de uno u otro instrumento presuponen que uno (el supremo) es el parámetro de control del otro (derivado); el instrumento supremo es la guía o parámetro de creación, adecuación y aplicación de las normas en un ordenamiento jurídico y el derivado, es el que su creación, adecuación y aplicación obedece a un instrumento que da los parámetros (supremo).

Lo anterior indica que en un ordenamiento Jurídico no pueden haber dos instrumentos supremos a la par, la supremacía en el ordenamiento debe ser progresiva, esto es, la existencia de un instrumento jurídico interno superior con un órgano jurisdiccional (corte Constitucional) que dicta, interpreta o da el alcance los parámetros normativos contenidos en el texto superior de conformidad con dicho instrumento (constitución) y la existencia otro órgano con un instrumento jurídico supranacional (CADH), que obliga al instrumento superior interno a cumplir con unos estándares, a tal punto que el órgano jurisdiccional supra nacional (Corte Idh) puede obligar al estado adecuar su legislación conforme al instrumento, tratado o convenio de que es parte.

Para Hitter (2008), es indudable la fuerte influencia progresiva del derecho internacional de los Derechos Humanos sobre la legislación doméstica de los países, al punto que por la influencia y por mandato de la legislación internacional se han ido modificando instrumentos jurídicos locales e instituciones de forma y de fondo, para adaptarlo al nuevo esquema sustancial, producto de los tratados y del *ius cogens* y adjetivo derivado de las convenciones, la carta de la OEA y en los reglamentos de esta (Hitter, 2008)

El instrumento interno que goza de supremacía en los estados es la constitución, de donde nacen o se consignan una serie de normas constitucionales, y otras que sin es-

tar directamente en el texto constitucional sirven de parámetro de control en la creación, interpretación y aplicación de derecho interno, a partir del concepto de BCC ya estudiado; pero es común en las constituciones latinoamericanas que de manera expresa hagan un reconocimiento a la existencia de normas supraconstitucionales, como es el caso de la constitución colombiana la que en su artículo 93, reconoce la supremacía en el orden interno de los tratados o convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia, pero además precisa que los derechos consagrados en la constitución se interpretaran y de lógico aplicaran de conformidad con dichos tratados, los que integrados con las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Idh, como también otros instrumento jurídicos de origen convencional forman el ya conceptuado BCV, el que a la luz de lo dicho en precedencia tendría supremacía sobre el BCC.

En relación con la anterior afirmación el Jaime A. Cubides y Tania Vivas, (2012) en artículo publicado en la revista Entramado, dijeron:

“Existe, además, un reconocimiento a la supra-constitucionalidad de las normas internacionales de derechos humanos en las constituciones nacionales de varios países. Como ejemplos a señalar, tenemos el caso de las Constituciones de Guatemala de 1985 (art. 46); de Chile de 1980 (art. 5) y como sucedió en México luego de la reforma de la Constitución de 1917, al remplazar el concepto de derechos protegibles internamente de garantías individuales por la de derechos humanos. En el caso mexicano, pese a las posiciones escépticas de tal reforma (Caballero, 2010), la innovación integró normativamente la preeminencia del respeto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) pues tal fórmula normativa conlleva también al respeto de todos los tratados y

la jurisprudencia de los órganos competentes en el ordenamiento interno”. (Vivas, 2012)

La supremacía del BCV sobre el BCC es innegable, ya que el primero a través del CCV realizado por la misma Corte Idh, en varias oportunidades a ordenado a los Estados, adecuar sus instituciones jurídicas internas, incluida la constitución con el objeto de dar estricta aplicación al artículo 2° de la CADH, en tal sentido en se pronunció en sentencia del 29 de Mayo de 2014, en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, en el párrafo 436,

“la Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia (supra párrs. 242-247). Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte (supra párrs. 242-247) en ejercicio del control de convencionalidad”.

La corte Idh, en el caso la Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros Vs. Chile), afirmo que existe una obligación propia del derecho de gentes en el derecho internacional, consistente en que un estado que ha ratifica-

do un tratado de derechos humanos tiene la obligación de introducir en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias, para asegurar el fiel cumplimiento de la Convención, además indico:

“(...) Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2° de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001)

## Conclusiones

---

A manera de conclusión podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico de los estados partes de la CIDH, hay una coexistencia de mecanismos de integración normativa que tiene plena validez, por un lado el BCC y de otro el BCV, el primero teniendo como norma suprema la constitución política del estado y demás normas de carácter constitucional independientemente que se encuentren por fuera del texto constitucional y el segundo posee como norma básica suprema la convención y demás normas de carácter internacional, reglamentarias de los instrumentos de la convención y otros tratados de derechos humanos; por dicha existencia presupone la supremacía de uno de los instrumentos de integración normativa frente al otro, frente a esta afirmación consideramos que en los instrumentos internacionales como la CIDH contiene normas supraconstitucionales, lo que presupone su prevalencia o superioridad sobre el ordenamiento interno.

La existencia de un ordenamiento jurídico supranacional cual es innegable, rompe con el esquema clásico de estructura normativa propuesto por Hans Kelsen; ya que la norma fundante o básica de un ordenamiento jurídico sería en última la convención y los demás elementos ju-

rídicos que integran el BCV, por cuanto por mandato de la misma CIDH los estados deben acomodar sus instituciones y ordenamiento jurídico con forme a los derechos y garantías establecidos en el instrumento jurídico, por esa razón la corte Idh, en muchas de sus decisiones ordena al estado declarado responsable de adecuar, modificar o promulgar leyes para estar conforme y no violentar las obligaciones convencionales.

Si por mandato de la CIDH, artículo 1° y 2° los estados parte deben observar y aplicar el BCV, a partir del CCV, esto indica una pérdida de fuerza en la aplicación del BCC cuando frente a un caso específico se desconozca una norma convencional, es decir, existe en el ordenamiento jurídico una prelación en favor del Bloque de Convencionalidad, siendo este parámetro de control sobre las normas que integran el BCC, sin que esto nos lleve a concluir la inexistencia de uno frente a la prevalencia del otro.

Por último la globalización que hoy está en el mundo moderno ha permeado todos campos y áreas del conocimiento, donde lo domestico o local cede ante el creciente avance de lo transnacional y el derecho no es ajeno a este auge de la universalización de las relaciones sociales, este crece a pasos agigantados en procura de la creación de un orden supranacional, multilateral o global que establece reglas básicas que deberán respetar todos los estados partiendo de la figura del *ius cogens*.

## Bibliografía

---

Ayala, C. M. (2003). La Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos y sus Consecuencias. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. Obtenido de <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31199505/4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1513725326&Signature=vht5t%2B0SYaCwPrttd3o4rzgtKms%3D&response-content-disposition=i>

- line%3B%20filename%3DLa\_jerarquia\_constitucional\_de\_los\_trata.p
- Feldman, G. E. (2008). El Pacto de San José de Costa Rica. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Garcia, L. (2016). De la Constitucionalización a la Convencionalización del Ordenamiento Jurídico. *Revista Derecho del Estado*, 131 - 166.
- Hitter, J. C. (2008). ¿Son Vinculante los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 131 - 156. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>
- Murillo, D. A. (2016). La Dialectiva entre el Bloque de Constitucionalidad y el Bloque de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Derecho Público*(36). Obtenido de [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub569.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub569.pdf)
- Piza, R. (1995). La Justicia Constitucional en Costa Rica. Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.
- Quinche-R., M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 163 - 190. Obtenido de [https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/2021959/El\\_control\\_de\\_convencionalidad\\_y\\_el\\_sistema\\_colombiano.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOVYYGZ2Y53UL3A&Expires=1513955534&Signature=RrekQK4qxyqmT4SSp4ZtfA67Vsl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20fil](https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/2021959/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOVYYGZ2Y53UL3A&Expires=1513955534&Signature=RrekQK4qxyqmT4SSp4ZtfA67Vsl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20fil)
- Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y bloque de constitucionalidad en Colombia. *Cuestiones Constitucionales*(11), 157 - 175. Obtenido de <http://www.redalyc.org/html/885/88501105/>
- Rincon, E. (2010). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, Clasificación, Perspectiva y Alcances. *Iter Ad Veritatem*, 11(11). Obtenido de <http://>

revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579

Sagües, M. S. (2016). Control de Convencionalidad. Buenos Aires: Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Vivas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. Entramado. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1900-38032012000200013&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032012000200013&lng=en&nrm=iso&tlng=es)

Normas.

Constitución Política de 1991.

Ley N° 16 de 1972

Sentencias.

Corte Constitucional, Sentencia C - 067 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C - 067 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C - 488 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia C- 225 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C- 327 de 2016.

Corte Constitucional, Sentencia T - 280A de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso la Ultima Tentación de Cristo. San José.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso: Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Control de Convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(17), 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Gudiel Alvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Boyce y otros Vs. Barbados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile.

# El control de convencionalidad y su aplicación en Panamá

---

Henry Eyner Isaza

*Sumario. Introducción. I. Control de Convencionalidad. II. El control de la convencionalidad concentrado y difuso. III. El control difuso de convencionalidad ejercido por el Poder Judicial de Panamá. IV. Replanteamiento del Control Concentrado de Constitucionalidad en Panamá, para la aplicación del Control de Convencionalidad V. Hacia un Derecho Constitucional Commune en las Américas. Conclusiones. Bibliografía*

## Introducción

---

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados que hacen parte del Sistema interamericano, realizando un examen de confrontación normativa, en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana de los Derechos Humanos.

Los estándares, principios o Lineamientos constitucionales elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus jurisprudencias y opiniones consultivas Forzosamente son Obligatorios para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Estos estándares, principios o lineamientos que forman parte del Control de Convencionalidad constituyen una base Jurídica constitucional que debería ser tomada en cuenta por los Estados al momento de adecuar y perfeccionar sus sistemas constitucionales y el Derecho Interno.

## I. Control de convencionalidad

---

A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la "Internacionalización" del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la "Constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos vino a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión "Constitucional", no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno de cada Estado, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los Derechos Humanos.

La "Constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, acompaña, así, con igual paso el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de Derechos Humanos. El Artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana de los Derechos Humanos, abre efectivamen-

te la posibilidad de un "control de convencionalidad" con miras a determinar si los Estados Partes del Sistema Interamericano, han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como el artículo 1, numeral 1.

Para el profesor Víctor Bazán "la creciente trascendencia de la intersección del Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras de afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de Derechos y Garantías. En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los Derechos Humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales o internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados. La Jurisdicción Interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquella de los ordenamientos Nacionales."<sup>1</sup>

Para el especialista en Derechos Humanos, Ernesto Rey Cantor "El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratado-aplicables-, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona hu-

1 Bazán, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

mana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana.”<sup>2</sup>

Así las cosas, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos; El control en sede Internacional implica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede Nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado que forme parte del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial de proteger los Derechos de la persona humana.

La terminología "Control de Convencionalidad" que significa una comparación entre la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que los países se han plegado y las disposiciones del derecho interno de los Estados adheridos, fue mencionada por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, en el año (2003), a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

2 Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “El poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas 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, interprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos.”<sup>3</sup>

En el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (2006), la Corte Interamericana estableció que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”<sup>4</sup>.

Con referencia a lo anterior, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” fundamentado en los siguientes aspectos:

Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y  
Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;

3 CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Párrafo 124.

4 CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Párrafo 128.

Es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad.”<sup>5</sup>

La intencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” establece que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención americana de los Derechos Humanos, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En ese mismo sentido, en el caso *Gelman vs Uruguay* (2011), se amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas, la Corte interamericana de los Derechos estableció lo siguiente “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Hu-

5 CORTE IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Párrafo 225.

manos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”<sup>6</sup>

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los Casos *López Mendoza vs Venezuela* (2011) y *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile* (2012), Estableció “adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos.”<sup>7</sup>

Cabe agregar, que en el caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala* (2012), la Corte Interamericana determino que “el Parámetro de Convencionalidad se extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano”,<sup>8</sup> es decir a todos los tratados que forman parte del corpus iuris Interamericano.

6 CORTE IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*, Párrafo 239.

7 CORTE IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Párrafo 226 y 227 y CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Párrafo 284.

8 CORTE IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, Párrafo 330.

Finalmente, en el Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname (2014), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos estableció que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de Convencionalidad.”<sup>9</sup>

## II. El control de la convencionalidad concentrado y difuso

---

El control de la convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" o en sede internacional que es ejercida por la Corte Interamericana de los Derechos; y otra de carácter "difusa" o en sede nacional ejercida por los jueces nacionales, en sede interna de Cada uno de los Estados que hacen parte del Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

### CONTROL CONCENTRADO

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es en realidad un control "concentrado" de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de "garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y "reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a la parte lesionada", todo lo cual, cuando "decida hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos (art. 63), teniendo dicho fallo carácter "definitivo e inapelable" (art. 67) Convención Americana de los Derechos Humanos; por lo que los estados "se comprometen a cumplir con la decisión

9 CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Párrafo 124.

de la Corte en todo caso de que sean partes (art. 68.1) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la Convención Americana de los Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

La consecuencia que se deriva del control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es que dispone que en el caso en concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante Artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos y el Estado tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el Derecho Interno, incluyendo la propia constitución como ha ocurrido en algunos casos ventilados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Una de las manifestaciones de este proceso de “Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte Interamericana de los Derechos Humanos su calidad de “intérprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

### CONTROL DIFUSO

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentra en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

El Carácter “difuso” todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo. Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “Garantías” y “Órganos” internacionales de protección de los derechos humanos.

Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y

cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El jurista mexicano, Sergio García Ramírez aclara que “el “parámetro” de control de convencionalidad debería no limitarse a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino a todo el corpus juris convencional de los Derechos Humanos de los que es parte el Estado”.<sup>10</sup>

En ese mismo orden de Ideas, el jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, agrega que “los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana, por tal razón, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refiere expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos”.<sup>11</sup>

Dicho órgano interamericano ha dejado claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sobre Derechos Humanos sujetas a su competencia.

Dos razonamientos sobre el presente Tema:

1. El ejercicio del control de convencionalidad cabe, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales.

10 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

11 Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

2. La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para su "constitucionalización", o sea, la "constitucionalización" de una convención internacional.

Para el jurista y juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que interpreta dicha normatividad".<sup>12</sup> Y si seguimos esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces panameños serán al mismo tiempo guardián de la Constitución Política y guardián de la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que implica una mejor protección y garantía de los Derechos Humanos.

### **III. El control difuso de convencionalidad ejercido por el poder judicial de Panamá**

---

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del "control difuso de convencionalidad" aplica para el sistema de administración de Justicia en Panamá, es decir para el Poder Judicial y para todos funcionarios Públicos. Al haber firmado Panamá la carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1978 y al haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana-

12 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.

na de los Derechos Humanos en el año 1990, estas sentencias internacionales y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, deben ser cumplidas y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”; sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito también por el Estado de Panamá.

De esta manera, el “Control Difuso de Convencionalidad” implica que todos los jueces de Panamá y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, formándose un “Bloque de Convencionalidad”.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte.

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o Nacional, necesariamente deben ejercer el “Control Difuso de Convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el Corpus Juris Interamericano. En otras palabras, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana de los Derechos Humanos, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte Interame-

ricana de los Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas.

El profesor Néstor Pedro Sagües, afirma que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. En ese mismo sentido “Los papeles del Control de Convencionalidad, que guardan paralelismo con el Control de Constitucionalidad, son los siguientes”.<sup>13</sup>

- a) Rol Exclutorio o Represivo. En este ámbito, la Corte interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y normas internas (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina discute si esta tarea debe realizarla todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.
- b) Rol Constructivo o Positivo. El control de Convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el Constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismo control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar el Derecho interno o Domestico ignorando la

13 Sagües, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

Convención Americana de los Derechos Humanos y la referida jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Jerónimo Mejía, aborda el tema del Control de Control de Convencional en Panamá y manifiesta que, “De todo lo expresado se puede concluir que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, todos los órganos del Estado, incluyendo a sus jueces, están sometidos a la Convención Americana de los Derechos Humanos y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En ese sentido, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En ese mismo orden y dirección, el artículo 206 de la Constitución Nacional de Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en función del Control concentrado de la guarda de la integridad de la Constitución, tiene la competencia privativa para el conocimiento de las Consultas y advertencias de Inconvencionalidad. Consecuentemente, cuando un administrador de justicia observare que la norma aplicable a un caso concreto sea contraria a la Convención Americana de los Derechos Humanos, o a otro Instrumento Internacional de Derechos Humanos que forme parte del Bloque de la Convencionalidad, o a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede automáticamente inaplicar la norma de marras, sino que debe someter la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante una Consulta de Inconvencionalidad.

No obstante, lo supra expuesto, todos los tribunales de nuestro país están habilitados y obligados de ejercer Control de Convencionalidad Constructivo Positivo, reservándose la exclusividad del Control de Convencionalidad Ex-

clutorio o Represivo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia; no en vano la página Web (en internet) del Órgano Judicial Panameño contiene un “item”, dentro de la Consulta de Fallos, denominado “Jurisprudencia Corte Interamericana de los Derechos Humanos” (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”.<sup>14</sup>

La Doctrina del Control de Convencionalidad difuso o en sede Nacional, ha sido ejercida y aplicada por el Poder Judicial de Panamá desde el contexto del rol Constructivo o Positivo, a través de diversas Jurisprudencias las cuales han sido emitidas por distintas instancias Judiciales, entre las que podemos citar las siguientes:

*1. Acción de amparo de garantías constitucionales presentada por el Licdo. Guillermo Quintero Castañeda en representación de Roxana Alejandra Carcamo ortega, contra la orden de hacer contenida en el auto no. 3333 MP de 21 de febrero de 2005 dictada por el juzgado executor del Instituto para la Formación Aprovechamiento de Recursos Humano (IFAHU). Ponente: Jeronimo E. Mejia E. -Panamá, veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008)*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno Ponente: Jerónimo Mejía E. Fecha:

Jueves, 21 de agosto de 2008

Materia: Amparo de Garantías Constitucionales Primera instancia

Expediente: 794-07

La Constitución establece en el artículo 4 que "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional". Uno de esos instrumentos de Derecho Internacional, que Panamá está obligada a acatar, lo es la Conven-

14 Mejía, Jerónimo, Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá, en anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, Colombia, 2013, pág. 476

ción Americana sobre Derechos Humanos aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977, la cual en el artículo primero establece expresamente la obligación que tiene Panamá de cumplir lo pactado en el citado Tratado, en los siguientes términos:

"Artículo primero. Obligación de respetar los derechos.

- 1 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..." (las negrillas y subrayas son nuestras).

De lo anterior se aprecia que Panamá está obligada no sólo a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

*2. Demanda contencioso administrativa de protección de los Derechos Humanos, interpuesta por la licenciada María Vargas Paz, en representación de Anne Appolonia Okwuka, para que se declaren nulos, por ilegales, los actos administrativos contenidos en la nota no. DVIC-379-07 de 20 de diciembre de 2007, emitida por el Viceministro de Comercio e Industrias, y en la nota no. DSAN-0023-08 de 2 de enero de 2008, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. Ponente: Hipólito Gill Suazo. - Panamá, catorce (14) de septiembre de dos mil nueve (2009).*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo

Ponente: Hipólito Gill Suazo

Fecha: lunes, 14 de septiembre de 2009

Materia: Acción contenciosa administrativa

Protección de derechos humanos

Expediente: 331-08

Específicamente en materia de Derechos Humanos, la obligación general de adecuar el Derecho Interno a los instrumentos internacionales, de modo tal que se preserve el efecto útil de estos últimos, se encuentra consignada en el artículo 2 de la Convención Americana, citado en nuestra Sentencia de 27 de noviembre de 2008, a la cual ya hicimos referencia.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado lo siguiente:

"180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención Americana o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "Control de Convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos." (Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Subraya la Corte.)

Así pues, a través de la presente decisión, este tribunal de legalidad dará cumplimiento a la obligación tutelar de Control de Convencionalidad, conforme a los extremos establecidos por la Corte Interamericana.

*3. Juzgado Primero Seccional de Familia de la Provincia de Chiriqui*

Sentencia 485

David, Veintiocho (28) de Septiembre de dos mil once (2011).

De allí que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño representa un complemento del texto constitucional al establecer que en todas las medidas que se adopten institucionalmente, por autoridades o tribunales concernientes a niños, debe prevalecer el interés superior del menor.

Esta Protección igualmente la encontramos en instrumentos internacionales como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Aprobada en nuestro País mediante Ley N° 15 de 28 de octubre de 1977 (G.O N° 18,468 de 30 noviembre de 1977) que en su Artículo 19 dispone lo siguiente.

Artículo 19. DERECHOS DEL NIÑO. Todo niño tiene Derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En opinión de este Juzgador existe una colisión entre la norma Nacional y los instrumentos internacionales de Derecho Humanos.

*4. Acción de amparo de garantías constitucionales propuesta por el lic. Eduardo Ruben Ulloa Miranda en nombre y representación de Sabrina Bacal Securansky, contra la orden de hacer contenida en la sentencia n 250-S.I. de 28 de septiembre de 2010, dictada por el Segundo Tribunal Superior del primer distrito judicial de panamá. Ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, cuatro (4) de julio de dos mil doce (2012).*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno

Ponente: Oydén Ortega Durán

Fecha: 04 de julio de 2012

Materia: Amparo de Garantías Constitucionales

Primera instancia

Expediente: 1292-10

Es importante hacer referencia al Control de Constitucionalidad y al Control de Convencionalidad, que impone a los Jueces y Magistrados el deber de velar por la vigencia y efectividad de la Constitución Nacional en cada caso y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en las que el Estado panameño haya estado comprometido; a fin que no se vean mermados o anulados por la aplicación de leyes y actuaciones contrarias a sus disposiciones, objeto y finalidad. En otras palabras, los Órganos del Poder Judicial deben, según Sentencia de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte. Con base en esto, el Pleno de esta

Corporación de Justicia hará referencia a algunas consideraciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que guardan relación a las expresiones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollen actividades sometidas al escrutinio público, por la opinión pública que se forma en virtud de sus actuaciones. Así vemos, lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de 2 de julio de 2004, en el Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, del cual transcribimos el siguiente extracto:

“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (...) En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.”

*5. Acción de amparo de garantías constitucionales presentada por el licenciado Carlos Peter Brown, en nombre y representación de Keith Merton Fearon Lee, en representación de su hija adolescente Kristen roeshaun Fearon Walker, contra la orden de hacer contenida en la resolución de 7 de julio de 2008 dictada por el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia. Ponente: Abel Augusto Zamorano Panamá, tres (3) de marzo de dos mil quince (2015).*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá}

Sala: Pleno

Ponente: Abel Augusto Zamorano

Fecha: 03 de marzo de 2015

Materia: Amparo de Garantías Constitucionales

Primera instancia

Expediente: 625-08

Por consiguiente, la decisión de la juez de la causa de declarar la nulidad del proceso penal de adolescentes y ordenar el archivo del expediente es, además, consistente con la obligación del Estado de garantizar el Control de Convencionalidad de los tratados internacionales de Derechos Humanos, conforme ha sido explicada por la Corte Interamericana:

"En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma,

para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "Control de Convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos." (Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 180. Subraya la Corte.)

*6. Recurso de Apelación promovido por el licenciado Sofanor Espinosa, Fiscal Tercero Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, contra el auto no. 144-P.I. de 9 de septiembre de 2013, dictado por el segundo tribunal superior del primer distrito judicial, dentro del proceso seguido al señor Orlando Jirón Moris, por la supuesta comisión del delito de homicidio, cometido en perjuicio de Constantino Fernández Morán (q.e.p.d.). Ponente: Harry A. Díaz Panamá, seis (06) de marzo de dos mil quince (2015)*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Segunda de lo Penal

Ponente: Harry Alberto Díaz González

Fecha: 06 de marzo de 2015

Materia: Tribunal de Instancia

Expediente: 240-14-AA

Ante este escenario, es importante recordarle al señor Fiscal de la Causa, que el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad, impone a los Jueces y Magistrados el deber de velar por la vigencia y efectividad de la Constitución Nacional en cada caso, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de otras convenciones en las que el Estado panameño haya estado comprometido; a fin que no se vean mermados o anulados por la aplicación de leyes y actuaciones contrarias a sus disposiciones, objeto y finalidad. En otras palabras, los Órganos del Poder Judicial deben, según Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

De allí que, el Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ju-

risprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte.

De igual manera, a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales de Derechos Humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, que no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa debe garantizarse sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto en todas las etapas.

### *7. Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección de Chiriquí*

Sentencia Eufemio Arcia Morales –vs– Ricardo Castillo Valdes y/o Ricardo Castillo, S.A. (RICASA)

Juzgado Primero de Trabajo de la Tercera Sección. David, once (11) de Diciembre de dos mil quince 2015.

Existiendo el problema sin solución (tal cual ocurría con los aplazamientos de audiencia del artículo 967 del Código de Trabajo antes de la reforma de la ley 44 de 1995), lo ideal sería que se legislara al respecto; no obstante, a falta de norma expresa, resulta obligatorio para el operador jurídico ponerle coto o punto final a esta mala praxis abogadil, haciendo uso de valiosas fuentes Constitucionales, Legales, Doctrinales, Jurisprudenciales y reglamentarias, con especial énfasis en las Nuevas Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nacidas del Neoconstitucionalismo o del Constitucionalismo Contemporáneo, en sus modalidades de argumentación, interpretación y ponderación (Bloque de Constitucionalidad de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad y Bloque de Convencionalidad, y Test de Proporcionalidad de Derechos Fundamentales en conflicto).

¿Se podría tachar de nula esta decisión del despacho al realizar Control de Convencionalidad, siendo este asunto de conocimiento privativo del Pleno de la Corte Suprema

de Justicia (Control Concentrado) mediante la Consulta de Inconvencionalidad?

Si se tratase de Control de Convencionalidad Represivo (inaplicación del derecho interno contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, o a los Convenios de Derechos Humanos que hacen parte del Bloque de Convencionalidad u opuestos a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), la respuesta sería que sí; sin embargo, lo que este despacho está ejerciendo es un Control de Convencionalidad de índole Constructivo para lo cual SI está habilitado cualquier juez.

Siguiendo en la esfera nacional, el Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Jerónimo Mejía, acota lo siguiente en uno de los pocos estudios profundos que existe sobre el Control de Convencionalidad en nuestro país:

“...De todo lo expresado se puede concluir que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, todos los órganos del Estado, incluyendo a sus jueces, están sometidos a la Convención Americana y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En ese sentido, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”.

(MEJÍA, Jerónimo. “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN PANAMÁ”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX, Bogotá, 2013, pág. 482. El subrayado es nuestro).

Lo subrayado en la cita del Magistrado Mejía significa que, conforme el artículo 206 de la Constitución Nacional, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en función del Control concentrado de la guarda de la integridad de la Constitución, tiene la competencia privativa para el conocimiento de las Consultas (y advertencias) de Incon-

vencionalidad. Consecuentemente, cuando un administrador de justicia observare que la norma aplicable a un caso concreto sea contraria a la Convención Americana de los Derechos Humanos, o a otro Instrumento Internacional de Derechos Humanos que forme parte del Bloque de la Convencionalidad, o a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede automáticamente inaplicar la norma de marras, sino que debe someter la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante una Consulta de Inconvencionalidad.

No obstante lo supra expuesto, todos los tribunales de nuestro país están habilitados y obligados de ejercer Control de Convencionalidad Constructivo, reservándose la exclusividad del Control de Convencionalidad Represivo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia; no en vano la página Web (en internet) del Órgano Judicial Panameño contiene un “item”, dentro de la Consulta de Fallos, denominado “Jurisprudencia CIDH” (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

*8. Tribunal Superior de Familia. Panamá, veinticinco (25) de Enero de dos mil dieciséis (2016).*

En todo proceso Judicial que afecte Derechos Humanos debemos invocar los Artículos 4 y 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, los cuales establecen que la República de Panamá acata las normas de Derechos Internacional (artículo 4) que las “autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra, bienes a los Nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción, asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la constitución y la Ley y en razón de ello los derechos y garantías que consagra la constitución, “deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los Derechos Fundamentales y la Dignidad de la Persona”.

Esta cláusula abierta de recepción de los Derechos Humanos nos faculta a los juzgadores de la República de Panamá a aplicar de manera directa la normatividad convencional e incluso a desaplicar normas legales que sean contrarias a la protección de los Derechos Humanos.

Esto implica que los Estados que seamos parte de la Convención Americana de Derechos Humanos estamos comprometidos a ejercer control de convencional y constitucional lo que significa que nuestras decisiones deben estar orientadas a la armonización de las Normas de jerarquía Constitucional, Convencional y Legal. Este es un deber contenido en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se establece lo siguiente:

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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.

Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

#### Artículo 2. 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 efectivo tales Derechos y Libertades.

Entre las medidas adoptadas por Panamá para hacer efectivos los derechos y libertades humanas, está la reforma constitucional que introdujo la cláusula abierta de recepción de Derechos Humanos contenidas en el párrafo segundo del ya mencionado artículo 17. Esto significa que, al momento de interpretar y aplicar las normas, debemos partir de un nuevo paradigma consistente en reconocer supremacía constitucional a las normas internacionales de Derechos Humanos.

#### **IV. Replanteamiento del control concentrado de constitucionalidad en Panamá para la aplicación del control de convencionalidad**

---

En Panamá, rige actualmente el sistema concentrado en materia del Control de la Constitucionalidad de las Leyes y de actos, pues se atribuye a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, privativamente, dicha competencia, tal como lo establece el Artículo 206 de Constitución Política de Panamá.

ARTICULO 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir Justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la

disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

El Profesor Allan Brewer Carías, plantea que “La constitución de Panamá le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la Constitucionalidad de la legislación a través de dos métodos: mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir justicia. En ambos casos de control, la decisión de la Corte Suprema es de efectos Generales y obligatoria, y no está sujeta a ningún tipo de control”<sup>15</sup>

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el jurista Jorge Mora Méndez manifiesta que “existe un cambio del control de constitucionalidad al control de convencionalidad, lo que implica la necesidad de estructurar un sistema de control de convencionalidad, toda vez que a partir de los avances jurisprudenciales que ha aportado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es evidente la vinculatoriedad de este tipo de control supranacional”<sup>16</sup>.

Lo anterior, conlleva a formular las siguientes preguntas realizadas por el Profesor Jorge Andrés Mora Méndez.

1. ¿La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, está autorizando a los jueces de cada uno de los Estados que han ratificado la Convención Americana de los

15 Brewer-Carías, Allan R. Derecho Procesal Constitucional, Investigación Jurídica S.A., Primera edición, 2002, p. 103.

16 Mora Méndez, Jorge. Memoria del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal, 2012, pág. 101.

Derechos Humanos, a ejercer un control difuso de Convencionalidad?

2. ¿Qué pasa si en un Estado determinado, como Panamá, los jueces no están autorizados para ejercer un control difuso de constitucionalidad desde el contexto del Rol Exclutorio o Represivo?

Para dar respuesta a estas preguntas, iniciamos manifestando que los operadores de Justicia deben tratar con mucho cuidado y celo las relaciones entre el control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y, además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas de cada Estado, y en el otro por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. El Control de Constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de Convencionalidad, se debe partir de una Constitución convencionalizada, es decir, una Constitución acorde a la Convención Americana de los Derechos Humanos, a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y sus opiniones consultivas.

Es importante establecer que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. Por el momento se tiene claridad sobre la existencia de un control de convencionalidad que es ejercido de forma concentrada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pero aún hay varios interrogantes frente a la posibilidad de que un juez en sede nacional ejerza control de convencionalidad Difuso. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha establecido que el Control de Convencionalidad procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

El Control de Convencionalidad es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe

aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y; es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Los Criterios fijados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que el control de Convencionalidad debe ser ejercido por los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia y cualquier autoridad pública, dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesal, para no resquebrajar los sistemas constitucionales de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el caso de Panamá dicho control de convencionalidad difuso desde el punto de vista del Rol Constructivo o positivo, debe ser ejercido por los todos los Jueces que forman parte del Órgano Judicial o cualquier autoridad Pública y del punto de vista del Rol exclutorio, debe ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, quien es el órgano encargado de ejercer el control de Constitucionalidad de Leyes y Actos de manera concentrada.

Tal como lo explica el profesor Ernesto Rey Cantor “Si es un tribunal en el que se concentra el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional y el monopolio del Control de Constitucionalidad de la Leyes, este sería el único juez constitucional llamado a activar oficiosamente el Control de convencionalidad de la Leyes, de manera exclutoria.”<sup>17</sup> Si omite la activación del control eventualmente podría violar la Convención Americana de los Derechos Humanos generando responsabilidad internacional del Estado. Y lo grave es que dicho tribunal no sólo es guardián de la supremacía de la Constitución, sino también lo es de

17 Rey Cantor, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional, un nuevo Concepto, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, pág. 140.

la supremacía de la Convención, por ser Estado Parte en este Tratado Internacional de Derechos Humanos.

El Control Concentrado de Constitucionalidad en Panamá que ejerce el pleno de la Corte Suprema de Justicia, debe replantearse, a la luz del Control de Convencionalidad desde el punto de vista del Rol exclutorio, ya que la Corte Suprema de justicia en pleno, no es un Tribunal especializado e independiente en materia Constitucional, Derechos Humanos y Sistema Interamericano, es por ello, que se hace necesario la Creación de una Corte Constitucional, Tribunal Constitucional o en su defecto una Sala de garantías Constitucionales, con lo cual tendríamos un órgano especializado ejerciendo el Control de Constitucional y ejerciendo el Control de Convencionalidad desde el contexto del Rol Exclutorio o Represivo.

Finalmente, la imposición del control de convencionalidad difuso que ordena la Corte Interamericana de los Derechos Humanos a los Estados, va a generar un cambio en el Derecho. Por lo tanto, en América latina se está imponiendo un modelo difuso de convencionalidad, en donde los jueces pueden ejercer incluso de manera oficiosa dicha potestad y en el que el órgano de cierre por excelencia es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, abriéndose la posibilidad para pensar en una nueva competencia de este tribunal, más allá de la competencia contenciosa y consultiva que actualmente tiene.

## V. Hacia un derecho constitucional commune en las Américas

---

La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional resulta ineludible y sus conductos se estrechan. Por una parte, la “internacionalización” de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de

que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales “garantías constitucionales” a las “garantías convencionales”, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales en Materia de Derechos Humanos.

La doctrina del “control difuso de convencionalidad” pareciera que fue adoptada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en un proceso evolutivo de la referida “internacionalización”, al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones Nacionales. Por otra parte, el influjo que a partir del año 2006 imprime el Tribunal Interamericano para “irradiar” su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, produce una intensidad y profundidad de la “nacionalización” o “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales.

En los últimos años, se ha reiterado dicha doctrina por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en varios casos contenciosos, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales y Derechos Humanos.

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. En este orden de ideas, el Magistrado de la Sala constitucional de Costa Rica Ernesto Jinesta Lobo, concluye que “El Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales contribuye, notablemente, al proceso de “armo-

nización” de los Derechos Humanos en el entorno interamericano y al surgimiento de un *Ius Commune* Constitucional Interamericano”<sup>18</sup>.

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados Miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En ese mismo sentido el ex Juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos Sergio García Ramírez plantea que la adopción del sistema de control difuso, “Permitiría trazar un sistema de control extenso – vertical y general – en materia de juridicidad de los actos de las autoridades - por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la Convención Americana de los Derechos Humanos y en otros instrumentos del *Corpus Juris* regional. Me parece que ese control extenso – al que corresponde el “control de Convencionalidad” – se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.”<sup>19</sup>

Sobre las bases de las consideraciones anteriores el Profesor Néstor Pedro Sagüés, ha dicho que “la doctrina del Control de Convencionalidad bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los Derechos Hu-

18 Jinesta Lobo, Ernesto, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, pág. 67.

19 García Ramírez, Sergio, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, pág. 42.

manos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana.”<sup>20</sup>

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares, principios o lineamientos constitucionales que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *Corpus Juris Interamericano*. De los jueces interamericanos se espera mucho y “en la medida en que más se auto exija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales”.

La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de Derechos Humanos para establecer un auténtico *Ius Constitutionale Commune* en las Américas.

## Conclusiones

---

El Control de Convencionalidad obliga a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano a Adecuar su derecho Interno a los principios, lineamientos y estándares fijados por la Corte Interamericana a través de su Jurisprudencia y Opiniones Consultivas.

El Control de Convencionalidad obliga a las Autoridades Públicas, es decir al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y especialmente al Poder Judicial a aplicar los Precedentes jurisprudenciales y opiniones consultivas fijados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

20 Sagüés, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de *Ius Commune Interamericano*. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), pág. 467.

La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad plantea tres interrogantes para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.

El desafío del Control de Convencionalidad es que los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, en su derecho interno deben ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El Control de Convencionalidad contribuye al proceso de armonización de los Derechos Humanos en el entorno del Sistema Interamericano y al surgimiento de un *Ius Commune* Constitucional Interamericano.

## **Bibliografía**

---

BAZÁN, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Procesal Constitucional, Investigación Jurídica S.A., Primera edición, 2002, p. 103.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, pág. 42.
- JINESTA LOBO, Ernesto, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, pág. 67.
- MEJIA, Jerónimo. Control de constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Colombia, Bogotá, 2013, pág. 482.
- REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, pág. XLVII.
- REY CANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zermudío, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.
- SAGÜES, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de *Ius Commune Interamericano*. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), pág. 467.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Párrafo 124.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Párrafo 128.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Párrafo 225.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, Párrafo 239.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Párrafo 226 y 227.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Párrafo 284.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala, Párrafo 330.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Párrafo 124.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Párrafo 112.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Kimel vs. Argentina, Párrafo 78.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. México, Párrafo 143.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.



# El debido proceso en la impugnación constitucional de normas generales

---

Jorge Chessal Palau

*Sumario. Introducción. I. Los medios de impugnación constitucional de normas generales. II. El debido proceso. III. El debido proceso en la impugnación constitucional de normas generales. Bibliografía.*

## Introducción

---

Creo pertinente hacer algunas precisiones que nos serán de utilidad para dirigir nuestro desarrollo discursivo.

En primer lugar, referiré el caso de México, mi país, dejando de lado, no por desinterés o falta de aprecio, otras experiencias nacionales, pues creo que, ante las voces autorizadas de propios de esas latitudes en este acto académico, para el cual dejamos esta constancia escrita, poco puedo decir desde fuera para los que conocen y viven desde dentro.

En segundo término, el reconocimiento del “debido proceso” como un derecho humano, es una cuestión sobre la cual ya existen serios pronunciamientos, tanto doctrinales como jurisdiccionales, respecto de lo cual no ahondaré, pues, a efectos de este trabajo, lo doy como un hecho probado.

En tercer lugar, solo haré mención de procedimientos jurisdiccionales de impugnación constitucional de normas

generales, pues en México no contamos con otro tipo de mecanismos, ajenos a los tribunales. En este aspecto, también debo especificar que, tomando en cuenta la naturaleza de lo que aquí interesa y de que, por la forma de república federal, existen mecanismos de control constitucional normativo propios de ciertas entidades federativas, conforme sus constituciones particulares, solo me ocupare del ámbito federal, a partir de lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, Constitución mexicana o, simplemente, Constitución).

Finalmente, ante la amplia gama de ordenamientos que revisten el carácter de generales (constituciones locales, leyes, reglamentos, etcétera), para los fines de este trabajo solo me referiré a leyes, entendiendo como tales las normas expedidas por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, como consecuencia de un procedimiento legislativo en los términos del artículo 72 de la Constitución mexicana.

## **I. Los medios de impugnación constitucional de normas generales**

---

En México existen, esencialmente, tres mecanismos jurisdiccionales que permiten cuestionar la constitucionalidad de una ley, dos de los cuales se encuentran fuera de la esfera de los gobernados por cuanto hace a su posibilidad de ejercicio directo, pero que, eventualmente, redundan en perjuicio o beneficio de los particulares, en atención al precedente judicial, además de que, en atención a las partes legitimadas para ejercerlos, conllevan un interés indirectamente tutelado.

### **1.1 EL JUICIO DE AMPARO**

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución mexicana, es atribución de los tribunales del Poder Judicial de la Federación el conocer de toda controversia toda contro-

versía que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal. Este tipo de controversias encuentra su regulación en una ley reglamentaria que debe expedirse conforme las bases establecidas en el diverso numeral 107 de la misma Constitución, que es justamente donde se emplea la expresión “juicio de amparo” para designar las controversias a que se refiere el primero de los artículos citados.

En el amparo los gobernados tienen la posibilidad de impugnar tanto actos de autoridad, como normas de carácter general, entre las que se encuentran, conforme lo determina el artículo 107 fracción I de la Ley de Amparo, los tratados internacionales aprobados en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos; las leyes federales; las constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México); las leyes de los Estados y la Ciudad de México; los reglamentos federales; los reglamentos locales; y los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general emitidos por cualquier autoridad.

Esta impugnación puede hacerse en vía de acción destacada y propia, denominado comúnmente como “amparo indirecto” o bien, al impugnar una resolución definitiva que ponga fin a un juicio seguido ante un tribunal judicial, administrativo o del trabajo, en lo que se conoce como “amparo directo”.

Para concluir esta referencia, diremos que, una diferencia sustancial entre ambos tipos de amparo, consiste en

que, mientras en el primer caso (amparo indirecto), la sentencia firme que llegara a dictarse tiene como consecuencia que el precepto inconstitucional no se aplique más al quejoso, en tanto siga vigente la norma, en el caso del amparo directo solo se analiza la constitucionalidad de la norma impugnada como parte del estudio de la sentencia combatida y, por tanto, no tiene un efecto general en la esfera jurídica del individuo, sino que solo se excluye su aplicación en el caso concreto a que se refiere esa contienda en particular.

Ahora bien, tanto en uno como en otro caso, existe un principio esencial que rige al amparo mexicano, en el sentido, que es el de relatividad de las sentencias de amparo, previsto en la fracción II del artículo 107 de la Constitución mexicana, al establecer que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Hay, sin embargo, una excepción destacable, establecida en el mismo precepto, pues, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, el Alto Tribunal lo notificará a la autoridad emisora y, si transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Corte emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria, lo que conlleva, entre otras cosas, la exclusión del precepto del orden jurídico, no aplicando este mecanismo respecto de leyes tributarias.

Esta declaratoria, al igual las determinaciones con votación calificada en la Acción de Inconstitucionalidad y en las Controversias Constitucionales, generan una improcedencia para que los particulares puedan acudir al juicio de amparo respecto de las normas que ya recibieron pronunciamiento, tal como se contiene en el artículo 61 de la Ley de Amparo, en su fracción VIII.

## 1.2. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Este tipo de mecanismo judicial de control constitucional aparece en nuestro ordenamiento nacional en la reforma de 1994, promulgada por el presidente Ernesto Zedillo, que implicó una gran transformación del Poder Judicial de la Federación, tanto en los contenidos a su cargo como en su propia estructura y diseño.

La fracción II del artículo 105 de la Constitución mexicana establece como competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Se trata de un control abstracto por cuanto no se requiere siquiera que la ley se encuentre vigente, pues basta con que haya sido publicada en el medio oficial de difusión correspondiente, para que nazca la posibilidad del ejercicio de este procedimiento.

No se trata de un medio judicial al alcance de los particulares, sino que solo puede ejercerse por el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; el Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades fe-

derativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano; los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, 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, al igual que los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas estatales; el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales, igualmente que los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales; y el Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.

En estos casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos (el Pleno del Máximo Tribunal se integra con once ministros).

Vale la pena destacar que, de acuerdo con el 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las razones contenidas en los considerandos que funden

los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales. Por tanto, hay un impacto directo del sentido del fallo en relación con la posibilidad de los particulares de recurrir al amparo para reclamar la inconstitucionalidad de una ley que ya fue materia de una acción de inconstitucionalidad, dado que, atendiendo a la votación calificada requerida, se genera una situación de derecho incontrovertible por los tribunales inferiores, tal como lo indicamos en el apartado anterior, al hablar de la improcedencia del juicio de amparo.

Sin embargo, la Acción de Inconstitucionalidad, como mecanismo de impugnación sin agravio directo, es decir, abstracto, presenta una característica importante, consistente en que basta la instancia por el sujeto legitimado para que la ley pueda ser objeto de un análisis detallado por parte de la Corte, aun ante la ausencia de vigencia o de acto destacado de controversia. Así se dice en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado inter-

nacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial”.

### 1.3. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

Si la Acción de Inconstitucionalidad se dirige a combatir leyes que vulneren la Constitución de manera abstracta y general, la Controversia Constitucional se dirige a la tutela jurídica del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la Constitución, a partir de la impugnación de actos o de normas generales, tal como lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis P. LXXII/98, bajo la voz: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO”, publicada en noviembre de 1998.

El artículo 105 de la Constitución refiere la materia en la Controversia Constitucional a los conflictos que, con excepción de la materia electoral, surjan entre la Federación y una entidad federativa; la Federación y un municipio; el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente; una entidad federativa y otra; dos municipios de diversos Estados; dos Poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; una entidad federativa y un Municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Como puede apreciarse, si bien estamos en presencia de un mecanismo procesal propio de entes públicos, es susceptible de ejercitarse respecto de normas generales, siempre que conlleven la trasgresión del orden competencial federal. Al igual que el la Acción de Inconstitucionalidad y siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación; de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos de conflicto entre el Poder Ejecutivo y Legislativo federal o de los correspondientes estatales, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos del Pleno de la Corte; en los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

Estos tres mecanismos de impugnación de normas generales, previstos en el derecho mexicano, permiten la protección de los derechos esenciales de los gobernados, ya de manera directa o indirecta, por cuanto quienes son los sujetos legitimados para su ejercicio, con una evidente trascendencia respecto de la posibilidad de subsistencia de tales preceptos en el orden jurídico, ya sea porque se extraen del mismo o porque se modula su aplicación en favor de quienes obtienen la protección judicial.

## II. El debido proceso

---

Como advertí inicialmente, no me extenderé en justificar las razones por las cuales se considera al debido proceso como un derecho humano. Sin embargo, es importante que dejemos sentadas algunas cuestiones que nos permitan transitar en este trabajo sobre su aplicación en los mecanismos de impugnación constitucional de normas generales.

## 2.1. EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO.

A partir de su aparición en 1215 en la Carta Magna, suscrita por el rey inglés Juan sin Tierra en favor de los nobles sublevados ante sus excesos, el debido proceso ha sido definido de múltiples formas, siempre conservando su esencial. En México, con especial tino, Héctor Fix-Zamudio acuñó como definición de este concepto el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.

Esta definición deriva del contenido del artículo 14 de la Constitución mexicana, el cual señala que nadie puede ser privado de su libertad, sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Ahora bien, para dar una efectiva dimensión a este derecho, debemos traer otra disposición que complementa, a mi parecer, la esencia del debido proceso. El artículo 17 de la misma Constitución señala que 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, garantizando las leyes federales y locales independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Estos dos preceptos, cuyo contenido viene desde la anterior Constitución de 1857, son consonantes con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala que 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.

En la jurisprudencia P./J. 47/95 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se señala que las formalidades esenciales del procedimiento son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. La Primera Sala del Alto Tribunal añadió, con posterioridad, que se debe incluir, además, el derecho a impugnar la sentencia.

Este debido proceso se estima que debe considerarse aplicable tanto a quien insta a la autoridad como quien es el sujeto pasivo de la acción procesal impugnatoria, por lo cual se articula con el diverso derecho de acceso a la justicia, conjuntándose así los artículos 14 y 17 ya citados para conformar el núcleo del concepto que aquí nos ocupa. Esto se corrobora con el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver el amparo directo en revisión 3758/12, del cual deriva la tesis aislada 1a. CCLXXVI/2013 (10a.), que en lo conducente señala:

“...el debido proceso también puede entenderse desde la perspectiva de quien insta la función jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho y no tanto defenderse del mismo, en cuyo caso se ubica en una posición, al interior de un juicio, de cuya suerte depende el ejercicio de un derecho, el cual en caso de no dirimirse adecuadamente podría tornar nugatorio su derecho. Así, bajo esta segunda perspectiva, se entiende que dicho derecho humano permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal, esto es, exige un procedimiento que otorgue a las partes igual oportunidad de de-

fender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones”.

Este acceso a la justicia, complementario al requisito necesario de seguir un juicio ante tribunales previamente establecido, conforme las leyes expedidas con anterioridad al hecho, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para la privación de un derecho o para recibir lo que en justicia corresponde ha sido descrito en la tesis jurisprudencial 1a./J. 90/2017 (10a.) sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“... el acceso a la tutela jurisdiccional comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos que lo integran: 1) una previa al juicio, a la que atañe el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) otra judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, 3) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél. En estos términos, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción debe entenderse como una especie del diverso de petición, que se actualiza cuando ésta se dirige a las autoridades jurisdiccionales, motivando su pronunciamiento. Su fundamento se encuentra en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual corresponde al Estado mexicano impartir justicia a través de las instituciones y procedimientos previstos para tal efecto. Así, es perfectamente compatible con el artículo constitucional referido, que el órgano legislativo establezca condiciones para el acceso a los tribunales y regule distintas vías y procedimientos, cada uno de los cuales tendrá diferentes requisitos de procedencia que deberán cumplirse para justificar el accionar del aparato jurisdiccional, dentro de los cuales pueden establecerse, por ejem-

plo, aquellos que regulen: i) la admisibilidad de un escrito; ii) la legitimación activa y pasiva de las partes; iii) la representación; iv) la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente; v) la competencia del órgano ante el cual se promueve; vi) la exhibición de ciertos documentos de los cuales depende la existencia de la acción; y, vii) la procedencia de la vía. En resumen, los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia de una acción, varían dependiendo de la vía que se ejerza y, en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso sometido a su potestad y pueda resolverla, determinando los efectos de dicha resolución. Lo importante en cada caso será que para poder concluir que existe un verdadero acceso a la jurisdicción o a los tribunales, es necesario que se verifique la inexistencia de impedimentos jurídicos o fácticos que resulten carentes de racionalidad, proporcionalidad o que resulten discriminatorios.”

De esta forma, queda entonces descrito el marco en el cual se circunscribe el concepto del debido proceso para los fines que aquí nos ocupan y que desarrollamos en el siguiente capítulo, a partir de un concepto doctrinal cuya pertinencia queda así probada, convirtiéndose en un mecanismo idóneo para la consecución de los fines pretendidos.

### III. El debido proceso en la impugnación constitucional de normas generales

---

Hemos mencionado ya que existen tres medios jurisdiccionales para impugnar la inconstitucionalidad de una norma general y, dado que, si el tema a decidir es respecto de la Constitución, estamos en presencia de una contienda constitucional.

Más allá del aparente juego de palabras, debemos ahora analizar si dentro de estos mecanismos judiciales opera en su plenitud el debido proceso.

Por lo que hace al juicio de amparo, no parece que tengamos duda alguna. Se trata de un instrumento de protección de derechos fundamentales cuyo propósito es lograr la restitución en el goce de tales derechos al particular que lo insta, circunscrito al derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 de la Constitución mexicana y conforme las bases normativas y formales derivadas del diverso artículo 107 del mismo precepto supremo.

Donde pudiera parecer menos evidente la presencia del derecho que nos ocupa en este trabajo, es en la Controversia Constitucional y en la Acción de Inconstitucionalidad, dado que quienes activan el proceso son entes públicos y no particulares (aun en el caso de los Partidos Políticos, por su particular posición en el orden jurídico como entidades de interés público). Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto en la tesis 1a. LVIII/2005 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Recurso de reclamación 144/2004-PL, derivado de la controversia constitucional 56/2004:

“... la reconvencción prevista expresamente en el artículo 26 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye en sí el ejercicio de una acción fundada en el mismo dispositivo consti-

tucional que la acción deducida por la actora principal. Ahora bien, tanto el referido derecho de acción como su correlativo de reconvenir derivan de un derecho genérico del que goza todo sujeto para acceder a los tribunales y plantear una pretensión o defenderse de ella a través de un proceso en el que se observen ciertas formalidades esenciales, lo cual encuentra fundamento en el artículo 17 de la Constitución Federal, del cual se desprende a favor del gobernado el derecho sustantivo a la jurisdicción para exigir a los órganos jurisdiccionales del Estado la tramitación y resolución de los conflictos jurídicos en que sea parte, si satisface los requisitos fijados por la Ley Fundamental y las leyes secundarias; y aunque el aludido artículo 17 se refiere a los particulares, debe entenderse que también protege a quienes el propio ordenamiento jurídico concede algún derecho de acción, como acontece tratándose de las controversias constitucionales, ya que si la garantía de debido proceso legal prevista en el artículo 14 constitucional alcanza a la materia de controversias constitucionales, lo mismo ocurre respecto del citado artículo 17, pues si bien tales preceptos se encuentran dentro del título primero, capítulo primero, denominado "De las garantías individuales", lo cierto es que esta parte es reconocida como axiológica o valorativa, por lo que aun tratándose de un sistema procesal que tiende a evitar la invasión de esferas entre los tres niveles de gobierno, tales preceptos deben aplicarse por analogía.

Por tanto, no hay duda de que, en los procesos de impugnación de normas generales, por cuanto hace a su inconstitucionalidad, debe aplicarse la observancia del debido proceso como un derecho fundamental, que trasciende más allá de la naturaleza del sujeto en favor de quien

pueda resolverse la contienda, dado que, ya sea por efecto de una restitución directa (juicio de amparo) como por una segregación del orden jurídico nacional (Controversia Constitucional y Acción de Inconstitucionalidad), se tutela el derecho final del gobernado a la normalidad constitucional, es decir, a la preeminencia del marco normativo supremo que ordena al Estado.

Sin embargo, hay aun camino por recorrer, dado que, a guisa de ejemplo, a) en México solo el juicio de amparo permite una segunda instancia, quedando vedada esta posibilidad para las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad; b) si bien existe la posibilidad de impugnar las normas generales que impliquen una alteración de los espacios competenciales contenidos en la Constitución, a través del juicio de amparo, las sentencias no tienen mayor alcance que la persona de los quejosos en el juicio de amparo, salvo que se llegue a la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, la cual, por su propia naturaleza y regulación, apenas resulta un incipiente avance, pues, no obstante encontrarse en curso de resolución, basta a la autoridad legislativa derogar la norma y sustituirla por otra, aun de igual contenido, para dejar sin materia el pronunciamiento de la Suprema Corte; c) en las Controversias Constitucionales y en las Acciones de Inconstitucionalidad no existen mecanismos de participación ciudadana que conlleven la posibilidad de que se escuche el parecer de quienes, finalmente, resienten los efectos de las sentencias; d) si bien las sentencias reinstalan al gobernado en el goce de los derechos (juicio de amparo) o expulsan a la norma del orden jurídico (Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad), no hay mayores consecuencias en favor de los afectados, pues no existe un mecanismo de exigencia de responsabilidades a los órganos legislativos por la expedición de leyes violatorias de la Constitución que signifique una verdadera restitución en toda forma.

Y la lista podría seguir, pero creo que, por lo menos por esta ocasión, hemos dicho lo necesario.

## Bibliografía

---

- Caballero Juárez, José Antonio. El Debido Proceso. Suprema Corte de Justicia de la Nación-. México.
- Colombo Campbell, Juan. El Debido Proceso Constitucional. Porrúa. México
- Fix-Zamudio, Héctor. Voz: Debido proceso legal. Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa-UNAM. México.
- Ferreres, Víctor. El Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley. Distribuciones Fontamara. México
- Morales Paulín, Carlos. Justicia Constitucional. Porrúa. México



# Debido proceso no es derecho humano

---

*José Daniel Hidalgo Murillo*

*Sumario. I. Antecedentes. II. Persona humana y debido proceso. III. Democracia y derechos humanos. Conclusiones. Bibliografía.*

## I. Antecedentes

---

Hay frases de proclama. No podemos ignorar que la del “debido proceso” es una buena bandera con cual quieren desfilar muchos que, esperamos, lleguen a respetar los derechos de las personas. Pero, ¿es el debido proceso un derecho humano? Cuando respondo que no, se que lo hago conociendo una gran mayoría de autores que parten del debido proceso como derecho humano. Son estos los que igualmente definen el debido proceso de modo negativo, esto es, cuando se ha violado un derecho procesal se ha violado el debido proceso.

En la era de los Derechos Humanos es conveniente saber qué es un derecho humano. En definitiva, todos los derechos son de las personas y, desde el principio pro persona, es fácil concebir el derecho teniendo a la persona como fuente de los derechos. Pero, la era de los Derechos Humanos se enfrenta a la era de la equivocidad conceptual y la segmentación de la persona humana. Hoy es preferible la persona desde una “ideología de género”, esto es, algo indeterminado, que la determinación natural, bio-

lógica, de varón y mujer, masculino y femenino. Por eso, es muy posible que los Derechos Humanos que se empezaron a desmenuzar desde los años 70, pierdan la fuerza de su realidad jurídica por la debilidad de su realidad en perspectiva.

En efecto, los derechos humanos se miran hoy desde la personal perspectiva de cada persona –perspectiva de la libre personalidad- y, desde esa perspectiva se quiere definir lo que es y lo que no es discriminación. Para estos, no admitir los derechos de la personal perspectiva es discriminar. Estos derechos partidos, desmenuzados, fragmentados, achiquitados, van reduciendo, con el derecho a la persona y, con la persona al derecho. Por eso, los grandes autores han llamado la atención en relación con lo que es y con lo que no es un derecho humano, con la clara finalidad de no abaratar su costo. La proliferación irracional de “derechos humanos” va causando un “cansancio” en la defensa de los mismos, mofa en su legislación, violación y desaprecio por su falta de importancia.

Los derechos humanos son derechos de todos y cada una de las personas humanas. Cuando empezamos a producir derechos para ciertas personas, como el debido proceso, entonces, dejan de ser derechos de todos para convertirse en derechos de unos pocos. Es lo que nos ha pasado con el debido proceso que, necesario para la justicia en la aplicación del proceso –especialmente, el proceso judicial-, lo hemos hecho derechos de todos cuando es derecho de aquellos pocos sometidos a proceso.

Si ignorar la filosofía del sistema procesal, no podemos negar que todo proceso es arbitrario. Esa arbitrariedad es lo que impide hablar de derechos humanos desde el proceso. En todo caso, los únicos derechos procesales que pueden considerarse derechos humanos es el de acceso a la justicia que se concreta, también como derecho humano en los derechos de audiencia (ser escuchado) y derecho de defensa (derecho de ser defendido técnica, letrada y materialmente).

## II. Persona humana y debido proceso

---

### 1. DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es -para los que creemos en la persona como fuente de derecho y, en el Estado democrático como organización para “interpretar” esa fuente-, principios del proceso. Porque son principios terminan siendo importantes y, porque son principios influyen en todos los demás derechos procesales. Pero, porque son principios no son derechos humanos.

No podemos admitir debido proceso como normas que crean “debido proceso” o normas que te otorgan y restringen derechos. El debido proceso ha de ser el comportamiento normal -ético- de los funcionarios públicos - en particular, aquellos llamados a administrar justicia- y los órganos del Estado, no la excepción. El debido proceso ha de ser una constante, un modo -casi espontáneo- de actuar, en la solución de los conflictos, y, por ende, no requiere de más norma que la deontología, que nos exige actuar en protección de los derechos y las personas. Es, en mucho, una razón moral que nos mueve a la justicia: dar a cada uno lo suyo termina siendo una constante y perpetua voluntad de dar, parafraseando a Ulpiano.

Pensar, en el siglo XXI, de debido proceso desde la constitución y, posteriormente, desde la ley, para “confiar” que “por fin” tendremos un derecho justo, es volver a pensar en la justicia para entender, de nuevo, el derecho. En alguna oportunidad afirmé que hemos sacado al derecho penal del “juego” de relaciones de justicia conmutativa y distributiva, para entenderlo como simple derecho resarcitorio, vindicativo. “Ésta ha sido la mayor tragedia del derecho continental moderno, -dirá Paolo Grossi- ser identificado con la dimensión patológica de la convivencia civil, con un mecanismo ligado a la violación del orden constituido. ¡Pobres de nosotros!, el derecho más cruda y severamente sancionador, el penal, parece elevarse como

modelo de la juridicidad precisamente por consistir en la expresión plena de la potestad punitiva”.<sup>1</sup>

Lo que se persigue con el debido proceso “es, sin duda alguna, positivo; pero, ¿basta?”, se preguntaría Albin Es-ser. Y aclara: “Esta pregunta se formula no tanto con la pretensión de engrosar aún más el listado de derechos humanos, sino más bien a fin de cuestionar si el tipo de enfoque que subyace a aquéllos es realmente el adecuado”. Es que, “si se entienden los derechos humanos exclusivamente como limitadores de un proceso previamente dado, entonces es éste el que se presupone como primordial, imponiéndosele posteriormente una serie de limitaciones externas, que precisan de la correspondiente legitimación. Desde este punto de vista la funcionalidad del proceso penal –y con ello el interés del Estado– se manifiesta nítidamente como algo previo, superior, conforme a la regla, mientras que, los derechos humanos, por el contrario, se entenderían únicamente como restricciones excepcionales del interés estatal por la persecución penal y debería buscarse su justificación en este sentido. (...)”

De forma gráfica podría afirmarse –continúa– que, desde esta perspectiva, los derechos humanos no son más que planetas individuales que giran como satélites alrededor de una estrella fija que es el Estado. Por el contrario, la imagen cambia de forma radical cuando no es el Estado, sino el ser humano, el que se erige en estrella fija en torno a la cual rota el Estado para brindarle su protección. Según esta constelación las instituciones estatales, como es el caso del proceso penal, no son ya lo primordial sino que se conciben exclusivamente como algo secundario, como instrumentos “al servicio de”. Contemplados desde este nuevo enfoque los derechos humanos dejan de ser puras y simples limitaciones de la violencia estatal y pasa a ser el propio ser humano el que se encuentra pre

1 GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

ordenado al Estado y quien legitima en última instancia su existencia”.<sup>2</sup>

## 2. DEBIDO PROCESO COMO DERECHO HUMANO

Para encontrar una distinción necesaria entre debido proceso y derecho humano es suficiente desglosar qué se entiende por proceso debido y clasificar, en ese debido proceso, cuáles procedimientos son derechos humanos y cuáles no. Para no confundir el derecho humano con el debido proceso la Convención Americana llama a los derechos del proceso garantías judiciales. (Cfr: art. 8)

Conforman el debido proceso las siguientes garantías:

- (1) Detención conforme a derecho. (a) Por autoridad legítima; (b) Con o sin orden judicial. (c) En casos previamente limitados. (d) Conociendo de previo los cargos.
- (2) Limitación de la medida cautelar de prisión preventiva. (a) Peligro de fuga. (b) Peligro de obstaculización. (c) Peligro de continuidad de la acción delictiva. (d) Peligro para la víctima, ofendidos, testigos o parte.
- (3) Control judicial de los registros domiciliarios.
- (4) Control judicial de las intervenciones de comunicaciones por teléfono o entre presentes.
- (5) Control judicial de los documentos y datos privados.
- (6) Derecho de defensa. (a) Defensa letrada por abogado. (b) Defensa técnica por experto. (c) Defensa material como conocimiento y contradicción de la prueba de cargo y ofrecimiento de prueba de descargo. (d) Conocimiento de los hechos acusados y el denunciante.
- (7) Derecho a un proceso público.
- (8) Derecho de celeridad evitando dilaciones indebidas.
- (9) Derecho a la presunción de inocencia.

2 ESSER, Alvin.

- (10) Derecho a la legalidad de los delitos y las penas.
- (11) Derecho a una pena o sanción proporcional. (a) Que impide la pena de muerte. (b) Que excluye los trabajos forzados. (c) Que prohíbe las penas crueles, degradantes e inhumanas. (d) Función reeducadora de la pena.
- (12) Derecho a que no haya suspensión de derechos humanos.
- (13) Derecho a la limitación constitucional de los derechos humanos.
- (14) Derecho al Amparo penal y/o al hábeas corpus y al hábeas data.
- (15) Derecho de impugnar ante un Tribunal ad quem las decisiones del Tribunal a quo.
- (16) Derecho de abstención. (a) Del propio imputado. (b) Prohibición de auto incriminación o auto inculpación. (c) Prohibición de entrevista o declaración sin patrocinio letrado. (d) Derecho de abstención de sus familiares. (e) Derecho de abstención por Ministros de culto o Profesionales obligados al secreto profesional.

¿Son todas estas garantías derecho humano? No. Por ejemplo, la detención legítima de una persona se realiza, en cualquier parte del mundo, por causa probable. En México se exige flagrancia. La flagrancia se utiliza en la mayoría de los países con proceso acusatorio para el Proceso Simplificado y/o Abreviado. En muchos países no hace falta control judicial de los datos de prueba. En otros se exige control en aquellos que exigen la presencia del imputado porque se procede en relación con él por ejemplo, en el reconocimiento de personas, en la inspección corporal, etc. En algunos países el Juez ordena, a solicitud del Ministerio Público, el cateo y, ordenado este el Juez lo ejecuta y controla. En otros, incluido México, el Juez delega la diligencia en el Fiscal. En México igualmente se delega el reconocimiento de personas, la inspección corporal, la intervención de comunicaciones, el asegura-

miento de documentos privados. Entonces: ¿qué y cuándo es derecho humano?

Es factible creer en un debido proceso consolidado en normas. Sin embargo, no se puede ignorar que el debido proceso se apoya en la justicia, esto es, la capacidad de dar a cada uno lo suyo –su derecho– para lo cual, no hacen falta leyes, sino valores. Si prima la razón de estado en la interpretación, es posible encontrarnos, a lo largo de los años, con una interpretación del sistema procesal penal acusatorio contrario a los derechos y garantías del proceso penal.

El Debido Proceso Penal es, primero, una actitud ante las personas, sean estas imputadas, acusadas, procesadas, delincuentes, víctimas, ofendidos. No se trata, únicamente, de seguir unas normas. Es, comprender la razón de justicia en las relaciones interpersonales y, procurar con fortaleza la realización del Derecho. Debido proceso es comprender –en una relación procesal penal–, la existencia de un injusto y, por ende, los derechos de las víctimas y ofendidos, igual, cuando aparentemente no hallan víctimas y/o, cuando en la víctima se agote la razón de derecho. Debido proceso es comprender que es primero el Derecho para resolver con Justicia. Es admitir que, para resolver y ejecutar las decisiones jurisdiccionales es especialmente importante la prudencia. Debido proceso es, en definitiva, una serie de normas que nos encaminan, sin error, hacia un objetivo procesal, es igualdad de armas, es la contradicción de los argumentos de las partes en la intermediación de los Jueces. Debido proceso es escuchar a ambas partes y, por ende, principio de audiencia. Es, finalmente, fundar y motivar las decisiones, conociendo que se fundan en el derecho de la Ley y se motivan en el derecho de las Personas.

El Principio Pro Persona (pro homine) nos permite entender que los derechos tienen fundamento en la persona humana. Pero, cuidado, no sólo en la persona individual sino, de la persona en su realidad social. De la persona como ser que pertenece a una sociedad, que necesita de

esa sociedad y que debe conformar sociedad. Pro persona significa principalmente, que al resolver debo mirar a la sociedad para comprender a la persona. Resolver sobre un “interés personal” en perjuicio del “todo social” es un injusto. No es posible –nunca– legislar y/o revolver a favor de una persona o un grupo de personas en detrimento de la sociedad en la que esa persona o ese grupo viven.

### 3. LA PERSONA COMO SUJETO DE DERECHOS

El debido proceso –como ocurre con las garantías de los derechos humanos–, se encuentra protegido en la mayoría de las Constituciones Políticas de nuestros Estados y/o países.

Esto es así si entendemos que toda la constitución mira al hombre, a la persona humana sujeto y objeto del derecho, al hombre en la necesidad de desarrollarse plenamente en su individualidad y, en ese individuo inserto en una sociedad que, en lugar de ser “masa”, es la suma de individualidades inteligentes y libres, sujetos de responsabilidades. El Estado en una democracia sólo se justifica por ese acometido, porque su objetivo es proteger los derechos en sociedad, mismos que el hombre tiene en razón de ser fuente de esos derechos.

No creo que debemos seguir pensando en normas para encontrar, detrás de ellas, la justicia en el derecho penal. Muchos siguen pretendiendo resolver los “pequeños” y “grandes” conflictos de la sociedad a través de la reforma o creación normativa, sin comprender –como lo hace ver Paolo GROSSI– que “lo natural del derecho consiste en estar íntimamente compenetrado con la sociedad. (...) No es el instrumento coercitivo del soberano o el espacio para los vuelos teóricos de un doctrinario; puede también serlo, puede convertirse en ello, pero en primer lugar es algo más y es algo diferente. (...) El derecho, por su inclinación a materializarse, antes de ser poder, norma o sistema de categorías formales es experiencia, es decir, una dimensión de la vida social”.

Querer resolver los problemas sociales con reformas normativas que, a la postre, resultan tan “complejas” o “ineficaces” como las primeras, es querer “imponer” un derecho, que, en definitiva resulta una “norma” sin “derecho”. Porque “remitirse a la norma, se quiera o no, significa siempre y en todo caso concebir el derecho de modo potestativo, ligarlo estrechamente al poder, aunque se trate de un poder en el que se percibe la rebeldía y que, por tanto, es una realidad difícil de controlar, orientar, contener. Remitirse a la norma y al sistema de normas significa también invocar el camino de una separación clara entre producción y aplicación del derecho, entre mandato y vida, entre un mandato que se concluye y se agota en un texto y la vida más allá del texto y contra el texto: es el camino que conduce a un formalismo a veces agravado por su abstracción”. (Cfr: GROSSI. Paolo)

Es común encontrar que una ley, contemple normas para sancionar a los que la incumplan y/o que se produzcan tipos penales para su sanción. Esta forma de pensar y actuar olvida que el derecho en una democracia no es “norma” sino principio y, consecuentemente, relaciones de confianza de cara a la justicia que se procura en su administración. Albin Esser la entiende, desde tres principios fundamentales: a. La protección y el respeto por el ser humano deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del derecho penal y procesal penal. b. El ser humano tiene que ser objeto de contemplación no sólo como individuo sino simultáneamente como miembro de la comunidad humana. c. Finalmente, “allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de la función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, no debe perderse de vista en ningún momento el carácter básicamente subsidiario y de servicio de aquél”. (ESSER, Albin)

Estos tres aspectos resultan fundamentales. Contemplando a la persona humana desde su individualidad y, a la vez, en una organización que coadyuva en su personal desarrollo, esa persona –salvo que viva en soledad– vive en “relación con otros individuos humanos” ( ), pues “des-

de mi libertad sólo cabe el capricho de una espontaneidad solitaria (...) ella determina el ser y el no ser, la verdad y la mentira, la moralidad y la inmoralidad: todo mi mundo de datos queda sometido a mi libertad". (CORETH Emerich)

Por el contrario, la peculiaridad "de la agrupación humana puede estar constituida por el amor o por el derecho; en el primer caso la denominamos comunidad, y en el segundo sociedad". A veces parece que esto se olvida. Se aprecia la sociabilidad como "pasatiempo" inefectivo y se exige "los derechos" anejos a la "libertad individual" que se pretende contra esa misma sociedad o comunidad. Un "otro" al que se exige la "tutela" de "mi yo", ignorándose las continuas relaciones "yo-tú" que nos permiten vivir "en una relación personal y también social". (CORETH Emerich)

### **III. Democracia y derechos humanos**

---

#### **1. DEMOCRACIA COMO VALOR**

Cuando nos referimos a valores, es posible que hayamos entendido, que la democracia es el valor que sustenta el sistema de justicia penal y, a la vez, los principios del debido proceso.

La democracia no es un valor, sino una organización de la sociedad que debe sustentarse en valores y, consecuentemente, aunque sirve para darle razón de principio y razón de derecho a la voluntad de los ciudadanos no puede darle sustento en sí, sino en razón de la organización política sobre la cual se apoya la democracia misma. Esto es, si la democracia acoge la voluntad de todos, es necesario que esa voluntad esté protegida –en razón de normas que protegen derechos– por la misma democracia. Sin embargo, hoy es posible admitir la "manipulación" de la mayoría y, por ende, de las democracias.

¿Cuáles son los valores que dan sustento a los derechos humanos, a las garantías de esos derechos humanos, a

los principios y derechos del sistema de justicia, en definitiva, al debido proceso, que es lo que ahora interesa? Un valor es “valioso” cuando se define en objetivos, porque, permeado en las personas permea, igualmente, en sus leyes y, por ende, devienen intocables. Más, un valor es valioso, no porque se plasme en normas, sino porque las instituciones se consolidan por ellos y, se crean, para protegerlos. Pero, deja de ser “valor” aunque valioso y aunque culturalmente entendido, cuando las leyes y/o la jurisprudencia son contrarias a esos valores. Por eso, una vez que creamos en esos valores, es posible creer en sus instituciones, porque son creación suya.

“In God we Trust” se lee en el billete más pequeño del país al que hemos copiado, en mucho, nuestra legislación patria. Dios, la justicia, el derecho, son valores que se encuentran impresos –en inglés o en latín– en las salas de juicio en los Estados Unidos de América. Sobre la Biblia se coloca la mano derecha de quienes, testigos, oficiales o peritos, declaran en las audiencias de juicio oral para ilustrar a los jueces y/o jurados sobre la verdad de los hechos. Ante Dios, se juramentan los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados y jueces, los senadores y diputados, antes de recibir su cargo en la función pública. En los Estados Unidos de Norte América no avergüenza creer, porque no temen admitir que Dios existe.

## 2. DEBIDO PROCESO COMO NORMA DEBIDA

Para muchos debido proceso es citar normas, un confeti de ellas, una feria de leyes, una exhibición de tesis jurisprudenciales y/o procedentes. Algunos suman al “debido proceso” la cita de normas de Tratados Internacionales. Hoy se ha hecho costumbre citar alguna Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pocos, más atrevidos, ya citan el Corte Europea de Derechos Humanos.

Todo como si, con citar, se logra unas decisión más justa. De hecho, muchos Jueces “esconden” la injusticia en

la repetición de normas nacionales e internacionales. Sin embargo, característica del proceso es su sencillez y, del debido proceso su simplicidad. No si razón se dice que, desde el proceso, una respuesta compleja demuestra ignorancia, una audiencia larga demuestra formalismos que destruyen el proceso, una resolución o sentencia extensa demuestra que no hay decisión sino formato.

¿Qué nos ha llevado a complicar las cosas? Por qué citamos tantas normas, por qué citamos toda la norma, por qué citamos normas sin necesidad de cita, por qué citamos normas sin que se estén utilizando? Sujeto sólo a la Constitución y a la Ley, el Juez se ha convertido en maníaco coleccionista de normas en primer lugar, por un confuso control difuso, por un falso criterio de fundar y motivar, para justificar con la norma, como si se tratara de un argumento de autoridad, lo que se debe decir en sentencia, finalmente, para hacer entender que se sabe lo que se decide y que se sabe por qué se decide.

Lo dicho es, por sí, problemático, más a esta cantidad de citas sin razón se suman las Guías, los Flujos, los Macroflujos, los Microflujos, los Protocolos. Desde el Debido Proceso los Jueces están sujetos a la Constitución y a la Ley. Sin embargo, con esas dos, les estemos sujetando a disposiciones y acuerdos que carecen de fuerza de ley, que resultan luego obligatorios y/o de aplicación supletoria o vinculante.

Un positivismo extraño. El “formalismo” ha creado un apegamiento enfermizo a la norma, sin importar que sea ley. ¿Qué es lo importante? Lo importante es que la norma sea conocida y utilizada por todos. Debido proceso es, entonces, contra todo proceso debido, forma que uniforme. Jueces que actúan de la misma forma con la misma forma. He conocido localidades en las cuales se actúa conforme un guión –oral o escrito– que manejan los Jueces del lugar, el cual todos siguen, aunque no sea coherente con las leyes vigentes.

### 3. DEBIDO PROCESO COMO DERECHO DE AUDIENCIA

¿Qué se entiende por debido proceso? Entiendo –y resumo– el debido proceso como protección de la garantía de audiencia –derecho a ser escuchado por un Juez- y el derecho de defensa –derecho de ser aconsejado por un abogado experto–.

Si el abogado defensor, el fiscal del ministerio público, la policía de investigación y, lógicamente, los jueces, se saben -como lo son-, sujetos procesales, sólo esa garantía y sólo ese derecho resultan suficientes para encaminar el conflicto hacia una solución justa.

El debido proceso –que he resumido en garantía de audiencia y derecho de defensa– es el conjunto de principios procesales que regulan la acción de los distintos sujetos del proceso penal que, buscan, con la participación de un tercero, la solución de una controversia. Como estos principios encuentran fundamento en la Constitución Política, trata de los principios procesales que, con fundamento constitucional, rigen la acción de los sujetos en el proceso penal. En efecto, para Meins Olivares el debido proceso “es un derecho humano, un derecho fundamental, siendo así reconocido en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, el que también contempla acciones o recursos para reclamar su vulneración o desconocimiento. Pero, además, el debido proceso constituye una garantía de otros derechos, que permite que se hagan efectivos cuando entran en conflicto y son llevados para su solución en sede jurisdiccional”.

Para Picado Vargas “el debido proceso ha sido objeto de una evolución sin precedentes en los últimos cincuenta años, por lo que actualmente no se le vislumbra como un principio procesal, sino como un conjunto de principios y garantías fundamentales mínimas que regulan el desenvolvimiento de todo conflicto jurídico de conocimiento de un órgano decisor, sea judicial o administrativo por medio del cual se constituya, modifica o extingan relaciones jurídicas. En un sentido amplio, lo definimos como el conjunto de garantías que protege a todo ser humano,

por solo el hecho de serlo, sin distinción de clase social, género o creencia política o religiosa, que le asegura a lo largo del proceso una recta, pronta y cumplida administración de justicia, la libertad y seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conformes a Derecho”.

Pedro Pablo Camargo lo entiende, “en un sentido amplio, no sólo como el conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa tocante a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad, en cuanto no lesione de manera indebida la seguridad jurídica propuesta como intangible para el ciudadano en el Estado (aspecto sustantivo del debido proceso)”

El “Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, al aprobar la tesis de jurisprudencia P./J. 47/95, determinó que la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 constitucional, consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defenderse previamente al acto privativo de libertad y, en su debido respeto, se impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento", que son las que resultan necesarias para garantizar el derecho de defensa del quejoso antes de ese acto de privación, traduciéndose, entre otras, en que se debe dar al peticionario de garantías la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga, entendiendo por tal concepto la oportunidad que se otorgue a las partes para hacer valer sus razones, ya sea verbalmente o por escrito, la manifestación de hechos o argumentos de derecho que una parte hace en el proceso, como razón o fundamento de su pretensión. En tal virtud, de una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 20, apartado A, fracción IX, constitucional; 87, párrafos primero y segundo, y 388, fracción VII bis, inciso b), ambos del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que en todo proceso penal federal el inculpado tiene el dere-

cho de contar con una defensa adecuada y que su defensor comparezca a todos los actos del procedimiento, en el cual éste tiene la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, destacándose de manera especial su presencia en la audiencia final del juicio.

Por tanto, se colige de la hipótesis contenida en el último numeral antes mencionado, que establece la obligación de reponer el procedimiento cuando existan omisiones graves en la defensa en perjuicio del sentenciado, supuesto que se actualiza cuando el defensor no comparece a las diligencias que se practiquen y respecto de las cuales era necesaria su presencia. Consecuentemente, de una interpretación adminiculada de las hipótesis legales referidas con las diversas contempladas en las fracciones II, X y XVII del artículo 160 de la Ley de Amparo, que disponen las violaciones al procedimiento en materia penal, se pone de manifiesto que cuando la audiencia de vista en segunda instancia se celebre sin la asistencia del defensor del procesado, cuando haya sido citado legal y oportunamente, ello constituye una violación a las leyes del procedimiento que afecta la defensa del quejoso, en términos de lo dispuesto por la fracción XVII, en relación con las fracciones II y X del artículo 160 citado, pues tal omisión contraría el contenido del artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional ya mencionado, así como lo expuesto por el artículo 87 también ya dicho, que establece que en la audiencia final será obligatoria la presencia del defensor. Lo anterior es así, dado que el multicitado numeral 160, en su fracción XVII, señala como causal de reposición del procedimiento: "En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiado de Circuito, según corresponda.", como lo es el hecho de que la audiencia de vista celebrada en el procedimiento de segunda instancia, que se efectúa dentro del juicio penal federal, se lleve a cabo sin asistencia del defensor del procesado, en atención a que dicha diligencia tiene como finalidad, al igual que la de primera instancia, el debate entre las partes a través de la expresión verbal con el ob-

jeto de que la cuestión litigiosa quede debidamente planteada, lo que permite concluir en forma clara, que en la citada actuación debe contarse con la presencia, tanto del agente del Ministerio Público como del defensor, ya que de no ser así, no podría desarrollarse legalmente la audiencia de referencia bajo el formato de un debate de alegatos y llevarse a cabo la defensa oral del procesado, tal como se advierte de una recta interpretación armónica de los artículos 382 y 383 del Código Federal de Procedimientos Penales.

#### 4. NORMAS CON DEBIDO PROCESO EN MÉXICO

El artículo 14 de la Constitución Federal debe interpretarse, sistemáticamente, con el artículo 17 cuando dispone que “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” donde “las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes” para lo cual, entre otros principios se exige que “las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

Con la reforma constitucional el artículo 17 garantiza además, “un servicio de defensoría pública de calidad para la población” que a su vez asegure “las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores”; que “todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso” (art. 19); que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (art. 20, A, II); que el juicio se celebre “ante un juez que no haya conocido del caso previamente” de modo que “la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará

de manera pública, contradictoria y oral” (art. 20, A, III); donde la “carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora” (art. 20, A, III), advertida de que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (art. 20, A, IX) y las partes tengan “igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente” (art. 20, A, IV). En protección de esos derechos “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción” (art. 20, A, VI).

Se apoya mi criterio en lo que, al respecto, ha resuelto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar, que “la garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran

obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales”.<sup>3</sup>

## 5. ACCESO AL JUEZ Y DEBIDO PROCESO

Si la garantía de audiencia y el derecho de defensa reúnen, en sí, el debido proceso, por qué integro la audiencia, dentro del principio de judicialización. No hay más razón explicativa que seguir la división del proyecto de ley del debido proceso, la propia de lo arbitrario de cualquier clasificación y, la intención de atraer al juez –como órgano supra partes– como protector del proceso justo.

A pesar de las distintas audiencias, que se realizan, dentro del procedimiento y las etapas del proceso, muchas de las cuales producen datos o medios de prueba, las que en definitiva interesan son las que se realizan ante los órganos del Poder Judicial, sin restar importancia a las demás, siempre y cuando, los resultados probatorios igualmente se desahoguen ante un juez o tribunal que, honrado y prudente, sea finalmente justo.

Por eso, el principio de judicialización convoca, a la teoría del proceso, el principio de división de poderes, por

3 Registro No. 171257. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Octubre de 2007. Página: 209

Tesis: 2a./J. 192/2007. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. 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.

el que “el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial” sin que puedan “reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación” (art. 49 CPEUM). Si el Poder Legislativo crea la ley para que sea ejecutada por el Poder Ejecutivo, se hace necesario el Poder Judicial para que –no el primero ni el segundo– dirima controversias en la aplicación de la ley misma.

Con esos dos principios se entiende el acceso del principio de independencia judicial –tanto interno como externo– y el principio de imparcialidad, el principio de verdad real y/o procesal, el principio de inocencia y, el derecho de defensa, que, a la vez, es letrada –en cuanto la tutela de un abogado defensor–; material –en cuanto el imputado tiene derecho de contradecir la prueba de cargo y ofrecer y que se reciba su prueba de descargo– y técnica –es decir, que se cumpla con las exigencias del procedimiento–. Principalmente que, sometido a proceso, el triángulo de sujetos procesales –acusador, imputado, juez– procura, en todo momento, determinar la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad, con juicio de certeza, del imputado.

El principio de judicialización permite el acceso a la justicia, tanto del imputado como de la víctima y/u ofendido; facilita que sea efectiva la protección judicial; procura que, existiendo una diferenciación procesal entre el juez y el órgano acusador, el acusador cumpla su función en presencia del juez y de los demás sujetos procesales a través de las respectivas audiencias; que el imputado, al ser sometido a proceso, pueda estar presente, conocer los hechos y responder de los mismos; que el juicio pueda ser público y que la prueba se reciba, en la inmediatez del órgano jurisdiccional a través de su contradicción; que el imputado pueda conocer al juez y que el juez se dé a conocer al imputado y, por ende y, a la vez, éste deba inhibirse o ser recusado, por ende, que sea competente, distinto, en la jurisdicción civil a la militar.

## 6. ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

Santo Tomás de Aquino dirá, refiriéndose a la libertad, que aquel que obedece en razón del mandato –por el mandato mismo– no es libre, sino esclavo. Esta realidad nos ha ocurrido, dentro de una democracia, con la ley. Se obedece, no racionalmente, sino, como acto de voluntad, en razón del mandato mismo de la ley y, entonces, el proceso nos hace esclavos, más que libres. Pero, igualmente ocurre con esa ley que “justifica” para muchos, lo que debe hacer, porque no sabe decidir qué hacer y, para otros muchos, su propia conducta inmoral o antisocial.

Desde el concepto de justicia, no es posible un derecho si, a la vez, no puede disfrutarse y, es lo lógico que el mismo se disfrute sin necesidad de decisión jurisdiccional, porque, en una cultura con valores, es común que se respeten los derechos o que, en caso de conflicto, se diriman las controversias sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Sin embargo, la relación de débito, permite acudir al órgano jurisdiccional cuando un derecho entra en conflicto y/o controversia, o que las partes puedan acudir a un tercero ajeno al Poder Judicial.

El principio está sustentado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, como ha dicho la Primera Sala “los alcances de la garantía de acceso a la justicia no deben confundirse con factores formales que atienden a la diversa garantía de legalidad, en cuanto al deber de las autoridades de fundar y motivar sus determinaciones. Por tanto, el acceso a la justicia implica que los órganos establecidos emitan resoluciones claras y acordes a la acción que ante ellos se ha hecho valer, en tanto que la congruencia y la claridad exigidas por la garantía de acceso a la justicia implica que deben manifestarse entre la acción pretendida y lo resuelto, pero sin que ello signifique afirmar que los vicios formales no pueden

vulnerar otras garantías, como indebida valoración y violaciones procesales, en su caso”.<sup>4</sup>

Ahora bien, acceso a la justicia no es, únicamente, acceso a la jurisdicción, sino, a la protección de ese derecho por las vías adecuadas, por lo cual, dentro del sistema procesal penal acusatorio confluyen dos principios especialmente importantes: el principio de jurisdicción y el principio de alternatividad. En razón de estos principios la administración de justicia comprende que la misma se adquiere, por decisión del órgano jurisdiccional o, por decisión de un tercero –arbitro, negociador, conciliador, mediador, etc.– que pueda dirimir los conflictos y resolver en definitiva. Por eso, si hemos criticado la tendencia de considerar, como principios rectores los propios del desahogo de prueba y, por el contrario, hemos admitido como el principal principio rector del sistema acusatorio, además del principio acusatorio, el de alternatividad, es porque el imputado, la víctima y, el ofendido, han atraído la justicia, a la mesa de las “negociaciones”.

El Estado, entonces, “renuncia” al “monopolio” de la administración de justicia, sin abandonar, claro está, la jurisdicción. Así se entiende del estudio del artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando dispone que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias” limitando, en materia penal, “su aplicación” exigiendo que se asegure “la reparación del daño” y, consecuentemente, “los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.<sup>5</sup>

4 Registro No. 166043. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Noviembre de 2009. Página: 399. Tesis: 1a. CXC-VI/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ALCANCES.

5 Nota. He escrito sobre Debido Proceso, con más ampliación e ideas en mi libro. DEBIDO PROCESO. Flores Editores, México, 2010.

## 7. DEBIDO PROCESO Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se concibe “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.<sup>6</sup>

Esta definición jurisprudencial parte del proceso como “medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...)”<sup>7</sup> En resumen, “la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales,<sup>8</sup> “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”<sup>9</sup> y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de Octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Sobre “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso.

7 Idem.

8 Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 27.

9 El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; párr. 25.

defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.<sup>10</sup>

Lo anterior aun cuando la misma Corte Interamericana haya resuelto que “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.<sup>11</sup>

## Conclusión

---

Toda disposición sustantiva exige disposiciones adjetivas para hacer eficaz los derechos. Se trata de normas procesales que, si se siguen orientan y, por el contrario, si no se siguen, confunden. Cuidar el proceso es, inicialmente, ofrecer confianza a las partes. Las partes han de acudir a los Jueces confiando en que el proceso debido es real, no fingido, no arbitrario, nunca distinto, sin sorpresas.

Como se ha analizado, el proceso es, por lo general, arbitrario, esto es, que algunas instituciones o criterios pueden cambiar sin producir conflicto, mientras que otros, como ocurre con el acceso a la justicia y, como consecuencia, el derecho de ser oído y de defenderse, no pueden cambiar porque violan derechos humanos. Entonces,

10 Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 28. Cfr. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30; párr. 74; Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33; párr. 62.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. CASO VELASQUEZ RODRÍGUEZ. Sentencia del 29 de Julio de 1988.

no es el debido proceso el derecho humano sino, dentro del proceso, algunas de sus instituciones. Estas, pueden exigirse en la Constitución Política, y convertirse en derecho fundamental y/o ocupar un desglose de derechos humanos en algún país. Para esto, hemos analizado del artículo 8 de la Convención Americana, cuáles de esas garantías pueden ser y cuáles de esas garantías pueden no ser derecho humano.

Piénsese en el derecho de defensa. Puede ser derecho de defensa como derecho procesal contar o no con un abogado especialista; o, con la propia defensa, con el derecho de ofrecer pruebas, con el derecho de contradecir las pruebas de cargo, con el derecho a que el abogado defensor no sólo sea abogado sino experto en la materia del litigio, etc. ¿Cuál es el derecho humano? El derecho de defensa.

Piénsese en el derecho de ser oído. Puede ser derecho de audiencia, ser escuchado por el Juez en audiencia, ante las demás partes, ser escuchado por el Fiscal del Ministerio Público, escuchado por la Policía que te aprehende, etc. En definitiva, la importancia es el derecho de audiencia como derecho humano.

Por esto, hay que considerar, en primer lugar, que el Debido Proceso no es sólo para derechos humanos, sino, para cualquier tipo de derecho, pero, igualmente, puede ser solo para Derechos humanos y no para cualquier tipo de derechos. En definitiva, el Debido proceso va encaminado a la realización de la Justicia, esto es, procurar el derecho de cada uno.

Por eso, nuestra primera respuesta es que el Debido Proceso tiene como objetivo la realización de la justicia. Lo justo al caso concreto. Lo justo como dar a cada uno lo suyo. ¿Es lo justo, sólo los alcances de la ley? ¿Es lo justo responsabilidad del Estado, desde el Legislador? ¿Es lo justo responsabilidad del Estado, desde el Poder Judicial? Lo justo es obligación de los Jueces. Sin embargo, debe darse Debido proceso en el proceso legislativo, es decir, que las Leyes no pueden seguir un proceso arbitrario. Pero, igualmente, lo justo es obligación de las Auto-

ridades Ejecutivas cuando se produce en el Proceso Administrativo. Todo proceso exige debido proceso.

¿Puede, el Poder Judicial (Corte Interamericana) en razón de lo justo, ampliar los alcances de la Ley (o viola en ese caso el debido proceso legislativo) ¿Puede darse sobre-interpretación? (Caso Argentina en derecho civil o comercial, respecto a daños y perjuicios) (Interpretación conforme) Interpretación constructiva de la legislación secundaria, Interpretación correctiva de la legislación secundaria) (Interpretación mutativa por sustracción) (Interpretación mutativa mixta por sustracción-adición). Como le ha ocurrido en muchos casos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, al citar los “derechos humanos” produce leyes, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos también está produciendo leyes que impone, violando el Debido Proceso, a los Estados Parte. So capa de los Derechos Humanos se viola el Debido Proceso.

La segunda respuesta: ¿Debe llamarse debido proceso, cuando los principios que lo rigen está en la Constitución Política? ¿No es suficiente hablar de Control de Constitucionalidad del Proceso?

Las preguntas son claras. A veces nos enfrentamos al boom conceptual. Si la Constitución Política exige acceso a la Justicia, todas las normas secundarias, especialmente las normas procesales, deben facilitar, con sencillez, ese acceso, esto es, el derecho de ser oído, el derecho a ser defendido, el derecho a su propio derecho. Por ende, no hace falta hablar de debido proceso si las normas pueden analizarse con control de constitucionalidad.

La tercera respuesta: ¿Debe darse una protección constitucional del proceso o bastan Leyes procesales, respetándose, desde la Constitución Política, el principio de acceso a la justicia?

La cuarta pregunta: ¿Se puede, so capa del debido proceso, someter la norma secundaria a la Constitución, y, si no es suficiente, a la Convención Americana y/o algún otro Tratado de Derechos Humanos?

Debido proceso es, en definitiva, acceso al a Administración de Justicia en el procedimiento que sea, siempre y cuando en el mismo se ponga en entredicho los bienes, los derechos, la libertad de las personas. Debido proceso es, en cada uno de los procedimientos, derecho de ser oído, en un plazo razonable (art. 8) (Derecho a un recurso efectivo, (art 25)

## Bibliografía

---

GROSSI, Paolo. Mitología Jurídica de la Modernidad. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

ESSER, Alvin.

Registro No. 171257. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Octubre de 2007. Página: 209

Tesis: 2a./J. 192/2007. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. 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.

Registro No. 166043. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Noviembre de 2009. Página: 399. Tesis: 1a. CXCVI/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ALCANCES.

Nota. He escrito sobre Debido Proceso, con más ampliación e ideas en mi libro. DEBIDO PROCESO. Flores Editores, México, 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de Octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Sobre "El Derecho a la

Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso.

Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 27.

El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; párr. 25.

Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 28. Cfr. Caso Genie Laca-yo. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30; párr. 74; Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33; párr. 62.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. CASO VELASQUEZ RODRÍGUEZ. Sentencia del 29 de Julio de 1988.



# Derechos humanos ambientales

---

Mario Peña Chacón<sup>1</sup>

“El reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal, puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el estado de derecho, la democracia, y fortaleciendo el derecho de la humanidad”

Michel Prieur

*Sumario. Introducción. I. Fundamentos jurídicos del derecho humano al ambiente. II. El derecho al ambiente y los derechos y obligaciones que concurren en su realización efectiva. III. Otros derechos humanos íntimamente vinculados al derecho a un ambiente sano y equilibrado. IV. Progresividad y no regresión de los derechos humanos ambientales. V. Protección del derecho al ambiente en el sistema universal de derechos humanos y en los sistemas regionales de*

1 Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mario-penachacon@gmail.com

*derechos humanos. VI. Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza. Consideraciones finales. Bibliografía.*

## Introducción

---

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes, el goce completo de los derechos civiles y políticos es imposible sin el de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>2</sup> También el derecho humano al ambiente, considerado actualmente como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, viene hoy a completar y reforzar los derechos civiles y políticos.<sup>3</sup> Incumbe a los Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas protegerlos así como promoverlos.<sup>4</sup>

Los derechos humanos y el derecho ambiental poseen la característica común de ser universalmente reconocidos y fundados sobre fuentes jurídicos internacionales. De ello resulta que las decisiones y las actividades que afectan el ambiente pueden afectar no solo a los derechos ambientales, sino también violar derechos humanos, entre ellos, los derechos a la vida, salud, alimentación, agua potable y saneamiento.<sup>5</sup> De igual modo, ciertas afectaciones

2 Párrafo 13 de la proclamación de Teherán de 1968 (UN doc. A/CONF 32/41); párrafo 5 de la declaración de Viena de 1993 (A/CONF.157/23).

3 Véase la exposición de motivos del Proyecto de Pacto Internacional de relativo al derecho de los seres humanos al ambiente del Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE).

4 Resoluciones AG NU 32/130 del 16 diciembre 1977 y 41/117 del 4 diciembre 1986.

5 Opinión del Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE) sobre la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2017.

a los derechos humanos se acompañan de destrucciones del ambiente.<sup>6</sup>

Los efectos económicos, sociales y culturales de los perjuicios al ambiente sobre los derechos humanos afectan sobre todo a las personas y a las comunidades vulnerables. Los pueblos indígenas y comunidades locales son los más fuertemente afectados en razón de sus relaciones de dependencia estrecha con la naturaleza,<sup>7</sup> de igual forma, las poblaciones migrantes, las mujeres y niños, las personas con discapacidad y demás personas en situaciones de vulnerabilidad, incluyendo las generaciones futuras.<sup>8</sup>

Las múltiples degradaciones del ambiente resultado de contaminaciones de todo origen, del cambio climático y de pérdida de biodiversidad, imponen una mayor resiliencia de la humanidad. Esta resiliencia se funda en particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que son indisolubles del derecho humano al ambiente.<sup>9</sup>

## **I. Fundamentos jurídicos del derecho humano al ambiente**

---

En el derecho consuetudinario internacional existe un derecho humano al ambiente considerando su reconocimiento internacional y nacional.<sup>10</sup> Dicho reconocimiento

6 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op.cit.

7 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op.cit.

8 Preámbulo del Acuerdo de París de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (2015).

9 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

10 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

refuerza la interdependencia entre los derechos humanos y el derecho ambiental.<sup>11</sup>

### 1.1. RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO

Previo a su reconocimiento expreso, ya existía un reconocimiento implícito de la conexidad entre derechos humanos y derechos ambientales. Al efecto, Prieur<sup>12</sup> señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217/A del 10 de diciembre de 1948, menciona en sus artículos 22, 25.1 y 29.2, conceptos e ideas que son centrales para el derecho humano al ambiente, entre ellos: dignidad, cultura, salud y bienestar.

Específicamente, el artículo 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que se extiende a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, a la alimentación, el vestido y la vivienda. Mientras que el artículo 29.2. menciona la satisfacción del bienestar general en una sociedad democrática.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976, en su artículo 12.2.b. en relación al derecho a la salud física y mental, obliga a los Estados Parte a tomar las medidas necesarias para asegurar el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, lo que muestra la utilización del concepto ambiente en este Pacto de 1966 y demuestra que, desde esa época, el ambiente en relación

11 Prieur, M., Bétaille, J., Delzangles, H., Makowiak, P., Steichen, P., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7 ed., París, 2016, p.86 y ss.

12 Prieur, M. *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, Paris, 2014, pp.714.

con la salud estaba plenamente reconocido como un derecho humano en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>13</sup>

## 1.2 RECONOCIMIENTO EXPRESO

Todas las conferencias internacionales de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo Sostenible han admitido, por consenso, la existencia y la importancia del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado permitiendo vivir en dignidad y bienestar: Declaración de Estocolmo 1972, Declaración de Río 1992, Declaración de Johannesburgo 2002, Declaración de Río + 20 del 2012.<sup>14</sup>

A ello deben sumarse los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Agenda 2030) adoptados el 25 de setiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde figura la dimensión ambiental del desarrollo sostenible, así como la Declaración de Cancún 2016 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre integración de la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad para el bienestar.

Desde la Declaración de Estocolmo 1972, principio 1, existe un consenso internacional según el cual cada persona tiene un derecho fundamental a condiciones de vida adecuadas, en un ambiente en el que su calidad le permita vivir en dignidad y bienestar.<sup>15</sup>

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado numerosas resoluciones relativas a derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho al ambiente sano y equilibrado, entre ellos el derecho humano al agua potable y saneamiento (Resolución

13 Prieur, op.cit.

14 Opinión consultiva, op.cit.

15 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

64/1992, 28 de julio de 2010, Resolución 70/169, 18 de diciembre de 2014), derecho a la alimentación (Resolución 69/1997, 18 de diciembre de 2014), armonía con la naturaleza (Resolución 64/169 del 2009, Resolución 65/164 del 2010, Resolución 66/204 del 2011, Resolución 67/214 del 2012, Resolución 68/216 del 2013, Resolución 68/224 del 2014, Resolución 70/208 del 2015), acceso de todos a servicios energéticos fiables y modernos (Objetivos de Desarrollo Sostenible número 7-1 Asamblea general de Naciones Unidas 25 septiembre 2015, A/70/1). También ha adoptado la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 (Resolución 37/7 de 1982).<sup>16</sup>

A la vez, una gran cantidad de convenciones universales y regionales sobre el ambiente han consagrado jurídicamente el derecho humano al ambiente, entre ellas: Carta Africana de los Derechos Humanos de 1981; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988; Protocolo de Maputo sobre el Derecho de las Mujeres en África de 2003; Convención Africana de Maputo sobre Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales de 2003; Carta Árabe de los Derechos Humanos de 2004, así como el Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus) de 1998 que ostenta una vocación de carácter universal.<sup>17</sup>

Resoluciones y Reportes de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han plasmado la relación simbiótica entre derechos humanos y medio ambiente. En el Reporte del 26 de julio de 1994 E/CN.4/Sub.2/1994/9 se propuso, en su Anexo I, un proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Ambiente.

16 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

17 Opinión consultiva, op.cit.

Numerosas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos acentúan la articulación entre derechos humanos y ambiente. En ese sentido, la Resolución 25/21 (A/HRC/RES/25/21) “Derechos Humanos y Ambiente” afirma que: “el derecho de los derechos humanos impone a los Estados determinadas obligaciones que guardan relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Y que el disfrute de los correspondientes derechos humanos y libertades fundamentales puede facilitarse si se efectúan evaluaciones de impacto ambiental, se hace posible la participación efectiva en los procesos decisorios en materia ambiental, y que una buena práctica en ese respecto es aprobar, reforzar y aplicar leyes y otras medidas que promuevan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales en el contexto de la legislación y políticas ambientales” (párrafo 4). También la Resolución 31/8 de 2016 del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/RES/31/8) “Derechos Humanos y Ambiente” reconoce que “el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos”, “los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas tanto directas como indirectas en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos”. Dicha Resolución exhorta a los Estados a respetar, proteger y tornar efectivos los derechos humanos, en particular, en las medidas relacionadas con problemas ambientales.

El vínculo entre derechos humanos y ambiente ha sido identificado en los reportes concernientes a las obligaciones relativas a los derechos humanos en relación a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, realizados por el Experto Independiente, actualmente bajo el estatus de Relator Especial, de las Naciones Unidas John Knox, en el marco del Consejo de Derechos Humanos. En el reporte del 24 de diciembre de 2012 (A/HRC/22/43) se presentan los diferentes derechos humanos amenazados por las afectaciones ambientales, entre ellos: derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la dignidad, derecho a la alimentación. En el Informe de 2015 (A/HRC/31/53)

se ha sostenido que “Se coincide en que la degradación del medio ambiente puede interferir, y de hecho lo hace, en el disfrute de una amplia gama de derechos humanos” y se subraya la importancia de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030) para los derechos humanos y el ambiente. Mientras que el Informe del 2016 (A/HRC/31/53) se desarrollan los diferentes derechos humanos que están en riesgo a raíz del cambio climático.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, en su opinión consultiva del 8 de Julio 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, consideró que: “el ambiente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, incluidas las generaciones futuras”.<sup>18</sup>

Además, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental,<sup>19</sup> suscrita durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN de Río de Janeiro del 2016, reconoce en su preámbulo: “la estrecha vinculación entre los derechos humanos y la conservación y protección ambiental al igual que la fundamental importancia que tiene mantener la inte-

18 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

19 Esta Declaración fue adoptada durante el 1er Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, coorganizado por la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (WCCEL, por sus siglas en inglés, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización de Estados Americanos, la Asociación Internacional de Jueces y otros socios, en abril de 2016 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Fue concluida por el Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental el 12 de febrero de 2017. Esta declaración no representa necesariamente un documento negociado y no refleja opiniones de ningún individuo, institución, Estado o país representado en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental o sus posiciones en relación con los temas abordados en la declaración y tampoco refleja necesariamente las opiniones individuales y los puntos de vista de los miembros del Comité Directivo de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental.

gridad ecológica para lograr el bienestar del ser humano y combatir la pobreza”, mientras que la Resolución WCC-2016-Res-081<sup>20</sup> del Congreso Mundial de la Conservación de la UICN desarrollado en Hawái en setiembre del 2016, reconoció expresamente la necesidad de un derecho de la humanidad a un ambiente sano.

Paralelamente a las diversas formas de consagración internacional de los derechos humanos antes expuestas, más de 120 constituciones nacionales lo han integrado como objetivo social. Más de 95 de entre ellas han consagrado el derecho humano al ambiente como un nuevo derecho fundamental de valor constitucional. Y aún en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, numerosas cortes constitucionales o cortes supremas han igualmente reconocido el derecho al ambiente.<sup>21</sup>

Para Prieur,<sup>22</sup> el reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el plano universal, puede ser considerado hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario, reforzando las exigencias ligadas a la paz, el estado de derecho, la democracia, y fortaleciendo el derecho de la humanidad. Además, el derecho al desarrollo ligado al derecho al ambiente gracias al principio del desarrollo sostenible, es indisoluble de la protección del ambiente en el contexto de la instauración de un nuevo orden económico internacional.<sup>23</sup>

20 Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/es/node/46498>

21 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op cit.

22 Ibid.

23 Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el Desarrollo (41/128, 1986) y sobre la Instauración de un nuevo orden económico internacional (63/224,2008; 64/209, 2009; 65/167, 2010; 67/217, 2012)

## II. El derecho al ambiente y los derechos y obligaciones que concurren en su realización efectiva

---

Sobre la base de los principios desarrollados en las Declaraciones de Estocolmo 1972, Río 1992 y de un gran número de convenciones internacionales ambientales, se puede considerar que el derecho al ambiente se encuentra condicionado por el respeto de sus principios generales. Dichos principios traducen el derecho humano al ambiente, dan forma y orientan la aplicación efectiva del derecho ambiental. A la vez, otorgan a cada persona la posibilidad de exigir jurídicamente su tutela.<sup>24</sup>

Tales principios generales se encuentran extendidos en las regulaciones internacionales, regionales, nacionales y locales, y comprenden una serie de derechos y obligaciones de carácter procedimental consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, tales como el acceso a la información ambiental, participación pública, acceso a la justicia ambiental y a la educación; así como obligaciones sustantivas de prevención, precaución, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad y restauración de daños ambientales.<sup>25</sup>

El borrador preliminar del "Pacto Global por el Medio Ambiente"<sup>26</sup> sintetiza los principales derechos y obliga-

24 Opinión consultiva, op.cit.

25 Informe A/HRC/28/61 del Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, de 2015.

26 Texto elaborado por expertos provenientes de 40 países, bajo el impulso de Laurent Fabius, presidente del Consejo Constitucional de Francia, y del Club de Juristas de Francia, que tiene por objetivo convertirse en el tercer Pacto Internacional de Naciones Unidas, complementando los dos primeros sobre derechos

ciones consustanciales e inherentes al derecho a un ambiente sano, tal y se desglosan a continuación:

**Derecho a un medio ambiente ecológico.** Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización.

**Deber de cuidar el medio ambiente.** Todo Estado o institución internacional, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, tiene el deber de cuidar el medio ambiente. Con este fin, todos deben contribuir en sus propios niveles a la conservación, protección y restauración de la integridad del ecosistema terrestre.

**Integración y desarrollo sostenible.** Todo Estado debe integrar los requisitos de protección ambiental en la planificación y ejecución de sus políticas y actividades nacionales e internacionales, especialmente para promover la lucha contra el cambio climático, la protección de los océanos y el mantenimiento de la biodiversidad. Ellos perseguirán el desarrollo sostenible. Para ello, deben garantizar la promoción de las políticas públicas de apoyo, los patrones de producción y consumo sostenible y respetuoso con el medio ambiente.

**Equidad intergeneracional.** La equidad intergeneracional guiará las decisiones que puedan tener un impacto en el medio ambiente. Las generaciones presentes deben garantizar que sus decisiones y acciones no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

**Prevención.** Se deben tomar las medidas necesarias para prevenir daños ambientales. Los Estados tienen el deber de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen daño al ambiente de otros Estados o en áreas más allá de los límites de su jurisdicción nacio-

---

civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.

nal. Deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se lleve a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de cualquier decisión tomada para autorizar o emprender un proyecto, una actividad, un plan o un programa que pueda tener un impacto adverso significativo en el medio ambiente. En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de un proyecto, actividad, plan o programa antes mencionado que autoricen o realicen, habida cuenta de su obligación de diligencia debida.

**Precaución.** Cuando exista un riesgo de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no puede utilizarse como motivo para posponer la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir la degradación del medio ambiente.

**Daños Ambientales.** Se deben tomar las medidas necesarias para asegurar una corrección adecuada de los daños ambientales. Los Estados deben notificar inmediatamente a otros Estados cualquier catástrofe natural u otra emergencia que pueda producir efectos nocivos repentinos en el medio ambiente de otros Estados. Los Estados deben cooperar rápidamente para ayudar a los Estados afectados.

**Contaminador-Pagador.** Los Estados deben velar por que los costos de prevención, mitigación y remediación de la contaminación y otras perturbaciones y degradaciones ambientales sean soportados, en la mayor medida posible, por quien los origina.

**Acceso a la información.** Toda persona, sin estar obligada a declarar un interés, tiene derecho de acceso a la información medioambiental en poder de las autoridades públicas. Las autoridades públicas recopilarán y pondrán a disposición del público, en el marco de sus legislaciones nacionales, la información ambiental pertinente.

**Participación pública.** Toda persona tiene el derecho de participar, en una etapa apropiada y mientras las opciones estén aún abiertas, en la preparación de decisiones, medidas, planes, programas, actividades, políticas e instru-

mentos normativos de las autoridades públicas que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente.

**Acceso a la justicia ambiental.** Los Estados deben garantizar el derecho de acceso efectivo y asequible a los procedimientos, incluidos los recursos judiciales y administrativos para impugnar actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que contravengan el derecho ambiental.

**Educación y capacitación.** Los Estados deben asegurar que la educación ambiental, en la medida de lo posible, se enseñe a los miembros de la generación más joven, así como a los adultos, a fin de inspirar a toda una conducta responsable en la protección y mejora del medio ambiente. Los Estados deben garantizar la protección de la libertad de expresión y de información en materia de medio ambiente, así como apoyar la difusión por los medios de comunicación de información de carácter educativo sobre los ecosistemas y sobre la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente.

**Investigación e innovación.** Los Estados deben promover, en la medida de sus posibilidades, la mejora del conocimiento científico de los ecosistemas y el impacto de las actividades humanas y cooperar mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos y reforzar el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías respetuosas con el medio ambiente, incluidas las tecnologías innovadoras.

**Función de los agentes no estatales y de las entidades subnacionales.** Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para fomentar la aplicación de los derechos humanos ambientales por parte de actores no estatales y entidades subnacionales, incluida la sociedad civil, los agentes económicos, las ciudades y las regiones, teniendo en cuenta su papel fundamental en la protección del medio ambiente.

**Efectividad de las normas ambientales.** Los Estados tienen la obligación de adoptar leyes ambientales eficaces y de asegurar su aplicación efectiva y justa.

**Resiliencia.** Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para mantener y restablecer la diversidad y la capacidad de los ecosistemas y las comunidades humanas para hacer frente a las perturbaciones y la degradación del medio ambiente y a recuperarse y adaptarse.

**No regresión.** Los Estados y sus entidades subnacionales deben abstenerse de permitir actividades o adoptar normas que tengan el efecto de reducir el nivel global de protección ambiental garantizado por la legislación vigente.

**Cooperación.** A fin de conservar, proteger y restaurar la integridad del ecosistema y de la comunidad de vida de la Tierra, los Estados deben cooperar de buena fe y en un espíritu de asociación mundial para la aplicación efectiva de los derechos humanos ambientales.

**Conflictos armados.** Los Estados deben adoptar, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, todas las medidas factibles para proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados.

**Diversidad de situaciones nacionales.** Debe prestarse especial atención a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista medioambiental. Debe tenderse en cuenta, cuando proceda, las responsabilidades comunes y diferenciadas de los Estados, así como las respectivas capacidades, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales.

### III. Otros derechos humanos íntimamente vinculados al derecho a un ambiente sano y equilibrado

---

Los daños al ambiente a menudo son acompañados de violaciones directas o indirectas de otros derechos humanos, entre ellos: derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales. Tomando como base el Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente del Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), se procederá a analizar cada uno estos derechos humanos y su relación simbiótica con el derecho al ambiente sano y equilibrado.

#### 3.1 DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO

De conformidad con la Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 2015, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, mientras que en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad, al tiempo que reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado.

Existe una prolífica cantidad de regulaciones internacionales, regionales y locales que han reconocido el derecho

humano al agua potable y saneamiento.<sup>27</sup> Naciones Unidas lo ha hecho a través de Resoluciones de la Asamblea General, entre ellas: A/RES/64/292, “El derecho Humano al agua y el saneamiento” del 3 de agosto de 2010; Resolución A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos; Resolución: “Los derechos humanos y el acceso al Agua potable y el Saneamiento”, del 30 septiembre 2010, y Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento”, del 17 de diciembre de 2015.

Asimismo, el contenido del derecho humano al agua y saneamiento se encuentra regulado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), complementado en el plano continental americano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador; y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos “Proteger, Respetar y Remediar” (PRs) que establecen las obligaciones del sector público y privado en relación con la satisfacción de los derechos humanos. Asimismo, se encuentra la Observación General N° 15 “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional) E/C.12/2002/11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas del 2002.

La Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) sobre “El derecho humano al agua potable y al saneamiento”, dispuso: “Invitar a los Estados Miembros a que, de conformidad con sus realidades nacionales, sigan trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras...”

Latinoamérica exhibe desde el año 2000, una fuerte recepción de este derecho a nivel constitucional, ejemplo de lo anterior lo son las constituciones políticas de Uru-

27 Declaración Mundial de UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, op.cit.

guay (2004),<sup>28</sup> Bolivia (2009),<sup>29</sup> Ecuador (2008),<sup>30</sup> México (2011)<sup>31</sup> y Perú (2017).<sup>32</sup>

A nivel centroamericano, Honduras es el único país que ha reconocido el derecho al agua y saneamiento dentro del texto de su Constitución Política, mediante reforma ope-

- 28 Artículo 47: “El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”.
- 29 Artículo 16: “Toda persona tiene derecho al agua y la alimentación”; artículo 20.1: “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado (...)”; artículo 30.III: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.”
- 30 Artículo 12: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”
- 31 Artículo 4: “Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho”
- 32 “Artículo 7º-A.- “El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible”.

rada en el año Por su parte, Costa Rica<sup>33</sup> y El Salvador,<sup>34</sup> han definido su contenido como un derecho fundamental por vía de la jurisprudencia constitucional.

### 3.2 DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

De conformidad con las Resoluciones 69/177 del 2014 y 70/154 del 2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el derecho a la alimentación consiste en el derecho de toda persona a disponer de alimentos sanos, sufi-

- 33 “...La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que: ... “Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” ...Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos...” (Ver Resolución No. 4654-2003)
- 34 La Sala de lo Constitucional de El Salvador, a través de la interpretación de los artículos 117, 2 y 65 constitucionales, reconoce la existencia del derecho al agua; así, el derecho al medio ambiente, en relación con los derechos a la vida y a la salud, permite establecer el derecho de toda persona a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible.

cientes y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación adecuada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre, a fin de poder desarrollar y mantener plenamente sus capacidades físicas y mentales; lo anterior, tomando en consideración que el hambre constituye una ignominia y un atentado contra la dignidad humana y que, por tanto, se requiere la adopción de medidas urgentes a nivel nacional, regional e internacional para eliminarla.

### 3.3 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES LOCALES

De acuerdo con el Principio 22 de la Declaración de Río 1992, las comunidades indígenas y locales, en tanto grupo de población diferenciado y en razón de sus tradiciones y costumbres, tienen derecho a la protección de su ambiente, sus tierras, sus territorios y sus recursos, teniendo en consideración su propio orden jurídico.

Tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia interamericana,<sup>35</sup> los pueblos indígenas y comunidades locales poseen acceso a los recursos naturales esenciales para su subsistencia y su modo de vida y tienen derecho a la participación en los beneficios ligados a la explotación de los recursos naturaleza, incluyendo los genéticos, en su territorio.

Además tienen el derecho, en caso de desplazamiento forzado, a ser reinstalados en un lugar en el que se les permita la utilización de recursos naturales y compatible con sus modos de subsistencia.

35 Entre otros, Comunidad indígena Yakye contra Paraguay, Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay y Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay.

### 3.4 DERECHOS DE LAS PERSONAS EN CASO DE CATÁSTROFES

Todos los derechos humanos consagrados por el derecho internacional deben ser garantizados a las personas susceptibles de ser afectadas por desastres naturales o industriales. A raíz de lo anterior, tienen derecho en particular a informaciones previas sobre los riesgos incurridos, sobre las pérdidas anteriores y a un sistema de alerta rápida y eficaz.<sup>36</sup>

### 3.6 DERECHOS DE LOS DESPLAZADOS AMBIENTALES

Al igual que como sucede en los casos de catástrofes, los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales deben ser garantizados a las personas desplazadas voluntariamente o por la fuerza como consecuencia de un trastorno brutal insidioso de su ambiente. Los desplazados internos o externos tienen derecho a un estatuto jurídico especial que garantice su estancia regular y sus derechos fundamentales.<sup>37</sup>

## IV. Progresividad y no regresión de los derechos humanos ambientales

---

El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente ecológico adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización y la correspondiente obligación estatal y de toda persona natural o jurídica, pública o privada,

36 Principio 18 de la declaración de Rio 1992; Comisión de derecho internacional, proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de catástrofe, art. 9-2, 2016; art. 19-3 del proyecto de la IUCN de 2015; Corte Europea de derechos humanos *Tatar c/ Rumania*, 27 enero 2009, par. 122.

37 Proyecto de convención de Limoges sobre el estatuto jurídico de los desplazados ambientales ([www.cidce.org](http://www.cidce.org)); reporte John H. Knox A/HRC/31/52, 1º febrero 2016, par. 24 y 61.

de cuidar, conservar, proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas y contribuir al mejoramiento de su calidad, es de naturaleza y carácter progresivo.<sup>38</sup>

Al efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3, identificó una serie de obligaciones de inmediato cumplimiento por parte de los Estados signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde actualmente quedan insertos los derechos ambientales, dentro de las que destacan: adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales; comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles; garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación; garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales; vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto; y la de no adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivas.<sup>39</sup>

De acuerdo con el apartado 9 de la Observación General número 3, la principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo,

38 Véase Peña Chacón, M. “El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental”, en *Lex Difusión y Análisis*, Cuarta Época, año XXXI, agosto 2017, México.

39 Peña Chacón, op.cit.

el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.<sup>40</sup>

Ahora bien, siendo que toda persona tiene el derecho a un nivel elevado de protección del estado del ambiente y a la no regresión de los niveles de protección ya alcanzados, los Estados deben adoptar las medidas progresivas necesarias para luchar eficazmente contra las vulneraciones al entorno.<sup>41</sup>

Tanto las obligaciones consustanciales e inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de carácter procedimental, como aque-

40 Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

41 Proyecto de Pacto Internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente promovido por el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDCE).

llas obligaciones sustantivas, se benefician del privilegio de progresividad.<sup>42</sup>

De igual forma, otros derechos humanos íntimamente relacionados con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, entre ellos derecho al agua potable y al saneamiento, derecho a la alimentación, derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales, derechos de las personas en casos de catástrofes, así como los derechos de los desplazados ambientales, también comparten su carácter progresivo.<sup>43</sup>

La obligación de progresividad de los derechos ambientales implica, entre otras obligaciones estatales la de adoptar normas ambientales efectivas y asegurar su implementación y cumplimiento, así como la prohibición de emitir normas o de permitir actividades, obras o proyectos, que tengan como efecto la reducción del nivel de protección ambiental alcanzado hasta el momento.<sup>44</sup>

## **V. Protección del derecho al ambiente en el sistema universal de derechos humanos y en los sistemas regionales de derechos humanos**

---

Tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de derechos humanos (africano, europeo y americano) se han suscitado una serie de leading cases o casos emblemáticos en materia de medio ambiente y derechos humanos los cuales a continuación se proceden a analizar.

42 Peña Chacón, op.cit.

43 Peña Chacón, op.cit.

44 Peña Chacón, op.cit.

## 5.1 CASOS EMBLEMÁTICOS ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS.

El sistema universal de los Derechos Humanos nace con la Organización de las Naciones Unidas y la suscripción de los países miembros de Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948. La Declaración fue seguida de dos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos adoptados en 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si bien no existe referencia expresa en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados que haga suponer la existencia del derecho humano a la protección del ambiente, éste ha sido abordado de forma indirecta por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y como casos relevantes es posible destacar los siguientes:

**Port Hope Environmental Group contra Canadá:**<sup>45</sup> Los impugnantes sostenían que el depósito de residuos radioactivos cerca de sus residencias constituía una amenaza a su derecho a la vida y al de las generaciones futuras. El Comité declaró inadmisibles los casos por el no agotamiento de los recursos de derecho interno, pero señaló que: “los hechos presentados albergaban preocupaciones serias y legítimas con respecto al derecho a la vida.”

**Bernard Ominayak y Lubicon Lake Band contra Canadá:**<sup>46</sup> Los demandantes alegaron que el gobierno de la provincia de Alberta privó a los Indígenas Lake Lubicon de sus medios de subsistencia y de su derecho de autodeterminación a raíz de la asignación de concesiones de petróleo y gas natural dentro de sus tierras. Al respecto,

45 E. H. P. v. Canada, Communication No. 67/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 20 (1984).

46 Lubicon Lake Band v. Canada, Communication No. 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/45/40) at 1 (1990).

el Comité resolvió que “las inequidades históricas y más recientes acontecimientos, incluyendo la explotación de petróleo y gas, amenazaban la forma de vida de Lake Lubicon Band y, de esta manera violaban los derechos de las minorías, en detrimento del artículo 27 (derecho de las minorías) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

**Hopu y Bessert contra Francia:**<sup>47</sup> Los demandantes, dos sujetos pertenecientes al grupo étnico Tahití, alegaron el incumplimiento por parte de Francia del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al otorgar una concesión a una empresa para construir un complejo hotelero sobre sus tierras sagradas. El Comité resolvió que no se podía pronunciar respecto a la violación del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debido a que Francia había hecho reserva expresa respecto a la aplicación de este artículo al ratificar el Pacto, sin embargo, determinó que Francia había violado los artículos 17 (derecho a la vida privada) y 23 (derecho a la familia) al haber otorgado concesiones sobre tierras sagradas. De esta forma el Comité logró apartar la degradación ambiental del ámbito del derecho de las minorías para compatibilizarla con el derecho a la vida privada y la familia.

**Ángela Poma Poma contra Perú:**<sup>48</sup> La solicitante denunció que ella y su comunidad fueron privados de sus medios de subsistencia ya que el Estado desvió las aguas subterráneas de sus tierras y como consecuencia se destruyó el ecosistema del altiplano, se degradaron las tierras y se desecaron los humedales. Alegó que lo anterior trajo la muerte de miles de cabezas de ganado y el colapso del único sistema de supervivencia de la comunidad que era el pastoreo y crianza de llamas y alpacas. El Co-

47 Francis Hopu y Tepoaitu Bessert v. France, Comunicación No. 549/1993, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1 (1997)

48 Poma v. Perú, Comm. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (HRC 2009)

mité concluyó, entre otros, que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observó asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad.

## 5.2 CASOS EMBLEMÁTICOS ANTE LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Carta Africana de Derechos Humanos fue adoptada por la Organización para la Unión Africana, y entró en vigor a partir de 1986. Por ser de reciente creación, la Carta expone la lista tradicional de derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de solidaridad o de tercera generación; incluyendo el derecho explícito de los sujetos a “un ambiente favorable y satisfactorio para su desarrollo.”

El sistema africano de Derechos Humanos cuenta con un único precedente en relación a la aplicación de la Carta en materia de derechos ambientales, el cual se detalla a continuación:

Comunidades Ogoni contra Nigeria:<sup>49</sup> La transnacional petrolera Shell en consorcio con el gobierno militar de Ni-

49 Comisión Africana, (2001), Comunicación No 155-96 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and the Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria. Disponible

geria, vertieron desechos tóxicos sin medidas seguridad necesarias para impedir la afectación de las aldeas Ogoni en el medio ambiente, ríos y canales locales, provocando además de degradación ambiental (contaminación de suelos y del agua destinada a la siembra y a la pesca de la comunidad Ogoni), complicaciones en la salud de los pobladores (infecciones piel y complicaciones gastrointestinales y reproductivas).

La Comisión Africana encontró que Nigeria violó los derechos, a la libertad (artículo 2), a la vida (artículo 4), a la propiedad (artículo 14), a la salud (artículo 16.1), a la familia (artículo 18.1), a la libre disposición de sus riquezas (artículo 21) y a un medio ambiente sano (artículo 24) de las Comunidades Ogoni, al disponer libremente de sus recursos naturales, violaciones en relación con sus propios actos y omisiones, así como de las empresas petroleras, siendo que la Comunidad Ogoni no fue consultada acerca de la decisiones, ni se benefició de la explotación petrolera.

La Comisión concluye que los Estados tienen la obligación de proteger a los ciudadanos, no solo a través de legislación apropiada y fiscalización efectiva, sino también protegiéndolos de actos perjudiciales de terceras personas (empresas).

La Comisión obligó a Nigeria a asegurar a los afectados una compensación adecuada, realizar estudios de impacto ambiental y a proporcionar información sobre salud y riesgos ambientales a los miembros de la comunidad

Para Castillo Cubillo,<sup>50</sup> el principal razonamiento en torno al medio ambiente que realizó la Comisión Africana, descansó en la relación entre el derecho a un ambiente

en <http://www.achpr.org/communications/decision/155.96/>  
Consultado el 09 de agosto de 2017.

50 Castillo Cubillo, C. “El derecho a un ambiente sano en el sistema internacional de derechos humanos y su relación con el cambio climático”, en Peña Chacón, Mario (editor) *El Derecho al Am-*

sano (artículo 24) y el derecho a la salud física y mental (artículo 16.1), señalando tres aspectos principales:

- El derecho a un ambiente sano exige que el Estado tome medidas de prevención en contra de la degradación ecológica, debe promover medidas de preservación del ambiente y que aseguren el uso racional de los recursos naturales
- El deber del Estado de monitorear científicamente los ambientes amenazados, publicar los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial; brindar la información adecuada a las comunidades expuestas a los materiales y las actividades peligrosas; y proporcionarles oportunidades significativas para que sean oídas y participen en las decisiones de desarrollo que les afectan
- El deber del Estado de respetar los derechos a la salud y al ambiente, por lo tanto, debe abstenerse de transgredirlos, lo que implica una conducta no intervencionista; por lo consiguiente, el Estado está obligado a no conducir, patrocinar ni tolerar cualquier práctica, política pública o medida legal que viole la integridad del individuo.

### 5.3 CASOS EMBLEMÁTICOS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien el Tratado de Roma no reconoce expresamente el derecho humano a gozar de un medio ambiente adecuado, vía interpretación de sus artículos 2 y 8, tanto la extinta Comisión como la Corte y actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han permitido para fines prácticos proteger el derecho a un medio ambiente adecuado.

De esta forma, la protección del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado se da por derivación de los derechos a la vida, el respeto de la vida privada y familiar y

---

biente en la Constitución Política, Alcances y Límites, Isolma, San José, 2016, pp. 340-341.

al disfrute del domicilio, a lo que la doctrina ha denominado “Defensa cruzada de derechos”. De acuerdo a esta tesitura, la tutela ambiental por parte del TEDH es posible en tanto la injerencia contra el derecho incoado sea injustificada y el efectivo disfrute de los mismos no sea posible a consecuencia de las malas condiciones ambientales.

La línea jurisprudencial del TEDH sostiene que los derechos particulares deben ser ponderados en contraposición a los de la comunidad. El TEDH le otorga un margen de apreciación a los Estados en cuanto a las restricciones a los derechos de los particulares (incluso minorías) para mejorar la vida de la sociedad en general. Por ello, los Estados deben demostrarle al TEDH que, en el balance entre los intereses individuales y colectivos, existe una inclinación a favor de éstos últimos. El derecho al ambiente podría entonces estar justificado según análisis costo-beneficio, donde el interés general desplaza al particular.

A continuación, se analizan los casos más emblemáticos del sistema europeo en materia de derechos ambientales.<sup>51</sup>

**Powell y Rayner contra el Reino Unido:**<sup>52</sup> Los peticionarios vivían cerca del aeropuerto Heathrow, pero no calificaban dentro de un programa estatal de compensaciones y reubicación debido a las molestias generadas por el ruido. El fallo reconoce que el ruido viola derecho a la privacidad, pero inicia línea jurisprudencial que sostiene que los derechos particulares deben ser juzgados en contraposición de los de la comunidad como un todo, reconociendo al Estado un cierto margen de apreciación para mejorar la vida de la sociedad en general.

51 Peña Chacón, M. Tesis de Derecho Ambiental, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, pp. 17.

52 CEDH, N° 9310/81, sentencia del 21-2-1990.

**Hatton y otros contra Reino Unido:**<sup>53</sup> Se trata del mismo cuadro fáctico del caso anterior con la diferencia que el gobierno del Reino Unido, a raíz de la sentencia Powell y Rayner, había elaborado un nuevo esquema horarios de aviones en horario nocturno. En este caso, la Corte reconoció la violación al art 8.1 por la exposición de los vecinos a niveles intolerables de ruido, pero declaró sin lugar la demanda al considerar que cuando el Estado no respeta un derecho, se debe realizar un balance honesto entre los intereses particulares afectados y el de toda la comunidad. La Corte reconoce al Estado cierto margen de apreciación en el balance entre los intereses privados y públicos (acciones tomadas por el gobierno para restringir vuelos nocturnos y preocupación para disminuir ruido respecto a la contribución a la economía general del aeropuerto Heathrow).

**Zander contra Suecia:**<sup>54</sup> Los peticionarios alegaron que se les había denegado recurso judicial ante la amenaza de daño ambiental por el mal funcionamiento de una planta de tratamiento y depósito de residuos. La Corte Europea reconoce expresamente la obligación estatal de proveer recurso judicial sobre decisiones administrativas sobre actividad empresarial. El fallo le otorga una herramienta judicial a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas, cuando éstas pretenden amparar su accionar en la decisión administrativa que las habilita a actuar. La Corte reconoce la posibilidad judicial de ratificar o anular autorizaciones administrativas cuando estas violan intrínsecamente derechos humanos.

**López Ostra contra España:**<sup>55</sup> Los peticionarios sufrieron daños a la salud por gases tóxicos a raíz de una planta de tratamiento de residuos de curtiembre, provenientes de una empresa que operaba sin permisos administrati-

53 CEDH, Gran Sala, N° 36022/97, sentencia del 8-7-2003

54 CEDH, N° 14282/88, sentencia del 25-11-1993.

55 CEDH, N° 16798/90, sentencia del 9-12-1994.

vos, y sin siquiera solicitud de los mismos. La Municipalidad decidió evacuar a los residentes y les ofreció vivienda gratuita durante el verano, permitiendo a la empresa continuar sus actividades. Los peticionarios volvieron a sus propiedades, pero decidieron vender y mudarse. La Corte reconoció que la contaminación puede afectar derechos individuales tales como salud, vida privada, estableciendo que es posible justificar cierto grado de contaminación en pro del avance económico, armonizando el desarrollo con los derechos humanos de los particulares. La Corte dispuso que el Estado no había demostrado que el balance entre los intereses individuales y los colectivos existiera una inclinación hacia la postura del Estado y declaró con lugar la acción reconociendo indemnización económica a los demandantes, más gastos y honorarios del proceso.

**Guerra contra Italia:**<sup>56</sup> Los demandantes alegaban contaminación por parte de una empresa química situada cerca del pueblo de Mafredonia, el peligro de graves accidentes y la ausencia de regulaciones por parte de las autoridades públicas. Alegaron el incumplimiento del Estado de su obligación de informar al público sobre el peligro y las medidas a tomar en caso de accidentes. La Comisión descubrió que la empresa había sido catalogada como de alto riesgo, que habían acontecido accidentes incluyendo explosión que envió al hospital a 150 personas. Los peticionaron insistieron que pidieron información ambiental y que el Estado la negó por secretos industriales. La Corte concluyó que la información pública representa un instrumento esencial para proteger el bien y la salud de la población en situaciones de riesgos ambientales y de que existe un derecho fundamental a la información concerniente a actividades peligrosas para el medio ambiente y los seres humanos, reiterando que la contaminación severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles gozar de su hogar de una manera que afecte su

56 CEDH, N° 14967/89, sentencia del 19-2-1998.

vida privada y familiar en forma adversa, sin que sea necesaria una lesión a la salud concreta.

**Fadeyeva contra Rusia:**<sup>57</sup> El TEDH consideró que existe vulneración al derecho a la vida privada y familiar cuando los efectos ocasionados por la contaminación de que se trate, en este caso contaminación sónica procedente de una planta de fundición de metal, sobrepasen un cierto límite mínimo, que se establecerá atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Entre otros factores, se tendrán en cuenta la intensidad y duración de la contaminación, si las emisiones contaminantes incumplen la normativa nacional al respecto, la distancia entre la fuente de las emisiones y las viviendas de las personas reclamantes, y la existencia de pruebas médicas sobre el deterioro de la salud o sobre la mortandad de las personas que se hayan visto afectadas por la contaminación. Ninguno de estos elementos será determinante en la afirmación de la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humano, sino que ésta se verificará por el cúmulo de estas circunstancias.

**Budeyeva contra Rusia:**<sup>58</sup> Se trató de daños por causa natural a raíz de una avalancha de barro que se repite periódicamente, donde el Estado construyó un dique que no resistió lo que causó la destrucción de hogares y muchas muertes. En este caso el TEDH determinó que el Estado fue responsable de las muertes a pesar de tratarse de un daño con origen natural, al no existir ninguna justificación para las omisiones en la implementación de la planificación territorial y auxilio de emergencias en zonas peligrosas, debido a la previsibilidad de nuevas avalanchas. Para el TEDH, el Estado expuso a sus habitantes a un riesgo mortal, quedando demostrado nexo causal entre las serias fallas administrativas que impidieron la im-

57 TEDH, sentencia del 26 de octubre del 2006.

58 TEDH, sentencia del 22-03-2008.

plementación de medidas preventivas para la seguridad y las muertes acontecidas.

**Fagerskiold contra Suecia:**<sup>59</sup> Se trató de unas turbinas eólicas que producen mucho ruido y además sus aspas eran muy luminosas, lo que afectaba casa de campo de los reclamantes (segunda vivienda), considerando los peticionarios vulnerados su derecho a la intimidad del domicilio y vida privada. La acción fue declarada sin lugar al tener comprobado el TEDH que el municipio respetó todos los pasos legales para instalar las turbinas. De acuerdo al fallo, las inmisiones causadas por la turbina no fueron suficientes para impedir goce normal del inmueble. Para el TEDH, quedó demostrado que el generador eólico fue instalado para satisfacer el interés general en tener energía no contaminante que contribuye con el desarrollo sostenible, considerando satisfecho entonces el balance de intereses entre lo público y lo privado, siendo por tanto justificadas las interferencias en la propiedad por los objetivos que se persiguen.

**Grimkovskaya contra Ucrania:**<sup>60</sup> La reclamante alega violación del artículo 8 del Convenio de Roma, sin embargo, el TEDH consideró que el nivel de ruido y sus efectos no han sido nunca evaluados. Así pues, resulta imposible determinar hasta qué punto la enfermedad que padecen ha sido causada o agravada por el tráfico de la carretera. Sin embargo, considera que los efectos acumulativos del ruido, vibración y contaminación del suelo y aire han perturbado negativamente la vida familiar de la demandante. El TEDH consideró que no se logró establecer un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los intereses de la comunidad en su conjunto, porque no se han respetado determinadas exigencias de naturaleza procedimental, entre ellas: no se llevó a cabo un estudio adecuado sobre la viabilidad ambiental del proyecto; no

59 TEDH, N°37664/04, sentencia del 26-2-2008.

60 TEDH, N° 38182/03, sentencia del 21 de julio del 2011.

se permitió a los afectados contestar judicialmente a la actuación estatal; pero, sobre todo, se negó la participación del demandante en el correspondiente proceso de toma de decisiones ambientales. Consecuentemente, para el TEDH se produjo una violación del artículo 8 del Convenio. De esta sentencia destaca el criterio de que las autoridades estatales pueden ser consideradas responsables no sólo por una injerencia de los poderes públicos, sino también por sus omisiones, entre otras, la no adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada; así como el irrespeto a los derechos de acceso en materia ambiental, muy arraigados en el Derecho Comunitario y en el Derecho Internacional, como son el derecho de acceso al público a la información ambiental, el derecho de participación del público en el proceso de toma de decisiones y el derecho de acceso a la justicia, todos ellos desarrollados ampliamente en el Convenio de Aarhus de 1998.

#### 5.4 CASOS EMBLEMÁTICOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia directa, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) contempla de forma expresa el derecho al ambiente en su artículo 11.

El Protocolo de San Salvador constituyó el primer instrumento regional en reconocer de forma directa y expresa derecho ambiente a un ambiente sano y equilibrado, no obstante, dicho instrumento regional también estableció una limitación a su exigibilidad directa a través del procedimiento de peticiones individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana, a la fecha solo hacen referencias esporádicas a tal derecho, vinculadas con las comunidades indígenas y como accesorio o complemento al derecho a la vida, a la salud, propiedad, acceso a la información y protección a los defensores

de los derechos humanos, pero no es invocado de forma autónoma. Se trata entonces de un reconocimiento indirecto vía interpretación o aplicación de la Convención. A continuación, se detallan los principales casos resueltos por la Corte Interamericana:

**Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua:**<sup>61</sup> Los peticionarios alegaron violaciones a sus derechos humanos ya que el Estado nicaragüense concesionó la explotación forestal en territorio indígena a una empresa privada. La Comisión dictó medidas cautelares a favor de la comunidad, como suspensión de corte de madera y el Estado anuló la concesión, lo que ocasionó que la empresa se retirase de la zona. El litigio continuó en la Corte con el objeto de lograr reconocimiento legal del territorio de la comunidad, siendo que ésta falló a su favor en 2001. La Corte determinó que Nicaragua trasgredió art 1.1. y 2 en relación con el 21 de la Convención Americana (derecho propiedad privada) “toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que le puede llegar a corresponder, total o parcialmente, terrenos que deberá delimitar, demarcar y titular”. Además señaló: “El derecho de propiedad reconocido en la Convención protege la tenencia tradicional de la tierra por parte de los pueblos indígenas, y por ende, el Estado no está facultado para otorgar concesiones a terceros en dichas tierras”; “... El Estado debe abstenerse de realizar actos que pudieren afectar la existencia, valor, uso, goce, de los bienes ubicados en la zona geográfica habitada por la comunidad” y “El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación (...) la salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra”.

61 Corte IDH. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

**Yakye Axa contra Paraguay:**<sup>62</sup> Se trató de una comunidad indígena expuesta a la contaminación, sin agua potable, sin recursos alimentarios, ni asistencia en salud. A través de un decreto presidencial Paraguay declaró a la comunidad en estado de emergencia ordenando la provisión de atención médica y alimentaria a las familias. Sin embargo, Paraguay incumplió el decreto y la Comisión elevó la demanda ante la Corte Interamericana. En este fallo, la Corte determinó útil y apropiado utilizar Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para interpretar la Convención Americana. Para la Corte “queda demostrada la estrecha relación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporados que se desprenden de ellos deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención” (derecho propiedad privada). Al igual que en el caso de los Mayagna Sumo Awas Tingni, la Corte estimó que no le competía determinar cuál era el territorio tradicional de la comunidad, disponiendo que corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras de forma gratuita a dicha comunidad en un plazo de 3 años contados a partir de la notificación de la sentencia. Por último, la Corte condenó a Paraguay por no haber adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para garantizar el uso y goce efectivo a los miembros de las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

**Reyes contra Chile:**<sup>63</sup> Los recurrentes alegaron que el Estado chileno se negó a brindarles información en manos del Comité de Inversiones relacionada con el Proyecto Río Cóndor y la empresa forestal Trillium. Dicho Proyecto implicaba la deforestación de varias hectáreas de bosque por lo que, a criterio de los demandantes, este podía

62 Corte IDH. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, N 146.

63 Corte IDH, sentencia del 19 de setiembre del 2006.

resultar “perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”. La Corte Interamericana reconoce el derecho de los ciudadanos a buscar, recibir y dar información del gobierno, en el contexto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata del supuesto de protección indirecta del medio ambiente, a través del derecho de los ciudadanos a recibir información de las consecuencias nocivas tanto para la salud como para el medio ambiente tenían la emisión de residuos tóxicos.

**Saramaka People contra Surinam:**<sup>64</sup> Se trató de concesiones mineras otorgadas por Surinam en territorio de la comunidad Saramaka. En este caso, la Corte reconoce el derecho de consulta e información ambiental a favor de las comunidades indígenas cuando en sus territorios se pretende llevar a cabo proyectos de explotación de recursos naturales. A la vez, la Corte reconoce el derecho de propiedad comunal de la comunidad Saramaka a pesar que la legislación de Surinam no contempla este tipo especial de propiedad y no había ratificado el Convenio 169 de la OIT. La Corte establece la obligación de Surinam de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto a dicho territorio. De la sentencia resalta el criterio externado por la Corte de que el derecho de propiedad comunal no es absoluto y que los Estados pueden restringir su uso y goce cuando: hayan sido establecidas previamente por ley; sean necesarias; proporcionales y que tengan como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. De acuerdo a la sentencia el Estado debe garantizar:

- La participación efectiva de los miembros de la comunidad Saramaka de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración y explotación (consentimiento libre, previo e informado)

64 Corte IDH, Sentencia del 28 noviembre del 2007, Serie C, N.172

- Que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se llevará a cabo en su territorio
- Que no se emitirá ninguna concesión hasta que entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental

Por último, la Corte consideró:

- Concesiones emitidas dañaron el ambiente y han tenido impacto negativo en tierras tradicionales y los recursos naturales usados por los miembros Saramaka que se encuentran, en todo o en gran parte dentro de los límites del territorio Saramaka
- Estado no llevó a cabo estudios impacto social y ambiental
- Estado no permitió participación eficaz de los Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones de conformidad con sus tradiciones y costumbres
- Miembros Saramaka no recibieron ningún beneficio por la explotación de los recursos naturales en su territorio

**Kawas Fernández contra Honduras:**<sup>65</sup> Los hechos del presente caso se refieren a Blanca Jeannette Kawas Fernández, quien era una destacada defensora ambientalista que promovió la protección de los recursos naturales en Honduras. El 6 de febrero de 1995, Blanca Kawas Fernández se encontraba trabajando con su asistente en su casa, en la ciudad de Tela. Dos hombres armados interrumpieron en su habitación y le dispararon en el cuello, lo que le ocasionó la muerte en forma instantánea. Se interpusieron recursos judiciales a fin de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Sin embargo, el proceso penal iniciado por la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández seguía en etapa preliminar. Asimismo, no se había identificado a los autores de su asesinato ni se había formalizado denuncia penal contra persona alguna.

65 Corte IDH, sentencia del 3 de abril del 2009.

En sentencia la Corte vincula el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, y la vinculación entre los civiles y políticos, con los económicos, sociales, culturales y ambientales, al efecto el apartado 148 de la sentencia dispuso: “148. Además, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Europea de Derechos Humanos, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador”

**Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador:**<sup>66</sup> a finales del 2002 e inicios del 2003, agentes de las Fuerzas Armadas ecuatorianas y trabajadores de una empresa petrolera ingresaron sin consentimiento al territorio indígena para hacer trabajos de exploración sísmica. La empresa abrió trochas, introdujo explosivos y deforestó áreas de bosque, incluyendo árboles y plantas de valor sagrado y cultural para la comunidad. Así se puso en grave riesgo la vida de los miembros del pueblo de Sarayaku y sus condiciones de acceso a una vida digna. En este sentido, la sentencia estableció que Ecuador violó los derechos a la integridad personal de los miembros del pueblo; no respetó el derecho a la consulta previa, libre e informada del pueblo Kichwa de Sarayaku cuando, en 1996, dio en concesión

66 Corte IDH, sentencia del 27 de junio de 2012.

gran parte del territorio del pueblo a la empresa petrolera argentina CGC; ni tampoco realizó los estudios sociales y ambientales correspondientes. Con ello se violaron los derechos a la consulta, propiedad e identidad cultural estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio del pueblo Sarayaku. La sentencia ordena también al Estado ecuatoriano remediar la situación de riesgo que supone el abandono por parte de la petrolera argentina de 1400 kilos de explosivos abandonados en 16.000 hectáreas del territorio, espacio de vida que permanece ahora vedado para las actividades tradicionales de pesca, caza y recolección de frutos y establece que Ecuador deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para hacer efectivo el derecho a la consulta previa de los pueblos o comunidades indígenas.

## VI. Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza

---

Algunos sistemas jurídicos empiezan a reconocer a nivel constitucional, legal y jurisprudencial los denominados derechos de la naturaleza, otorgándole personalidad jurídica propia.

El camino hacia su reconocimiento y consolidación inició con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982, la cual estableció que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano.

Bedón Garzón<sup>67</sup> señala que la teoría que considera a la naturaleza como sujeto de derecho fue desarrollada inicialmente por Christopher D. Stone, autor estadounidense.

67 Bedón Garzón, R. "Contenido y Aplicación de los derechos de la naturaleza", *Ius Humani, Revista de Derecho*, Volumen 5, 2016, pp.133.

se que, a propósito del emblemático fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos *Sierra Club versus Morton* de 1972, escribió un ensayo en el que sostiene que los árboles secuoyas debían ser preservados por sí mismos, por ser sujetos de derechos. Esta postura, sin embargo, fue redefinida por Stone, al señalar que para proteger a la naturaleza antes que reconocer su calidad de sujeto de derechos es necesario imponer deberes a los seres humanos. El profesor Stone planteó que los árboles debían tener derecho a representación legal y en los casos en que fueran objeto de daño también deberían tener derecho a la reparación.

La Constitución de Ecuador del 2008 es la primera a nivel global en reconocer de forma expresa a la naturaleza como sujeto de derechos, admitiendo su valor intrínseco independientemente de su utilidad.<sup>68</sup> En su preámbulo celebra “a la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”. En el artículo 10 reconoce el estatus de sujeto de derecho a la naturaleza. El capítulo séptimo, denominado “Derechos de la naturaleza”, que se encuentra dentro del título II designado “Derechos del buen vivir”, establece los siguientes derechos de la naturaleza: derecho a la conservación integral;<sup>69</sup> derecho a la restauración;<sup>70</sup> precaución de extinción de especies y no introducción de organismos ge-

68 Bedón Garzón, *op.cit.*

69 Artículo 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos

70 Artículo 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las me-

néticamente modificados;<sup>71</sup> y no apropiación de servicios ambientales.<sup>72</sup>

En esa misma línea, Bolivia tanto en su Constitución Política del 2009, como en las leyes 71 del 2010 y 300 de 2012, reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos.

El preámbulo de la Constitución boliviana expone: Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Mientras que el artículo 33 enuncia: Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Como complemento de lo anterior, artículo 34 reza: Cualquiera persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

En su obra *La Pachamama y el Humano*, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>73</sup> expone que, si bien la Constitución boliviana

---

didadas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

- 71 Artículo. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.
- 72 Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.
- 73 Zaffaroni, E.R., *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2012. pp.31

enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, encabezando el capítulo referido a tales derechos, en su texto no deja de referirse a otros seres vivos, lo que importa reconocerles derechos. En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un damnificado que, a criterio del citado autor, es la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la Pachamama entendida en su dimensión cultural de Madre Tierra.

Para Zaffaroni,<sup>74</sup> es claro que tanto en la Constitución de Ecuador como en la de Bolivia, la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia, Sección Sexta de Revisión, en la sentencia T-622 del 2016, reconoció al río Atrato, su cuenca y sus afluentes el estatus de “una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración”, ordenándole al Gobierno iniciar una estrategia para su recuperación, crear en tres meses una comisión de guardianes y una institución que ejerza la representación legal de la cuenca en conjunto con las comunidades étnicas con presencia en la cuenca, para que se inicie un plan de descontaminación, se restablezca su cauce, se eliminen los bancos de arena formados por la minería y reforeste las zonas afectadas por esa actividad ilegal. La Corte también le dio seis meses al Gobierno para erradicar la minería ilegal en Chocó colombiano e incautar las dragas y maquinaria, así como prohibir el transporte de mercurio.

74 Ibid.

Es importante considerar que esta sentencia no es la única en declarar a un río como sujeto de derechos, en ese sentido en el 2017 una Corte en India dictó sentencia similar en relación a los ríos Ganges y Yamuna,<sup>75</sup> mientras que, en el 2014, el Parlamento de Nueva Zelanda reconoció como sujeto de derechos al río Whanganui.<sup>76</sup>

En similar sintonía, en la jurisprudencia colombiana se observan decisiones en las que se considera a los animales sujetos de derecho, entre ellas la sentencia 1999-□09090 de mayo 23 de 2012 del Concejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera y la sentencia AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En esta última, por primera vez en la historia judicial colombiana, un animal ganó un habeas corpus para salir de un zoológico y ser trasladado a una reserva natural. La decisión reconoce que estos seres tienen derechos, igual que los humanos, y asegura que son seres sintientes, “legitimados para exigir, por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat”. Sin embargo, pocos días después de dicho fallo, la Sala de Casación de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió declarar la improcedencia de la acción de habeas corpus al oso Chucho bajo la fundamentación que dicha acción “tiende a la protección del derecho a la libertad de la persona, fundamento y base de la sociedad; luego ello solo puede ser atribuible a un ser humano perfectamente individualizable, lo que indudablemente descarta la procedibilidad de tal mecanismo a favor de otro tipo de seres vivientes, pues ello erosiona la real esencia de ese tipo de acciones legales”.<sup>77</sup>

75 Corte Superior de Uttarakhand, sentencia del 20 de marzo de 2017.

76 Te Urewera Act 2014

77 STL12651-2017, Radicación Número: 47924, acta 29, 16 de agosto de 2017.

Como bien señala Cabrera Medaglia,<sup>78</sup> no ha faltado quienes han criticado estos desarrollos legales y jurisprudenciales por considerarlos innecesarios o improcedentes, pero no cabe duda de que implican una evolución en el pensamiento jurídico derivada de la emergencia de otras visiones sobre la naturaleza y nuestra relación con ella.

El derecho humano al ambiente complementa útilmente los derechos de la naturaleza, ya que naturaleza y ambiente son indisociables, tal y como lo sugieren la Declaración de Río en su Principio 1: los seres humanos «tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza»<sup>79</sup> y la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, en su Principio 2. «La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar».<sup>80</sup>

De todo lo anteriormente expuesto es posible concluir que los derechos humanos hoy se encuentran ya ligados a los derechos de la naturaleza

## Consideraciones finales

---

El desarrollo evolutivo de los derechos ambientales dentro del derecho internacional de los derechos humanos ha sido vertiginoso, tanto a nivel de instrumentos como de mecanismos internacionales, regionales y locales de derechos humanos. Muestra de ello es la actual tenden-

78 Cabrera Medaglia, J. Los derechos de la naturaleza, artículo de opinión publicado en el periódico La Nación del 06 de setiembre de 2017, disponible a través del siguiente enlace: [http://www.nacion.com/opinion/foros/derechos-naturaleza\\_0\\_1656834307.html?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Social&utm\\_term=Autofeed&utm\\_campaign=Echobox#link\\_time=1504759575](http://www.nacion.com/opinion/foros/derechos-naturaleza_0_1656834307.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_term=Autofeed&utm_campaign=Echobox#link_time=1504759575)

79 Proyecto de Pacto Internacional del CIDCE, op.cit.

80 Declaración Mundial de la UICN, op.cit

cia mundial hacia su consolidación a través de una tercer Pacto Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas, impulsado por el Consejo Constitucional de Francia, el Club de Juristas de Francia y el Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), instrumento que vendría a complementar los dos primeros sobre derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, firmados ambos en 1966.

## Bibliografía

---

- Bedón Garzón, R. “Contenido y Aplicación de los derechos de la naturaleza”, *Ius Humani, Revista de Derecho*, Volumen 5, 2016.
- Cabrera Medaglia, J. “Los derechos de la naturaleza”, artículo de opinión publicado en el periódico *La Nación* del 06 de setiembre de 2017.
- Castillo Cubillo, C. “El derecho a un ambiente sano en el sistema internacional de derechos humanos y su relación con el cambio climático”, en Peña Chacón, Mario (editor) *El Derecho al Ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites*, Isolma, San José, 2016.
- Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE), *Proyecto de Pacto Internacional de relativo al derecho de los seres humanos al ambiente*, 2017.
- Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente (CIDCE), *Opinión sobre la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017.
- Consejo Constitucional de Francia, y del Club de Juristas de Francia, *Proyecto de Pacto Global por el Medio Ambiente*, 2017.
- Peña Chacón, M. “El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental”, en *Lex Difusión y Análisis*, Cuarta Época, año XXXI, agosto 2017, México.
- Peña Chacón, M. *Tesis de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008,

Prieur, M., Bétaille, J., Delzangles, H., Makowiak, P., Steichen, P., Droit de l'environment, Dalloz, 7 ed., París, 2016.

Prieur, M. Droit de l'environment, droit durable, Bruylant, Paris, 2014.

UICN, Declaración Mundial de UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, 2017.

Zaffaroni, E.R., La Pachamama y el humano, Ediciones Colihue. Buenos Aires. 2012.



# Hacia una visión contrahegemónica de los derechos humanos: la conciliación penal

---

*Jeffry José Mora Sánchez*<sup>1</sup>

*Sumario. Introducción. I. Conciliación y neopunitivismo. II. Marco jurídico de la conciliación en Costa Rica. III. Delitos susceptibles de conciliación. IV. La*

- 1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; Postgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina; Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa, Italia; Especialista en Crímenes Transnacionales y Corrupción por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Latina de Costa Rica. Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Pensamiento Penal (Argentina). Además, ha sido miembro de la Comisión de Derecho Penal, la Comisión de Abogados Recién Incorporados y de la Comisión de Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Costa Rica. Profesor de los cursos de Derecho Penal Especial y Derecho Penal General en la Universidad Autónoma de Centro América y docente del Colegio de Abogados de Costa Rica. Entre sus publicaciones destacan: “El delito de legitimación de capitales” (2013), “Prisión preventiva y control de convencionalidad” (2015), “Mecanismos electrónicos de seguimiento. ¿Entre el panóptico y la prisión electrónica?” (2017), así como múltiples artículos en diarios y revistas nacionales y extranjeras. Actualmente ejerce como Juez Penal de la República de Costa Rica. Email: karman023@gmail.com

*conciliación en casos de minoría de edad del sujeto pasivo del delito. V. La condición de víctima en delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales.*

## Introducción

---

En momentos en donde se debate la conveniencia de rebajar la ya menguada esfera de libertades públicas y disminuir, sistemática y agresivamente, los derechos y garantías de las personas que, por una u otra razón, se han visto inmersas en procesos penales, considerándoseles como parias; en donde diversos actores sociales se embadurnan con teologías políticas deficientemente delineadas e izan la bandera de los derechos humanos para defender posturas de abierta intolerancia contra minorías (verbigracia, homosexuales, extranjeros, etc.), exaltando pretendidos fines morales o patrióticos; en donde la polarización, presente en el ideario social, entre “ciudadanos” y “enemigos” cada vez es más profunda, sin muestras de retroceso; conviene entonces reflexionar sobre la tensión que existe entre el mero discurso de los derechos humanos y el corpus iuris internacional que le da sustento, que se ha refinado de manera exponencial en las últimas décadas, y la creciente desigualdad social y menoscabo de los derechos y libertades propios de un estado democrático de derecho, que afronta nuestro país.

En otras palabras, se denota una palpable disonancia entre el discurso de los derechos humanos –lo que se dice– y lo que ocurre en la realidad nacional –lo que se hace–. Las monsergas neopunitivistas que abogan por la disminución de garantías de los imputados en un proceso penal y el recrudecimiento de las penas, así como el afán controlista de la vida privada por parte del Estado, en un país que se precia de ser baluarte de la defensa de los derechos humanos, con cuanta convención internacional existe incorporada a su ordenamiento jurídico, prueban lo anterior. Con ello, no solamente se genera una falsa representación sobre la aplicación de estándares de protección de

la dignidad humana, sino que se agravan y legitiman las transgresiones a los derechos humanos.

El concepto de violencia sacrificial –expuesto así por el profesor Boaventura de Sousa– implica la inmolación de lo que es más precioso so pretexto o con el propósito de salvarlo. Desde esta perspectiva, de forma aviesa se conceptúan los derechos humanos como instrumentos de poder que perpetúan lo que pretenden combatir, efigie de la desigualdad social en que se inmergen.

El mensaje se muestra claro: Se afecta gravemente la libertad para proteger la libertad, se violan los derechos humanos para defender los mismos. La propuesta puede resultar sensual y tentadora, al fin y al cabo las restricciones se dirigen contra “otros”, sea cual sea el componente seminal de esta providencial ajenidad: su religión, su origen étnico, su condición social, o cualquier etiqueta convencionalmente asignada. El problema, como lo afirmó Benjamín Franklin, suele ser que “quien pone la seguridad por encima de la libertad, se arriesga a perder ambas”, basta con estudiar cualquier estado totalitario del siglo pasado, americano o europeo, para dar cuenta de ello.

Cada vez con mayor frecuencia las posturas contra-mayoritarias condenan al más absoluto ostracismo a sus apóstoles. El mejor ejemplo de lo antedicho se da en materia de represión estatal, en donde cualquier actitud que pueda considerarse “garantista”, vocablo disminuido casi al orden de befa, genera escándalo y estupor en medios de comunicación y en la población en general. Dentro de este lúgubre escenario, la regulación de la conciliación en materia penal en Costa Rica ofrece un paradigmático ejemplo de lo antedicho y muestra como se impone la referida visión contrahegemónica planteada por el profesor Boaventura de Sousa. Sobre este tema versarán las siguientes líneas.

## I. Conciliación y neopunitivismo

---

Desde la vigencia de la Ley 7727 –Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social- el poder judicial ha venido incentivando la utilización de formas alternas al juicio para dirimir las controversias que se plantean ante los Tribunales de Justicia, lo que redundará positivamente en el congestionamiento de trabajo que aqueja a este Poder de la República desde hace décadas. Tal promoción se ha dado a través de la capacitación de funcionarios en técnicas de conciliación, la sensibilización ante el usuario y, recientemente, con la creación de Centros de Conciliación, con competencia para dirimir cualquier materia.

No obstante, paralelamente, en materia penal, se ha gestado sigilosa y gradualmente una corriente neopunitivista unidimensional que observa como única respuesta al fenómeno de la criminalidad la sanción penal, entre más rígida mejor. La acogida de esa ideología, eminentemente represiva, por parte del poder legislativo, ha provocado la modificación de la ley procesal penal relativa a las medidas alternas, limitando las posibilidades de su implementación, bajo una visión totalizante que dimensiona tales formas no ordinarias de conclusión del proceso como un “beneficio” del “delincuente” que puede fácilmente afincarse como una alcahuetería. Esta estulticia del poder político, que demuestra una incongruencia con las políticas de reposicionamiento de la víctima en el proceso penal, ha dado lugar, además, a variadas polémicas sobre el radio de acción de tales restricciones, a la luz de la normativa nacional e internacional que regula el acceso a los mecanismos de resolución alterna de conflicto (en adelante RAC).

En las líneas sucesivas se abordará el marco jurídico que regula específicamente la conciliación en el proceso penal costarricense, con particular referencia a cuatro aristas de importancia, que han suscitado posiciones encontradas en nuestros tribunales, a saber: 1. Los delitos sus-

ceptibles de ser conciliables; 2. La conciliación en casos de minoría de edad del sujeto pasivo del delito; 3. La condición de víctima en delitos que tutelan bienes jurídicos difusos; 4. La aplicación de las reglas del concurso real retrospectivo en la conciliación. Además, se analizará, como eje transversal en todos los acápitales del presente ensayo, los vaivenes, disonancias y confusiones que han plegado la legislación procesal penal en materia de conciliación y sus consecuencias en el quehacer diario de los Tribunales penales de nuestro país.

## II. Marco jurídico de la conciliación en Costa Rica

---

El instituto de la conciliación se encuentra regulado en el artículo 36 del Código Procesal Penal costarricense<sup>2</sup>.

- 2 ARTÍCULO 36.- Conciliación. En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta Ley. Es requisito para la aplicación de la conciliación, cuando se trate de un delito de acción pública y sea procedente su aplicación, que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptan conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen a un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Como parte de la visión expansiva de los mecanismos RAC, la normativa procesal penal prevé una posición activa del Tribunal en aras de potenciar la aplicación de la conciliación, pudiendo incluso auxiliarse por personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las

---

Cuando la conciliación se produzca, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito, podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliere, sin justa causa, las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará, como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o este se extinguiere sin que el imputado cumpla la obligación, aun por justa causa, el proceso continuará su marcha, sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

El tribunal no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervienen no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza; tampoco, en los delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad.

En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales.

El plazo de cinco años señalado en el primer párrafo del artículo 25, en los incisos j) y k) del artículo 30 y en este artículo, se computará a partir de la firmeza de la resolución que declare la extinción de la acción penal.

Los órganos jurisdiccionales que aprueben aplicar la suspensión del procedimiento a prueba, la reparación integral del daño o la conciliación, una vez firme la resolución, lo informarán al Registro Judicial, para su respectiva inscripción. El Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios con estas medidas.

partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen un amigable componedor.

Como condiciones de admisibilidad se establece la siguiente tipología de ilícitos penales: a) faltas o contravenciones;<sup>3</sup> b) delitos de acción privada;<sup>4</sup> c) delitos de acción pública a instancia privada;<sup>5</sup> d) delitos de acción pública que admitan la suspensión condicional de la pena;<sup>6</sup> e) delitos sancionados con penas no privativas de libertad.

Resulta cuestionable, en cuanto a la técnica legislativa utilizada, la referencia a los delitos que “admitan la suspensión condicional de la pena”, pues se utiliza una nomenclatura distinta a la que se emplea en el Código Penal, en donde se hace mención a la “Condena de ejecución condicional”, en la sección II del título IV de dicho cuerpo normativo, a partir del numeral 59. Se considera que hubiese aportado mayor claridad en la regulación del instituto de la conciliación si se hubiese destacado expresamente cuales son las características observadas como imprescindibles por el legislador para que procediese la

- 3 Las contravenciones se regulan en el Libro Tercero del Código Penal. El artículo 402 del Código Procesal Penal establece una audiencia de conciliación una vez recibida la denuncia o el informe policial y cuando sea posible por la existencia de personas ofendidas. Por su parte, el numeral 403 del mismo cuerpo legal, refiere que Cuando las partes se hayan puesto de acuerdo, firmarán un documento en que así conste, con los compromisos que hayan adquirido. El juzgador homologará los acuerdos. A los treinta días naturales contados a partir de la suscripción del acuerdo, se archivará la causa, con carácter de cosa juzgada, si ninguna parte ha presentado objeciones.
- 4 De acuerdo con el artículo 19 del Código Procesal Penal, son: Los delitos contra el honor, la propaganda desleal y cualquier otro delito que la ley califique como tal.
- 5 Artículos 17 y 18 del Código Procesal Penal.
- 6 Como se verá en el siguiente apartado, se ha discutido si la condición de admitir la suspensión condicional de la pena se refiere únicamente a los delitos de acción pública o también a los delitos de acción privada y de acción pública a instancia privada.

medida alterna en cuestión y no hacer remisión a otro co-dex. En todo caso, los requisitos esenciales para la procedencia de la condena de ejecución condicional, de acuerdo con los numerales 59 y 60 del Código Penal son que la pena no supere los tres años de prisión y que el sujeto presunto infractor sea un “delincuente primario”, es decir, que no tenga condenatorias anteriores a los hechos.

Sobre la condición del mínimo del quantum de la pena, que no puede superar los tres años, han surgido posiciones diversas en cuanto a su consideración a la hora de valorar la procedencia de una medida alterna, siendo que en estos casos solamente se cuenta con los rangos penológicos del delito que se atribuya al presunto infractor. La doctrina nacional ha distinguido dos posibilidades para la valoración de la posible concesión de la condena de ejecución condicional, sea en abstracto o en concreto, siendo que en el primer caso sería posible la conciliación siempre que la pena del delito en abstracto no fuera superior a tres años y se dieran las otras condiciones de la condena de ejecución condicional. En el segundo caso, la valoración en concreto por parte del juzgador implicaría un análisis ex ante sobre la posible pena a imponer, de forma que si estimara que la pena sería mayor de tres años se tendría que rechazar la conciliación (Llobet Rodríguez, 2012, p. 152).<sup>7</sup>

Como puede verse, la valoración ex ante de la pena a imponer tiene particular relevancia en los casos de tentativa y de complicidad, en donde el legislador ha previsto la posibilidad por parte del juez de disminuir la pena que corresponda al delito consumado, sin que se establezca un mínimo, de manera que, en abstracto, en todas estas situaciones podría imponerse una pena menor a los tres años de prisión. Esta valoración en concreto resulta muy cuestionable, máxime si se toma en consideración que para el momento en que se efectúa el análisis de proce-

7 Criterio sostenido por la Sala Constitucional, ver voto N° 430-2000.

dencia de la conciliación no se ha evacuado prueba y con lo único que cuenta el juez es con la acusación fiscal, de manera que su juicio sobre la “gravedad” del hecho y la posible pena a imponer se funda exclusivamente en la hipótesis erigida por el ente acusador.<sup>8</sup>

Como límite adicional se establece que durante los cinco años anteriores, computados a partir de la firmeza de la resolución que declare la extinción de la acción penal, el imputado no se haya beneficiado con la conciliación o con otra medida alterna de resolución del conflicto.<sup>9</sup> Esta última limitación contraría abiertamente los principios que informan los mecanismos RAC y que la propia normativa procesal penal reconoce en el artículo 7,<sup>10</sup> en torno a los derechos de la víctima y el restablecimiento de la paz social por vías menos agresivas que el proceso ordinario, con un corte represivo en donde prevalece la concepción de la conciliación como “beneficio” del imputado –ante lo cuál esa “concesión” debe “moderarse”, en aras de no alcahuetear a los “delincuentes”- y no como un beneficio de las partes. Asimismo, dicha limitación desconoce cualquier diferencia entre los tipos delictivos en que un

- 8 También resulta cuestionable la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los hechos por parte del juez de la etapa intermedia, siendo que esa posibilidad no está expresamente regulada en el Código Procesal Penal pero podría ser determinante para la admisibilidad o no de una medida alterna.
- 9 Además de la conciliación, se encuentran reguladas la suspensión del procedimiento a prueba (artículo 25 del CPP) y la reparación integral del daño, ésta última como una forma de extinción de la acción penal (artículo 30 inciso j).
- 10 “Solución del conflicto y restablecimiento de los derechos de la víctima. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para Tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y condiciones que regula este Código.”

sujeto pudiese verse inmerso, de manera que “totaliza” sus efectos, en el tanto una persona que ha conciliado en un delito culposo –por ejemplo, unas lesiones culposas en tránsito– puede verse imposibilitada para conciliar en una cuestión absolutamente disímil, como una retención indebida, con desmedro tanto para el imputado, como para la víctima, que deberá someterse al tortuoso proceso penal, por razones ajenas al asunto en sí. Aunque la ratio legislatoris posiblemente se ha visto influenciada por la percepción de los “delincuentes” frecuentes, el perjuicio en el acceso a la justicia por esta vía se dispersa a todos los usuarios.

En cuanto a los sujetos, la conciliación se efectúa entre la víctima<sup>11</sup> y el imputado, lo que implica que la misma se puede dar aún con la negativa del Ministerio Público u otras partes procesales, aunque deberá dársele audiencia al ente acusador, salvo en los delitos de acción privada y en las contravenciones (Llobet Rodríguez, 2012, p. 152).<sup>12</sup>

Se establece como límite temporal para la conciliación antes de acordarse la apertura a juicio, empero, esa regla se ha flexibilizado en la práctica de los Tribunales, por lo que no es infrecuente que se realicen conciliaciones después de realizada la audiencia preliminar y antes de abrir el debate, ante el Tribunal de Juicio, lo que no deja de ser

- 11 El artículo 70 del Código Procesal Penal señala que son víctimas “(...) a) La persona directamente ofendida por el delito. b) El cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. c) Las personas socias, asociadas o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan. d) Las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.”

- 12 Sobre este tema se ahondará en el acápite V.

cuestionable, pues la norma es clara en cuanto a este aspecto. No obstante, incluso la Sala Constitucional, aunque de manera indirecta y confusa, rectifica la posición que había mantenido en su momento y rechaza la inobservancia del término indicado.<sup>13</sup> Asimismo, el plazo máximo que puede fijarse para el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios a los que arriben las partes es de un año, prorrogable por un máximo de seis meses. Durante este plazo se suspende la prescripción de la acción penal.

El Código Procesal Penal establece además que no será viable aprobar la conciliación en los casos que el juzgador tenga “fundados motivos” para estimar que alguna de las partes se encuentra en una condición asimétrica que le impida negociar en condiciones de igualdad, o que actúa bajo coacción o amenaza. Se consagra una prohibición absoluta para conciliar en los casos en que la víctima sea menor de edad<sup>14</sup> y una prohibición relativa entratándose de delitos de carácter sexual, agresiones domésticas y delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, en los cuales el tribunal no debe procurar la conciliación ni convocar a una audiencia con tal fin, a no ser que expresamente lo soliciten la víctima o sus representantes legales.

Otro de los problemas que se han presentado a la hora de conciliar se da por parte de Instituciones del Estado que establecen políticas generalizadas de no conciliación en casos particulares, lo que puede resultar claramente negativo, dado que no se valoran los casos concretos.<sup>15</sup>

13 Voto N° 4983-2000, integrada por Solano, Mora, Calzada, Arguedas, Armijo, Molina y Castro, con la redacción de Mora Mora. En el mismo sentido: Voto N° 2004-0922, del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, integrado por Chacón, Zúñiga y Sanabria.

14 Este particular será valorado infra.

15 Por ejemplo la CCSS. En ese sentido puede consultarse el acuerdo de la Junta Directiva de esa institución, Artículo 3°, 7348, del 8 de julio de 1999.

Este tipo de disposiciones de carácter general imposibilita que en asuntos de escasa relevancia o ínfima afectación al bien jurídico se pueda concluir el proceso por vías alternas, lo que no solamente tiene un impacto negativo con respecto a los intervinientes, que deberán transitar el derrotero del proceso penal, sino que implica un enorme gasto para el Estado. Al lado de estas prácticas, se instituyen en ciertos casos, por parte de los entes estatales, condiciones imposibles de cumplir, desconociendo la realidad socioeconómica de los infractores, lo que en la práctica se equipara a una negativa a la conciliación.<sup>16</sup>

Por último, la extinción de la acción penal como consecuencia de la conciliación<sup>17</sup> se produce una vez que se homologa el acuerdo en sede jurisdiccional, no obstante, los efectos de la extinción se generan a partir del cumplimiento de las obligaciones que se han imbuido dentro del acuerdo y transcurrido el plazo establecido, de forma que si el encartado ha cumplido a cabalidad con todo lo pactado procederá el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo en su favor. En caso contrario, si existe una causa justificada para el incumplimiento, será posible ordenar la prórroga del plazo con en límite temporal ya indicado *ut supra* de seis meses, o bien, si el incumplimiento se da sin justa causa, la víctima no aceptase la prórroga del plazo o dicho plazo se extinguiere sin que se honrara lo pactado, el procedimiento continuará como si no se hubiese conciliado y no podrá aplicarse de nuevo la conciliación. Esta última limitación es cuestionable, siendo que se prevé incluso en los casos en que exista una justa causa para el incumplimiento pero el plazo haya expirado. Adicionalmente, aunque el Código no lo indica expresamente, si se da el incumplimiento de lo pactado sin que expire el plazo acordado, deberá el juez emitir un

16 Por ejemplo, en delitos ambientales, en donde se establece como condición de la conciliación el pago de sumas de dinero que los imputados no pueden sufragar.

17 Artículo 30 inciso k) del Código Procesal Penal.

auto en el que se ordene la reanudación de los procedimientos, dado que la homologación del acuerdo implica la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal.

### III. Delitos susceptibles de conciliación

---

El artículo 36 del Código Procesal Penal establece aquellos delitos en los que es posible aplicar el mecanismo de la conciliación, postulándose su viabilidad en (...) las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena (...), por lo que se ha discutido si la necesidad de que se trate de ilícitos que admitan la suspensión condicional de la pena se refiere solamente a los delitos de acción pública o a todos los delitos. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto 796-98, señaló que aún los delitos de acción pública a instancia privada precisan el requisito de ser susceptibles de aplicación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena, criterio que parece incorrecto, en el tanto se fundamenta en razones de tipo pragmático y no legal, dejando entrever una clara tendencia represiva y considerando marginalmente que en este tipo de delitos inclusive es posible la revocatoria de la instancia, siendo absurdo que a la víctima se le permita revocar la instancia pero no conciliar.<sup>18</sup> Por las razones indicadas, contrario a lo establecido por la Sala Tercera, consideramos que la condición de que se trate de delitos que admitan la ejecución condicional de la pena se refiere únicamente a los delitos de acción pública.

18 En el mismo sentido: Llobet Rodríguez, 2012, p. 155.

#### IV. La conciliación en casos de minoría de edad del sujeto pasivo del delito

---

Pese a que existe una prohibición legal para conciliar en asuntos en donde la víctima sea menor de edad,<sup>19</sup> en la práctica judicial, algunos despachos han admitido la conciliación en casos en donde la víctima sea menor de edad, a partir de lo dispuesto en el numeral 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>20</sup> estimándose que la limitación absoluta establecida en la legislación nacional –en lo artículos 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el numeral 36 del Código Procesal Penal- contraviene la citada disposición convencional, en el tanto imposibilita que el criterio del menor –en cuanto a su deseo de conciliar- sea tomado en cuenta, por supuesto en consideración de su edad y madurez– lo que acarreará su necesaria vinculación al proceso, con los efectos negativos que tiene el mismo sobre la víctima. Se destaca además el contrasentido que representa que sea posible juzgar a alguien por un delito pese a su minoría de edad pero se vea la posibilidad de atender el criterio del menor para efectos de posibilitar la conciliación.

A la luz de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al control difuso de

19 Artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Ver voto N° 2004-0922, el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.

20 “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (...) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

convencionalidad,<sup>21</sup> se considera plausible tal interpretación, en el tanto se trata de una norma de derecho internacional que tutela de manera más amplia los derechos fundamentales del menor de edad.

## **V. La condición de víctima en delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales**

---

La discusión sobre quien ostenta la condición de víctima a efectos de disponer del bien jurídico se da principalmente en delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales, por ejemplo, la administración o la autoridad pública, en donde exista también un individuo que se vio directamente afectado con la acción delictiva. En estos casos, no es inusual que el Ministerio Público, en atención a diferentes políticas de persecución, se oponga a conciliar, a pesar de que la persona física, víctima directa, si tiene la disposición de aplicar un mecanismo alternativo de resolución del conflicto. Esto tiene relevancia en el tanto, como lo apunta Zaffaroni, la característica diferencial del poder punitivo es la confiscación del conflicto, o dicho de otro modo, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del poder público, degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización (2012, p. 30).

En este rubro, se considera que, de acuerdo con la teoría personal del bien jurídico, la constitucionalidad del un tipo penal que tutele preponderantemente un bien jurídico supraindividual está supeditada a la afectación correlativa de un bien jurídico personal, de manera que, de identificarse una persona directamente ofendida por la acción delictiva, será este el criterio que deberá primar a

21 Sobre este particular puede verse: Mora Sánchez, 2014.

la hora de admitir una conciliación (sobre este particular puede verse: Arce Acuña, 2014, p. 163).<sup>22</sup>

## **VI. La aplicación de las reglas del concurso real retrospectivo en la conciliación**

---

El concurso real retrospectivo se presenta cuando, habiendo sido juzgados varios delitos distintos atribuidos a un mismo agente en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena establecida en el artículo 76 del Código Penal, es decir, cuando los delitos en concurso no son juzgados simultáneamente, en un solo proceso, porque algunos de estos se desconocen o por otras razones, de manera que al percatarse de la existencia de otros delitos, con posterioridad a la primera sentencia, en el nuevo juzgamiento se aplicarán las reglas del concurso material (Chinchilla Rojas, 2012, pp. 218-222). Dicho de otra manera, el concurso real retrospectivo implica la vigencia de las reglas relativas al límite de la penalidad del concurso material<sup>23</sup> en delitos juzgados en diferentes momentos, por diversos motivos, pero que pudieron haber sido resueltos en una misma ocasión.

Desde esa perspectiva, haciendo uso de una interpretación extensiva, admisible en el tanto la conciliación es una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento, de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal

22 Con un criterio similar puede verse: Tribunal de Apelación de sentencia de Goicoechea, Voto N° 2013-0187, integrado por Chinchilla, Salinas y García.

23 Artículo 76 del Código Penal: “Para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo.”

Penal (Llobet Rodríguez, 2012, p. 30), será posible aplicar el instituto de la conciliación u otro mecanismo RAC en aquellos casos en que el encartado se haya beneficiado con una medida alterna, aunque no hayan transcurrido los cinco años determinados en el artículo 36 del Código de rito, siempre que los hechos que propiciaran tal mecanismo, se hubieran dado con posterioridad a los que se conocen en el proceso que se trate y en donde se requiere aplicar la conciliación. Dicho de otro modo, se parte de que para el momento de ocurrencia de los hechos el imputado no se había beneficiado con ninguna medida alterna, por lo que es el paso del tiempo, circunstancia no atribuible al endilgado, lo que ha determinado el conocimiento y resolución más célere de hechos ocurridos con posterioridad, y que, en todo caso, pudieron analizarse de manera conjunta. Nótese que se trata de un razonamiento muy similar al del concurso real retrospectivo, relativo a las reglas de penalidad

Quienes avalan esta interpretación se nutren además de las ya mencionadas resoluciones de la Sala Tercera, cuestionadas en sede constitucional, en donde se reconoce la posibilidad de inobservar un parámetro reconocido expresamente en la ley, siempre que tienda a limitar la voluntad conciliadora de las partes. Quienes critican esta tendencia, manifiestan que la limitación es expresa, de manera que no encaja ningún tipo de interpretación analógica o extensiva, pues prima la interpretación literal, misma que no da lugar a dudas.

Consideramos correcta la interpretación que aplica las reglas del concurso real retrospectivo a la conciliación, no solamente porque potencia la aplicación de mecanismos RAC en beneficio de los intervinientes en el proceso penal, sino porque se funda en una interpretación extensiva, validada en la normativa procesal penal, en el tanto se trata de una facultad de las partes.

## Conclusiones

---

Como ha podido observarse a lo largo de este breve ensayo, la regulación de la conciliación en el proceso penal ha sufrido variaciones y ha sido objeto de disímiles interpretaciones por parte de los operadores jurídicos. Es nuestro criterio que la conciliación y, en general, los mecanismos RAC deben de ser potenciados por parte del órgano jurisdiccional, con las limitaciones que la ley establece. No obstante, allí donde la norma no es clara, la interpretación que se realice deberá ser extensiva, en atención al numeral 2 del Código Procesal Penal, siendo los mecanismos RAC facultades otorgadas a las partes. Deberán los juzgadores, además de sensibilizarse en cuanto al abordaje del conflicto desde una perspectiva distinta, propia de la lógica de los mecanismos RAC, ser concededores del marco normativo internacional y ejercer de manera activa el control difuso de convencionalidad que ha sido delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que permitirá, de alguna manera, limar los yerros del legislador visibles en la normativa procesal.

Sin lugar a dudas, una visión contra-hegemónica de los derechos humanos, que signifique la efectiva implementación de estos, su consagración como “derecho vivo” y no simples coletillas de los demagogos de la política y el derecho, implica el riesgo de ser reclamante de la marca de Caín, sin embargo, parafraseando a Harold Laski, cumplimos con nuestro deber siendo críticos, no sumisos, celosos por la verdad y no cegados por la uniformidad. De lo anterior dependerá el futuro de la conciliación en el proceso penal.

## Bibliografía

---

Acuerdo de Junta Directiva de la CCSS, Artículo 3º, N° 7348, del 8 de julio de 1999.

Arce Acuña, A. A. (2014). El bien jurídico. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

- Chinchilla Rojas, L. (2012). Concurso de delitos. San José, Costa Rica: Juritexto.
- Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Código Procesal Penal de Costa Rica.
- Convención sobre los derechos del niño.
- De Sousa Santos, Boaventura (2014). Si Dios fuese un activista de los Derechos Humanos. Editorial Trotta. 128 p.
- Haba Müller, E. P. (1994). Metodologías, Métodos, Metodologismo. Prolegómenos a una crítica de la autocomprensión “misionera” en los científicos sociales. Revista de Ciencias Sociales, 64 (109-119).
- Laski, Harold (2011). Los peligros de la obediencia. Editorial Sequitur. 94 p.
- Ley 7727 “Ley RAC”.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado) (5ª edición ed.). Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Mora Sánchez, J. J. (2014). Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad. Acta Académica , 187-220.
- Ortega y Gasset, J. (1989). La Rebelión de las Masas. Santiago, Chile: Editorial Andrés Bello.
- Sala Constitucional, Voto N° 430-2000.
- Sala Constitucional, Voto N° 4983-2000.
- Sala Tercera, Voto N° 796-98.
- Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea, Voto N° 2013-0187.
- Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, Voto N° 2004-0922.
- Zaffaroni, E. R. (2012). El enemigo en el Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ediar.



# Violencia de género y constitución: una mirada desde la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

Víctor Orozco S.<sup>1</sup>

*Sumario. Introducción. I. Aproximación a la noción de la violencia de género. II. La Sala Constitucional de Costa Rica y sus criterios sobre la violencia contra la mujer: algunos casos emblemáticos. III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus decisiones sobre violencia de género. Conclusiones. Bibliografía.*

## Introducción

---

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar los criterios jurisprudenciales que ha esbozado, por un lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y, por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la protección

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

de las mujeres y la erradicación de diversas situaciones de violencia. Lo anterior nos lleva a desarrollar, en primer lugar, y desde un punto de vista doctrinal, qué se tiene por violencia contra la mujer y cuáles son los mecanismos de protección en el ámbito del derecho comparado y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Al respecto, es preciso mencionar que en el sistema de justicia constitucional costarricense los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, a través de una línea jurisprudencial progresiva de la Sala Constitucional, que inició tras sus primeros años de funcionamiento, se ha llegado a sostener su carácter supra-constitucional, de tal modo priman incluso por sobre la Constitución Política, si establecen mayores garantías de protección de los derechos que la propia Norma Fundamental. En este orden se ha esbozado, inclusive, el carácter vinculante del corpus iuris interamericano, así como de los criterios que ha desarrollado sobre el Pacto de San José la Corte IDH, máximo intérprete de la Convención, si en razón del principio pro homine, el estándar convencional de protección es superior al interno.

## **I. Aproximación a la noción de la violencia de género**

---

Sobre el particular, la noción o el llamado de atención sobre la violencia de género consiste en el dictado de medidas legislativas o el desarrollo criterios jurisprudenciales que buscan eliminar la lacra social que afecta, en su mayoría, a las mujeres víctimas de malos tratos.<sup>2</sup> De este modo, esta producción normativa tiene por fin garantizar

2 Véase al respecto RUBIDO DE LA TORRE, José Luis, Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer. Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, No. 2049, 2007.

el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en las relaciones de pareja, favoreciéndose que la mujer salga de esa esfera relacional cuando se produzca un desequilibrio que atente contra sus intereses.<sup>3</sup> De este modo, se puede comentar que el problema de la violencia de género aparece condicionado por una serie de factores culturales, educacionales, e incluso jurídicos que conllevan a una inferior posición de la mujer en relación con el hombre en el seno de nuestra sociedad. Así, de acuerdo con Luaces Gutiérrez, de los distintos ámbitos en que se deja sentir la violencia de género como consecuencia de la posición discriminada que aparece la mujer es sin duda, en el ámbito doméstico o familiar donde ésta se manifiesta con mayor intensidad.<sup>4</sup>

Por otro lado, Colas Turegano sostiene que el empleo de la violencia como instrumento de sumisión, y para hacer valer, por la fuerza, la superioridad masculina, ha marcado la vida del género femenino desde la antigüedad<sup>5</sup>. No obstante, en la actualidad se asiste a un proceso de visibilidad de esta violencia, que genera el impuso de medidas legislativas y de criterios jurisprudenciales de organismos regionales, universales e internos de protección de los derechos humanos, tendentes a impedir que con-

3 Ver LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel., “La constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, especial referencia a la STC de 14 de mayo de 2008”; en *Constitución y Democracia: ayer y hoy*, libro homenaje a Antonio Torres del Moral, pág. 2341.

4 Véase LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel., “La constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral y...”, ob. cit., pág. 2342.

5 Véase COLÁS TUREGANO, Asunción, “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 59/2008 de 14 de mayo”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Cuerda Arnau, Coordinadora*, pág. 371.

tinúe dicha práctica e impulsar verdaderas medidas de acción afirmativas para las mujeres. En este orden, en el ámbito del Sistema interamericano, sin duda es emblemática la promulgación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, la cual define como violencia contra la mujer, en su artículo 1º, “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”; de esta manera, se entiende que la violencia contra la mujer incluye la física, sexual y psicológica, en las siguientes hipótesis:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Así, en el artículo 3º, se consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por su parte, en la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, la cual entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En esta Convención se describe con la expresión: “discriminación contra la mujer” toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o, por 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. Además, este instrumento internacional consagra los siguientes deberes y obligaciones para los Estados partes:

- “a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

## **II. La sala constitucional de Costa Rica y sus criterios sobre la violencia contra la mujer: algunos casos emblemáticos**

---

Tras casi 27 años de funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se han dictado múltiples fallos en materia de protección de los derechos de las mujeres y de erradicación de la violencia. Particularmente relevante fue la discusión relativa a la conformidad con el Derecho de la Constitución del proyecto de ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, expediente legislativo No. 13.874, cuyo contenido fue declarado inconstitucional en algunas ocasiones por vulnerar los principios de tipicidad y otros en materia penal (véase, en este orden, el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 2004-3441, de 31 de marzo, en el cual, mediante una votación dividida, efectivamente se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del proyecto, por lesionar los principios supra aludidos). Otra decisión relevante la encontramos en la sentencia No. 2008-15447, de 15 de octubre, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 22, 25 y 27 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley No. 8589 de 30 de mayo de 2007, en el cual, por medio de una votación dividida, se determina que los artículos 25 y 27 de la Ley supra aludida son inconstitucionales por vulnerar los principios de tipicidad y legalidad criminal. En este estudio, sin embargo, nos limitaremos a explicar los fallos emblemáticos de la Sala Constitucional durante los últimos siete años, es decir, desde el año 2010 en adelante, de la siguiente manera:

3.1. LA SENTENCIA NO. 2011-6401, DE 18 DE MAYO, SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN TEMPORAL PARA QUE EL PADRE PUEDA REMBOLSAR A LA MADRE LOS GASTOS EN QUE INCURRIÓ CON OCASIÓN DEL PROCESO DE EMBARAZO Y MATERNIDAD.

En esta sentencia, la Sala Constitucional resolvió la consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado de Familia de Heredia, mediante resolución de las 14:30 horas de 6 de noviembre de 2009, dictada dentro del proceso de investigación de paternidad y reembolso de gastos de embarazo y maternidad de K.V.V.Z. contra A.B.S.C., sobre la conformidad con el Derecho de la Constitución del artículo 96, párrafo 1°, del Código de Familia. Según el Juez consultante, reducir los gastos reembolsables por maternidad a aquellos en que se haya incurrido en los doce meses posteriores al nacimiento del hijo o la hija, es una disposición legislativa contraria a los principios de igualdad y razonabilidad y al contenido de los artículos 1°, 5° y 16, inciso d), de la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer. Lo anterior, por cuanto, las obligaciones para con los hijos o hijas son compartidas por sendos cónyuges, sin que pueda existir límite temporal alguno. Dicha consulta judicial fue evacuada por la Sala Constitucional en el sentido que la limitación temporal supra aludida vulnera el Derecho de la Constitución, así como diversos Instrumentos Internacionales que ha aprobado el Estado costarricense en materia de protección de los derechos de las mujeres, con arreglo en la siguiente argumentación:

“Partiendo de los alegatos expuestos, considera este Tribunal Constitucional que lleva razón el Juez Consultante. La Ley de Paternidad Responsable introdujo un nuevo modelo procesal denominado proceso especial de filiación –en sede jurisdiccional–, el cual, como se dijo, se encuentra nutrido de los principios de oralidad, celeridad, concentración e intermediación. Como tal, es un proceso que

procura imprimir prontitud y celeridad a las pretensiones que se ventilan en éste. Así, por sus características, ese cauce procesal es congruente con el derecho a una justicia pronta y cumplida, reconocido en el artículo 41 de la Constitución Política. Empero, al limitarse, a la madre, la posibilidad de reclamar la acción de recuperación de los gastos de maternidad de los hijos en que haya incurrido, únicamente, a aquellos producidos durante los doce meses posteriores al nacimiento, además de resultar discriminatorio e indigno para la madre (artículo 33 de la Constitución Política y preceptos citados de los instrumentos del Derecho internacional público de los derechos humanos), vulnera, con meridiana claridad, sus derechos fundamentales de acudir a la jurisdicción para obtener tutela judicial efectiva con el fin de lograr un resarcimiento cuando media una lesión antijurídica (artículo 41 constitucional) y a la intangibilidad relativa de su patrimonio (artículo 45 constitucional), por cuanto, bien pueden existir gastos de maternidad ulteriores a los doce meses posteriores al nacimiento de los hijos que no le son reembolsados, suponiendo un empobrecimiento ilícito para la madre y un enriquecimiento sin causa para el padre que tiene la obligación principal de sufragarlos. Adicionalmente, en el estado de cosas legislativo actual, la madre es compelida a acudir, para pretender el reembolso de los gastos de maternidad que excedan de los doce meses posteriores al nacimiento, a un proceso de cognición plena (ordinario), con lo que se ralentiza el goce y ejercicio de sus derechos. De este modo, se pierden todas las ventajas inherentes al proceso especial de filiación al compeler a la madre a acudir a un proceso or-

dinario con el inconveniente temporal y hacerla incurrir en nuevos gastos como, por ejemplo, el pago de los honorarios de un abogado, todo en contra de la celeridad procesal y la justicia pronta. De ahí, que, la norma propicia una clara asimetría, obligando a la mujer a acudir a un proceso jurisdiccional lento y complejo, para el cual se requiere de patrocinio legal lo que, eventualmente, puede constituirse en un factor disuasivo para accionar y reclamar esos gastos. Así la norma, contraviene lo dispuesto en los artículos 2°, incisos c) y f) y 3° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por nuestro país, en el tanto está obligado a adoptar en todas las esferas y, en particular, en el ámbito político, social, económico y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce efectivos de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. Asimismo, la disposición consultada contraviene lo dispuesto en el artículo 7°, incisos e) y f), respectivamente, de la Convención Belem Do Pará, en la medida que Costa Rica está obligada a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; así como establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Para esta Sala, si la fi-

nalidad de la norma es que el padre asuma la responsabilidad económica derivada del embarazo y de los gastos de maternidad, lo cierto es que resulta irrazonable que se restrinja a doce meses posteriores al nacimiento de los hijos los gastos de maternidad, cuando existan otros ulteriores, debidamente acreditados. Estos gastos posteriores a los doce meses quedarían sin cubrir, por lo que, según se expuso, se obligaría a la madre a acudir a un proceso ordinario para reclamarlos, lo que resulta irrazonable. Aceptar esto contraviene la función social de la maternidad y la paternidad que parte de la idea que ambos progenitores comparten una serie de obligaciones solidarias respecto de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, obligación que, valga enfatizar, se encuentra recogida en los artículos 53 y 54 de la Constitución Política y 7°, primera parte, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que Costa Rica es parte. Adicionalmente, como se apuntó, la restricción para demandar la recuperación de los gastos de maternidad, únicamente, a aquellos en los que haya incurrido la madre en los doce meses posteriores al nacimiento de los hijos, infringe, los numerales 33, 41 y 45 de la Constitución Política”.

Con lo cual, en el caso presente la Sala Constitucional ha potenciado los alcances de los Instrumentos Internacionales mencionados para evitar que se propicie una suerte de discriminación infundada contra los derechos de la madre a obtener una indemnización por los gastos en que incurrió por el embarazo y la maternidad.

3.2. LA SENTENCIA NO. 2011-17681, DE 21 DE OCTUBRE, SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LEY NO. 8589 DE 25 DE ABRIL DE 2007.

En esta sentencia la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 27 de la Ley No. 8589 de 25 de abril de 2007. Según el actor, los términos con que la norma tipifica la conducta son escuetos, abstractos y generales, de manera que dan tan amplio margen de discreción, que permiten la creatividad, el capricho y la arbitrariedad del intérprete. Por esa razón, el texto lesiona los principios de legalidad y tipicidad penal.<sup>6</sup> En esta decisión, con una votación dividida y tras analizar los alcances del principio de tipicidad en materia penal, finalmente se consideró que tanto la redacción como el uso de conceptos jurídicos indeterminados, convierten la norma en un tipo penal con una gran capacidad de absorción de conductas que, en consecuencia, lesiona el principio de tipicidad penal. De este modo, en ese pronunciamiento se dejó claro que la Sala no objeta que se sancione de una manera más severa un delito cuando se comete contra sujetos que se encuentren en condiciones particulares de vulnerabilidad. Claramente, en la sentencia No. 2005-01800 de las 16:20 hrs de 23 de febrero de 2005, la Sala indicó lo siguiente:

“El hecho de que el proyecto, fije penas diversas a las señaladas en el Código para conductas similares, no es inconstitucional, pues

6 El artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 27.- Amenazas contra una mujer Quien amenace con lesionar un bien jurídico de una mujer o de su familia o una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años”.

casualmente eso es lo que se pretende con la normativa consultada...”

Lo que genera, entonces, la inconstitucionalidad de la normativa es el recurso legislativo a fórmulas confusas. La mala técnica legislativa empleada en la redacción del tipo penal y, en particular, la expresión indeterminada o abierta “lesionar un bien jurídico”, que infringe el principio de tipicidad y la prohibición de los tipos penales en blanco, puede ser salvada y superada si son suprimidas algunas frases o expresiones contenidas en ésta. De manera que permita darle otra lectura al precepto, del siguiente modo: “Quien amenace a una mujer, a su familia o a una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años”.

3.3. LA SENTENCIA NO. 2012-2498, DE 22 DE FEBRERO, SOBRE LA POSIBLE AGRESIÓN DE AUTORIDADES DE POLICÍA CONTRA LA AMPARADA, QUIEN ADEMÁS DE SU CONDICIÓN DE MUJER ES UNA PERSONA MIGRANTE NICARAGÜENSE.

En la sentencia de este recurso de amparo la Sala Constitucional consideró que esta vía procesal no es idónea para reclamar la existencia de posibles agresiones por parte de las autoridades de policía, por su carácter sumario, de tal modo que puede formular las denuncias administrativas y penales que estime necesarias para la tutela de sus intereses. Además, la Sala puso de manifiesto que el caso de la actora ya ha sido conocido en anteriores recursos de amparo planteados contra las autoridades del Ministerio Público de recibir las denuncias correspondientes.

3.4. LA SENTENCIA NO. 2016-12920, DE 9 DE SEPTIEMBRE, SOBRE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA QUE FUE OBJETO LA AMPARADA TRAS EL NACIMIENTO DE SU HIJO.

En este caso, se reclamó la violación de los derechos fundamentales de la tutelada, por la negativa de las autoridades del Hospital México, de respetar el derecho de acompañamiento en todas las etapas de atención médica, en particular, de las que se encuentran en estado de ingravidez. Se acusó, asimismo, que la amparada fue objeto de violencia obstétrica, tras la cesárea que se le practicó por el nacimiento de su hijo. En este pronunciamiento la Sala Constitucional puso de manifiesto que se reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, lo que modernamente se ha denominado el derecho contra la “violencia obstétrica” como una forma de violencia de género y, en general, de violación a los derechos humanos. Como se ha señalado, aunque el concepto de violencia obstétrica es muy reciente, este hace referencia a un conjunto de prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y, de manera mucho más intensa, en el período del embarazo, parto y postparto. Ha sido establecido por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) de Argentina, así como por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), que entre los derechos habitualmente violados en la atención obstétrica, está el derecho a la integridad personal, que como se indica en el Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el derecho que poseen todas las personas a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada. El respeto a este derecho se refiere a que nadie debe ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional; igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la dignidad; por su parte, el artículo 12, de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida priva-

da, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación...”, lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo (Belli) (ver sentencia N°15-003354 de las doce horas del seis de marzo del dos mil quince).

Así, en el caso concreto, el recurrente acusó que posteriormente a la cirugía de cesárea a la que se sometió a su esposa, funcionarias de enfermería la revisaron en un pasillo, para lo cual le retiraron la sábana que la cubría, y allí mismo quedó su cuerpo desnudo al descubierto, sin saber lo que ocurría. Dado que el informe rendido por el Director General y la Jefa del Servicio de Obstetricia del Hospital recurrido, es omiso en cuanto a este aspecto, se tienen por ciertos los hechos denunciados por el promoviente, y por ende, se acredita la lesión a los derechos fundamentales de la amparada, en virtud de lo señalado en el artículo 12, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, –de previa cita- lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo, como sucedió en el presente asunto. En este contexto, tomando en cuenta que la Sala Constitucional ha otorgado una amplia tutela a los derechos fundamentales relacionados con la salud, no solamente en cuanto al acceso a la atención médica, sino también en cuanto al deber del Estado y sus instituciones de asegurar la plena efectividad de ese derecho, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos de calidad, lo cierto es que, en el presente caso existen elementos de juicio suficientes que permiten a este Tribunal dictar un sentencia estimatoria, pues sí resulta evidente que la recurrente fue víctima de violencia obstétrica durante su

estancia en el centro médico recurrido, lo cual justifica la intervención de este Tribunal conforme se ha señalado, a fin de que las autoridades médicas tomen y ajusten las medidas que correspondan con el firme propósito de eliminar los acusados vejámenes.

Por consiguiente, en esa ocasión se declaró con lugar el recurso de amparo, en los siguientes términos:

“Se declara parcialmente con lugar el recurso, por violación al artículo 27, Constitucional y por violencia obstétrica en perjuicio de la amparada. En consecuencia, se ordena a Douglas Montero Chacón, en su condición de Director General, y a Lucía Sandoval Chaves, en su condición de Jefa del Servicio de Obstetricia, o a quienes ocupen esos cargos, que procedan a girar las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias, para que se garantice la privacidad de las pacientes de ese Servicio Médico, a fin de no afectar su decoro y dignidad. Asimismo, se ordena a Douglas Montero Chacón, en su condición de Director General de ese centro médico, que en el plazo de diez días, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, brinde respuesta a la gestión presentada por el recurrente el 5 de agosto del 2016, y que ésta sea debidamente comunicada al recurrente.”

3.5. LA SENTENCIA NO. 2016-14893, DE 12 DE OCTUBRE, EN QUE SE EVACUA LA CONSULTA LEGISLATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE APROBACIÓN DE "REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 159 Y 161 DE LA LEY NO. 4573, CÓDIGO PENAL, REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 158 Y DEROGATORIA DE LOS ARTÍCULOS 21, 22, 36 Y 38 DE LA LEY NO. 5476, CÓDIGO DE FAMILIA, REFORMA AL ARTÍCULO 39 DE LA LEY NO. 63, CÓDIGO CIVIL, Y REFORMA AL ARTÍCULO 89 DE LA LEY NO. 3504, LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES Y DEL REGISTRO CIVIL, PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE NIÑAS Y ADOLESCENTES MUJERES, ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO ASOCIADAS A RELACIONES ABUSIVAS", QUE SE TRAMITA EN EL EXPEDIENTE LEGISLATIVO NO. 19.337.

En esta consulta legislativa, la Sala Constitucional determinó que la iniciativa consultada no es inconstitucional. En concreto, los legisladores plantearon los siguientes motivos de inconstitucionalidad a la Sala:

“a) Consideran que el artículo 1 del proyecto, mediante el cual se modifican los numerales 159 y 161 del Código Penal, violenta la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, los principios de interdicción de la arbitrariedad, el de razonabilidad, proporcionalidad, realidad, lesividad y el de igualdad; por los siguientes motivos: 1- Establece un rango de 7 años entre la víctima y la persona adulta, desprotegiendo el grupo etario que tutela dicha Convención y que va de los 15 a los 24 años. 2- Tampoco se fundamentó, en la exposición de motivos, el razonamiento de tal distinción basada en rangos de edad, que en algunos casos despenaliza la conducta tipificada merced a dichos márgenes de edad, lo que podría llevar a que en la práctica se juzguen arbitrariamente los casos. 3- Lo estiman irrazonable y desproporcionado, porque constituye un abuso del derecho penal limitar la autodeterminación para tener relaciones sexuales de ciertas poblaciones etarias, sin una justificación criminológica y jurídica.

- b) Cuestionan el ordinal 2 que reforma los incisos 4) y 7) del artículo 14, el inciso 3) del numeral 16 y los incisos a), c) y d) del ordinal 158 de la Ley No. 5476, Código de Familia, por estimar que lesionan los artículos 7 y 129 constitucionales, el 6 de la Ley General de la Administración Pública y la Convención de Viena “El Derecho de los Tratados”, al haber aumentado la edad mínima para contraer matrimonio y para adquirir la mayoría de edad al contraerlo, por el siguiente motivo: Señalan que de conformidad con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, las personas comprendidas entre los 15 y 24 años de edad son sujetos titulares de derechos, tal como para formar parte de una familia, según los numerales 19 y 20 de dicha Convención, por lo que el Estado no podría desconocerlos mediante una ley de menor rango.
- c) Consideran que el proyecto de ley en su totalidad violenta el principio de primacía de la realidad, así como los ordinales 4 y 6 del Convenio No. 169 de la OIT, por cuanto estos pueblos se caracterizan por tradición y costumbre de data ancestral, el que se den relaciones entre personas con diferencias importantes de edad; sin embargo, no les fue consultado el proyecto de ley”.

Se trata, entonces, de una decisión emblemática, en la cual tras desarrollar los alcances de diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, se sostiene que las normas impugnadas no son inconstitucionales.

### **III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus decisiones sobre violencia de género**

---

Ahora bien, en lo concierne a la Jurisdicción de la Corte IDH sin duda es emblemático el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desa-

parición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

Dentro de los derechos que se consideraron vulnerados en esa ocasión se encuentran, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1° (obligación de respetar los derechos), el artículo 11 (derecho a la honra y dignidad), el artículo 19 (derecho de niño), el artículo 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), el artículo 25 (protección judicial), el artículo 4° (derecho a la vida), el artículo 5° (derecho a la integridad personal), el artículo 8° (garantías judiciales), dentro del ámbito del Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") y, entre otros instrumentos, es posible mencionar, la Convención sobre los Derechos del Niño – Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Naciones Unidas, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas – Naciones Unidas, el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ("Protocolo de Estambul") – Naciones Unidas, el Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias ("Protocolo de Minnesota") – Naciones Unidas.

En esa ocasión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró la posible violación de las víctimas a causa de los siguientes hechos:

-“Los hechos del presente caso sucedieron en Ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan

diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer.

- Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette González, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre 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.

- El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette González, 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. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables”.

En esta decisión, de acuerdo con Eduardo FERRER MACGREGOR y Carlos María PELAYO MÖLLER, la Corte IDH “estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer. También establece que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos

de este tipo.”<sup>7</sup> Así, la Corte ha destacado la importancia

- 7 Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y PELAYO MÖLLER, Carlos María, Artículo I, en Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pág. 50. En concreto sostuvo la Corte IDH: 253. La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer (supra párr. 226) y en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. 254. Desde 1992 el CEDAW estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctima. En 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la opinio juris [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”. 255. En el caso *Maria Da Penha Vs. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. 256. De otra parte, la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcio-

de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención, y prácticas que permitan proceder, de modo eficaz, frente a las denuncias, con lo cual, la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y fortalecer las instituciones para que

---

nen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer. 257. Asimismo, según un Informe del Secretario General de la ONU: Es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro para las mujeres, y se han utilizado comunitarias auditorías de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad. La prevención de la violencia contra la mujer debe ser un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias. Forma parte de la labor de prevención el mejoramiento de la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres, por ejemplo hacia las escuelas e instituciones educacionales, los pozos, los campos y las fábricas. 258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.

puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos en que se considere que mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.<sup>8</sup>

Además, en otros casos, la Corte IDH ha sostenido que “ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”<sup>9</sup>. Además, siguiendo a IBÁÑEZ RIVAS, tratándose de supuestos de investigación criminal ante un caso de violación sexual es necesario que la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, que la declaración de la víctima se registre de tal manera que se evite o restrinja la necesidad de una repetición, que se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada, que se realice de manera inmediata un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado<sup>10</sup>, entre otros.

- 8 Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y PELAYO MÖLLER, Carlos María, Artículo I, en *Convención...*, ob.cit, págs. 50-51. Sobre el tema también se puede revisar FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *Los femicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Caso Campo Algodonero, México, Porrúa-UNAM, 2011
- 9 Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 140.
- 10 Véase IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, Artículo 25, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pág. 651.

## Conclusiones

---

En este ensayo se ha querido potenciar, de manera breve, los fallos emblemáticos de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de erradicación de la violencia de género. En el caso de la Sala Constitucional, se ha mencionado los fallos paradigmáticos en los últimos 7 años, es decir, desde el año 2010, mientras que en el caso de la Corte IDH sin duda es relevante el criterio sostenido en el fallo González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. De este modo, ambos tribunales, han dictado y desarrollado criterios jurisprudenciales muy importantes en materia de protección de los derechos de las mujeres. En este orden, en el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica destaca, sin duda, el fallo en donde se pone de manifiesto la existencia de la violencia obstétrica, y el sumo cuidado que deben tener las autoridades sanitarias y de salud con respecto a las personas embarazadas, durante y tras las labores del parto. Queda, sin embargo, mucho por hacer en esta materia. Se trata sin duda de una tarea inacabada y que supone un reto mayúsculo no solo para las autoridades estatales, regionales y universales de protección de los derechos humanos, sino también a las personas, erradicar este tipo de violencia y la “lacra social” que suponen los malos tratos contra las mujeres.

## Bibliografía

---

COLÁS TUREGANO, Asunción, “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 59/2008 de 14 de mayo”, en Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Cuerda Arnau, Coordinadora, pág. 371.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, Los femicidios de Ciudad Juárez ante la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Caso Campo  
Aguadonero, México, Porrúa-UNAM, 2011

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y PELAYO MÖLLER,  
Carlos María, Artículo I, en Convención Americana sobre  
Derechos Humanos, Comentario, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, 2015,  
pág. 50.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, Artículo 25, en Convención  
Americana sobre Derechos Humanos, Comentario,  
Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer  
Stiftung, 2015, pág. 651.

LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel., “La constitucionalidad  
de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la  
Violencia de Género, especial referencia a la STC de  
14 de mayo de 2008”; en Constitución y Democracia:  
ayer y hoy, libro homenaje a Antonio Torres del Mo-  
ral, pág. 2341.

RUBIDO DE LA TORRE, José Luis, Breves apuntes del  
ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Inte-  
gral 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia sobre la  
Mujer. Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, No.  
2049, 2007.

# Garantismo procesal, debido proceso y búsqueda de la verdad en el delito de lavado de activos: “El fin no justifica los medios”

---

*Erickson Aldo Costa Carhuavilca*<sup>1</sup>

*Sumario: Introducción. I. Antecedentes y Evolución del Derecho Procesal. II. Finalidad del Proceso. III. Debido Proceso Penal y Verdad Procesal. IV. El Delito de Lavado de Activos y el Rol del Ministerio Público. Conclusiones. Bibliografía.*

- 1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Cusco, Huánuco y Cañete. Conferencista Internacional en la Universidad de Buenos Aires (Argentina), Universidad de Tarapacá (Chile), Universidad de Antioquía (Colombia), Universidad de la República (Uruguay), Universidad de Guayaquil (Ecuador), Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay) y Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil). Expositor en los Diplomados de Derecho Procesal en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Colaborador de artículos jurídicos de la Editorial Gaceta Jurídica, de la Revista “EL JURISTA” del Fuero Militar Policial y de la Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. I. E-mail: unmsm\_erickson@hotmail.com.

## Introducción

---

El presente trabajo presenta los antecedentes y evolución del Derecho Procesal para enmarcarlo en los fines objetivos y subjetivos del Proceso, así también, se pone de manifiesto el fin del proceso penal teniendo como eje el respeto de los derechos fundamentales de la persona en la persecución del delito y finalmente se hace un estudio del delito de lavado de activos en relación el proceso penal peruano de manera particular en la etapa de investigación preliminar tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual, se espera que el lector pueda ver satisfechas sus expectativas académicas con la investigación realizada.

### I. Antecedentes y evolución del Derecho Procesal

---

El derecho procesal en su desarrollo evolutivo, ha transitado por tres grandes momentos históricos a saber: (González, 1994, p. 66)

- a) El derecho de la práctica judicial (etapa de los prácticos)
- b) El derecho del procedimiento (estadío procedimentalista)
- c) El derecho del proceso (procesalismo científico)

La revolución francesa trajo cambios trascendentes, sobre todo en la materia penal, reclamando la oralidad, la publicidad, el sistema de libre convicción para apreciar la prueba y la contradicción, estableciendo la igualdad entre el acusador y el acusado. (Véscovi, 1999, p.30)

En el procedimiento penal Francés, sirvió de modelo – como el civil- a los de la mayoría del mundo, es el producto de una transacción entre el sistema acusatorio de la Edad Media y del régimen del proceso canónico, implantándose el sistema mixto, que es el que perdurado en

la época moderna. Con una primera fase de instrucción previa, escrita, secreta y sin contradicción, con caracteres inquisitivos y un procedimiento plenario público, oral y contradictorio, con facultades amplias del juez y del jurado, que se considera institución fundamental para apreciar la prueba (régimen de libre convicción). En esta etapa de plenario, el verdadero proceso, se acentúan las tendencias liberales de la revolución. (Véscovi, 1999, p.31)

El carácter público del proceso se consolida y comienza un tiempo de referencia al aspecto publicístico del proceso, que la doctrina posterior reconocerá como el traslado del procedimentalismo al procesalismo. Una de las influencias que Chiovenda tuvo fue Franz Klein (1854-1926) que adoptaba con la codificación austriaca (1895) un sistema muy particular desde el cual tomará ideas para asentar la ciencia procesal. (Gozaini, 2005, p.37)

Así también, como Gelsi Bidart apunta –con su habitual justeza- que: Para la humanización del proceso ha de tenerse presente, ante todo, que éste es un instrumento, un medio para lograr algo que no es él mismo, que no tiene su fin en sí (como puede tenerlo, en cambio, un procedimiento artístico o un juego). Si su finalidad se logra o no (resultado) se verá a posteriori, desde el punto de vista de la eficacia, valor jurídico “de servicio” o de acceso fundamental para la realización de la justicia, que persigue el proceso. (Peyrano, 1980, p.19)

Es menester recordar que el valor “justicia” funciona a modo de meta, es imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero –claro está- la “justicia” pareciera ser un valor estático que se deja adorar y desear, pero nada más. Es decir que, por ejemplo, estimula el apetito de los sujetos del proceso (juez y partes) por alcanzarlo, pero no alumbraba el camino que debe seguirse en su procura. (Peyrano, 1980, p.19)

La función instrumental es cumplida por el valor jurídico “eficacia”, que predispone todo (desbrozando y alum-

brando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso) en miras a hacer más llana y segura la siempre ríspida ruta que conduce al valor “justicia”. (Peyrano, 1980, p.19)

Por otro lado, Benaventos refuta a los “eficientistas” que -como Peyrano- señalan que si se desea un proceso eficaz se deben correr “riesgos”, e incluso que toleran un “sacrificio” de la garantía del debido proceso. Propugna –en nombre del Garantismo- la “certeza”, es decir, “que antes que se declare la existencia de un derecho controvertido en un litigio, no puede recaer sentencia, sin la debida audiencia del demandado o reo (contradecir, probar en estricta igualdad de armas con aquellas esgrimidas por el actor o acusador)”. (Arazi et al., 2003, p.125)

## II. Finalidad del proceso

---

Devis Echandía, señala que dos son los grupos en que pueden clasificarse las distintas concepciones del fin del proceso: el objetivo y el subjetivo. Para el primero el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y para el segundo, la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humana. Ambos conceptos encierran gran parte de la verdad, pero no toda; tomados en forma excluyente se desvirtúa la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero si se coordinan, nos dan su verdadera noción. (Devis, 1984, p.155)

La actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos. Por eso Rocco dice que el Estado no persigue tanto la actuación de la norma, cuanto su realización, con la fuerza de su soberanía, en los casos concretos. (Devis, 1984, p.155)

Por otra parte, si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, se le viene dar un

contenido de interés particular y se le convierte en simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno del proceso. Aun cuando del proceso resulte el beneficio que una de las partes o todas persigan, no se confunde esto con su fin principal que es la satisfacción de un interés público y general: mantener la armonía y la paz sociales, y tutelar la libertad y la dignidad humana. (Devis, 1984, p.156)

El proceso tiene una doble misión: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir, atender al interés “privado” de los litigantes y; b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público). (Benaventos, 2001, p.42)

Bajo, la visión autoritaria de la relación-pública-procesal se reconvirtió al proceso en un modelo groseramente publicista. En este esquema se concede una excesiva dimensión al carácter público que lo informa. En efecto: parape-tándose en el carácter publicista de la “relación procesal” se cayó en notorios excesos y desmanejos de ese concepto. Así, se agigantó el papel que le corresponde al Estado en la contienda trabada entre las partes, por lo que, el resultado de este error fue que la faz pública del proceso absorbió y desplazó el conflicto jurídico de los particulares de una forma desmedida. (Benaventos, 2001, p.42)

Es importante ajustar la finalidad del proceso civil y penal a objetivos más serios, racionales y posibles de alcanzar. Se trata de ganar la eficacia perdida y, a la par, que la gente recupere la confianza en la justicia que se hoy se imparte. Y queda claro que ese ajuste corre con el desafío de modelar un proceso garantista (no inquisitivo) pero con una mayor cuota de eficiencia. Es que el cambio no puede provenir de “lo malo conocido”, sino de algo “nuevo” por conocer. (Benaventos, 2001, p.48)

Nos tenemos que apartar de la idea grandilocuente que por intermedio del proceso (civil o penal) se pueda descubrir la “verdad absoluta” y acceder a “toda la justicia”

de cada caso judicial, siendo una irrealidad jurídica que provoca una elevada inestabilidad de todo el sistema de procesamiento, aduciendo el posible hallazgo de esa insalvable verdad o justicia “pantónoma” que abrió la puerta de entrada por la que se coló el decisionismo judicial, el desmedido protagonismo de los magistrados, el “poder”, antes que el “saber” y la arbitrariedad en lugar de la racionalidad. (Benaventos, 2001, p.48)

### III. Debido proceso penal y verdad procesal

---

La Carta Magna, además de otras garantías, impone la del juicio previo, a transitar inexorablemente ante de que funcione la coerción estatal para el cumplimiento de una sentencia firme. El fortalecimiento de la justicia constitucional exige la promoción de la consagración constitucional de los principios del debido proceso, de inocencia y el aseguramiento del derecho de defensa legal en todas las instancias del proceso, no solo del imputado sino también de la víctima de un injusto. (Postma, 2010, p.108)

Es que los imputados sometidos a un proceso penal de corte autoritario, producto de la perversa combinación del modelo de legalidad (se deben perseguir todos los delitos) y con fórmulas de investigación y prueba inquisitiva (secreto sumarial, potestades policiales de interrogación, incomunicación del imputado, prisión preventiva abusiva, trámite escrito y secreto, instrucción a cargo del juez, confusión de los roles procesales entre las figuras de quién investiga y falla, escasa participación del Ministerio Fiscal, etc) en una abrumadora mayoría de los casos no reciben el castigo condigno, sencillamente quedan impunes. (Benaventos, 2001, p.102)

Esa impunidad que, paradójicamente, el sistema inquisitivo con su “cartel” de descubridor de la verdad debería erradicar, proviene de diversas causas: algunas de origen procesal, otras son producto de la deficiente política

criminal de los Estados latinoamericanos. (Benaventos, 2001, p.102)

El modelo procesal autoritario desmiente el “estado de inocencia” (que constitucionalista goza una persona sometida a un proceso penal) y, lamentablemente, no se lleva nada como “premio” a tanto quebrantamiento. Ni siquiera puede hablarse de un eficientismo práctico que, de hecho, tampoco justificaría nada, pero por lo menos le daría letra a los utilitarios para fundar el por qué de un modelo proceso y judicial autoritario. (Benaventos, 2001, p.103)

Las ideas de la antigua inquisición y no resultando propicia la ecuación “justicia con garantías”, resulta claro que el gran desafío actual es la elaboración regulada de una concepción general del debido proceso a la luz de la idea de justicia y desde cualquier jurisdicción que se la visualice, pues en el núcleo del principio del contradictorio – decir y contradecir-, conocer antes de juzgar, el alma que anima y recorta acabadamente el concepto del debate dialéctico en paridad de “ser escuchado” y de “defenderse”, con eficaz proposición de alegaciones –o postulaciones, argumentos, pruebas y recursos- se van desgranando las notas y el perfil del “due process of law”, dicho en otros términos, se debe propiciar la construcción dogmática e ideológica del proceso justo penal. (Postma, 2010, p.113)

En un sentido más técnico y procesal, relacionando a la idea de defensa con el concepto de “debido proceso” y abarcando la totalidad de las garantías que rodean al mismo, el derecho de defensa implica el derecho del imputado a conocer la imputación y las pruebas de cargo existentes en su contra –como también a conferenciar libremente con su defensor previo a prestar declaración en el supuesto de estar detenido-, a ser oído, a ser juzgado por el juez natural con las debidas formalidades de fondo y de forma, al conocimiento y control de las pruebas existentes en el proceso, a tener una sentencia fundada y finalmente a impugnar. (Postma, 2010, p.129)

El objeto final del proceso penal es la imposición del derecho, defensa de la paz (seguridad y certeza). Respecto

al objeto inmediato, es evidente que hay también aquí un conflicto que resuelve un tercero imparcial, aunque, según señalan los autores, es el mismo Estado quien establece la sanción punitiva a los delitos y el que impone la pena en el caso concreto. Lo que, en esencia, no es diferente de lo que sucede con el proceso civil, en el cual es también el Estado quien establece el derecho (norma jurídica) y luego impone la sanción (o solución) en el caso concreto. (Véscovi, 1999, p.104)

El proceso penal en su especificidad constituye un presupuesto jurídico insoslayable en miras a la aplicación concreta del derecho penal al caso. Esta función de medio para la aplicación de la ley represiva que se le asigna determina, tanto para Carnelutti como para Clariá Olmedo, la necesidad de atribuirle el carácter de instrumento formal realizador del derecho penal material. (Borthwick, 2001, p.95)

Sistematizando los varios fines que el proceso penal se propone en su ámbito de satisfacción, Eugenio Florián, los clasifica en dos categorías: generales y específicos: (Borthwick, 2001, p.96)

Fines generales: Fin mediato, que se identifica con el fin del derecho penal (cuál es, defender la sociedad de su propia delincuencia mediante una acción preventiva y represiva tendiente a restaurar el orden público perturbado por el delito y evitar que se altere la tranquilidad social por obra de la autodefensa); Fin inmediato, consistente en la aplicación de la ley penal al caso concreto (para lo cual debe comprobarse si el hecho ha sido cometido y si el imputado resulta ser el responsable del mismo)

Fines específicos: Se refieren a la conducción y desenvolvimiento del proceso y pueden definirse como métodos para alcanzar el fin general inmediato, ellos son:

La investigación de la verdad efectiva, material e histórica (para que el hecho que constituye el objeto del proceso y las circunstancias del mismo, queden aclarados sin deformaciones ni reticencias)

Para los seguidores de una postura moderna de corte “eficientista”, el pensamiento procesal “garantista” les puede resultar pre histórico, en el sentido que un garantista propone en suma, el proceso como un “juego de ficciones”, al juez como un “convidado de piedra”, al Estado desinteresado del conflicto que se esgrime ante la jurisdicción, y a la lentitud en los trámites judiciales como un hecho inexorable o menor, que los justiciables deben soportar. (Benaventos, 2001, p.55)

En la actualidad se muestra un desprecio de la comunidad hacia el sistema de justicia, (que entre todos hemos contribuido a fomentar) que me resulta cada vez más intolerable. En mi condición de abogado litigante me coloca de cara a una realidad que me golpea todos los días. Y como no estoy dispuesto a seguir consintiendo con mi silencio la presunta bondad de “ideas de gabinete” que al “hombre de a pie” –como ilustrativamente describe Alvarado Velloso al sufrido justiciable– no le sirvieron sino para desconfiar en lo que hacen (o hacemos los hombres de derecho), la batalla ideológica que se debe librar no admite más demora. (Benaventos, 2001, p.55)

A la corriente garantista del derecho procesal no le alcanza con una queja tímida sobre la normativa procesal que entroniza la prueba oficiosa, la alteración de las reglas de la carga de la prueba, la posibilidad de condenar sin oír con amplitud de descargo al demandado, es decir el derecho procesal “postmoderno” o “sobremoderno” (por adoptar la denominación de quienes lo sostienen) en donde se huye o se estigmatiza a los “sistemas”, se desprecia a la ley y a la propia Constitución, bajo la justificación de consagrar la “justicia” y la “verdad”. (Benaventos, 2001, p.57)

La tesis autoritaria del derecho procesal es un peligroso camino de “más de lo mismo”, solo que justifica ahora conceder omnipotencia al poder judicial (poniendo como escudo que a ese poder del Estado no se le deben retacear facultades puesto que busca “la justicia y la verdad”).

#### **IV. El delito de lavado de activos y el rol del Ministerio Público**

---

El Delito de Lavado de Activos en el contexto contemporáneo y de manera particular en el Perú, resulta un hecho ilícito de gran connotación para la sociedad porque se constituye en una manifestación delictiva que se involucra con otros delitos, como los de corrupción, tráfico ilícito de drogas y trata de personas.

En ese sentido, la sociedad exige que se sancione las conductas delictivas vinculadas al lavado de activos o también denominado blanqueamiento de dinero, sin embargo, el cuestionamiento que es objeto de la presente investigación, es: ¿Si el Ministerio Público tiene límites o no, en la persecución de esta clase de delitos?.

Esta interrogante surge porque, si bien es cierto, la sociedad exige sanciones, el objeto de la persecución penal debe circunscribirse a los límites constitucionales y convencionales, ya que, no puede considerarse al lavado de activos como un delito “isla”, en el cual, el Ministerio Público tenga carta libre para investigar a toda persona sin la más mínima consideración a los derechos y garantías fundamentales.

El Tribunal Constitucional Peruano (en su Sentencia del Exp. 6079-2008-HC/TC – Fundamento 4) ha establecido que el Ministerio Público en su actividad persecutoria, debe tener como límites al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, por lo que, en cada una de las etapas (investigación preliminar, preparatoria y juzgamiento) del proceso penal su accionar tendrá que circunscribirse a estos dos aspectos acotados.

La Constitución Política Peruana en su artículo 159 reconoce que el Ministerio Público conduce desde el inicio la investigación de un delito como el de lavado de activos, esta potestad constitucional debe ser realizada con una debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes, por lo que, le corres-

ponde practicar y hacer practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos, en concordancia con la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad como lo reconoce el artículo 44 de la Carta Magna Peruana.

Sin embargo, el Ministerio Público no goza de discrecionalidad ilimitada en el cumplimiento de su obligación constitucional, sino que, le es exigible que despliegue sus actividades dentro de los mandatos normativos (expresos e implícitos) contenidos en la Constitución y en el marco de los principios de razonabilidad e interdicción de arbitrariedad que informan todo proceso e investigación penal, como así, lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia del Exp. 5811-2015-TC/HC – Fundamento 42.

En tal sentido, el inicio de un proceso penal no queda a la discrecionalidad absoluta del Ministerio Público, sino que, tiene límites Constitucionales (como Convencionales), por lo que, la búsqueda de la verdad no es una justificación para quebrantar derechos y garantías fundamentales, sea cual sea el delito, como el de lavado de activos, al margen de la trascendencia que para una sociedad concite.

De esta manera, el Ministerio Público para el inicio de una investigación preliminar en el delito de lavado de activos requiere de “sospechas mínimas” como forma de una “mínima imputación”, que debe entenderse como la vinculación del investigado a la conducta delictiva imputada, de tal forma, de no existir dicha vinculación, resulta injustificable que se investigue preliminarmente a una persona por el citado delito, siendo irrazonable, los argumentos como que el investigado es familiar o pareja sentimental de uno de los presuntos autores del delito, cuando sobre la persona investigada no existe una sospecha sino una simple especulación, lo cual, trae consigo toda clase de prejuicios y estigmatizaciones teniendo en cuenta que para toda sociedad una persona investigada penalmente es considerada una “mala o negativa persona”, al margen que posteriormente sea excluida de la in-

vestigación o que se archive porque no existen indicios o elementos de la comisión del delito de lavado de activos.

Finalmente, el caso Tibi Vs Ecuador resuelto mediante Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de setiembre de 2004, señala que, las sospechas deben establecer una vinculación entre el investigado o imputado y la comisión de un delito, con lo cual, de no presentarse dicha situación, una investigación preliminar devendría en arbitraria, como desgraciadamente ocurre a diario, convirtiendo al proceso penal en un instrumento de persecución a toda costa de la comisión del delito de lavado de activos, anteponiendo la “verdad procesal” bajo el lema de “no impunidad” a las garantías y principios constitucionales como convencionales que rigen en todos los Estados Americanos como el Perú.

La finalidad del proceso, y de manera particular, del proceso penal, no es ser considerado como instrumento de satisfacer intereses sociales como “la no impunidad de los delitos a toda costa”, sino un medio de asegurar la paz y la vigencia de los derechos como principios constitucionales y convencionales, esta manera, o percepción que tiene el Ministerio Público del proceso penal no hace más que desnaturalizarlo y colocar a las personas en una situación de indefensión como inseguridad de ¿cuándo uno puede ser investigado por lavado de activos? como las implicancias estigmatizadoras y no esperando siquiera las disculpas del caso ante tal arbitrariedad, pues el sólo hecho de ser investigado penalmente, más aún, si se trata del delito de lavado de activos, quedará para la persona como una marca imborrable en su vida.

## Conclusiones

---

La revolución francesa trajo consigo el procedimiento penal, que sirvió de modelo a los de la mayoría del mundo, como el producto de una transacción entre el sistema acusatorio de la Edad Media y del régimen del proceso canó-

nico, implantándose el sistema mixto, que es el que perduró en la época moderna.

Es menester recordar que el valor “justicia” funciona a modo de meta, es imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal.

La función instrumental es cumplida por el valor jurídico “eficacia”, que predispone todo (desbrozando y alumbrando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso) en miras a hacer más llana y segura la siempre ríspida ruta que conduce al valor “justicia”.

El proceso tiene una doble misión: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir, atender al interés “privado” de los litigantes y; b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público).

Nos tenemos que apartar de la idea grandilocuente que por intermedio del proceso (civil o penal) se pueda descubrir la “verdad absoluta” y acceder a “toda la justicia” de cada caso judicial, siendo una irrealidad jurídica que provoca una elevada inestabilidad de todo el sistema de procesamiento.

El fortalecimiento de la justicia constitucional exige la promoción de la consagración constitucional de los principios del debido proceso, de inocencia y el aseguramiento del derecho de defensa legal en todas las instancias del proceso, no solo del imputado sino también de la víctima de un injusto.

El modelo procesal autoritario desmiente el “estado de inocencia” (que constitucionalista goza una persona sometida a un proceso penal) y, lamentablemente, no se lleva nada como “premio” a tanto quebrantamiento.

La tesis autoritaria del derecho procesal es un peligroso camino de “más de lo mismo”, solo que justifica ahora conceder omnipotencia al poder judicial (poniendo como

escudo que a ese poder del Estado no se le deben retacear facultades puesto que busca “la justicia y la verdad”).

El Delito de Lavado de Activos en el contexto contemporáneo y de manera particular en el Perú, resulta un hecho ilícito de gran connotación para la sociedad porque se constituye en una manifestación delictiva que se involucra con otros delitos, como los de corrupción, tráfico ilícito de drogas y trata de personas.

El Ministerio Público no goza de discrecionalidad ilimitada en el cumplimiento de su obligación constitucional, sino que, le es exigible que despliegue sus actividades dentro de los mandatos normativos (expresos e implícitos) contenidos en la Constitución y en el marco de los principios de razonabilidad e interdicción de arbitrariedad que informan todo proceso e investigación penal,

La búsqueda de la verdad no es una justificación para quebrantar derechos y garantías fundamentales, sea cual sea el delito, como el de lavado de activos, al margen de la trascendencia que para una sociedad concite.

Para el inicio de una investigación preliminar en el delito de lavado de activos se requiere de “sospechas mínimas” como forma de una “mínima imputación”, que debe entenderse como la vinculación del investigado a la conducta delictiva imputada, de tal forma, no basta una simple especulación.

## **Bibliografía:**

---

ARAZI, Roland, et al. Debido Proceso. (2003) Santa Fe, Argentina: Rubinzal –Culzoni Editores.

BENAVENTOS, Omar A. (2001) Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Rosario, Argentina: Editorial JURIS.

BORTHWICK, Adolfo E.C. (2001) Nociones Fundamentales del Proceso. Corrientes, Argentina: Editorial MAVE.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1984) Teoría General del Proceso. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. (1994) Estudios de Derecho Procesal. Volumen IV. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD-HOC SRL.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. (2005) Los Protagonistas del Derecho Procesal. Desde Chiovenda a nuestros días. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- PEYRANO, Jorge W. (1980) Cuestiones de Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley S.A.
- POSTMA, Hernán Fernando. (2010) El Proceso. Santa Fe, Argentina: NOVA TESIS Editorial Jurídica.
- VÉSCOVI, Enrique. (1999) Teoría General del Proceso. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.



# Aplicación de los convenios de OIT en la jurisprudencia nacional Algunos apuntes sobre el tema

---

Fernando Bolaños Céspedes<sup>1</sup>  
José Adrián Calderón Chacón<sup>2</sup>

*Sumario: Introducción. I. Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en materia de trabajadores migrantes. II. Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en el análisis de casos sobre seguridad social. III. Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en materias de Derecho Individual de Trabajo. IV. Derecho Colectivo de Trabajo. Conclusiones. Bibliografía.*

- 1 Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Estatal a Distancia. Ex Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia. Consultor Externo de la Organización Internacional del Trabajo. Abogado litigante. Autor de varios libros y artículos especializados en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Académico de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- 2 Abogado de la Universidad de Costa Rica. Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Doctor en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica. Anteriormente, Letrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y en la actualidad Juez del Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primero Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

## Introducción

---

Como un aspecto introductorio debemos mencionar que el artículo 7 de la Carta Magna costarricense establece que los tratados provenientes del derecho internacional deben pasar por el proceso de aprobación por parte del Poder Legislativo para entrar en vigencia en nuestro territorio. Así, cumpliendo con este proceso en Costa Rica rigen un total de 49 convenios emitidos en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

De la misma manera, es preciso indicar que para el año de 1989 nuestro país vio nacer por medio de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley n.º 7128) a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SC). A partir de ese momento, dicha Sala tendría bajo su competencia el control concentrado de regularidad jurídica. La legislación mencionada modificó los preceptos 10<sup>3</sup>

- 3 Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. Le corresponderá además: Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Estatal a Distancia. Ex Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia. Consultor Externo de la Organización Internacional del Trabajo. Abogado litigante. Autor de varios libros y artículos especializados en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Corresponderá

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los dos poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones así como demás entidades u órganos que indique la ley.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

y 48<sup>4</sup> de la Constitución Política, lo que con el pasar del tiempo ha permitido un importante avance en la tutela de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, pues se ha llegado a sostener con fundamento en esas disposiciones, que las normas internacionales sobre derechos humanos en el tanto tutelen de mejor manera la situación jurídica de la persona, privarán por encima incluso de la Carta Magna. Esta afirmación la encontramos recogida en el voto n.º 3.805 de las nueve horas con treinta minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos de la SC, en el que concretamente se dijo:

“Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7 de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes, como lo es el citado Código. Mas la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros, el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional -la más importante- que complementan la Constitución Política en su parte dogmática.”

Otro antecedente de especial importancia es el fallo n.º 9.687 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del primero de noviembre de dos mil en el que la Sala

4 Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

Constitucional fue más allá de su anterior postura, por cuanto sostuvo que los instrumentos sobre derechos humanos, podrían ser aplicados, incluso cuando no hubieran cumplido con el trámite de aprobación dispuesto por la Ley Fundamental:

“La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país.”

Se debe aclarar que el anterior criterio no ha sido de aplicación extendida a todos los tratados internacionales, aunque resulta de vital interés para el tema en estudio, dado que ejemplifica el ánimo que ha tenido la Sala Constitucional de mejorar la cobertura de los derechos humanos para todos aquellos que invoquen su protección.

Por otro lado, las funciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (en adelante S II ) están delineadas por el ordinal 55 de la Ley Orgánica del Poder Judi-

cial que en lo que nos interesa, en su inciso 2° le asigna la competencia para conocer en última instancia de los procesos laborales de mayor cuantía, tutela de fueros especiales y cumplimiento del debido proceso, por lo que en la práctica sus criterios resultan de acatamiento general entre todos los juzgados y tribunales inferiores de la administración de justicia de Costa Rica.

## **I. Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en materia de trabajadores migrantes**

---

Es larga la historia de la aplicación del Derecho Humanitario Internacional en la regulación de los derechos de los trabajadores migrantes en Costa Rica (Ver Bolaños Céspedes Fernando, 2005). La jurisprudencia de la SC ha permitido crear todo un abanico de derechos para estos trabajadores y sus familias, interpretando claramente el artículo 68 constitucional en el sentido de que en aquellos casos en que de la comparación entre un trabajador nacional y uno extranjero resulte que el único criterio para diferenciarlos reside en la nacionalidad, dicho criterio resultaría ser discriminatorio. Un ejemplo de la elaborada doctrina que se ha producido en nuestro país en este campo lo encontramos en el siguiente comentario del autor nacional Calvo Rodríguez, quien al respecto señala:

“A pesar de que Costa Rica no ha aprobado los Convenios 97 y 143 de la OIT, sobre protección de trabajadores migrantes, el primero de ellos denominado “Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes”, del año 1949 y el segundo titulado “Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los Trabajadores Migrantes”, de 1975, los criterios ya aceptados sobre la existencia de un bloque de constitucionalidad que incluye convenios de Derechos Humanos no ratificados por el país, ha per-

mitido aplicar tales instrumentos como fuente directa de derechos laborales a favor de las personas extranjeras. Así sucedió en el caso de la sentencia 8858-98 de la Sala Constitucional, de las 16:33 horas del quince de diciembre de 1998, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 90 de la Ley General de Policía, voto en el cual señala el Tribunal que “existen disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos que imponen a los Estados firmantes diversas obligaciones en relación con la necesidad de dar un tratamiento no discriminatorio a los extranjeros en materia de acceso a empleo y condiciones de trabajo. Expresamente se citan en esta sentencia los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, lo mismo que la Declaración sobre Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven.

Los mismos instrumentos indicados de la OIT, han sido invocados en la sentencia 7660-1999 de las dieciséis horas con doce minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley Orgánica del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica y del artículo 5 inciso e) del Reglamento de Afiliación Interina del citado Colegio, considerando que tales normas establecían para la colegiatura una condición adicional a ser cumplida únicamente por las personas extranjeras por su condición de tales, lo que juicio de la Sala Constitucional se convertía en una violación al derecho del trabajo”. (Calvo Rodríguez Esteban, 2015).

## II. Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en el análisis de casos sobre seguridad social

---

En este acápite pretendemos realizar un estudio sobre los principales criterios que se han trazado en la jurisprudencia constitucional y de los altos tribunales laborales de Costa Rica respecto a la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en relación con la seguridad social.

En cuanto a esta materia, la SC en el voto No. 2091 de las ocho horas con treinta minutos del tres de marzo de dos mil confirmó que nuestro país está obligado a respetar los parámetros del Convenio n.º 102 “sobre la seguridad social”. En ese asunto en específico, se reclamó que Costa Rica estaba dejando de cumplir con el numeral 57 de ese cuerpo normativo, porque el reglamento de la materia emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social había elevado las cotizaciones para acogerse a una jubilación por invalidez más allá de las 36 cuotas que en principio estimaba el inciso 1.b) de esa norma. Señaló en esta ocasión el Tribunal Constitucional que nuestro país sí estaba en regla con el convenio, por cuanto las condiciones especiales de Costa Rica lo colocaban en el supuesto del inciso 1. a):

“[S]e estima que particularmente para el caso del seguro de invalidez que administra la Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica se ajusta al Convenio 102 de la O.I.T. con lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (cuestionado), pues él se conforma a lo que estipula el párrafo 1º inciso a) del artículo 57 de ese Convenio, en el tanto y cuanto que la situación real del país no le permite ubicarse en la hipótesis del inciso b) del párrafo 1º de ese ordinal, al no cumplirse los presupuestos

contemplados en ella, de manera que no se transgrede la norma convencional al no otorgar nuestro país la pensión por invalidez con un período mínimo de cotización de 3 años (36 cuotas) dentro del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social.”

El convenio n.º 102 en compañía del n.º 130 “sobre la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad”, han influenciado positivamente la mejora de las condiciones de quienes por múltiples motivos deben acudir ante la Administración en procura de obtener un subsidio por enfermedad. Algunos de los fallos de la SC han sido verdaderos revulsivos para el manejo de los asuntos sociales por parte de las instituciones públicas de nuestro país.

Un ejemplo de lo anterior es el voto n.º 17.971 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del doce de diciembre de dos mil siete en el que se declaró violatorio de los derechos humanos el límite de un año y seis meses de asistencia económica por enfermedad estipulado en el “Reglamento de Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud”. Los altos jueces constitucionales consideraron que una restricción de ese tipo colocaba a la persona trabajadora en un estado de vulnerabilidad y en inferiores condiciones a las del resto de la población, ya que le impedía recuperar su salud en condiciones de dignidad y justicia. Asimismo, argumentaron que las dificultades económicas de las autoridades estatales no eran una justificación suficiente para imponer un tope de esta naturaleza, de modo que el afectado debía poseer el tiempo necesario para superar su estado de enfermedad.

En una sentencia posterior, se dio un destacable avance por cuanto se eliminó el artículo 80 del Código de Trabajo que brindaba una autorización al empresario para dar por concluido el contrato de trabajo en el supuesto que se otorgara a favor del trabajador una incapacidad por un plazo superior a los 3 meses. En el fallo n.º 18.356 de las

catorce horas con veintinueve minutos del tres de diciembre de dos mil nueve puede leerse lo siguiente:

“Es ese sentido, también el trabajador del sector privado, tiene derecho a que se le proteja en los casos en los que por causas involuntarias no pueda obtener los medios para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes, y a que se le garantice su derecho a la salud y a la seguridad social durante el periodo que permanezca en ese estado, ya que precisamente, esa es una de las finalidades que cumple el régimen de seguridad social a través de los aportes realizados por el propio trabajador, su patrono y el Estado. Además, cabe resaltar, que ese estado de incapacidad temporal por enfermedad del trabajador, lo determina un profesional médico responsable de la Caja Costarricense de Seguro Social, quien actuando responsablemente, determinará la necesidad de prolongar la incapacidad del empleado y el tiempo de prolongación.”

En otro interesante fallo, la SC aplicó el Convenio n.º 128 “sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes”. Concretamente, en la resolución n.º 1.617 de las once horas con treinta y un minutos del cuatro de febrero de dos mil quince, se concluyó que era contrario con las máximas que rigen la seguridad social que existiese una norma que eliminara la pensión por orfandad cuando un menor beneficiario ejecutara labores por cuenta ajena. Para la SC, tal estipulación limita de forma injustificada el derecho fundamental al trabajo e impide que el huérfano se garantice los ingresos económicos suficientes para llevar un estilo de vida digno. Al respecto señaló lo siguiente: *“Para la mayoría de este Tribunal la norma cuestionada es intrínsecamente injusta, no solo porque vulnera compromisos que ha adquirido el Estado de Costa Rica al aprobar y ratificar Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, sino por razones adicionales. En primer término, porque desvincula a la entidad*

*aseguradora de compromisos internacionales, que son de obligatorio cumplimiento e infringe, con su negativa, el deber de los padres a velar por sus hijos después de su muerte. En segundo término, porque no cabe duda de que el causante, al haber cotizado para la seguridad social, le trasfiere a sus hijos (as) el derecho a obtener la pensión por orfandad. No estamos en presencia de una liberalidad de la entidad aseguradora, sino más bien frente a un derecho legítimo de los (as) hijos (as) de reclamar lo que a ellos en derecho corresponde atendiendo al deber de los padres suplirles los alimentos aún después de la muerte. Por otra parte, la norma añade sufrimiento al sufrimiento, dolor a dolor, toda vez que, además de la angustia que sufren los (as) adolescentes-trabajadores por la muerte de sus padres, se les agrega otra preocupación -resolver la cuestión de su manutención-, para lo cual, en muchos casos, no se les ha preparado o están en proceso de formación -estudiando para obtener una profesión-. Por razones de espacio, no es el momento oportuno para traer a colación los estudios que han realizado universidades de gran prestigio sobre los efectos físicos, emocionales y de otra índole que provoca la orfandad. Si a lo anterior se le añade, el hecho de que hay una norma que sanciona al huérfano con el no otorgamiento de la pensión de orfandad por el hecho de estar trabajando, la situación descrita deviene en injusta en sí misma. Por último, la norma va en contra de un valor esencial de toda sociedad, como es el reconocer y estimular a las personas que se esfuerzan y trabajan por forjarse un mejor futuro, toda vez que, en lugar de promover ese hecho como meritorio, al adolescente-trabajador se le sanciona con el no otorgamiento de la pensión de orfandad.”*

Respecto a las obligaciones asumidas por el país en materia de seguridad social, el Tribunal Constitucional costarricense ha estimado que convenios como los n.º 102 y n.º 130 son mínimos infranqueables para el legislador ordinario o para las políticas gubernamentales, sin embargo, este aspecto no obsta para que puedan fijarse mejores beneficios por medio de leyes. Sobre el tema topamos con la sentencia N.º20.473 de las quince horas con veinte minutos del dieciocho de diciembre de dos mil catorce:

“Lo expuesto en el Considerando anterior, ha llevado a este Tribunal a insistir en que en materia de seguridad so-

cial, en atención a los principios de justicia social y el desarrollo paulatino de los derechos fundamentales, tanto en nuestra Constitución Política como en los diferentes instrumentos internacionales, existe una serie de condiciones mínimas que deben ser respetadas y promovidas por el Estado Costarricense.”

En el caso que se cita se discutió la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto en esa norma no se hace diferencia entre salario y subsidio por enfermedad, concediéndole al servidor judicial licencia con goce salarial durante sus incapacidades por enfermedad. Para el órgano de control de constitucionalidad la norma no quebrantaba el texto de la Carta Magna, ya que como se indicó líneas arriba, el Estado costarricense asumió compromisos que justifican un desarrollo progresivo de los derechos fundamentales.

El Convenio n.º 155 “sobre la seguridad y salud de los trabajadores” y la Recomendación 97 “sobre la protección de la salud de los trabajadores” fueron destacados por la SC como parámetros para establecer una lista ejemplificativa, sobre las obligaciones patronales en materia de seguridad en el trabajo. En este punto nos referimos al voto n.º 7.294 de las diez horas con cuarenta y un minutos del dieciocho de agosto de dos mil. La argumentación de la parte recurrente consistía en que su patrono había ubicado a un grupo de trabajadores en un lugar que amenazaba su salud, amén que en ese ambiente existían sustancias y plagas peligrosas para ese bien jurídico. La SC estimó que dichas condiciones de trabajo violentaban los derechos fundamentales de los recurrentes y ordenó que se tomaran las medidas inmediatas para remediar esa situación. Un argumento idéntico expuso en el fallo n.º 19.782 de las nueve horas con cinco minutos del cinco de diciembre de dos mil catorce, cuando resolvió un reclamo en contra del Estado interpuesto por un grupo de funcionarios que alegaban violación de su derecho a la salud. Veamos parte de esa sentencia:

“Tampoco debe perderse de vista, que existen disposiciones normativas en diversos instrumentos internacionales de Derecho, citadas en considerandos anteriores -que el Estado costarricense se ha comprometido a honrar-, que establecen que el trabajador tiene derecho a ejecutar las funciones que le competen en un ambiente apropiado, cuyas condiciones garanticen la protección de su derecho a la salud, lo que evidentemente se echa de menos en el caso de los amparados. De conformidad con lo expuesto, el recurso resulta parcialmente procedente, por violación a los artículos 21 y 56, de la Constitución Política, debido a se tiene por acreditado que la situación actual que vienen soportando los empleados y las demás personas que a diario frecuentan la Asamblea Legislativa -que se estiman en más de mil diarios- pone en peligro su derecho a la vida y a la salud, debido a los problemas estructurales e inundaciones que presentan los edificios que albergan al Congreso.”

Los fallos mencionados, dejan al descubierto que la aplicación de la normativa citada ha impactado de forma directa el ordenamiento jurídico interno de nuestro país a partir de dos pautas. La primera de ellas, estableciendo normas mínimas sobre las que gradualmente se desarrollan las estructuras de seguridad social y, en segundo lugar, fijando principios de interpretación para las situaciones que cotidianamente acaecen y que deben ser resueltas por los operadores del derecho.

### III. Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en materias de Derecho Individual de Trabajo

---

En el campo del derecho del trabajo individual, la influencia de la OIT también se ha sentido. La S II para examinar las diferencias entre un trabajador subordinado y uno autónomo en el voto n.º 1.075 de las nueve horas con veinte minutos del veintinueve de enero de dos mil doce, se apoyó en la Recomendación n.º 198 “sobre la relación de trabajo” a efectos de construir una serie de indicios y reglas para el análisis de esta clase de asuntos. Veamos: “El tema es de tal relevancia e incidencia que la Conferencia Internacional del Trabajo en la Recomendación número 198, adoptada el 15 de junio de 2006, que puede ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006, puntualizó como indicios de laboralidad: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y / b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar

su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.”

A partir de delimitar el estudio de los casos de este tipo a ciertos indicios, como lo hace la SII, se simplifica su solución, sobre todo si observamos que continuamente las empresas optan por formas de contratación menos garantistas y más complejas, que enmascaran típicas relaciones laborales y que amenazan con desmejorar las condiciones en las que se presta el trabajo asalariado.

En otro orden de ideas, en la sentencia de la SC No. 1.664 de las quince horas con ocho minutos del veintisiete de enero de dos mil diez se utilizaron los criterios técnicos emitidos por la OIT para tratar el caso del trabajador alcohólico, con lo que por fin, se logró visualizar al alcoholismo como una enfermedad y como tal, quienes la padecen no podrían ser objeto de discriminación. Con la emisión de este criterio, el empleador antes de aplicar cualquier medida disciplinaria originada en este padecimiento, principalmente ausentismo, debía brindarle al trabajador la oportunidad de sobreponerse y reincorporarse a sus labores subordinadas en estado de sobriedad.

Esta posición, sin lugar a dudas, debe relacionarse de forma directa con las estipulaciones del Convenio n.º 111 “sobre la discriminación”, que ha sido la base de un amplio acervo de criterios judiciales que enfáticamente han condenado la inequidad en el trabajo. Podemos mencionar el voto n.º 13.205 de las quince horas con quince minutos del veintisiete de setiembre de dos mil cinco de la misma SC, en el que se hizo una mención específica acerca del valor para el ordenamiento jurídico de dicho convenio, recalándose su amplitud para sancionar e impedir cualquier clase de trato discriminatorio que pueda presentarse en el campo del trabajo subordinado. Repasemos lo dicho en ese fallo:

“Propiamente en materia de discriminación laboral, el Estado ha ratificado una serie de convenios sobre la materia, como el Convenio OIT 111 Sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, la Convención Interameri-

cana contra la Discriminación de Discapacitados, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros. Sin bien ninguno de estos convenios contempla explícitamente la enfermedad -término más amplio que la mera discapacidad, pues no toda persona enferma es discapacitada- como motivo de discriminación, no menos cierto es que, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa toda clase de trato discriminatorio. Esta concepción es recogida por el referido numeral 33 de nuestra Constitución Política que dispone que toda persona sea igual ante la ley y no pueda practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera motivos y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponde al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad.”

En esa misma sentencia se señalaron importantes pautas para el estudio judicial de los casos por discriminación, imponiendo cargas probatorias específicas para las partes del proceso, a saber, para el demandante la acreditación de indicios sobre el móvil discriminatorio y, sobre el accionado la demostración de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida que se impugna. Este criterio permite una comprensión mucho más simple para los trabajadores de su responsabilidad en el proceso. Vale acotar que con la reforma que sufrió el Código de Trabajo costarricense a partir de la Ley n.º 9343, se creó una cláusula que proscribe toda clase de discriminación en el empleo e incluso, se ideó una nueva causal de despido disciplinario dirigida específicamente para quienes hubieran inob-

servado ese deber (arts. 404 y 410). De igual forma, esa nueva legislación dio origen a un proceso sumario al que cualquier persona que se sienta afectada por una medida discriminatoria puede acudir. Tal trámite tiene como ventaja, entre otras cosas, que en casos de despidos discriminatorios faculta al juzgador a dejar sin efecto de forma precautoria la decisión del empleador.

Por su importancia es conveniente traer a colación la sentencia n.º 1.259 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del nueve de setiembre de dos mil diez de la S II. Ahí se trató con gran propiedad el tema de la discriminación en el empleo. En ese litigio se analizó el cese de una trabajadora de la educación que padeció cáncer de seno y que en condiciones muy dudosas se le despidió. Precisamente, todos esos elementos nebulosos que rodearon la terminación del contrato de trabajo fueron utilizados para concluir que la conducta del empleador poseía un móvil subyacente discriminatorio por razones de salud:

“Los medios de prueba citados, ponen en evidencia elementos suficientes respecto del trato discriminatorio ejercido contra la señora (...), puesto que contradicen que la medida de cambiar la profesional en la materia de estudios sociales se debiera a su desempeño profesional. Por otra parte, debe señalarse que la codemandada omitió traer al proceso cualquier prueba que aclarara fehacientemente la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de la reorganización que presuntamente se llevó a cabo en la asignatura que era impartida por la demandante o bien, de las razones concretas de por qué era necesario desprenderse en específico de sus servicios. Este orden de situaciones, dejan al descubierto indicios claros, precisos y concordantes que exponen que el móvil subyacente de los representantes patronales al cesar el vínculo que los ligaba con la actora, era discriminarla en el empleo por ser esta paciente bajo tratamiento de on-

cología. Dicha situación, no sólo contradice el principio de justicia social vigente en nuestro ordenamiento jurídico al tenor del artículo 1° del Código de Trabajo, sino que al mismo tiempo representa un claro atentado contra la dignidad humana, toda vez que a la accionante le fueron aplicados tratos degradantes con fundamento en su estado de salud, con la firme intención de anular derechos y garantías irrenunciables de las cuales era destinataria.”

De forma pareja, la S II en la sentencia n.º 581 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del diez de junio de dos mil dieciséis, explicó la importancia del Convenio n.º 95 “sobre la protección del salario”, acotando que cualquier clase de estipulación que impida al empleado disfrutar de su retribución quebrantaría ese instrumento. Indicó sobre el tema esta sentencia lo siguiente:

“Igualmente, el Convenio 95, denominado “Convenio sobre la protección del salario”, emitido el 1 de julio de 1949, definió en su artículo 1 que el salario es “... la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar...”. También el artículo 6 de ese convenio señala que se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario. Tales disposiciones analizadas integralmente con nuestra Constitución Política, permiten inferir que es contrario a los derechos fundamentales al salario, toda disposición interna que limite el disfrute del mismo por parte de la persona trabajadora.”

La misma S II en su jurisprudencia condenó con fundamento en el Convenio No. 131 “sobre la fijación de salarios mínimos” aquellas formas de pago del salario que no garanticen una base esencial con la que la persona y su familia pudieran llenar de forma decorosa sus necesidades. En la sentencia n.º 1.045 de las nueve horas con treinta minutos del once de setiembre de dos mil trece se arguyó:

“Dentro de los compromisos adquiridos por nuestro país a nivel internacional, se cuenta con el Convenio 131 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección de los salarios mínimos, que se encuentra vigente en nuestro país desde el año de 1979. Esta norma obliga a la existencia de un salario mínimo con fuerza de ley, así como sanciones para el patrono que evada esta responsabilidad. Nuestra Constitución Política también garantiza en su artículo 57 el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración mínima que le procure bienestar y una existencia digna. Por su parte, el Código de Trabajo articula la norma constitucional al establecer en su artículo 177, que el salario mínimo tiene como objetivo cubrir las necesidades normales del trabajador y de su hogar. De esto se desprende que el ordenamiento jurídico costarricense, a todo nivel, protege esa retribución mínima que debe ser garantizada al trabajador independientemente de sus funciones, que le proporcione, al menos, un ingreso suficiente para sufragar sus gastos mínimos y los de su familia.”

En el tema de la jornada de trabajo, la S II se refirió al Convenio n.º 1 “sobre las horas de trabajo”, por cuanto conoció de un reclamo por jornada extraordinaria en el que se alegó que el numeral 143 del Código de Trabajo costarricense violentaba ese instrumento internacional por fijar una jornada de trabajo de hasta 12 horas diarias para quienes cumplían tareas de agentes repartidores. Para ese

despacho, un horario de ese tipo no reñía de forma alguna con el convenio, porque dicho conjunto normativo estipula excepciones específicas para hipótesis como esas. En ese sentido encontramos la resolución n.º 40 de las nueve horas con cincuenta minutos del quince de enero de dos mil dieciséis:

“En consecuencia, en nada se vulnera el citado Convenio de 1919; el cual, valga señalar, ha sido superado por los Convenios números 67 sobre las horas de trabajo y descanso (transporte por carretera) de 1939 y 153 sobre la duración del trabajo y períodos de descanso (transporte por carretera) de 1979. En ambos instrumentos se faculta a la autoridad competente a realizar excepciones a la jornada de ocho horas. Por todo lo expuesto, esta Sala estima que el accionante no se encontraba sujeto a una jornada de ocho horas diarias, sino de doce.”

En lo concerniente al día de descanso, la S II aplicó los convenios n.º 14 y n.º 106 ambos “sobre el descanso semanal”, para resolver un reclamo de un trabajador del sector hotelero que adujo que su empleador no había concedido ese derecho con goce de salario. La empresa se refugiaba en el artículo 152 del Código de Trabajo de nuestro país en el que se dispone que sólo podría acordarse su pago cuando se trate de labores de comercio. La contienda se resolvió por medio del fallo n.º 189 de las diez horas del cinco de febrero de dos mil diez en el que se explicó que el sector hotelero no podía dejar de abonar el pago del salario durante el día de descanso:

“[L]a situación planteada, atinente a la aplicación o no de lo dispuesto en el numeral 152 del Código de Trabajo a los trabajadores hoteleros, tendría que interpretarse en lo más favorable para estos, es decir, en el reconocimiento económico del descanso semanal. Lo anterior encuentra mayor fundamento si se

considera que la normativa aducida por la demandada, en tanto califica a ese sector como “industria”, debe interpretarse en forma restrictiva en materia de limitación o restricción de derechos fundamentales (véase en igual sentido el voto de esta Sala número 1007, de las 9:45 horas del 7 de octubre de 2009).”

Otro aspecto que se debe destacar del criterio recién mencionado, es la aplicación del principio pro hómine a los derechos que se derivan del contrato de trabajo. Bajo esta tesitura, cualquier interpretación restrictiva que se haga en ese campo, debería dejarse de lado, dándose prioridad a la visión más amplia posible sobre el derecho en discusión.

El Convenio n.º 159 “sobre la readaptación profesional y empleo (personas inválidas)” fue aplicado por la jurisprudencia constitucional para analizar un recurso de amparo por discriminación interpuesto por un funcionario público que padecía distrofia muscular y que se le había denegado un estudio de reasignación de su puesto. En la sentencia n.º 7.903 de las nueve horas con cinco minutos del diez de junio de dos mil dieciséis la SC dijo que el Estado carecía de justificación para sostener la medida en perjuicio del recurrente y por lo tanto, decretó el cese de sus efectos.

El mismo convenio fue utilizado por la SC en la sentencia n.º 5.981 del 6 de mayo de 2016 cuando se analizó el caso de un profesor de educación secundaria no vidente. Para resolver el punto, se estimó que el Estado debía proveer al docente de los insumos necesarios para que su discapacidad no fuera un obstáculo para realizar con normalidad sus labores:

“Por todo lo anterior, la Sala aprecia que sí se han lesionado en perjuicio del amparado los derechos de igualdad y dignidad que tutelan tanto la Constitución Política como los Instrumentos Internacionales que invoca, ya que no fue sino hasta después de la notificación de la interposición de este amparo, que la Di-

rectora de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública instruye al Director del Liceo de Paraíso, donde labora el amparado, que designe a dos docentes “reubicados” de esa institución para asistirle. Sin embargo, la asignación de recurso humano calificado para asistir al amparado en forma permanente es solo una de las recomendaciones contenidas en el Informe Final de Recomendaciones de la Comisión de Análisis de Solicitud de Recursos del Profesor DVM-2586-2008 de 1 de diciembre de 2008. Dicha medida se adoptó, después de la notificación a los recurridos de este amparo, y siete años después de que una Comisión de Expertos analizó por cuatro meses la condición particular del amparado e hizo amplias recomendaciones a fin de cumplir las obligaciones que los Convenios Internacionales citados le imponen al Ministerio de Educación Pública en su condición de patrono.”

El Convenio n.º 156 “sobre trabajadores con responsabilidades familiares” no ha sido ratificado por nuestro país, empero, en la sentencia n.º 10.042 de las catorce horas con treinta minutos del veinticuatro de julio de dos mil trece fue valorado positivamente por la SC cuando se conoció del caso de un funcionario del Servicio de Parques Nacionales al que se le había negado una licencia por paternidad. El conflicto se inició debido a que la Administración interpretó restrictivamente la norma reglamentaria que instrumentalizaba la licencia, por considerar que el nacimiento de un hijo no era un supuesto válido para acordar el beneficio. La SC dijo que esa clase de licencias están en función de concertar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, por consiguiente, no era válido que se impidiera que los servidores públicos pudieran disfrutar de un espacio para compartir con sus hijos recién nacidos y fortalecer los vínculos emocionales con sus respectivas familias:

“En esa medida, la protección de los principios que acá se propugnan, tales como la protección de la familia y el interés superior del menor de edad, no pueden ceder ante una torcida interpretación administrativa de una norma reglamentaria. En consecuencia, considera este Tribunal que lo resuelto por la autoridad recurrida carece de sustento e implica una infracción a los derechos fundamentales del tutelado y su hijo menor de edad, motivo por el cual, se impone acoger el recurso, ordenando a la autoridad recurrida que conceda la licencia requerida por el nacimiento del hijo del amparado.”

Este fallo es especialmente relevante, porque permite visualizar como la idea respecto a que la mujer es la única encargada de la crianza de los hijos desaparece, para dar paso a cargas equitativas entre los dos progenitores. Es preciso señalar que en las sentencias n.º 17.440 y n.º 17.441 ambas del año 2006 del mismo órgano, se emitió un criterio semejante cuando se analizó una acción presentada contra un convenio colectivo que contemplaba licencias de ese tipo y por matrimonio a favor de trabajadores del sector eléctrico. A juicio de la SC esta clase de permisos poseían un respaldo en el artículo 52 del Texto Fundamental del país y además eran necesarios e idóneas para tutelar el bien jurídico “familia”.

Si la aplicación del convenio 111 ha sido apropiado para evitar situaciones de discriminación por razones de enfermedad, en la jurisprudencia constitucional y de casación, no ha sido siempre así en otras situaciones de desigualdad salarial o de discriminación indirecta por razones de género, donde se ha visto una aplicación formalista del principio conocido como “a trabajo de igual valor igual salario igual”, o cuando se ha dejado incluso en franco abandono a un sector de mujeres trabajadoras, como sucedió con respecto a un grupo de enfermeras de la ciudad de Limón a quienes se les modificó la jornada, obligándolas a laborar dos veces más jornadas nocturnas

que las que venían laborando ( ver al respecto el voto de la SC No. 2017-8917 de las catorce horas del dieciséis de junio de dos mil diecisiete). Llamamos aplicación formalista del principio antes señalado, porque a diferencia de lo que contempla el convenio No. 100 de la OIT, y el propio 111, cuando se comparan funciones, el análisis se reduce a determinar si existe una similitud absoluta entre las mismas o si ello no se da, perdiendo de vista de que lo que se debe comparar es el valor entre las labores que realizan unos y otros trabajadores.

#### **IV. Derecho Colectivo de Trabajo**

---

En materia de derecho colectivo de trabajo, vamos a realizar un examen de aplicación de los Convenios y Recomendaciones de OIT, considerando varios subtemas, como serían la libertad de asociación sindical, la pluralidad sindical, la protección de la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga.

##### **A. DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL Y SU PROTECCIÓN.**

Si en el año de 1993, mediante el voto 5000 de la Sala Constitucional, de las 10:09 horas del ocho de octubre del citado año, la SC ya había dictado una importante sentencia estableciendo la existencia de un fuero de protección para los representantes de los trabajadores en Costa Rica, a partir de las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 60 de la Constitución Política, Convenios 87 y 135 de OIT, y de artículos como el 339 del Código de Trabajo, tal línea de pensamiento se ha mantenido en otras sentencias posteriores del mismo Tribunal. Así, en el voto 2012-15910 de las 15:39 horas del 14 de noviembre de 2012, se hace expresa mención del Convenio No. 87 de la OIT, denominado “Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación”, aprobado por Ley No. 2561-C de 11 de mayo de 1960, indicando que en su artículo dos, este convenio desarrolla el concepto de

libertad sindical, que a su vez divide en libertad sindical positiva y libertad sindical negativa. Sobre la libertad positiva señala el fallo que "...de la libertad sindical se colige la prohibición de toda discriminación en razón de la ocupación, sexo, nacionalidad, nivel de instrucción, raza, fortuna, creencias religiosas u opiniones o pertenencias políticas. Asimismo, no es posible subordinar la constitución de sindicatos al poder discrecional del Estado, lo que implica que no puede exigirse una autorización del Estado previa a la constitución de un sindicato (...) Además, la libertad sindical positiva, en su manifestación de libertad de constitución, implica el respeto al pluralismo sindical en la medida que se prohíbe la imposición de un sindicato único por parte del Estado". En relación con la libertad sindical negativa, señala la misma sentencia que: "Atinente a la libertad sindical negativa, se desprende de la ratio iuris de la citada norma, que el trabajador, desde el punto de vista individual, le asiste el derecho a que se resguarde su libre voluntad, para no sindicarse o desafiliarse de un sindicato, puesto que se trata de un derecho lógico y correlativo a la versión positiva de dicha libertad. De esta manera, contrarios a la misma resultan la sindicalización automática u obligatoria, la prohibición convencional de no contratar a trabajadores no afiliados a determinado sindicato, y , en general, aquellas medidas o tácticas encaminadas, de manera franca y abierta, a procurar que los trabajadores solo se afilien al sindicato firmante de un convenio colectivo, como el "empleo preferente" o "preferential hiring" (obligación del patrono de dar empleo preferente a los trabajadores afiliados al sindicato firmante del convenio colectivo), la cláusula de "ventajas reservadas" a los afiliados del sindicato firmante del convenio colectivo, lo que viene a suponer la eficacia reducidas total o parcial del mismo a los trabajadores del sindicato firmante. Tales aspectos deben medirse a la luz del caso concreto, puesto que la posibilidad de negociación colectiva exclusiva por parte del sindicato mayoritario, según la legislación nacional y el propio Convenio 87, no resulta contraria a la libertad sindical; empero sí otras

medidas que restrinjan y obstaculicen la libre e independiente labor de los sindicatos minoritarios y les coarten la posibilidad de la defensa individual de sus afiliados”.

Nótese cómo, al tratar la posibilidad de que un sindicato mayoritario pueda tener una mayor representatividad para la negociación colectiva, la resolución anterior indica que ello no puede ir en desmedro de la posibilidad de la defensa individual y por tanto del ejercicio de la libertad sindical por parte de otros sindicatos, a los que llama minoritarios, expresión que nosotros entendemos viene referida a aquellos que por su menor representatividad no han podido acceder a iguales espacios de negociación colectiva. Esta materia se encuentra íntimamente ligada con el de la pluralidad sindical, tema sobre el cual desarrolla la SC en el mismo voto 2012-15910 de las 15:39 horas del 14 de noviembre de 2012, donde hace expresa alusión al Convenio 98 de la OIT, convenio conocido como “Convenio Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva”, también ratificado por Costa Rica, según Ley 2661-K de 11 de mayo de 1960. Así refiriéndose al artículo 1 del susodicho Convenio 98, expresa el fallo del Tribunal Constitucional que:

“Esta norma subraya la necesidad de resguardar la libertad sindical contra todo acto de discriminación, lo que implícitamente supone el resguardo de la pluralidad sindical. De este modo, la pluralidad sindical deviene resultado de la libertad sindical y permite la multiplicidad de asociaciones profesionales o sindicatos, debido a que no puede exigirse sin menoscabar la libertad sindical, la adhesión unánime de todos los trabajadores a un determinado sindicato. Ciertamente, el Convenio no se expresa a favor ni de la pluralidad sindical ni de la unidad sindical, pero sí da muestras evidentes de que, en la medida de lo posible y razonable, se debe reconocer la pluralidad sindical como elemento funda-

mental de la libertad sindical, esto es en tanto reflejo de la libertad de elección de los trabajadores”. Como dato interesante, esta misma sentencia, cita jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT, según la cual el Convenio 87 no tomó en forma alguna posición en favor de la tesis de la unidad sindical ni de la tesis de la pluralidad sindical. Como antecedente de este fallo, cita la SC el voto que ella misma había dictado No. 2011-013126 de las 17 horas del 27 de setiembre de 2011.

En punto al tema de la protección de la libertad sindical, vuelve a resultar paradigmática la sentencia de la Sala Constitucional contenida en el voto 5000 del año 1993, ya antes citada aquí. En esta se señaló, respeto del despido como principal medida desequilibrante de la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores lo siguiente: “...si bien en términos generales existe autorización legal para dar por terminado el contrato de trabajo sin justificación, previo pago de las prestaciones sociales, tal facultad patronal es nula cuando se aplique a los trabajadores nombrados como representantes, debidamente acreditados ante el órgano público que determine la ley, pues de lo contrario se estaría desestabilizando una organización de los trabajadores en clara violación de la Constitución Política (artículo 60), del Código de Trabajo (artículo 70), del artículo 1 de los Convenios de la OIT 98 y 135 y del artículo 8 del Convenio 97 de la OIT, convenios que han sido aprobados por la Asamblea Legislativa, según quedó reseñado”. Se puede comprobar, de las citas de jurisprudencia que efectúa el Tribunal Constitucional costarricense, que el concepto de representantes de los trabajadores, siguiendo la línea del Convenio 135 de OIT, denominado “Convenio Relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa”, abarca no solo a los representantes sindicales, sino también a cualquier otra forma de representación de los intereses de los trabajadores. De hecho, el voto 5000 de 1993 se refiere al des-

pido de personas que formaban parte de un Comité Permanente de Trabajadores, cuya naturaleza jurídica no era propiamente sindical.

La jurisprudencia constitucional ha hecho referencia incluso, al tratar el macro tema de la protección de la libertad sindical, de lo que denomina “un espacio amplio de participación de las organizaciones sindicales en el ámbito de la empresa”, a partir ya no solo de convenios de OIT, sino también de la Recomendación número 143. Así, en la sentencia de la SC, voto No. 2011-12457 de las 15:36 horas del 13 de setiembre de 2011, se indica que “es indudable que el derecho costarricense prevé un espacio amplio de participación de las organizaciones sindicales en el ámbito de la empresa. Tal conclusión se extrae de la relación existente entre el Convenio No. 135 antes citado y la Recomendación No. 143 “relativos a la protección de los trabajadores en la empresa y a las facilidades que se le deben dar a los mismos (incorporados al ordenamiento interno por medio de la Ley No. 5968 de 9 de noviembre de 1976); puesto que ambos instrumentos se refieren genéricamente a los “representantes de los trabajadores”, que son tanto los “representantes elegidos” por todo el personal de la empresa como los “representantes sindicales” elegidos por los sindicatos o los miembros de los sindicatos a nivel de empresa (arts. 3 del Convenio y 2 de la Recomendación). El Convenio y sobre todo la Recomendación establecen, de un lado garantías de protección eficaz contra medidas perjudiciales a estos representantes por razón de su condición o actividad (art. 1 y 5 de la Recomendación) y, de otra parte, una serie de facilidades a conceder por la empresa para el cumplimiento de sus funciones (art. 1 del Convenio y 9 de la Recomendación)”. Nuevamente cita este fallo judicial, jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de OIT, esta vez para desaprobar como violatorio de un derecho fundamental “lo eventualidad de que un empleador promueva o tolere la proliferación de otras formas de asociación en perjuicio del libre ejercicio de la libertad sindical”.

B. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Nuestra Sala Constitucional había definido en el año 2000, con ocasión del Voto 4453 de ese año, una especie de parte aguas en cuanto a quiénes podían resultar titulares de derechos provenientes de una convención colectiva y quiénes no. El artículo 62 de la Constitución Política de Costa Rica establece el derecho a negociar convenios colectivos, como derecho fundamental, tanto para los trabajadores y sus organizaciones como para los empleadores y sus respectivas organizaciones, sin distinguir entre sector público y privado. Aun así, el citado voto 4453 del año 2000 declaró inconstitucionales las convenciones colectivas para trabajadores y empleados que participaran de la gestión pública de la Administración. No ha definido la SC en su jurisprudencia, qué debe entenderse por participación de la gestión pública, señalando en sus fallos que la tarea de definir quiénes pueden ser titulares de derechos convencionales, conforme al voto indicado, son los tribunales de la jurisdicción común.

Pues bien, el principal aporte que ha hecho la jurisprudencia de los tribunales de la jurisdicción laboral en este tema, lo ofrece el voto No. 550 de la S II de la Corte Suprema de Justicia, de las 9:55 horas del 15 de agosto de 2007, que es uno de varios votos recaídos en relación con una convención colectiva de la Municipalidad de Alajuela, en los cuales dicha Sala pasó a concretar la forma en que debía interpretarse el fallo constitucional supra referido. Dado que a los efectos de este trabajo, lo que interesa es la doctrina sentada en el fallo, con aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, nos parece conveniente citar la sentencia de marras cuando indica que “A nivel internacional, el Convenio No. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva del 1º de julio de 1949, en el numeral 4º promueve la negociación voluntaria, al disponer (...). Por su parte, la Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en la Reunión No. 86 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el año 1998, estableció como derecho fundamental a

ser aplicado en todos los países que conforma esa Organización, “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”. Estos derechos fundamentales, según la Conferencia O.I.T., máximo órgano de esa entidad, son de acatamiento obligatorio por parte de los países que forman parte de dicha organización internacional, quienes deben respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad de buena fe. En otro orden de cosas, y aunque se trata de convenios no ratificados todavía por Costa Rica adquieren carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento, en virtud de la Declaración de Derechos Fundamentales antes citada y de la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo. Además, el Convenio 151, de las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública del 27 de junio de 1978, artículo 7°. Establece (...). Así también, el Convenio 154 de 19 de junio de 1981 |, sobre Negociación Colectiva, artículo 2°. Señala: (...) Pues bien, la mayoría de esta Sala considera, que el citado Convenio No. 98 de 1949, así como los derechos consagrados en la Declaración de Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo del año 1998, tienen no solamente valor superior a la ley, sino que además, tales derechos o garantías se verían desatendidos de su núcleo esencial si en el caso de las municipalidades la excepción de negociar colectivamente se convirtiera en regla”.

Llama la atención de la sentencia que se reseña el hecho de que se citen, en apoyo de la posición de la mayoría de la Sala dos convenios internacionales de OIT (152 y 154) que no han sido ratificados por Costa Rica, poniendo en práctica la jurisprudencia constitucional antes mencionada en este trabajo que posibilita la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos, aun cuando no hayan sido aprobados por la Asamblea Legislativa.

Así también, resulta concluyente este fallo en que si el voto No. 4453 del año 200 de la Sala Constitucional pudiera interpretarse en un primer momento como una sentencia que contiene la regla general de la imposibilidad de negociar convenciones colectivas en el llamado sec-

tor público, siendo la excepción a esa regla la posibilidad de negociarlas, la Sala II parte de una apreciación diametralmente opuesta, al considerar que la regla es la posibilidad de la negociación, y su interdicción vendría a ser la excepción.

### C. DERECHO DE HUELGA.

Nuestro Tribunal Constitucional ha hecho varios acercamientos al tema de la regulación de la huelga, considerando tanto los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, fundamentalmente el convenio No. 87, como la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de OIT, así como de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la misma organización. Entre los temas en los que se ha decantado la jurisprudencia constitucional al aproximarse a estas materias, encontramos en primer término el de los requisitos de audiencia mínima para ejercer el derecho de huelga, así como encontramos el gran tema de la huelga en los servicios esenciales.

Sobre el primer tema, ha señalado la SC lo siguiente: “El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha adoptado determinados criterios sobre el derecho de huelga, en función de las quejas que se le han presentado. Y la Comisión de Expertos, del mismo organismo, ha desarrollado lo que ha llamado una auténtica “jurisprudencia” en la materia (...) De manera más general, la OIT ha dicho que la exigencia de la decisión de más de la mitad de los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuarla, sobre todo en grandes empresas, por lo que la mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan a un gran número de afiliados. Esta disposición, dice el Comité, puede entrañar un riesgo de limitación importante al derecho de huelga (...) Una de las observaciones relativas al Derecho de Huelga que la Comisión

de Expertos ha dirigido a 48 de los países adscritos a la OIT, en el marco del Convenio 87 (1997-1998), es la relativa a los requisitos que deben cumplirse para la declaratoria de legalidad de la huelga, específicamente, acerca del número de trabajadores que deben estar de acuerdo con el movimiento. La exigencia de un número elevado se considera ilegítima por restringir de manera sustancial el ejercicio de los derechos sindicales fundamentales – como es la huelga–, así como la acumulación de disposiciones limitadoras que hagan la práctica imposible a su ejercicio (...) En este sentido y conforme a los principios establecidos por la Organización Internacional del Trabajo, respecto del porcentaje de trabajadores que debe estar de acuerdo con el movimiento, para la declaración de legalidad de una huelga, la Sala considera, bajo una mejor ponderación, que el requisito que establece el inciso c) del artículo 373, cuestionado en esta acción, de que debe constituirse al menos el 60% del total de trabajadores de la empresa o institución, sí resulta inconstitucional, por cuanto hoy excede el límite de lo que la OIT ha calificado como razonable para ser requisito legítimo y que no impida el ejercicio del derecho de huelga ( Voto 2011-10.832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011).

La resolución que se reseña es anterior a la reforma de nuestro Código de Trabajo del año 2016. Aun así mantiene una gran vigencia, tanto porque cuestiona la posibilidad de que resulte constitucional mantener un requisito de audiencia del 50% de los trabajadores, como requisito para la legalidad de la huelga, porcentaje que corresponde al que quedó regulado en el artículo 381 CT actual, como también porque expresamente declara la huelga en nuestro medio como un derecho fundamental.

Sin duda, el voto más importante dictado por nuestro Tribunal Constitucional en materia de huelga, lo encontramos en el voto 1998-01317 de las 10:32 horas del 27 de febrero de 1998, voto mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad de varios incisos del artículo 376 del CT. Recordemos que el artículo 376 CT es el que contempla los casos concretos de prohibición de huelga en los

servicios públicos, conforme con la reserva de ley que establece el artículo 61 de la Constitución Política. En este importante fallo, que abrió el derecho de huelga para los trabajadores de la agricultura de nuestro país y para los trabajadores del Estado, expresó la SC lo siguiente: “la libertad de sindicación en el sector agrícola se encuentra reforzada de manera expresa por el Convenio No. 11 de la O.I.T. mediante el cual se pretende que la población laboral de este sector alcance el nivel de otros sectores, específicamente del sector industrial, de forma que pueda disfrutar de los mismos derechos sociales y potenciar la acción sindical para el cumplimiento de sus fines (...) Para garantizar de manera efectiva la libre acción sindical, entendida ésta como el ejercicio y disfrute del derecho de sindicación, enfocado a desarrollar y alcanzar los fines constitucionales plasmados en el artículo 60, el constituyente incorporó en el artículo 61 constitucional mecanismos jurídicos que forman parte del contenido esencial del derecho de sindicación como son “(...) el derecho de los patronos al parto y el de los trabajadores a la huelga (...). Dichos institutos constituyen medidas de presión legítimas o medios de defensa de los intereses de los trabajadores y empleadores que se perfilan como el derecho de incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, de conformidad con la legislación nacional vigente, con el propósito de preservar, afirmar y perseguir los intereses que enuncia la propia Constitución y a los que el Estado debe procurar los adecuados cauces jurídicos e institucionales”.

Finalmente, ha tratado la SC en su jurisprudencia sobre huelga un tema de suyo meridiano, como es el de la prohibición de la huelga en los servicios esenciales y concretamente sobre la determinación de lo que debemos entender bajo ese concepto. No sobra decir que la jurisprudencia nacional dio un gran paso en este aspecto, al superar el concepto tradicional de “servicio público” - proveniente del derecho francés y en el cual se inspiró la reforma constitucional del año 1943, así como el constituyente de 1949- , sustituyéndolo por el de “servicios esenciales”, sobre la base de la doctrina sentada por los órganos

de control de la OIT. Lastimosamente la Sala sigue usando en algunas de sus sentencias este concepto de manera limitada, al comprender bajo la prohibición a sectores enteros de una determinada actividad, como es la hospitalaria, y no considerar que quienes tienen limitado el derecho son únicamente los trabajadores indispensables para mantener el servicio.

En cualquier caso, rescatemos los importantes aportes de la jurisprudencia constitucional en estas materias, en párrafos como los siguientes: “Así los convenios y recomendaciones emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, a través del Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos, han ido perfilando los casos en que la huelga puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias. En tal sentido, la OIT ha hecho uso del término “servicios esenciales” para determinar cuándo resulta viable prohibir la huelga en los servicios públicos. En 1983, la Comisión de Expertos de la OIT definió los servicios esenciales como aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población”. Tal criterio fue adoptado luego por el Comité de Libertad Sindical, para el cual lo determinante es la existencia de una amenaza evidente para la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población. (...) Este concepto no es absoluto, puesto que un servicio esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y de ese modo pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”.

## Conclusiones

---

A modo de conclusión debemos iniciar diciendo, que para la seguridad social y el derecho laboral costarricense, los convenios y recomendaciones de la OIT ha sido de gran provecho. Han sido una piedra angular para el desarrollo paulatino de muchas instituciones jurídicas que termi-

nan impactando positivamente en el acceso a prestaciones económicas y de salud de las personas trabajadoras. Al mismo tiempo, su aplicación directa a las disputas judiciales, trajo consigo un amplio catálogo de criterios que tutelan de forma amplia los derechos sociales de la clase trabajadora de nuestro país.

En materia de derecho individual de trabajo, los criterios señalados en este trabajo hacen ver que los instrumentos jurídicos concebidos en el seno de la OIT han permitido subir a un peldaño más alto la protección de aquellas personas que deben enfrentar cotidianamente situaciones de discriminación en el desempeño de sus funciones. Nuestra SC se ha pronunciado negativamente respecto a permitir cualquier clase de conducta que represente un óbice para el ejercicio digno del trabajo subordinado. Con estos puntos de vista, se ha pretendido equiparar las condiciones de trabajo de quienes sufren discapacidad y de quienes no, con la finalidad que todos los ciudadanos costarricenses estén en posibilidad de materializar su proyecto de vida y se desarrollen en su ámbito profesional. De la misma forma, han impulsado una conciliación de la vida familiar y profesional de las personas trabajadoras.

No obstante lo dicho, en materia de aplicación del principio conocido como “a trabajo de igual valor, igual salario”, presente en el convenio 100 de la OIT, y en la doctrina de los órganos de control de dicha organización, así como en materia de protección contra la indiscriminación indirecta por género, la jurisprudencia patria, tanto de la SC como de la S II sigue en el lado del débito. En este sentido, al menos en materia laboral, el concepto de discriminación indirecta, no se ha utilizado del todo.

Finalmente, en materia de derecho colectivo de trabajo, es notable la incorporación que ha hecho tanto la jurisprudencia constitucional como la de la Sala de Casación, ya no solo de los convenios y recomendaciones de la OIT, incluso de convenios no ratificados, sino también de la jurisprudencia y pronunciamientos de los Órganos de Control de esa organización internacional.

## Bibliografía

---

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley No. 7128. Ley de creación de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley No. 9343. “Reforma Procesal Laboral”.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley No. 8 reformada por Ley 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Asamblea Legislativa. Constitución Política de Costa Rica, 1949.
- BOLAÑOS Céspedes, Fernando. “Apuntes sobre el Régimen de Trabajadores Migrantes en Costa Rica”. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. No.1, diciembre 2005.
- CALVO Rodríguez, Esteban. “La persona Trabajadora Migrante en la Jurisprudencia Constitucional, Principio de Igualdad y Derecho del Trabajo”. Investigación auspiciada por la OIT y CONAMAJ, mayo. 2015.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No 10.042 de las 14:30 horas del 24 de julio de 2013.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 013126 de las 17 horas del 27 de setiembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 01317 de las 10:32 horas del 27 de febrero de 1998.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 1.617 de las 11:31 horas del 4 de febrero de 2015.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 1.664 de las 15:08 horas del 27 de enero de 2010.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 10.832 de las 14:30 horas del 12 de agosto de 2011.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 12457 de las 15:36 horas del 13 de setiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 13.205 de las 15:15 horas del 27 de setiembre 2005.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 15910 de las 15:39

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 17.971 de las 14:51 horas del 12 de diciembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 17.440 y No. 17.441 ambas del año 2006.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 18.356 de las 14:29 horas del tres de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 19.782 de las 09:05 horas del 05 de diciembre de 2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 4453 del año 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 5.981 del 6 de mayo de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 5000 de la Sala de las 10:09 horas del 08 de octubre de 1993.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 7.294 de las 10:41 horas del 18 de agosto de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 7.903 de las 09:05 horas del 10 de junio de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. 9.687 de las 14:56 horas, 1º de noviembre del 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución No. N.º20.473 de las 15:21 horas del 18 de diciembre de 2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 550 de las 9:55 horas del 15 de agosto de 2007

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 1.259 de las 14:56 horas del 09 de setiembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 581 de las 09:46 horas del 10 de junio de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 1.045 de las 09:30 horas del 11 de setiembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 1.075 de las 09:20 horas minutos del 29 de enero de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Resolución No. 189 de las 10:00 horas del 05 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional, Resolución No. 2091 de las 08:30 horas del 3 de marzo de 2000.



# El impacto sobre el debido proceso con el nuevo código civil y comercial de Argentina

---

Laura Viviana Pelayes

*Sumario. I. El impacto sobre el debido proceso en el nuevo código civil y comercial de Argentina. Conclusiones. Bibliografía.*

El Debido Proceso es uno de los temas más apasionantes del Derecho Procesal muy unido al Derecho Constitucional. Una de las garantías esenciales que edifica el Estado Constitucional de derecho. Lo hemos visto a lo largo de nuestra carrera de grado en múltiples materias y en el ejercicio profesional, ya sea como abogado litigante o cumpliendo funciones en la judicatura nos vamos a tener que detener para recalcar sobre el mismo una y mil veces.

No es fácil encontrar una buena definición de “Debido Proceso”, es un concepto impreciso hay referencias negativas, es decir: que no es el debido proceso o la recurrencia de jurisprudencia, donde la Corte afirma “no es debido proceso...el que no cumple con tal requisito, o el que no escucha a ambas partes o aquel que omite la consideración de alguna prueba relevante para el proceso. ¿Cómo encontrar una definición positiva? Hay que atender a las etapas de formación de un país y el surgimiento de las instituciones o conceptos jurídicos.

En Argentina nuestra historia constitucional se remonta a mediados del Siglo XIX se construye a partir de la constitución de EE UU ésta es una organización corta y breve. Allí el debido proceso se construye en base del artículo del derecho de defensa, se le da una relevancia a la defensa técnica penal. Nuestros Constituyentes tomaron los principios de ese artículo y lo volcaron en nuestro artículo 18 de la C.N., con un detalle que aunque parezca una infidencia de la historia, tiene connotaciones importantes. Y es que Juan Bautista Alberdi, nuestro proyectista manejaba un inglés deficiente, entonces haciendo análisis de la Constitución de EEUU, a la que se tomó como modelo, al toparse con la expresión “DUE PROCESS OF LAW” conforme la fórmula inserta en las Enmiendas QUINTA Y CATORCE de la Constitución de Filadelfia y a la expresión “DUE” puede y debe traducirse como “debido” no supo asignarle la traducción correcta y lo tradujo como “proceso legal” expresando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos. Sobre los años 1860 donde comienzan los cuestionamientos sobre ¿cuál era la finalidad de los derechos constitucionales? ¿De qué sirve el derecho de propiedad si soy perturbado en mi goce? ¿De qué me sirve el derecho de contratar libremente si posteriormente no cumplen con el objeto del contrato o con las condiciones de él? Dando nacimiento de algún modo al derecho procesal. Algunos lo llaman “la herramienta de los derechos sustanciales”. ¿Pero qué pasó entonces? El legislador en vez de continuar la misma línea de pensamiento jurídico y mirar al Sistema Americano o al Common Law, que era el que mejor se adaptaba a nuestra Constitución se inclinó por el derecho continental mirando a la madre Patria tomando el modelo de la Ley Española de enjuiciamiento Civil de 1855 reformada en 1881.

Si recordamos los conceptos básicos del Derecho Constitucional en lo que se refiere a los sistemas de control de constitucionalidad esto es el difuso o americano donde la confianza está en el juez y el continental europeo, con la alta desconfianza que reinaba sobre los jueces, el acento

se pone en pueblo “vox populi, vox dei” advertimos que en Argentina nos encontramos con una Constitución del estilo americano al igual que su control de constitucionalidad, leyes de procedimiento españolas y el derecho sustantivo Francés con algunas instituciones Alemanas.

Tomando en consideración conceptos jurídicos sobre el proceso, donde el proceso se considera como un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en perfecto pie de igualdad ante un III que ostenta carácter de autoridad (generalmente es el juez) una persona que debe estar investida de imparcialidad e independencia, luego de que una de las partes haya expuesto su pretensión, la otra reconozca, rechace o reconvierta; se lleve adelante la prueba sobre los hechos contradictorios; se alegue sobre el mérito de la prueba y ahí recién el juez resolverá en definitiva o habrá un nuevo ciclo que es la segunda Instancia donde todo el procedimiento se repite en base de la pretensión de la Primera Instancia. ¿Es este el debido proceso? de buenas a primeras debería responder que sí. Ya que si el debido proceso consiste en que el juez aplique la ley y esta es la ley procesal entonces lo está cumpliendo. El problema es que la historia constitucional cabalga en sentido contrario de lo que se expone en lo procesal sobre el juez ausente. Se comenzaron a construir ideales o principios que se contraponen entre una y otra rama. ¿Cómo siguió esto? ¿Cuáles eran los principios del debido proceso? Juez Natural, anterior al hecho de la causa, no estaban obligados a declarar contra si mismos, el principio de bilateralidad.

Luego convergen dos cuestiones importantes: A) La constitucionalización de los Estados y la de la codificación de los estados, surgiendo que muchas veces en los códigos de fondo se preveían cuestiones de forma ej.: Testamento ológrafo que se probaba con la firma de dos testigos y los códigos procesales quedaron como resentidos. ¿Cuál era el mejor modelo de juez? El activo el que se inmiscuye, el que se posiciona; o aquel que se mantiene al margen exclusivamente dirigiendo el proceso y otra cuestión no menos importante que cambia el curso de la historia

de la humanidad B) Fueron las guerras mundiales con el consecuente avasallamiento de los derechos y libertades socavadas que provocaron el replanteo de diversos temas en todo tipo de materias. Es así que se producen modificaciones en constituciones en leyes de fondo y de forma.

En nuestra Constitución se hace hincapié por ejemplo en el derecho de propiedad (art 17 CN), de peticionar ante las autoridades (art.14) pero no sobre otros derechos individuales (por ejemplo, el derecho a la vida).

Posterior a la Primera Guerra Mundial surgen Doctrinas totalitarias (Nacionalismo/ Fascismo) y en ese encuadre histórico surge el Código de Procedimiento Italiano de 1940 (código fascista), donde la posición del juez y la del proceso en sí cambia. Se deja de colocar el acento en el individuo, ahora es el estado que toma un rol activo se inmiscuye en la vida de los particulares. Apareciendo entre muchas figuras por ejemplo la Intervención de terceros.

En 1942 muta el juez ya no es el director del proceso, sino que es protagonista buscador de la verdad; un juez activo que no se deje engañar. Este código impactó en el ejercicio del derecho. Hubo un cambio del juez del debido proceso legal al debido proceso constitucional, al derecho público. Por ese entonces había aparecido la figura de Kelsen uno de los pioneros del Derecho Constitucional y comienza a esgrimirse las bases del control de constitucionalidad con la edificación de los Tribunales constitucionales en Europa. ¿Cómo se va a controlar a los jueces en su aplicación de la ley? ¿Solamente la van a aplicar? ¿Van a interpretar las leyes los jueces?

Surgen los tribunales de control de constitucionalidad y además la protección de los derechos evoluciona. En la Constitución Argentina se distingue una primera etapa donde el reconocimiento y la protección se centraba solo en los derechos individuales, posteriormente caminamos hacia los derechos sociales (art. 14 bis) y en esta última etapa ya con la modificación de nuestra Constitución en 1994 nos encontramos el reconocimiento de los derechos

políticos y colectivos ej.: protección del “medio ambiente”, de los consumidores.

Es como que la Constitución Argentina va por un lado y el proceso por el otro, por una parte el acceso a la justicia, el plazo razonable y otro parámetro son los intereses en juego. Sin dejar de atender como mutaron cuatro principios clásicos que existían en el proceso.

- No hay proceso sin actor.
- El juez no puede promover de oficio una causa
- El juez debe sentenciar sobre lo alegado y probado por las partes.
- La cosa juzgada solo hace verdad entre quienes intervinieron en el proceso.

Estos principios son viejos adagios del Derecho Romano aplicables en principio, aunque algunos han ido mutando y ampliado por ejemplo en el caso de que el juez no puede promover de oficio una causa, en el código civil referido a los asuntos de Familia, se impulsa la oficiosidad; en el caso del tercero con la carga dinámica de las pruebas, la tutela anticipada; en el caso del cuarto, si se inició una acción de carácter ambiental las resultas del proceso terminarían beneficiando no solo a quienes intervinieron sino al “universo” que abarca. (ejemplo... el corralito financiero de Argentina año 2001- 2002) la limpieza del Riachuelo de la Provincia de Buenos Aires.

¿Cuál es el rol del abogado en el debido proceso? ¿Es un deber de las partes o del juez?

Luego de las primeras sentencias de CIDH se comenzó hacer hincapié en el debido proceso, averiguación de la verdad, hacer base en la prueba, hay un cambio copernicano por ejemplo en lo atinente del derecho del consumidor siendo el individuo consumidor el más débil en la relación, también en lo referido a algunas contrataciones de servicios como los médicos donde expresamente la ley establece que aquel que esté en mejores condiciones es

el que tiene que probar. O en la ley general del ambiente que el supuesto contaminador es el que debe probar.

En el acceso a la justicia cambiaron respecto de la legitimación y su representación (antes capacidad= legitimación= calidad de parte) (hoy capacidad más interés = a representación adecuada). Por ejemplo en el caso de demandas colectivas, solo algunos organismos revestirán los requisitos para actuar y detentaran la calidad de representación adecuada)

El juez debe sentenciar sobre lo alegado y probado por las partes. Otra regla que ha sufrido mutaciones es la bilateralidad. Donde el juez comienza a actuar sin la intervención de la otra parte, primero con las medidas cautelares, inmiscuyéndose en la causa bajo pretexto de urgencia, (por ejemplo en caso de Salud) sin oír a la otra parte surgiendo así la tutela anticipada, las medidas autosatisfactivas ya que de esta manera está legislando con la sentencia, ya que podría cometer prevaricato, porque podrían estar conculcando una garantía.

La cosa juzgada solo hace verdad entre quienes intervinieron en el proceso. La cosa juzgada en los procesos de incidencia colectiva el de los bienes culturales, el consumidor bancario, en estos casos la cosa juzgada toma carácter erga homines.

Vemos como con la alteración de estos cuatro conceptos romanos, se ha ido violentando el principio del debido proceso tal y como se había previsto al momento de su creación.

En este escenario fue modificado en Argentina el Código Civil de Vélez Sarsfield y además se le unificó el de Comercio. ¿Era necesaria una modificación en nuestro Código Civil? La respuesta es afirmativa. Habían instituciones obsoletas, otras que no figuraban. Tenía más de cien años, había sido realizado en otro contexto social. ¿Fue adecuada la modificación realizada? Aunque las aguas están divididas, lamentablemente aunque algunos con voz muy baja dicen que no.

Nuestro nuevo código Civil y Comercial la primera Inconstitucionalidad que observamos es que violenta la Federalidad y la republicanidad.

Nuestra Constitución ha sentado el principio de reserva Constitucional. En su artículo Primero expresa: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma Representativa, Republicana y Federal, según lo establece la presente Constitución. ¿Qué significa ser Federal? Significa que las provincias manejamos nuestros peculios, nuestros ingresos y además cada provincia dicta sus propios códigos, entiéndase que en la República Argentina conviven 24 códigos de forma (procesales) con un código sustancial, esto es debido entre otras causas a la gran extensión de nuestro territorio. Este contenido fue tomado por nuestro constituyente Alberdi de la X enmienda de la Constitución de los EEUU y a la especial reserva que realizan las provincias respecto de los códigos de forma.

Por otro lado, es justo reconocer que los redactores del nuevo código (que fueron muchos) son excelentes jueces y reconocidos académicos civilistas y comercialistas. Al decir de algunos entendidos es un código de poca norma y muchos jueces, es que se ha inmiscuido en el Poder Judicial indicando que deben hacer los jueces en casi 400 artículos y esto amerita la oposición por parte de las provincias. Este código ha sido hecho por jueces y surge a simple vista la diferente filosofía que utiliza el juez para analizarlo muy distinta de la del abogado litigante (a decir de mi Maestro Alvarado Velloso “el que pecha mostradores” el que sufre las injusticias) con el agravante de estar imbuido de la corriente “Decisionista” o solidarista que se enmarca en lo que al juez encargado de aplicarla pueda con su voluntad influir en la decisión jurídica, “la voluntad del hombre que prevalece sobre la estructura Institucional” frente al Normativismo que antepone la ley sobre cualquier otra volición humana.

Un destacado constitucionalista de renombre en mi país el Dr. Germán Bidart Campos en su Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar Buenos Aires,

1995 distingue en nuestra Constitución las Declaraciones (el carácter de Republicana Representativa y Federal, los Derechos (se le reconocen derechos propiedad, libertad, de comercio etc) y las GARANTÍAS que son los medios pensados por el constituyente para que el hombre pueda hacer valer sus derechos.

Encontramos cinco garantías en la Constitución Argentina:

- Acceso a la Justicia que es proceso.
- Control Judicial: Recurso extraordinario que es proceso
- Amparo: que es proceso.
- Habeas Corpus que es proceso.
- Habeas Data que es proceso.

Aquí vemos como en definitiva es el proceso el modo de poner límite al poder. Pero no cualquier proceso, sino el debido proceso.

Para que puedan apreciar de un modo más ilustrado como se ha visto afectado el “debido proceso” con la llegada de nuestro nuevo código de fondo, referenciaré algunos artículos incluidos en el nuevo código civil y comercial.

Así el código civil y comercial en los primeros artículos expresa

Artículo 3: Deber de resolver: hace referencia a las facultades jurisdiccionales u obvias y dice expresamente:” Que la decisión razonablemente fundada” es un artículo sobreabundante sabemos que si no lo fuera sería pasible de Recurso (sin sentido en un código de fondo).

*Otras normas oficiosas o ampliatorias*

Artículo 10. Abuso del derecho Ordenar lo necesario para evitar el ejercicio abusivo del derecho (aclárese que se trata de ordenar sin petición de las partes).

Artículo 794: Reducción de la cláusula penal cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan.

Artículo 989: Control judicial de las cláusulas abusivas Contrato Cláusulas abusivas de oficio en contratos celebrado por adhesión (aun cuando sean de carácter administrativo)

Artículo 1122: Control judicial de cláusulas abusivas de oficio.

Artículos 1714 y 1715: Condenaciones pecuniarias excesivas pudiendo dejar sin efecto la medida (incluso administrativa).

Artículo 1735: Facultades judiciales: distribución de la carga probatoria a merced del Juez, este artículo es de los más sensibles a los fines de favorecer el decisionismo judicial, el debilitamiento del principio de legalidad. Su aplicación afectará la predecibilidad de las decisiones judiciales, componente de la seguridad jurídica. Al debilitarse la regla general cada caso exigirá una decisión individualizada con el posible aumento de la litigiosidad.

Un acápite aparte merece el Libro II del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina destinado a las Relaciones de Familias. Este libro tiene cambios trascendentales en el Derecho Sustantivo. Se avanzó sobre diversos aspectos: procedimientos. Principio Generales. Reglas oficiales, se avanzó sobre la oficialidad. En general los cambios sobre el derecho sustancial de familia apuntan a un claro predominio de la autonomía y del individualismo (matrimonio igualitario, cambio de identidad para los mayores de 18 años con la sola concurrencia al Registro Civil). En lo procesal las normas sancionadas apuntan a un mayor intervencionismo judicial.

Artículo 706: Principios generales de los procesos de familia Dice el proceso en materia de familia “Debe respetar” (término categórico prescriptivo) los principios de tutela judicial efectiva, Inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expe-

diente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia especialmente tratándose de vulnerables... este tipo de cláusulas así redactadas terminan siendo usadas como normas que soslayan cualquier tipo de forma de requerimientos y un uso abusivo de estas potestades, que terminan siendo una válvula de escape provocando la discrecionalidad judicial o lo que es peor la arbitrariedad judicial.

En otros artículos hay una manda constitucional, como el derecho del Niño a ser oído art.707, podríamos decir que además se ha constitucionalizado el derecho de familia.

Artículo 709: Principio de oficiosidad del juez en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez La oficiosidad del Juez, donde el juez puede impulsar el proceso de oficio sobre alimentos, cautelar, adopciones y ordenar pruebas oficiosamente. Extender estos principios a todo los proceso de familia, da de bruces contra toda la libertad y la autonomía que pretenden imponer y obviamente contra el debido proceso.

Artículo 711: Testigos parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como partes. Receptándose la jurisprudencia reinante en la materia.

## Conclusiones

---

“La garantía del debido Proceso no solamente es un canal que hace viable el ejercicio de otros derechos sino también un parámetro que encuadra o limita el accionar de quien tiene autoridad, buscando evitar el abuso del poderoso sobre el débil”, esto es en palabras de un Ilustre Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Maestría de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Rosario, Argentina el Dr. Jorge Amaya.

En EEUU la discusión sobre el “debido proceso legal” continúa, en especial a partir de la afectación de las libertades individuales, con hechos tan sensibles a los americanos como los sucesos del 11-S del 2001. De igual modo su-

cede en Europa y Latinoamérica, conforme a las diversas realidades que se viven en cada punto geográfico referido.

Sin duda la dimensión del Debido proceso legal más reconocida fuera de los EEUU es la dimensión del DEBIDO PROCESO LEGAL PROCESAL entendida como la posibilidad que se respeten dentro del proceso (judicial, administrativo o parlamentario) ciertos derechos mínimos o los propios principios del proceso.

Argentina no es ajena a este problema. La discusión sobre la extensión y la dimensión del DEBIDO PROCESO LEGAL se encuentra vigente, más aun con las múltiples modificaciones que han sufrido nuestros códigos de fondo Civil y Comercial impregnado de normas procesales. Y ésta abierta discusión posiciona y enfrenta dentro del ámbito procesal a solidaristas o decisionistas frente a los garantistas o al legisferante activismo judicial frente a la norma y la constitución.

El Debido Proceso como Derecho Humano, es de enorme trascendencia y está íntimamente ligado a los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho.

Según Explica Hitters, Juan Carlos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, T<sup>a</sup>1 Bs As. 1991 pág. 20) Los derechos Humanos son aquellos que aparecen como anteriores al Estado y por ello dicen que se descubren y no se inventan, se reconocen y no se otorgan.

Además son fundamentales, porque su vigencia es independiente de la ley positiva que la otorgue. Son humanos, porque están atribuidos de modo inmediato, sin intermediarios, al individuo como tal y son universales porque siguen al individuo en todo tiempo y lugar.

Concluyo sosteniendo que es imperioso, pero además oportuno seguir bregando por el respeto y estricto cumplimiento de las garantías Constitucionales embanderando y posicionando al debido Proceso como un Derecho Humano para poder solventar un estado Constitucional que mantenga la paz social.

## **Bibliografía**

---

Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Ediar Buenos Aires, 1995.

Hitters, Juan Carlos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, T<sup>a</sup>1 Bs As. 1991 pág. 20.

# La reforma de la justicia penal: en busca de un proceso debido y humano

---

*Sergio J. Cuarezma Terán<sup>1</sup>*  
*Diego Cuarezma Zapata<sup>2</sup>*

## I

---

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituyen la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de expectativas de derechos y garantías de la población. Hoy día, el desarrollo debe sustentarse en mayores niveles de equidad y de acceso de todas las personas a las oportunidades. Es-

- 1 Profesor de Derecho penal e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. [www.sergiocuarezma.com](http://www.sergiocuarezma.com)
- 2 Asistente de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. [www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)

tas condiciones de equidad, participación y seguridad, suponen la existencia de instituciones públicas fuertes, ágiles, transparentes y eficaces, especialmente de la justicia, pero una independiente e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático y generar, en consecuencia, seguridad jurídica, que hace precisamente, que una sociedad pueda crecer social y económicamente.

## II

---

La justicia (y su reforma), en esta línea de pensamiento, ha venido ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, la región no había enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

La reforma de la justicia se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios obligaron que el tema de la justicia, pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo». Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para en la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región.

La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés «local» a un interés «regional», y, su fundamentación del plano de los «derechos humanos», al plano predominantemente «económico». En la teoría de la justicia, JOHN RAWLS

(Gago, 2011, p. 32) expresa que la justicia está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa GAGO PRIALE,

“el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades” (2011, p. 32)

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración y solidez de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia (independiente e imparcial) la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así pues, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por la existencia de un Estado de derecho constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de principios verdaderos del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a PÉREZ LUÑO (1993, p. 19) a considerar

“el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”.

Por esta razón, dice PÉREZ LUÑO (1993, p. 26),

“cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una

vivencia de los derechos fundamentales se re-  
fuerza la implantación del Estado de derecho”

Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse en virtud de una ley” (Birkenmaier, 1997, p. 85). Esto hace que la importancia del Estado de derecho radique en el

“principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.” (Besson, Waldermar y Gotthard, 1997, p. 125).

La justicia desde este rincón, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades. La justicia para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental (Gago, 2011, p. 50). Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado” (Gago, 2011, p. 50). Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos”, como expresó AMARTYA SEN, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental

la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de SEN, según GAGO PRIALE,

“es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país (nuestro país) es nada, poco o mucho desarrollado” (Gago, 2011, p. 50-51) (entre paréntesis es mío)

### III

---

En la región centroamericana desde inicio de los años noventa, coincidentemente con el señalamiento del profesor de la Universidad de Múnich, BERND SCHUNEMANN, en su trabajo, la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, tiene inicio la reforma de la justicia penal, la “gran reforma del siglo XX”, como le denominaron algunos académicos.

Esta reforma implica la transformación del sistema de justicia en cada uno de sus componentes, la policía en el área de la investigación criminal, la reforma del código penal, el código procesal penal y la legislación penitenciaria de cada país, entre otras áreas. No obstante, pensamos que el impacto de mayor transcendencia se produjo en la reforma de carácter procesal penal, no solo por el cambio de sistema o modelo procesal (del inquisitorial al acusatorio), sino también por la fuente de donde se origina el

mismo. La región asume un modelo propio del sistema jurídico comparado del Common Law y marca distancia con el europeo continental, del Civil Law, basado en la ley escrita.

El nuevo modelo procesal penal, instaura el modelo acusatorio. El impacto de este modelo radica, entre otros aspectos, en la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y la sentencia, o como expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España 4/2002, 14 de enero, "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse", y segundo, en la separación de los roles de las partes que intervienen en el proceso. Para que esto pueda ser posible, que el principio acusatorio tenga vigencia, la estructura del proceso penal de modelo acusatorio, separa con claridad las funciones de acusar y juzgar. Lo anterior, sumado a los principios del debido proceso y, en especial, al derecho a la defensa, que permite al acusado rechazar la acusación que contra él, en el marco de una audiencia oral y pública, dominada por el debate contradictorio.

A diferencia del proceso acusatorio, el modelo inquisitivo es el enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad y la centralización del poder; todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El principio inquisitivo consiste en que el órgano jurisdiccional desarrolla su actividad en relación con uno o varios sujetos que se encuentran en posición pasiva respecto de esa actividad, es decir, el juez inicia de oficio las investigaciones y lleva el proceso adelante respecto de una sola parte (el imputado), frente a la cual investiga y dicta sentencia. El juez instructor, como director y artífice de la investigación, puede acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables; las partes personadas en el juicio pueden colaborar en la instrucción pidiendo la práctica de las diligencias que estimen oportunas, y que deben, en todo caso,

acordarse por el juez si las considera conducentes, o no. Otro rasgo del proceso penal inquisitivo es el carácter escrito de las actuaciones, que permite revisar la cuestión en segunda instancia y aún en casación, compensando –y limitando– de esta manera los grandes poderes del juez inquisidor, que dicta sentencia de primer grado con base en sus averiguaciones.

El modelo procesal acusatorio, en cambio, exige que una parte distinta al juez promueva y sostenga una acusación o pretensión punitiva para que pueda iniciar el juicio penal y, en su caso, pueda condenarse al acusado. En el principio acusatorio el acusador es persona distinta del juez. El Estado separa ambas funciones de acusar y juzgar en diferentes sujetos, para evitar que coincidan.

#### IV

---

Sin embargo, y a pesar de los grandes esfuerzos, después de veintiocho años del inicio de la reforma, esta presenta aún problemas. En la investigación realizada por ILANUD en Latinoamérica (2007), bajo la dirección científica del profesor ZAFFARONI, sobre “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina” (2007, p. 41), se llegó a comprobar empíricamente las violaciones de los derechos fundamentales de las personas imputadas en la etapa de investigación, la etapa que le corresponde dirigir al fiscal.

En las conclusiones de la investigación se presentan hallazgos graves, violaciones propias de un proceso inquisitivo, identificadas en las nuevas legislaciones de corte acusatorio. En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio contaminando la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisiti-

vo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes arbitrarios o incontrolados (mismo del juez inquisitorial); también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y prácticas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

En el 2011, ILANUD llevó a cabo una investigación sobre las “Reformas al sistema de justicia penal en Japón y América Latina. Logros, problemas y perspectiva”, en las conclusiones generales, puso de relieve (veintisiete años después de iniciada) serias disfuncionalidades, o dicho en palabras de BINDER “una tarea inconclusa e imperfecta” (2016, p. 101). La prisión preventiva, medida cautelar extraordinaria, es utilizada de forma indiscriminada no sólo en las peticiones que los fiscales hacen a la hora de la acusación, sino también en la imposición de los jueces. A pesar que los Códigos de la región han incorporado mecanismos alternos de solución de conflictos, son utilizados de forma insuficiente para evitar que los hechos sean llevados al sistema de justicia penal y evitar una respuesta violenta. Uno de los más graves problemas que enfrenta la reforma es el escaso apoyo que el Estado da a la defensoría pública, especialmente en el tema presupuestario. Esta institución es el fundamento democrático del proceso penal, y sin una defensoría pública fuerte muy difícilmente el modelo procesal acusatorio podrá consolidarse. Los roles de los actores procesales y su consolidación, es otro de los problemas que presenta la reforma veinticinco años después. A pesar que el nuevo modelo procesal

establece la separación de roles, el fiscal ejerciendo la acción de acusación y el juez, resolviendo, lo cierto es que en la práctica no son pocos jueces que se inmiscuyen en roles o funciones derogadas. Otro aspecto, es la escasa articulación operativa entre el Ministerio Público y los organismos de investigación y el predominio de una cultura inquisitiva o autoritaria entre los operadores de justicia.

## V

---

Estos problemas que apuntan las interesantes investigaciones del ILANUD, 2007 y 2011, exigen, sin duda, retos que no pueden posponerse. La investigación (2011) propone como recomendaciones, primero, dotar de mayores garantías procesales a las partes dentro del proceso, de acuerdo con los estándares internacionales sobre la materia, y, segundo, la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia procesal.

Estas recomendaciones, se orientan a la implementación de la oralidad en el sistema o modelo procesal acusatorio, eliminando en lo posible la formalización del proceso o rigurosos formalismos escritos, propios del modelo inquisitivo (pocos países, como Panamá, suprimió exitosamente el expediente en el proceso). La necesidad de implementar los mecanismos de resolución alternativos de conflictos y evitar que la creciente conflictividad social sea trasladada al escenario judicial. Además, es recomendable impedir en la medida de lo posible, que la falta de acuerdos entre las partes en el conflicto, desemboque por parte del Ministerio Público en acusación y, por el contrario, estimular que los hechos permitidos por la ley lleguen se resuelvan por estos mecanismos. El derecho a la participación de la víctima en el proceso penal, es otro reto de la reforma procesal penal. La reforma contemplaba una mayor participación de la víctima del delito, sin embargo, todavía hoy el papel de la misma es pasivo y reducido al papel de testimonio, como si no pudiera colaborar de forma activa y positiva en el hecho criminal (Cuarezma,

1996, 298-299). La participación ciudadana en la justicia penal, es otro reto para la reforma, como el desarrollo de una contracultura acusatoria, para desplazar los resabios del modelo procesal inquisitorial.

Y, por último, y no menos importante, la región tiene el desafío (o el compromiso) de racionalizar la intervención penal, es decir, considerar al Derecho penal como la última ratio, sobre todo en momentos que la región trata de desarrollar políticas de tolerancia cero o ley y orden, que se traducen en mayor violencia con menor garantías, dirigidas especialmente a los sectores poblacionales empobrecidos, que demuestra, a propósito, lo que el Estado puede hacer solo por ellos. Como expresa en una reciente entrevista al diario argentino La Nación, el sociólogo noruego Nils Christie, la «prisión lastima a la gente».

## Bibliografía

---

- (2000) BARBOZA MOREIRA, José Carlos. La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, p. 49-53.
- (1997) BESSON, WALDERMAR Y GOTTHARD, J. Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires.
- (2016) Binder, Alberto M. Carolina Villadiego Burbano. Catalina Niño Guarnizo (Coordinadora) La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas. Farid Samir Benavides Vanegas. Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol). Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Bogotá, Colombia.
- (1997) BIRKENMAIER, W. El Estado de derecho la RFA. En Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires,
- (2001) BLASCO SOTO, María del Carmen. El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo. En Documentos penales y Criminológicos, Diego-Manuel Luzón

- Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio J. Cuarezma Terán (directores), Volumen I, Managua, pp. 443-470.
- (2011) BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, Justicia, n° 3-4, pp.121-132.
- (2018) Cuarezma Terán, Sergio y Diego Cuarezma Zapata. El sistema (o modelo) procesal penal acusatorio: avances y retos. En Problemas Actuales de la Cuestión Criminal en Latinoamérica. Derecho Penal Parte General – Parte Especial Política Criminal y Criminología. Ángel Gaspar Chirinos Lenin Fernando Solís Morquecho Erick González Rado José Luis Chambilla Quispe (Directores). Anthony Julio Romero Casilla (Coordinador) y Robert John Bracamonte Chávez (Colaborador). A&C Ediciones Jurídicas S.A.C., pp. 437 – 448
- (2003) CUAREZMA TERÁN, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”. En: La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación. Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richard Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., p. 423- 461.
- (2001) “El desafío de la justicia”. En: El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano. Managua, p. 63-68.
- (1996) La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua. CEIJ. Managua: Editorial-Impronta UCA.
- (1996) “La Victimología”. En Estudios Básico de Derechos Humanos, Compiladores, Sonia Picado, Antonio Cançade Trindade y Roberto Cuéllar, IIDH, San José Costa Rica.
- (1999) DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. La plea bargaining de los EE.UU. En Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal) Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2000) DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. Reforma de la Administración de Justicia en América Latina. Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre.
- (2001) ELBERT, Carlos Alberto. “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”. En: Documentos Penales y Criminológicos. Volumen 1. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, PEDRAZ PENALVA, Ernesto y CUAREZMA TERÁN, Sergio J. (Directores). Managua: HISPAMER, p. 555-568.
- (2011) GAGO PRIALE, H. La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos, En Derecho y Desarrollo, UCP, Lima.
- (1999) GALEANO, Eduardo. Patas Arriba. La Escuela del Mundo al Revés. México: Siglo XXI editores.
- (2001) GIARONE, Daniel. Véase en <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm>
- (2006) GÓMEZ COLOMER, J.L., “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, Revista Poder Judicial, n° especial XIX, pp.25-77.
- (2007) GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal? Prólogo de Santiago Mir Puig. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua.
- (2013) JIMENO-BULNES, M. American criminal procedure in a european context. Cardozo journal of international and comparative law, volume 21.3 (spring), pp. 410 – 459.
- (2001) LANGBEIN, JOHN H. Tortura y plea bargaining. En El procedimiento abreviado. Julio Mayer y Alberto Bovino (compiladores), Editorial del Puerto, Buenos Aires.
- (2001) PÉREZ BALODANO, Andrés. “El futuro de las identidades políticas de América Latina”. Confidencial. Semanario de Información y Análisis, n° 233.

- (1993) PÉREZ LUÑO, Los derechos fundamentales. Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993.
- (2000) PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Seguridad Jurídica e Inversiones. Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica.
- (2003) PROYECTO ESTADO DE LA REGIÓN – PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto del Estado de la Región. San José, Costa Rica, p. 282-304.
- (2003) Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Resumen del Capítulo 7: El Desafío de la Democratización de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendición de Cuentas. San José, Costa Rica: <http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>
- (2001) MEMORIA de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000), Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.
- (2008) MONTERO AROCA, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en J.L. Gómez Colomer (coord), Prueba y proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.17-66.
- (2009) MUÑOZ CONDE, F., De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua.
- (2007) Christie, Nils. “Las prisiones son un instrumento para que haya más criminales”. La Nación, miércoles 26 de septiembre. <http://www.lanacion.com.ar/947424-las-prisiones-son-un-instrumento-para-que-haya-mas-criminales>
- (2008) HASSEMER, W. El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo. En REYNA ALFARO, L., y SERGIO CUAREZMA TERÁN. Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre

la tensión entre riesgos y seguridad. Editorial B de F. Argentina.

- (2002) UMAÑA, Mario. Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica. Documento en proceso, recuperado de: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>
- (2011) Lander, Adriana y Ana Selene (Coordinadora). “Reformas al sistema de justicia penal en Japón y América Latina. Logros, problemas y perspectiva”, ILANUD, San José, Costa Rica.
- (1996) ZAFFARONI, Raúl y MADLENER, Kurt. La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez. San José, Costa Rica: ILANUD, p. 5-37.
- (2000) ZAFFARONI, Raúl. “El Curso de la Criminología”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 18, p. 7-11.
- (2007) Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza (Coordinadores) México.
  - (2001) América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad. En Documentos penales y criminológicos (DPC), Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán (directores), Volumen I, HISPAMER, p. 339-362
  - (2003) “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”. En: El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. México: Editorial Porrúa, p. 3-24.
  - (1996) “La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: La independencia del Juez”. En: La Justicia como garante de los Derechos Humanos: La independencia del juez. San José, Costa Rica: ILANUD, p. 5-37.



El libro presenta la investigación regional, "El debido proceso como un derecho humano". El debido proceso es un derecho fundamental con todas las garantías consagradas convencional y constitucionalmente que implica que el juzgamiento de una persona se hará respetando sus derechos fundamentales. Así, el Tribunal Supremo Federal norteamericano (In re Marchison) ha expresado que la exigencia de un proceso debido es un "juicio limpio" ante un "tribunal limpio". La investigación fue llevada a cabo por un grupo de reconocidos académicos e investigadores de Colombia, Perú, Brasil, México, Costa Rica, Panamá, Nicaragua, Bolivia, Ecuador y Argentina, bajo el auspicio y la dirección científica del Instituto de Costa Rica para la promoción del Derecho Procesal y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Esta obra se presentará en el XII Congreso sobre "El debido proceso como un derecho humano" el 31 de mayo, 1, 2 y 3 de junio de 2018, en Golfito, Puntarenas, República de Costa Rica.



9 789992 421406